

YEARBOOK

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

VOL. 5

(2022)

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO

Título YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO / ESCOLA DO PORTO
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
VOL 5 (2022)
Coordenadoras Raquel Carvalho e Catarina Santos Botelho
Coleção Biblioteca de Investigação

© Universidade Católica Editora

Revisão editorial Maria Isabel Dias Ferreira
Capa Olinda Martins
Data outubro 2023

ISBN 9789725409848

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

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



Índice

[The Margin of Appreciation Doctrine and the right to life. Article 2 of the ECHR](#)

Ana Isabel Calejo Alves

[Perspetivas de reforma da tutela legitimária. *Family provisions* e outras técnicas de proteção parassucessória](#)

Ana Sofia Areal Sampaio

[Reflexões críticas sobre o enquadramento jurídico da prostituição em Portugal](#)

Ana Teresa Carvalho Angélico

[A revogação dos atos constitutivos de direitos no âmbito de um procedimento urbanístico com intervenção de entidades terceiras](#)

André Marafona Cardoso

[A equação financeira dos contratos administrativos. Estabilidade e vicissitudes](#)

Bárbara Suassuna de Faria Alves

[A condicionalidade dos fundos europeus. A vacina eficaz contra o ataque ao Estado de Direito?](#)

Beatriz de Sá Coutinho Correia dos Santos

[Garantia autónoma: limites da autonomia e limites da automaticidade. Limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia](#)

Carla Relva Pinto

[A distribuição de energia elétrica em baixa tensão. Em busca do melhor modelo de gestão à luz da Lei n.º 31/2017, de 31 de maio](#)

Catarina Branco Ribeiro

[A licença parental complementar: alguns problemas de aplicação](#)

Cláudia Sofia Bastos Moreira

Direito da Propriedade Intelectual e apropriação cultural: Sobre a (im)possibilidade de proteção das expressões culturais tradicionais portuguesas

Eduarda Alves da Costa

Alguns problemas de aplicação do regime do trabalho a tempo parcial

Eunice Matos da Costa Soares Correia

Os segredos de negócio como limite aos titulares de direitos de proteção de dados – Em especial, as interações dos segredos de negócio com o direito de acesso e o direito de portabilidade de dados pessoais

Filipa Luísa Pinto de Oliveira

Ofertas Públicas de Aquisição Obrigatórias: Uma análise às alterações introduzidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro

Frederico José Fernandes Ferreira Sousa e Silva

Ligas de futebol, Superliga europeia e direito da concorrência

Guilherme Oliva Guimarães

Alterações climáticas: Considerações sobre a (potencial) maior crise de direitos humanos da história

Henrique Maria de Bettencourt Moreira de Sousa

Comercialização dos direitos audiovisuais das competições profissionais em Portugal – perspetivas futuras

Henrique Mendes Monteiro

Erro na vida? Da admissibilidade das ações de wrongful life e wrongful birth

Hugo Daniel Leite Velasco

[A imputação de ciberataques aos Estados](#)

Inês Maria Araújo Martins

[A proteção dos videojogos pela propriedade intelectual](#)

João Filipe Machado Cruz

[Aspetos ressarcitórios do dano biológico](#)

João Gabriel Amorim Aguiar de Araújo Correia

[A responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra no regime da propriedade horizontal](#)

João Pedro da Cruz Garcia Madeira Pinto

[Branqueamento e criptomoedas – Uma análise das novas entidades obrigadas do sistema preventivo](#)

João Pedro da Cunha Teixeira

[O investimento em capital de risco. Os conflitos de interesses e os seus remédios](#)

Juliana Isabel Faria Figueiras

[A válvula de escape do sistema. Análise crítica do regime da reconstituição do facto](#)

Laura Sofia Pinto Ribeiro Pardo y Genovês

[A tutela da oportunidade – Sobre a \(in\)admissibilidade da indemnização pela perda de chance, em especial no domínio da responsabilidade civil médica](#)

Mafalda Gonzalez Carballo Santos Carvalho

[Os défices normativos do regime europeu de *public country-by-country reporting*](#)

Manuel Pedro Vale Campos Loureiro

Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

Maria Benedita Carneiro da Frada da Cunha Pinto

A qualificação jurídico-penal do acto médico. Os pressupostos do artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal e o significado e o alcance do crime previsto pelo n.º 2 deste artigo

Mariana Franco do Espírito Santo

A mãe monstro(?). Reflexões sobre o crime de infanticídio

Marta Fernandes Costa Maia

A repressão jurídico-penal da desinformação

Raquel Serpa Silveira

Indemnização por ilegalidades cometidas em procedimentos pré-contratuais – o enigmático artigo 7.º n.º 2 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

Sandra Daniela da Rocha Gaspar

The Margin of Appreciation Doctrine and the right to life
Article 2 of the ECHR

Ana Isabel Calejo Alves

Sob a orientação da Professora Doutora
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho

To Nuno, who not only is my brother, but also my role model in life, by teaching me how to reach our goals without harming others and by showing that dreams will not work unless we do.

*But the real way to get happiness is by giving out happiness to other people. Try and
leave this world a little better than you found it.*

Baden-Powell

Acknowledgments

To my whole family, who is and always will be my priority in life. A special mention to my parents Domingos and Elizabete: the ones who support me the most and who gave me wings to fly and live life no matter what, always with caution and never with fear of trying, never forgetting that “in life, there’s only one way to do things: the right way”.

To my supervisor, Professor Catarina Botelho, for conveying me, through the kindest words, the strength I did not know I would need for this journey; for demonstrating, in an indirect way, that doing what we love, with passion, with determination, and by being kind to others, will get us anywhere.

To my grandparents, Judite, Joaquim, Adelina, and Manuel, for always giving me unconditional love, only requesting me to be a good person, and for showing me that hard work, kindness, and humbleness are the keys to a lasting bright life.

To my friends, not only the ones from my hometown, who, despite the distance, have always been close and supported me, but also those who kindly appeared throughout the past years and with whom I shared this beautiful path.

To Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, my second home for the past six years, and to every Professor that crossed my path and with whom I learned what Law truly is. *Saudade*, in a good way, is what will remain from this journey.

Resumo

A doutrina da margem nacional de apreciação revela-se um mecanismo cada vez mais fundamental no que toca aos direitos humanos, uma vez que a proteção dada a tais direitos varia de Estado para Estado, e de tempo em tempo, consoante as crenças e as tradições daqueles.

Esta tese tem como objetivo não apenas dar a conhecer o conceito de margem nacional de apreciação e a sua evolução, mas também estabelecer a relação de tal doutrina com o direito à vida, previsto no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Deste modo, e por se afigurar interessante do ponto de vista comparativo, indicar-se-á o regime legal, à data da escrita da dissertação, de três Estados membros do Conselho da Europa.

Palavras-chave: artigo 2.º; consenso europeu; Convenção Europeia dos Direitos Humanos; direito à vida; eutanásia; margem nacional de apreciação.

Abstract

The margin of appreciation doctrine is proving to be an increasingly fundamental mechanism when it comes to human rights, since the protection given to such rights varies from State to State, and from time to time, depending on their beliefs and traditions.

The purpose of this thesis is not only to explain the concept of margin of appreciation and its evolution throughout time, but also to establish the relationship of this doctrine with the right to life, enshrined in Article 2 of the European Convention on Human Rights.

Thus, and for being interesting from a comparative perspective, the legal regime of three Member States of the Council of Europe, at the time of writing, will be indicated.

Keywords: Article 2; European consensus; European Convention on Human Rights; euthanasia; national margin of appreciation; right to life.

Acronyms and abbreviations

CFRF	Charter of the Fundamental Rights and Freedoms
CoE	Council of Europe
ECHR	European Convention on Human Rights
ECPHRFF	European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
ECtHR	European Court of Human Rights
ICPCR	International Covenant on Political and Civil Rights
MoA	Margin of appreciation
PPC	Portuguese Penal Code
RTE	Regional Euthanasia Review Committee
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UK	United Kingdom

Index

Introduction	8
1. The Margin of Appreciation Doctrine	9
a. Wide and narrow margin of appreciation	11
b. The subsidiary principle and Margin of appreciation	14
c. The MoA and Incrementalism	16
2. The right to life and the MoA doctrine	19
a. Article 2 in relation to Article 8 of the ECHR	29
b. A comparative perspective	32
i. Portugal	34
ii. The Netherlands	37
iii. Poland	38
4. Conclusion	40
Literature and Webography	41

Introduction

Acceptance of the ECHR is the first step towards its incorporation into national law. However, since human rights will be interpreted differently in each of the Council of Europe's Member States, in order to meet their commitments under the Convention, the Court will grant national authorities a certain margin of appreciation.

Nevertheless, there is a disagreement regarding whether the doctrine covers all ECHR's clauses. The MoA doctrine has not been employed in all human rights protected under the Convention system, even though in theory there are no restrictions to its applicability. For instance, as developed further, the ECtHR has never used the doctrine to evaluate absolute rights guaranteed in Articles 2-4.

In this matter, and in relation to the right to life, the issue of euthanasia has been undergoing significant changes in numerous areas, leaving traditional ideas of death and the right to die under jeopardy, resulting in debates regarding specific situations. Consequently, it has openly questioned what defines death and what rights are granted to individuals who have already been denied the right to live by medical science or to those who only live artificially, only while a machine sustains their vital functions.

In this regard, not only is it crucial to analyse the evolution of the doctrine, but also to understand the relation between Article 2 and other articles, and to acknowledge how euthanasia is understood and, in some cases, legislated in three different European countries.

1. The Margin of Appreciation Doctrine

The term “margin of appreciation”, which comes from the French expression *marge d’appréciation*, is defined as the doctrine developed by the European Court of Human Rights generally referring “to the amount of discretion the Court gives national authorities in fulfilling their obligations under the Convention. It is somewhat analogous to a standard of review”¹ – considering that the European Convention on Human Rights will be interpreted differently in the various Member States of the Council of Europe, according to the legal and cultural traditions that differ among them. In the words of Howard Charles Yourow², the MoA is described as “the line at which international supervision should give way to a State Party’s direction in enacting or enforcing its laws”. Thus, the margin of appreciation provides the Court with the essential flexibility to strike a balance between Member States’ sovereignty and their duties under the ECHR³.

The MoA doctrine was first applied in the *Greece v. United Kingdom* (“Cyprus”)⁴ case, in 1958, in which the Commission considered that “the Government should be able to exercise a certain measure of discretion”⁵ in assessing the extent required by the exigencies of the situation. In the mentioned case, the Commission conceived margin of appreciation as a means by which “it could grant to the Member States experiencing a state of emergency the benefit of the doubt as to compliance with their obligations under the Convention”⁶.

The concept in question was first explained by the ECtHR in *Handyside v. United Kingdom*⁷, in which the Court had to consider whether a conviction for possessing an obscene article could be justified under Article 10(2) ECHR as a limitation upon freedom of expression that was necessary for the protection of morals.

The abovementioned case law involved the publication of a book called the Little Red Schoolhouse, which targeted young readers and mixed generally liberal social advice with controversial encouragements to smoke marijuana and experiment sexually. After some complaints, the Director of Public Prosecutions requested the Metropolitan Police to investigate the publisher’s premises, after which the books were collected and destroyed. The publisher was found guilty of benefiting from the possession of obscene books.

Handyside filed a complaint with the Court alleging, *inter alia*, that his conviction infringed on his right to freedom of expression under Article 10 ECHR. His claim was

¹ Bauch, 2005, p. 115.

² Yourow, 1996, p. 13.

³ The margin of appreciation conferred to the Member States it is not limited to the courts: it includes all national constitutional bodies, even though the ECtHR weighting may differ depending on the organ.

⁴ Which involves various alleged violations of the Convention by the UK which was, at that moment, administering the island of Cyprus. On his behalf, the UK invoked Article 15 of ECHR. Application No. 176/56 Judgement of 12th May 2014.

⁵ As pointed out in the study “Margin of Appreciation” by the Council of Europe.

⁶ Feingold, 1977, p. 92.

⁷ Application No. 5493/72, Judgement of 7th December 1976.

denied, and the conviction was upheld. In doing so, the Court used an analysis that has become common in cases involving the margin of appreciation. First, the Court immediately decided that Handyside's conviction violated his "right to freedom of expression" under Article 10 (1). The Court then considered whether the UK had legitimately interfered with that right under Article 10 (2) and, looking at the terms of this article, determined that the UK's action was "prescribed by law", referring to its obscenity law. It also discovered that the UK intervened to protect one of the aims specifically mentioned in Article 10 (2) – morals. The Court specifically noted that, particularly in what concerns morals,

(...) State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of those requirements (of morals) as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them⁸.

However, the crucial question was whether the UK's actions were "necessary" for achieving that goal. The Court then proceeded to weigh the importance of Handyside's entitlement against the UK's responsibility to preserve morals. The balance swung in the UK's favour to take the measures it did, especially given the age group of children who were the book's main target.

In the *Lawless v. Ireland* case⁹, the first extended discussion of the margin of appreciation came in arguments. G. R. Lawless alleged, in the mentioned case, that the Republic of Ireland was employing preventative detention inappropriately, breaching Articles 5 and 6 of the Convention. Ireland justified its action by referring to Article 15 of ECHR, stating that preventive detention was a necessary response to a national emergency caused by terrorist attacks by the Irish Republican Army.

Without specifically referring to the doctrine itself, and even though these actions might have violated rights and freedoms guaranteed under the Convention, the Court upheld the Irish Government's discretion in taking actions like the detention in question to "quell civil strife and the activities of the Irish Republican Army in the Republic and Northern Ireland"¹⁰. In conclusion, the Irish government's decision to employ preventative detention to stop the Army's violence was affirmed by the Court without any reference to the margin of appreciation.

Thus, the margin of appreciation has become "an integral part of the Court's jurisprudence"¹¹. It is certain that under Articles 5 and 6 – which safeguard liberty, security, and the right to a fair trial –, the Court has allowed a far narrower margin of appreciation. As Jeffrey A. Bauch refers¹²,

⁸ *Handyside v. The UK* - § 48.

⁹ Application No. 332/57, Judgement of 1st April 1961.

¹⁰ *Vide* Yourow, 1996, p. 17.

¹¹ *Vide* Bauch, 2005, p. 119.

¹² *Ibidem*, pp. 120-121.

The standard explanation for this narrower margin is that Articles 5 and 6¹³ are drafted with greater detail, leaving less room for varying government interpretations and applications. For example, Article 5 does not simply assert a right to liberty of person; it details specifically what is and what is not allowed in the arrest and detention of an individual. Similarly, Article 6 contains several specific descriptions of what is necessary for a fair trial, including things such as the presumption of innocence, the right to be informed of accusations in a language the defendant understands, the right to free assistance of an interpreter, and the right to legal assistance.

As well known, the ECtHR interprets and recognizes the Convention as a living document, “often applying a teleological reading to the text based on observed consensus rather than the intent of the drafters”¹⁴.

Indeed, the ‘European Consensus’ can be defined as a “generic label used to describe the Court’s inquiry into the existence or non-existence of a common ground, mostly in the law and practice of the Member States”¹⁵. An aspect worth mentioning is the fact that the Court should not be seen as a body of last resort in relation to national courts, in the sense of superseding constitutional justice or serving as a supranational integrative review body. However, it does not lose its status as the Convention’s last interpreter, and its jurisprudence is crucial for the interpretation and application of the Convention’s rights¹⁶.

As pointed out by Thomas A. O’Donnell¹⁷, the MoA doctrine is one of judicial review, which governs the extent to which the Commission and the ECtHR will “scrutinize a complained-of practice”, being crucial to mention that, as stated by Janneke Gerards, “the margin of appreciation doctrine applies only to the review of reasonableness, not to the definition of the scope of rights”¹⁸.

The MoA doctrine is, indeed, a material limitation on the ECtHR’s supervisory jurisdiction as an international court. The Court’s activities are guided by the subsidiarity concept – which will be developed later.

a. Wide and narrow margin of appreciation

It now becomes crucial to distinguish between a wider and a narrower margin of appreciation, since the “‘width’ of the margin may greatly affect the level of protection required by the Member States”¹⁹ and the determination of the mentioned width of MoA “depends on the “fundamental nature” of the asserted right in comparison to the

¹³ Articles 5 and 6 of the ECPHRFF.

¹⁴ *Vide* “Margin of Appreciation” by the Council of Europe.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Botelho, 2011, p. 344.

¹⁷ O’Donnell, 1984, p. 475.

¹⁸ Gerards, 2018, p. 499.

¹⁹ Wada, 2005, p. 279.

“objectivity and importance” of the State practice in question, and the degree of convergence among the Member States”²⁰.

There will be a wider margin of appreciation if there are similar patterns of practice or regulation across the various Council’s Member States and, when wider, “there is an initial presumption in favour of the defendant state”²¹. On the other hand, the lack of European consensus on the topic will normally lead to a narrower margin of appreciation and, if so, “a close scrutiny will be made”²².

Thus, the margin of appreciation of a Member State is generally wider in cases of public emergency – as the Court held in *Brannigan & McBride v. The UK*²³ –; in cases involving national security – *Klass v. Germany* (1978) –; in cases protecting morals, (since this notion varies among the Member States) – *Handyside v. the UK* –; in cases where there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, particularly in cases where ethical or sensitive moral issues arise; and in cases where the State is required to strike a balance between competing interests or Convention rights – *Evans v. the UK*.

A narrow margin of appreciation, on the other hand, will be given to the Member State in cases where an important face of an individual’s identity or existence is at stake²⁴; where the justification for a restriction is the protection of the authority of the judiciary²⁵; cases dealing with Articles 2 and 3 ECHR (these articles protect absolute rights, generating obligations for Member States which cannot be balanced either against other rights or against the pursuit of any legitimate interest²⁶); cases where an “intimate aspect of private life” is in question under Article 8²⁷; and lastly, where racial or ethnic discrimination are implicated, for instance in the *D.H. and Others v. the Czech Republic*²⁸ case, where the Court held that the margin of appreciation could not be used to justify racial or ethnic segregation in what concerns education.

Considering their specific knowledge and responsibilities under domestic law, the case law on the margin of appreciation demonstrates that national authorities’ judgement is already granted a certain degree of deference when considering weighing public and individual interests. In circumstances where a breach is detected, the Court explicitly explains the nature of the incompatibility with the Convention and leaves it to the national authorities to develop a more Convention-complaint system.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ O’Donnell, p. 475.

²² *Ibidem*.

²³ Application Nos. 14553/89; 14554/89, Judgement of 25th May 1993.

²⁴ For instance, see *Evans v. The UK*, Application No. 6339/05, Judgement of 10th April 2007.

²⁵ See case *Sunday Times v. The UK*, Application No. 6538/74, Judgement of 6th November 1980.

²⁶ However, it is important to state that the lack of consensus among Member States may influence the Court’s opinion that the matter is better left to individual states, *vide Pretty v. The UK* – Application No. 2346/02, Judgement of 29th April 2002.

²⁷ See *Dudgeon v. The UK*, Application No. 7525/76, Judgement of 24th February 1983.

²⁸ Application No. 57325/00, Judgement of 13th November 2007.

In this sense, it becomes crucial to mention the *A, B, and C v. Ireland* case (Application No. 25579/05, Judgement of 16th December 2010), especially in what concerns the breadth of the margin of appreciation – and, therefore, only the A and B situation be mentioned.

On July 15th, 2005, Ms. A and B, two Irish nationals, and C, a Lithuanian national, lodged a complaint against Ireland in accordance with Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The first two applicants primarily complained under Article 8 ECHR regarding, *inter alia*, Ireland's prohibition of abortion for health and well-being reasons. The applicants had travelled to England in order to get an abortion, since they believed that would not be legally possible in Ireland.

In the case in question, the ECtHR focused on the moral and ethical issues raised by the topic of abortion, affirming that there could be no doubt as to the acute sensitivity of those issues, nor as to the importance of the public interest at stake. Moreover, it stated that

A broad margin of appreciation is, therefore, in principle to be accorded to the Irish State in determining the question whether a fair balance was struck between the protection of that public interest, notably the protection accorded under Irish law to the right to life of the unborn, and the conflicting rights of the first and second applicants to respect their private lives under Article 8 of the Convention.

234. However, the question remains whether this wide margin of appreciation is narrowed by the existence of a relevant consensus.

Hence, contrary to what the Irish Government submitted, the Court considered that, in this case, there was a consensus among a significant majority of the Contracting States of the Council of Europe to allow abortion on broader grounds than those accorded under Irish law. However, the Court did not consider that consensus decisively narrows the margin of appreciation of the State.

Moreover, in order to reach a decision, the Court pointed out two questions, the first one being the fact that the Thirteenth and Fourteenth Amendments to the Irish Constitution removed any legal impediment to adult women travelling abroad for an abortion and to obtaining information in Ireland in that respect. On the other hand, regarding the right to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland, the Court did not consider that the prohibition of abortion in Ireland for health and well-being reasons – based not only on Irish people's moral views of as to nature of life, but also due to the consequent protection of the right to life of the unborn – exceeded the margin of appreciation granted in that respect to the Irish State.

Thus, the Court decided that the impugned prohibition (of abortion in Ireland) established a fair balance between the right of A and B to respect for their private lives, as

well as the rights invoked on behalf of the unborn child, concluding that there was no violation of Article 8 of the ECHR, as regards the first and second applicants.

Given this approach, it must be referred that this thesis aims to cast theoretical light on the narrow margin of appreciation that is usually associated with the right to life.

b. The subsidiary principle and margin of appreciation

The importance of the margin of appreciation theory was “recently” highlighted by the adoption of Protocol No. 15, which requests the terms “margin of appreciation” and “subsidiarity” to be included in the Preamble of the Convention²⁹.

Considered to be one of the essential principles that sustain the Convention system, the subsidiary principle has a variety of meanings depending on the context; however, for the ECtHR,

the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lie[s] first and foremost with the authorities in the Contracting States rather than with the Court. The Court can and should intervene only where the domestic authorities fail in that task³⁰.

Even though there is no direct mention, in the ECHR, of this particular principle – unlike treaties establishing the European Union –, it can be deduced, indirectly, from some of its articles, such as Article 53 (which sets that more favourable national human rights guarantees should not be limited by the standards set in the ECHR to ensure that the more favourable guarantee is applied); Article 1 (that binds the Contracting States to ensure that everyone within their national jurisdiction has access to the rights and freedoms established in section 1 of the Convention); Article 13 (which goes hand in hand with Article 1, since it provides the right to an effective remedy before a national authority to enforce the content of the Convention rights in the form they have been applied in the corresponding domestic legal order).

Thus, the subsidiary principle is a “limitation to the Court’s power of control that is applied indifferently to all disputes, whereas the doctrine under analysis is considered only in certain circumstances, and its wideness varies on a case-to-case basis”³¹.

Regarding this principle, it is crucial to mention the Interlaken Declaration: in 2010, under the Swiss Chairmanship of the Council of Europe, a High-Level Conference on the Future of the ECtHR was held in Interlaken, a Swiss city. The conference culminated in the abovementioned Declaration, which included an Action Plan containing most of the

²⁹ Ita, 2018, p. x.

³⁰ Note by the Jurisconsult in *Interlaken Follow-Up, Principle of Subsidiarity*, 2010, European Court of Human Rights, p. 2.

³¹ Botelho, 2011, p. 349.

recommendations proposed by the “Group of Wise Persons”³². A closer look should be taken into what the High-Level Conference stated, for instance:

PP6 Stressing the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and notably the fundamental role that national authorities, (...) must play in guaranteeing and protecting human rights at the national level;

(...)

The Conference

(...)

(2) Reiterates the obligation of the States Parties to ensure that the rights and freedoms outlined in the Convention are fully secured at the national level and calls for a strengthening of the principle of subsidiarity;

(3) Stresses that this principle implies a shared responsibility between the States Parties and the Court;

Indeed, the existence of effective domestic solutions capable of providing appropriate remedy, at the national level, for a violation of a Convention right and, thus, obviating the need for applicants to bring their case before the ECtHR is a key factor for a successful national implementation of the Convention³³.

Besides, under the terms of the Action Plan – attached to the Declaration – the Conference “invites the Court to (...) take fully into account its subsidiary role in the interpretation and application of the Convention” and, in the *Varnava and others v. Turkey*³⁴ case law, the Court stated that, “In line with the principle of subsidiarity, it is best for the facts of cases to be investigated and issues to be resolved in so far as possible at the domestic level”.

In this matter, it is also crucial to mention the Brussels Declaration (2015), in which the High Conference reiterated:

the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and in particular the primary role played by national authorities, namely governments, courts, and parliaments, and their margin of appreciation in guaranteeing and protecting human rights at the national level while involving National Human Rights Institutions and civil society where appropriate³⁵.

³² The primary role of the Group is to “reflect on the development of innovative ideas and concepts and deliver a report that contributes to a general inter-institutional debate on the future of the Customs Union”, as described in Wise Persons Group on Challenges Facing the Customs Union (WPG).

³³ Council of Europe in “The Interlaken Process: Measure taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights” (2020), p. 21.

³⁴ Applications Nos. 16064/90 *et. al.*, Judgement of 18th September 2009, § 164.

³⁵ High-level Conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility” Brussels Declaration, 27 March 2015, p. 1.

As a result, the Court can actively assist in the main protection of basic rights on a national level by exercising its essential subsidiary role³⁶, yet recalling that “The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision”³⁷.

c. The MoA and incrementalism

When it comes to the interaction between the national and the European “constitutional levels”, we may face a variety of ways to realize it by looking at the constitutional provisions governing the effects of ECHR rules on domestic orders³⁸. To this extent, Janneke Gerards refers that how “Constitutions protect fundamental rights reflect[s] national constitutional values, national traditions and legal culture”³⁹. For instance, the German Basic Law⁴⁰ expressly refers to human dignity, in its Article 1, as being inviolable; in Sweden, the Freedom of Expression act (*Yttrandefrihetsgrundlag*) is one of the four fundamental laws⁴¹ – thus, the importance of such freedom is emphasized in the Swedish Constitution.

To this extent, the national constitutions determine how fundamental rights are protected and, consequently, the level of protection of such rights will – as stated before – differ between the Member States, since “one of the rationales of the margin of appreciation doctrine is that, in principle, the national authorities are best placed to assess the necessity and appropriateness of restrictions and limitations”⁴². As a result, and even though the Court’s primary role is to decide on individual claims and to provide redress in the issue at hand⁴³, it is often able to grant some authority to the States in deciding whether interferences with the Convention rights are acceptable.

Indeed, if all States were given the same margin of appreciation in all cases, it is certain that the Court’s supervision would always be limited. As a result, the concept of fundamental rights would be quite hollow, with a low overall level of protection⁴⁴.

In the words of Janneke Gerards, there are two strategic instruments for establishing effective standards for fundamental rights protection in Europe: the margin of appreciation doctrine and ‘incrementalism’: “the margin of appreciation doctrine may potentially be a very important doctrine”, whereas incrementalism “increasingly seems to have replaced

³⁶ Gerards, 2012, p. 185.

³⁷ Case *Aksoy v. Turkey*, Application no. 21987/93, Judgement of 18th December 1996, § 68.

³⁸ Bourgeois, 2016, p. 10.

³⁹ Gerards, 2018, p. 495.

⁴⁰ Also known as *Grundgesetz*.

⁴¹ As referred in “The Constitution of Sweden: The Fundamental Laws and the Riksdag Act” (2016), Sveriges Riksdag, p. 27.

⁴² Gerards, 2018, p. 498.

⁴³ *Vide* articles 34 and 46 of the Convention.

⁴⁴ Gerards, 2018, p. 499.

the use of the margin of appreciation doctrine as a primary instrument to deal with the need to reconcile European standard setting and national diversity”⁴⁵.

It is also crucial to address how the Court could use the abovementioned strategic instruments to its advantage when dealing with different standards of fundamental rights, in Europe.

For instance, if the Court is faced with a relatively new and possibly delicate and controversial subject, such as the right to assisted suicide or abortion, it proceeds in a “very cautious, incremental, and circumscribed manner”⁴⁶. Regarding assisted suicide and euthanasia, the Court’s interpretation of Article 8 evolved from ‘not excluding’ that a right to assisted suicide would be encompassed by the right to personal autonomy in 2002, to unequivocally, and accepting the applicability of Article 8 to such cases, in 2011⁴⁷. To illustrate this, in a decision from 2013, a Chamber of the Court went farther, holding that the “applicant’s wish (...) to end her life falls (...) under Article 8 of the Convention”⁴⁸.

Regarding abortion, even though the Court has always been very restrained, it also stresses the importance of procedural guarantees for Member States in which abortion is legal to ensure effective access⁴⁹. In *Tysiack v. Poland*⁵⁰, the Court claims that under Article 8, a pregnant woman’s rights are violated if she is not given the opportunity to be heard in person before an independent authority that issues written grounds for its decisions. In a similar manner, the Court seems to have decided for incrementalism in laying positive requirements on States to provide for legal recognition of same-sex couples’ relationships and in cases dealing with the right to access to information, under Article 10.

In all the above cases, the Court clearly sees value in the ability to modify its position if its approach is confronted with significant national criticism without looking weak and while maintaining a relatively high degree of protection for Convention rights – even if only since States are subject to specific procedural responsibilities⁵¹.

Afterward, the Court may list the ‘general principles’ it has produced in its case law, which “are based on the outcomes of *ad hoc* balancing in previous cases, which the Court has tested and found to be sufficiently acceptable and broadly applicable to serve as general standards in later case law”⁵². When the Grand Chamber brings together the lines drawn by the various Chambers in their case law⁵³, it may confirm, clarify, refine, or revise a

⁴⁵ *Ibidem*, p. 497.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 508. Also, see *Pretty v. United Kingdom*, § 67 and *Haas v. Switzerland*, Application No. 31322/07, Judgement of 20th January 2011, § 51.

⁴⁸ *Gross v. Switzerland*, Application No. 67810/10, Judgement of 14th May 2013, § 60.

⁴⁹ Brems & Lavrysen, 2013, p. 197.

⁵⁰ Application No. 5410/03, Judgement of 20th March 2007, § 117 *in fine*.

⁵¹ Gerards, 2018, pp. 508 and 509.

⁵² *Ibidem*, p. 509.

⁵³ Such as *Scoppola v. Italy* (No. 3), Application No. 126/05, Judgement of 22nd May 2012; *J.K. and Others v. Sweden*, Application No. 59166/12, Judgement 23rd August 2017.

previously stated standard⁵⁴, or it may adopt a harmonized approach when there are conflicting precedents⁵⁵.

In some instances, the Court works in the opposite direction of “incrementalism” and progressive acknowledgment of general principles. The Court then begins a new line of case law by, firstly, stating a broad concept, and only later implementing and refining it in concrete cases. The use of a lawyer during police interrogations is a well-known example. To this extent, the *Salduz v. Turkey* case is critical, since the Court confronted the issue of whether such assistance must be provided and, after going into some detail, concluded that, in principle, such aid should always be granted⁵⁶. Because the ECtHR’s interpretation of a right is based on an *in concreto* review of the case, considering all the circumstances of it, the extent to which an ECHR’s interpretation can be transposed to a national legal order will be determined by a variety of reasons⁵⁷.

Lower courts may interpret the ECHR in a broader way than the ECtHR, sometimes due to a lack of satisfactory understanding of the case-law of the latter⁵⁸, and so, the decision on the mentioned case made the States respond to it in different ways which caused many new cases. This led to the Court dealing with numerous post-*Salduz* cases⁵⁹ where “it has had to clarify, revise and refine the meaning of its first judgement”⁶⁰, making the Court open a fact sheet on the question⁶¹. All these specific implementations eventually revealed that the previously set general norms were not sufficiently workable and clear. As a result, in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*⁶², at paragraph 257, the Court chose to reformulate and enhance the general standards, considering the difficulties that had been proven in the individual cases. As Gerards concludes⁶³.

This example discloses a certain search for reflective equilibrium in that it shows a continuous movement from definition of general principles to refinement in individual cases, to the redefinition of general principles and further refinement in individual cases.

⁵⁴ *Hutchinson v. The United Kingdom*, Application No. 57592/08, Judgement of 17th January 2017 §§ 59 et seq.; *A. and B. v. Norway*, Applications Nos. 24130/11 and 29758/11, Judgement of 15th November 2016, at § 105 et seq. of

⁵⁵ Gerards, 2018, p. 509.

⁵⁶ “Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ (...) Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right”, *Salduz v. Turkey* case, Application No. 36391/02, Judgement of 27th November 2008, § 55.

⁵⁷ Namely “the exact formulation of relevant principles of domestic law, the scope of application *ratione materiae* of the constitutionally protected rights and freedoms, etc”. *vide* Gerards & Fleuren, 2014, p. 129.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁹ For instance, *Simons v. Belgium*, Application No. 71407/10, Decision of 28th August 2012; *Diriöz v. Turkey*, Application No. 38560/04, Judgement of 31st May 2012.

⁶⁰ Gerards, 2018, p. 511.

⁶¹ Factsheet – Police arrest and assistance of a lawyer”, European Court of Human Rights.

⁶² Applications no. 50541/08, *et. al.*, Judgement of 13th September 2016.

⁶³ Gerards, 2018, pp. 511 and 512.

At this point, and bearing in mind all the above-mentioned ideas, it now becomes crucial to mention and develop the main topic of this thesis: the right to life and its connection with the MoA doctrine.

2. The right to life and the MoA doctrine

As well known, the term “human rights” refers to a person’s unalienable and unrestricted rights. From a wide sphere of a person’s rights, only few are fundamental⁶⁴, thus, these are subjective rights that belong to citizens and are necessary for their life, liberty, dignity, and freedom, as well as for the free development of human personality.

The human right in question falls under the category of fundamental right, and it is one of the first rights to be declared and established in international law⁶⁵, codified in various international and national legal instruments⁶⁶, and considered to be not only the basis of all human rights, but also the right upon which the exercise of all other rights is based, since “if one could be arbitrarily deprived of one’s right to life, all other rights would become illusory”⁶⁷.

Article 2(1)⁶⁸ ECHR states that “Everyone’s right to life shall be protected by law”; thus, as a provision that protects the right to life and specifies the circumstances under which the deprivation of life may be justified, this article is one of the fundamental provisions in the Convention, as well as one of the few that cannot be derogated from in times of war⁶⁹ or another national emergency⁷⁰.

As said, it is conceivable to consider the right to life as a component of other rights. For instance, in cases where one’s life is being deprived, their liberty and the possibility of self-improvement are also being divested. Hence, a case may be made for the right to life from other rights, and since this right is an absolute one, the rare circumstances in which deprivation of life may be justified require a strict interpretation, and so the Court’s approach

⁶⁴ Which are distinguished from other subjective rights based on two criteria: a) their importance to the individual; and b) their value to the state.

⁶⁵ Namely the UDHR in which it is established a common ideal that is to be accomplished by all states in the world bearing in mind its first article that proclaims all human beings are born free and equal in dignity and rights.

⁶⁶ *Vide* Article 3 of the UDHR; Article 6 of the CFRF; Article 2 of ECHR; Article 2 of Human Rights Act; Article 24 of the Portuguese Constitution; Article 38 of the Polish Constitution.

⁶⁷ Korff, 2006, p. 6.

⁶⁸ This Article, in what concerns the death penalty, must be read in accordance with Protocols no. 6 and 13.

⁶⁹ Although, and bearing in mind Article 15(2) ECHR, “deaths resulting from lawful acts of war” do not constitute violations of the right to life.

⁷⁰ Which demonstrates the fundamental nature of the right in question.

must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions must be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective⁷¹.

In what concerns the restrictions on this right, besides Article 15, as previously said, Article 2 enumerates four cases in which a State “can interfere with the right to life, including execution of a court sentence following a conviction for a crime for which deprivation of life is the penalty provided by law”⁷². Furthermore, deprivation of life is not considered a violation of Article 2 when it results from the use of force that is no more than the necessary for the defence of any person against unlawful violence, and, finally, when it results from lawfully taken actions to quell a riot or insurgency⁷³.

It is safe to say that “it is not life, particularly, but the right to life that must be protected by law, since the Convention’s goal is not to expressly recognize the existence of the right to life, but to impose to national authorities the obligation to protect anyone’s right to life”⁷⁴. Indeed, the provision “enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take reasonable efforts to safeguard the lives of individuals under its authority”⁷⁵.

In this matter, it is important to bring up the fact that control bodies use a range of means to establish the scope and the extent of States’ commitments, one of them being that every right may entail three types of obligations: the “obligation to respect”⁷⁶, the “obligation to protect”⁷⁷, and the “obligation to implement”⁷⁸.

On the contrary, the ECtHR classifies governments’ obligations into two categories: a) negative obligations, and b) positive obligations. Despite different, this strategy has a lot in common with the preceding one. On this basis, the Court now ensures broader protection for the rights guaranteed by the Convention.

On the one hand, negative obligations – which require States to refrain from interfering with the exercise of rights – have always been considered inherent in the ECHR, whereas positive obligations, even though being laid down from the outset, in the text itself, the concept as such did not make its appearance until the late 1960s, under the *Belgian linguistic* case⁷⁹. Since this remarkable decision, the Court has continued to expand this category with the addition of new aspects, to the point where practically all the

⁷¹ Vide *McCan and Others v. The United Kingdom*, Application No. 18984/91, Judgement of 27th September 1995, § 146.

⁷² Renucci, 2005, p. 11.

⁷³ *Ibidem* pp. 11 and 12.

⁷⁴ Botelho, 2011, pp. 363 and 364.

⁷⁵ As sustained by the Court in *LCB v. United Kingdom*, Application No. 23413/94, Judgement of 9th June 1998, § 36.

⁷⁶ Which requires the state’s organs and agents not to commit violations themselves.

⁷⁷ This obligation involves the state to protect the owners of rights from third-party interference and to punish the perpetrators.

⁷⁸ Which requires the state to take specific positive measures to give full realization to the rights owners.

⁷⁹ Application No. 1474/62; *et. al.*, Judgement of 23rd July 1968.

Convention's standard-setting provisions now contain a negative and a positive requirement.

The ECtHR holds that the most important feature of positive obligations is the fact that, in practice, they force national authorities to take the required means to safeguard a right or, more precisely, to adopt reasonable and appropriate measures to protect individual rights⁸⁰.

Positive obligations⁸¹ all pursue the same goal: to ensure the effective application of the European Convention and the effectiveness of the rights it protects. Having this said, it is safe to say that Article 2 imposes positive obligations on Member States – such as the need to properly prosecute crimes against people, the obligation to protect someone whose life is in danger, and, in some circumstances, even the obligation to protect people from themselves. Assuming that, in most cases, positive obligations have the effect of expanding the standards that nations must meet, the question of their legal basis is critical⁸². In fact, and due to the general principle of attribution, every positive obligation has been linked to a ECHR clause by European judges⁸³.

However, the abovementioned duty – to take preventive operational measures aiming to protect an individual whose life is at risk – is not absolute, since “the Court considers itself bound to take into account the difficulties inherent in carrying out police duties, the operational choices made by the domestic authorities and the unpredictability of human behaviour”⁸⁴. Indeed, as stated by the ECtHR in *Osman vs. United Kingdom*⁸⁵, not every alleged risk to life entails a Convention need for authorities to take operational measures to prevent such risk from materializing.

Hence, in a variety of circumstances, the State has a duty to protect, namely, when death is caused by State agents; when it is the outcome of dangers originating from public authority activities; when it is caused by third parties; and when it is induced by the victim herself or himself. According to the Court, Article 2 also imposes a positive obligation on States to investigate deaths that may have happened in violation of this article⁸⁶. In *McCann v. The UK*, the Court states that

The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (...) requires (...) that there should be some form of

⁸⁰ Akandji-Kombe, 2007, p. 7.

⁸¹ Whether based on a specific standard-setting provision or a combination of that provision with Article 1 ECHR, or with general principles of European Law.

⁸² Akandji-Kombe, 2007, p. 7.

⁸³ “Which means that the Court is not competent to protect rights which do not have their basis in the Convention”, *ibidem*, p. 7.

⁸⁴ *Ibidem* p. 21.

⁸⁵ Application No. 23452/94, Judgement of 28th October 1998, § 116.

⁸⁶ This procedural requirement was originally stated in *McCann case* which involved killings by State's agents. This was the first time in which the Court had to interpret and implement Article 2.

effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by (...) agents of the State⁸⁷.

Nevertheless, the underlying question related with the interpretation of Article 2 has to do with the topic of the beginning and the end of “human life” – since the Convention does not clarify when “life” begins or ends. Firstly, does the expression “everyone” include the unborn? Even though the answer is not clear yet, the truth is that there are plenty of provisions that protect, for instance, the right to life of the unborn, namely Article 6(5) of the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as Article 4(5) of American Convention on Human Rights, which prohibits the death penalty in relation to pregnant women. Article 4 expressly states that the right to life “shall be protected (...) from the moment of conception”.

Truly, rather than imposing a uniform standard, the Commission and the Court have been assessing matters relating to the above question on a case-by-case basis, leaving States considerable freedom to regulate the issues at hand⁸⁸.

For instance, in the *Vo. v. France*⁸⁹ case law, the Court stated

(...) the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention (...). “(...) which must be interpreted in the light of the present-day conditions” (...) [T]he issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves (...) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life⁹⁰.

Bearing in mind this case law, the Court argues that it is neither desirable, nor practicable to address the question of whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2, in the abstract⁹¹. On the contrary, Judge Ress, in his dissenting opinion, considers that Article 2 “applies to human beings even before they are born” and, therefore, that “there has been a violation of Article 2 of the Convention”⁹².

In this matter, in *W.P v. United Kingdom*⁹³, the Commission pointed out that abortion is not mentioned in the article in question. For instance, it does not include, in its second paragraph’s list of actions, which are “not [to] be regarded as inflicted in contravention of this article”. According to the Commission, this has left but three options: either Article 2 does not include an unborn fetus, at all; or it recognizes a right to life for the fetus with some implicit limits; or it grants the fetus an absolute right to life. The

⁸⁷ *Ibidem*, § 161.

⁸⁸ If they do so in an appropriate manner, by giving appropriate weight to the various interest at stake and cautiously balancing those interests.

⁸⁹ Application no. 53924/00, Judgement of 8th July 2004.

⁹⁰ § 82.

⁹¹ *Ibidem*, § 85.

⁹² *Ibidem* § 9 of the dissenting opinion of Judge Ress.

⁹³ Application No. 8416/78, decision of the Commission.

Commission expressly laid out the latter interpretation since it did not allow for the consideration of any risk to the mother's life: that "would mean that the 'unborn life' of the fetus would be viewed as having a higher worth than the pregnant woman's life"⁹⁴.

Regarding the end of life, on which this thesis mainly focuses, death can be perceived from a variety of perspectives, including theological, philosophical, and biological. However, biological indications are used to determine death criteria.

In what concerns this thesis, although Article 2, apart from the death penalty, only allows for a restricted number of scenarios in which a person's right to life can be withdrawn, the truth is that none of these include suicide or euthanasia. However, this raises several difficult questions: besides the one related to acknowledging when life ends, another question is related to knowing whether it is appropriate to provide palliative care to a terminally ill and dying person, even if the therapy may shorten the patient's life as a side effect. Thirdly, must the State "protect" the right to life of someone who does not want to live any longer, despite that person's wishes? Or do individuals have a right under ECHR not just to life and to live, but also to die whenever and however they like? Lastly, is the State allowed – or can it be allowed – to end someone's life to end their suffering even if the person is not able to express his/her wishes?

As with the beginning of life, there is no European legal consensus⁹⁵ on when this moment occurs – except, possibly, on the fact that "death is not a moment, but a process, which suggests that it is scientifically, and thus arguably also legally, impossible to provide a clear-cut answer to the question"⁹⁶.

Due to the lack of consensus, if the case law on abortion is any indication, the solution to the question of when life ends – just like the question of when life starts – will be left mostly to the States. For instance, according to Portuguese Law no. 141/99 of 28 August⁹⁷, "death corresponds to the irreversible cessation of the functions of the brainstem". It should be noted that, in Portugal, there are also "brain death criteria" – established in the Declaration of the Portuguese Medical Association⁹⁸ of 11th October 1994 – which must be fulfilled in order to establish the diagnosis of brain death.

The Biomedicine Convention⁹⁹ is a legally binding instrument in the field of biomedicine for human rights protection. As the ECHR, the first-mentioned Convention fails to acknowledge euthanasia and other end-of-life issues, which may come as a surprise

⁹⁴ *Ibidem*, § 19.

⁹⁵ As pointed out by Korff, in "The right to life (...)", p. 15, in most Member States, the question is whether life-support devices can be turned off before a person is "clinically dead" in order not to unduly extend the dying process.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Which establishes the principles on which the verification of death is based.

⁹⁸ Available at https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=237&tabela=leis.

⁹⁹ Also known as Oviedo Convention, drafted within the Council of Europe, ratified in 1950.

given the heated discussions on these topics in numerous European and non-European countries.

Even though the ECtHR did not specifically address the role of MoA in its decision-making process, the Court issued its first ruling in *Pretty v. The UK*, although the applicant did not want a health care provider to assist her in ending her life – which will be better explained next.

Mrs. Pretty, a 43-year-old English citizen, became quadriplegic due to severe Motor Neuron Disease (“MND”¹⁰⁰) in 2002. Mrs. Pretty’s limited physical condition made it impossible for her to put an end to her suffering without her husband’s help. However, while England’s Suicide Act of 1961¹⁰¹ did not make it a crime for her to commit suicide, it did make criminally liable anyone who assisted her in doing so. As a result, Mrs. Pretty’s lawyer wrote to the Director of Public Prosecutions, urging not to charge Mrs. Pretty’s husband if he were to assist her in ending her life, a request that was upheld by the mentioned Director. Thus, the applicant alleged this decision “infringed her rights under Articles 2, 3¹⁰², 8¹⁰³, 9¹⁰⁴ and 14¹⁰⁵ of the Convention”¹⁰⁶.

The ECtHR decided that Mrs. Pretty failed to fulfil her burden of proving that the UK violated the Convention by refusing to allow her husband to assist her suicide without criminal liability. On the one hand, in relation to Article 2, Mrs. Pretty argued the article implies not only a right to life, but also a right to choose the continuation of life, and that the protection embodied therein was meant for violations inflicted by third parties (State, public bodies), not by the holder himself¹⁰⁷. On the other hand, since Article 2 prohibits the

¹⁰⁰ “(...) an uncommon condition that affects the brain and nerves. It causes weakness that gets worse over time. There’s no cure for MND (...). MND can significantly shorten life expectancy and, unfortunately, eventually leads to death”. *National Health Service’s website, United Kingdom*. <http://www.nhs.uk/conditions/motor-neurone-disease/>.

¹⁰¹ Suicide Act 1961 states “A person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding fourteen years”.

¹⁰² Prohibition of torture. Regarding this article, Mrs. Pretty invoked that her suffering would constitute “inhuman and degrading treatment”. The Court held that, read in line with article 2, “no positive obligation arises under Article 3 of the Convention to require the respondent State either to give an undertaking not to prosecute the applicant’s husband if he assisted her to commit suicide or to provide a lawful opportunity for any other form of assisted suicide” (§ 56).

¹⁰³ Right to respect for private and family life.

¹⁰⁴ Freedom of thought, conscience, and religion: Mrs. Pretty alleged that in seeking her husband’s assistance she “believed in and supported the notion of assisted suicide for herself” (§ 80). The Court, on the other hand, observed that “not all opinions or convictions constitute beliefs in the sense protected by Article 9 § 1.

¹⁰⁵ Prohibition of discrimination. In what concerns this article, in Mrs. Pretty’s point of view, she would be a victim of discrimination, in that people in different situations were treated identically situations. On its turn, the ECtHR held that “a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. (...) Consequently, there has been no violation of Article 14 of the Convention in the present case”.

¹⁰⁶ *Pretty v. the UK*, § 3 *in fine*.

¹⁰⁷ In Mrs. Pretty’s perspective, the right to life would include the right to die as a corollary, allowing her to avoid foreseeable and unbearable suffering, as well as an undignified end of life in her opinion. On the contrary, a so-called right to death, in the eye of the British government, was not a corollary but the antithesis of the right to life.

intentional taking of life except in certain situations, the Court decided that it would be incoherent to accept that it also protects the right to seek another's assistance in committing suicide, since "the Court accordingly finds that no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention"¹⁰⁸.

In what concerns the dignity of terminally ill and dying people, the Court referred, in the abovementioned case, Recommendation 1418(1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which urges the Committee of Ministers to encourage the Member States to respect and protect, in all aspects, the dignity of terminally ill or dying persons by taking measures such as

c. upholding the prohibition against intentionally taking the life of terminally ill or dying persons while:

i. recognizing that the right to life, especially with regard to a terminally ill or dying person is guaranteed by the Member States, in accordance with Article 2 (...);

ii. recognizing that a terminally ill or dying person's wish to die never constitutes any legal claim to die at the hand of another person;

iii. recognizing that a terminally ill or dying person's wish to die cannot of itself constitute a legal justification to carry out actions intended to bring about death.¹⁰⁹

Regarding the right to life, how does one define 'living'? Is life only a matter of survival or does it include some level of dignity? Established in 1935, the Voluntary Euthanasia Society¹¹⁰ argued that, as a general proposition,

individuals should have the opportunity to die with dignity, and that an inflexible legal regime that had the effect of forcing an individual, who was suffering unbearably from a terminal illness, to die a painful protracted death in indignity, contrary to his or her express wishes, was in breach of Article 3 of the Convention¹¹¹.

According to Mrs. Pretty, Article 8 protected the right to self-determination and claimed that this right included the ability to choose when and how to die. The Court sustained that personal autonomy was a crucial guiding principle in interpreting Article 8, also observing that issues of "quality of life", under this article, were relevant.

Moreover, the Court also held that, in what concerns preventing a person from exercising her decision to avoid what she would believe to be an undignified end of life, it was "not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8§1 ECHR"¹¹².

¹⁰⁸ *Pretty* § 40.

¹⁰⁹ Paragraph 9 of the Recommendation 1418(1999).

¹¹⁰ Which is a leading research organization in the UK on issues related to assisted dying.

¹¹¹ *Pretty* § 25.

¹¹² *Ibidem* § 67.

Taking this into account, the ECtHR determined that Mrs. Pretty's wish to be assisted in suicide falls within the notion of 'private life', and that any interference with the exercise of such choice must be justified under Article 8 (2)¹¹³ of the Convention.

In addition, the Court decided in the same way in the *Haas v. Switzerland* case¹¹⁴ by affirming its belief that one of the features of the right to respect for private life, as defined by Article 8, is an individual's right to choose how and when his or her life will end, provided that he or she is capable of independently making that choice and acting on it. However, in *Haas*, the Court made obvious the difference between this case and *Pretty*: in the first one, and unlike *Pretty*, "the applicant cannot, in fact, be considered infirm, in that he is not at the terminal stage of an incurable degenerative disease which would prevent him from taking his own life"¹¹⁵.

Nonetheless, and as reminded by Karin de Vries, "the Court also held in the *Pretty* [§74] judgement that the State Parties may justifiably prohibit or regulate assisted suicide, in particular with a view to the protection of vulnerable individuals who are not capable of taking informed decisions against acts aimed at ending life"¹¹⁶.

In *Koch v. Germany*¹¹⁷, the Court reasoned that

in an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people were concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflicted with strongly held ideas of self and personal identity.

However, where assisted suicide is permitted in a State Party, and as in the case of *Gross*¹¹⁸, the appropriate legislation should be sufficiently explicit and accessible to allow individuals to know when the conditions are met¹¹⁹.

Euthanasia is a commonly used term to describe the deliberate ending of a person's life by someone other than the individual involved and cannot be confused with assisted suicide: the first one refers to "the intentional termination of life by someone other than the person concerned"¹²⁰, whereas the latter consists in assisting someone who has made the decision to end his or her own life.

Within the notion of euthanasia, it is important to distinguish between active euthanasia and passive euthanasia. The School of Medicine of Missouri University

¹¹³ Which prescribes "There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

¹¹⁴ § 51.

¹¹⁵ *Ibidem* § 52.

¹¹⁶ Vries, 2018, p. 697.

¹¹⁷ Application no. 497/09, Judgement of 19th July 2012, § 51.

¹¹⁸ *Vide Gross v. Switzerland*, Application No. 67810/10, Judgement of 14th May 2013.

¹¹⁹ Vries, 2018, p. 697.

¹²⁰ Sartori, 2018, pp. 23 and 24.

defines¹²¹ active euthanasia as the act of “killing a patient by active means, for example, injecting a patient with a lethal dose of a drug. Sometimes called “aggressive” euthanasia”; on the other hand, passive euthanasia is defined as the act of “intentionally letting a patient die by withholding artificial life support such as a ventilator or feeding tube”¹²².

In what concerns active euthanasia, the Court has not yet pronounced itself on the question whether legislation allowing it would be incompatible with the right to life, as pointed out by Janneke Gerards¹²³.

A recent case law worth explaining, and regarding passive euthanasia, is *Lambert and Others v. France*¹²⁴, which involved several applicants who disagreed with a French *Conseil d'État*'s decision and contested it to declare lawful the doctor's decision to stop providing artificial feeding and hydration to their tetraplegic relative. In France, the topic is regulated by the French Public Health Code, under which treatments must not be maintained with “unreasonable obstinacy” and may be stopped or withheld if they appear to be “futile or disproportionate, or to have no other effect than to sustain life artificially”¹²⁵.

Regarding the case, Mr. Lambert was a tetraplegic who spent years in a vegetative condition, and his treating providers had begun the collective procedure after noticing rising indicators of treatment resistance. Mr. Lambert's wife consented to withdrawal, but his parents and two siblings objected and took the matter to domestic court, which found that the choice to stop artificial nutrition and hydration was legal. The applicant argued that withholding his artificial feeding and hydration would violate the Member State's positive obligations under Article 2. The ECtHR's Grand Chamber held that there would be no breach of the mentioned article when the judgement of the *Conseil d'État* were to be implemented¹²⁶. The Court specifically noted, in the case's paragraph 72, that there was no consensus among Council of Europe's Member States on the issue of allowing the removal of life-sustaining treatment.

Therefore, it determined that the issue at stake under Article 2 was not the respect for the prohibition to take life, but conformity with the State's positive obligation to protect life, based on a distinction between “euthanasia” and “therapeutic abstention”. The Court used a twofold approach to determine whether France had fulfilled its obligations: firstly, it underlined the *Glass*¹²⁷ case law, in which it analysed the necessity to read the Convention “as a whole”, and to read Article 8 considering Article 2. The ECtHR assessed that “in

¹²¹ <https://medicine.missouri.edu/centers-institutes-labs/health-ethics/faq/euthanasia>.

¹²² Even though the terms ‘voluntary euthanasia’ and ‘non-voluntary euthanasia’ are self-explanatory, Daria Sartori (Sartori, 2018, p. 24) distinguishes both terms. On one hand, “voluntary euthanasia refers to the termination of life at the involved person's request, while non-voluntary euthanasia implies the lack of an express request (e.g., because the person is (...) unable to express his/her wishes)”.

¹²³ Gerards, 2018, p. 357.

¹²⁴ Application no. 46043/14, Judgement of 5th June 2015.

¹²⁵ Article L. 1110-5. For more information regarding this Public Health Code *vide* § 53 of the *Lambert* case.

¹²⁶ *Lambert* case, § 182.

¹²⁷ Application no. 61827/00, 9th March 2004.

analysing a probable breach of Article 2, reference should be made to Article 8 of the Convention and the right to respect for private life and the notion of personal autonomy that it encompasses”¹²⁸.

The Court then drew three criteria – also known as “*Lambert criteria*” – from its case law “that domestic authorities must respect when it comes to administering or withdrawing treatments”¹²⁹:

(a) the existence in domestic law and practice of a regulatory framework compatible with the requirements of Article 2 (...);

(b) whether account had been taken of the applicant’s previously expressed wishes and those of the persons close to him or her, as well as the opinions of other medical personnel (...);

(c) the possibility to approach the courts in the event of doubts as to the best decision to take in the patient’s interests (...)”¹³⁰.

The ECtHR concluded that the French legislative framework was “sufficiently clear, for the purposes of Article 2 of the Convention, to regulate with precision the decisions taken by doctors in situations such as that in the present case”¹³¹. As mentioned by Daria Sartori¹³², although in paragraph 147 of the *Lambert* case the ECtHR brought up the comparative analysis¹³³, it did not pronounce on the balance of interests in question: its reasoning was effectively restricted to ensuring the observance of procedural guarantees. Thus, it concluded that

States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not permit the withdrawal (...), but also as regards the means of (...) balance between the protection of patient’s right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy (...). However, this margin of appreciation is not limited (...) and the Court reserves the power to review whether or not the State has complied with its obligations under Article 2¹³⁴.

Janneke Gerards¹³⁵ refers the Court found that the judicial order to cease the treatment fell within the State’s margin of appreciation since the national decision-making process in *Lambert* had been very meticulous and there had been sound judicial remedies.

Many considerations, such as differences in local laws and customs, justify the use of the margin of appreciation, particularly when dealing with highly sensitive matters. It is when consistent European ideas in the scope of rights or constraints are difficult to define

¹²⁸ *Lambert* § 142.

¹²⁹ Sartori, p. 34.

¹³⁰ *Lambert* § 143.

¹³¹ *Ibidem* § 160.

¹³² Sartori, 2018, p. 34.

¹³³ According to which “no consensus exists among the Council of Europe Member States in favour of permitting the withdrawal of artificial life-sustaining treatment, although the majority of States appear to allow it”.

¹³⁴ *Lambert* § 148.

¹³⁵ Gerards, 2018.

that the margin of appreciation – by being a “degree of discretion” granted to the Member States – is frequently asserted.

Besides the euthanasia example, assisted suicide is a well-known political and moral discussion that falls within the margin of appreciation allowed to the Member States.

Under Article 8 and quoting Korff, “the Court took a much more positive approach to Mrs. Pretty’s case (...). In a way, this became the provision under which the difficult and sensitive issues involved were addressed in the greatest depth and detail”¹³⁶.

The ECtHR, however, has rejected to extend its rationale to a full-fledged ‘right to die’. In the words of William Schabas, “it has stopped short of recognizing that someone who is not infirm may nevertheless have a right to commit suicide with dignity”¹³⁷.

The Court acknowledges that end-of-life decisions may constitute a balance between Article 2 and Article 8 interests¹³⁸ – a connection which will be developed next – bearing in mind that the ECtHR’s scrutiny is frequently limited to the respect of procedural guarantees by domestic authorities in charge of the balance¹³⁹.

a. Article 2 in relation to Article 8 of the ECHR

Even though there is no “*a priori*” restriction to the articles to which the margin of appreciation can be applied, the doctrine has generally been employed in combination with a few specific Convention’s provisions, while others have been traditionally left out of its domain of application.

As mentioned by Daria Sartori, “it is self-evident that the termination of life in the person’s best interest raises issues which are relevant under both Articles 2 and 8 ECHR, and that a contrast may arise between the safeguard of life and respect for individual autonomy”¹⁴⁰.

If there is one feature that distinguishes Article 2 from other articles, it is that – as previously discussed – it specifically imposes a substantive positive obligation on the parties. Article 8 is similar since it requires “respect” for private life, which the European Court interprets as implying a duty to take positive action.

Since it is a broad concept¹⁴¹, the ECtHR has never been able to offer a clear and precise definition of “private life”, even though it is “clearly wider than the right to privacy (...) and it concerns a sphere within which everyone can freely pursue the development and

¹³⁶ Korff, 2006, pp. 20 and 21.

¹³⁷ Schabas, 2015, p. 382.

¹³⁸ Haas § 53; Lambert § 142.

¹³⁹ Sartori, 2018, p. 38.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴¹ As stated by the Court in *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Application no. 13134/87, Judgement of 25th March 1993, § 36.

fulfilment of his personality”¹⁴². However, the latter is commonly perceived as “the private sphere of personal relations”¹⁴³, which also “covers the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life”¹⁴⁴.

While the right to life is primarily seen as a provision that requires Member States to act or refrain from acting to protect life, the right to respect private and family life, on the other hand, is understood as an entitlement to personal autonomy. In the above-mentioned case *Pretty*, the Court underlined, by citing previous case law, that the term “private life” in Article 8 “is a broad term not susceptible to exhaustive definition”. It then went on to recognize a new notion of ‘personal autonomy’ as a fundamental principle underlying the interpretation of the ECHR’s safeguards, even though no earlier decision has established a right to self-determination as being contained in Article 8¹⁴⁵.

In the words of Arend Hendriks, “personal autonomy notably seeks to guarantee the right to be free to exercise one’s rights and freedoms the way one wants”¹⁴⁶. And as pointed out by the mentioned author, in the case of health care, this right normally requires that physicians (and other health care providers) firstly provide appropriate information on the various treatments options before an individual gives his or her informed consent¹⁴⁷. This is completely comprehensible since, just as the Court stated in *Pretty*, “the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person’s physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1”¹⁴⁸.

The Court’s recognition of “personal autonomy” allowed it to address the *Pretty* case’s main question: whether this principle protects the right of mentally capable individuals to choose death – with help of others if necessary –, or whether “the principle of sanctity of life” should override such “self-determination”. The Court held that there was “the common ground [between the parties] that the restriction on assisted suicide, in this case, was imposed by law and in pursuit of the legitimate aim of safeguarding life and thereby protecting the rights of others”¹⁴⁹.

In *Csoma v. Romania*,¹⁵⁰ the Court refers to the general principles established under Articles 2 and 8 of the Convention regarding the State’s liability for medical negligence. It emphasizes that the Contracting States must enact legislation requiring both public and private hospitals to take sufficient precautions to protect their patients’ lives. Furthermore,

¹⁴² Kilkelly, 2003, 11.

¹⁴³ Renucci, p. 41.

¹⁴⁴ In *X and Y v. The Netherlands*, Application no. 8978/80, Judgement of 26th March 1985, § 22.

¹⁴⁵ § 61 of *Pretty v. The UK*.

¹⁴⁶ Hendriks, 2019, p. 564.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Pretty v. the UK* § 63.

¹⁴⁹ *Ibidem* § 69.

¹⁵⁰ Application no. 8759/05, Judgement of 15th January 2013, § 41.

the ECtHR emphasizes the importance of individuals facing health risks having access to information that allows them to assess those risks. It has been determined that the Contracting States are bound, under this obligation, to

adopt the necessary regulatory measures to ensure that doctors consider the foreseeable consequences of a planned medical procedural on their patient's physical integrity and to inform patients of these consequences beforehand, in such a way that the latter are able to give informed consent¹⁵¹.

As previously seen, both articles at stake may be connected, thus being important to balance the rights in question: is it more important to live and “respect” Article 2 or is it even more important to live with dignity and be able to choose, when being a terminally ill or dying person – and, obviously by fulfilling strict criteria –, whether to live or to die?

It is, indeed, a debate where there is no consensus: those in favour argue that people have the right to decide questions regarding their body and to choose when and how they want to die, and “those who believe in its significance as a path to avoid pain and suffering for terminal ill or people in terminal phase or without quality of life, a conscious path that reflects an informed choice”¹⁵².

On the contrary, arguments against euthanasia relate with religion, the respect for “the inviolability of life, and its value, or ethical considerations about the doctor's function, which is to treat and not to kill”¹⁵³.

Euthanasia is, in some cases, established as a separate legal form of crime, while in others. it is classified as a less serious crime. In other circumstances, it is seen as a less serious kind of homicide called “privileged homicide”¹⁵⁴. However, in some countries, it falls into the category of simple homicide.

In this regard, it becomes not only important but also interesting to develop the comparative perspective on this matter, since there is no European agreement on whether euthanasia should be legal and which criteria must be observed.

b. A comparative perspective

It is believed that understanding the process and the interpretative mechanisms used to establish them is just as important as knowing the standards developed by the ECtHR, since “national courts have an important role in the interpretation of the Convention through the cases that are brought before them, in light of the principle of subsidiarity”¹⁵⁵.

¹⁵¹ *Ibidem* § 42.

¹⁵² “Eutanásia e suicídio assistido: Enquadramento internacional”, 2020, p. 6.

¹⁵³ Almeida, 2018.

¹⁵⁴ Article 133 of the Portuguese Criminal Code – even though there is no crime in Portugal as “euthanasia” *per se*.

¹⁵⁵ “Interpretative mechanisms of ECHR case-law: The concept of the European consensus”, in *Human Rights Education for Legal Professionals*, Council of Europe Portal.

In what concerns the term “European consensus”, it can be defined as the level of uniformity present in the legal frameworks of the Member States of the Council of Europe on a particular topic, and this is a principle used by the Court

both to justify a wide margin of appreciation given to the Member States in the absence of consensus, thus stagnating the development of case law, and to impose new standards, where there is a clear trend in most Member States, thus advancing the interpretation of the Convention¹⁵⁶.

While the Court uses the term “European consensus”, the Convention itself contains no definition, criteria, or regulation of it. Moreover, the ECtHR “has not clearly defined what it means by European consensus, and it has not been analysed systematically in academic work”¹⁵⁷.

Despite this, to support its arguments on the interpretation of the Convention, the Court frequently uses a comparative analysis which in some cases may lead to the creation of a European consensus or a “common European standard”¹⁵⁸. This “uniform standard” and its development must be a gradual process, since the whole legal framework is based on the agreement of Member States. Just as the Court summed up in *Glor v. Switzerland*¹⁵⁹, the Convention is a human rights’ protection system and, as so, “the Court must, however, have regard to the changing conditions in the Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved”, the existence or non-existence of common ground between the Member States’ laws being one of the relevant factors in determining the scope of the MoA left to the authorities¹⁶⁰.

Except concerning discriminatory conduct, a broader margin of appreciation is justified by a lack of consensus on the relative importance of the interest at stake or the best strategies to protect it, especially in cases regarding delicate issues related to morals or ethics¹⁶¹.

As stated by the Court in *Fabris v. France*¹⁶², “the scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background, but the Court must determine in the last resort whether the Convention requirements have been complied with”.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Dzehtsiarou, 2011, p. 1.

¹⁵⁸ “Interpretative mechanisms of ECHR case-law: The concept of the European consensus”, in *Human Rights Education for Legal Professionals*, Council of Europe Portal..

¹⁵⁹ Application No. 13444/04, 30th April 2009, § 75.

¹⁶⁰ *Rasmussen v. Denmark*. Application no. 8777/79, Judgement of 28th November 1984, § 40.

¹⁶¹ *Vide X and others v. Austria*. Application No. 19010/07, Judgement of 19th February 2013, § 148.

¹⁶² Application No. 16574/08, Judgement of 7th February 2013, § 56.

As previously pointed out, euthanasia “can primarily be linked to a conflict between religious and secular political parties, as these issues can be interpreted as a matter of Christian versus secular morality”¹⁶³.

Furthermore, the presuppositions underlying the admissibility of euthanasia have evolved significantly. Whereas it was once viewed through the lens of the State’s right to kill, it is now seen as the patient’s right to die or to have his pain relieved, implying that the State and health professionals, in general, have a duty to provide adequate palliative care to reduce suffering¹⁶⁴.

In Recommendation 779 (1976), regarding the rights of sick and dying people, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe advocated the Committee of Ministers to invite the governments of each Member State to “establish national commissions of inquiry, composed of representatives of all levels of the medical profession, lawyers, moral theologians, psychologists, and sociologists, to establish ethical rules for the treatment of persons approaching the end of life”.

The principles enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, particularly the ones established in the mentioned convention with regard to the Application of Biology and Medicine, provide an ethical and legal frame of reference “through which Member States endeavour to find common, co-ordinate responses to the questions which arise in society, with the aim of ensuring that human dignity is protected”¹⁶⁵.

One thing is certain: despite the differences in cultural and socioeconomic attitudes, the end of life and the challenges it raises are one of the current concerns of CoE’s Members, some of which allow euthanasia and/or assisted suicide, while others still consider that helping or promoting suicide is a criminal offence.

Due to the lack of consensus, the Court has, thus far, granted a broad margin of appreciation that has embraced all the contrasting alternatives and “did not impose any positive obligations on the States except for the ones they were already willing to undertake by their national laws”¹⁶⁶.

At this point, it is now important to acknowledge three distinct legal systems regarding euthanasia: Portugal, the Netherlands, and Poland.

¹⁶³ Green-Pedersen, 2007, p. 276.

¹⁶⁴ “Eutanásia e suicídio assistido: Enquadramento internacional”, 2020, p. 9.

¹⁶⁵ “Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations” (2014), Council of Europe, p. 6.

¹⁶⁶ Vildan, 2019, pp. 149 and 150.

i.Portugal

The Portuguese Constitution enshrines in Articles 24 to 79 an extensive list of rights and fundamental freedoms¹⁶⁷. Article 9, b) of the Portuguese Constitution states that it is the primary role of the State to protect fundamental rights and liberties. The Portuguese legal system provides a specific system for the protection of rights, liberties, and guarantees, as opposed to economic, social, and cultural rights, in addition to a general system for the protection of fundamental rights¹⁶⁸.

In the Portuguese legal system, euthanasia is either considered to be “privileged homicide” or “murder at the victim’s request”¹⁶⁹. In the first case, which is based on an appreciable reduction in the perpetrator’s guilt, the prison sentence is reduced (when compared to the one applicable in simple homicide cases) to between 1 and 5 years, if one of the determining motives for the perpetrator provided for therein occurs, namely that the perpetrator was overcome, in committing the conduct, by “compassion, desperation, or a motive of relevant social or moral value”. The lowered culpability may result from different disturbing factors, all of which influence the agent’s decision, who only decides to do so due to the fact he or she is in an affected psychological state.

In what concerns “murder at victim’s request”, this is a specific type of homicide with even greater mitigation on the applicable abstract penalty in which the perpetrator is “determined by a serious, instant and express request” from the victim and is punished with a prison sentence of up to three years¹⁷⁰. This legal type of crime excludes cases of participation in or assistance to another’s suicide, namely those punishable as incitement or aid to suicide (Article 135 PPC). In the words of Manuel da Costa Andrade¹⁷¹, “what makes homicide at victim’s request unique, and explains the privileged status that the law accords it, is the fact that the death results from the victim’s self-responsible exercise of self-determination”.

Although Portugal has not yet decriminalized euthanasia and assisted suicide in the context of terminally ill people, it does recognize the living will, which consists of the creation of a

unilateral document, freely revocable at any time by the person himself/herself, in which a person of legal age and capable, who is not mentally handicapped or incapacitated, expresses in advance his conscious, free, and informed will concerning the health care he/she

¹⁶⁷ Which can be explained by the historical circumstances surrounding its drafting namely the Portuguese State’s emergence from a long period of dictatorship and the dogmatic evolution of human rights and fundamental rights which had already been achieved in 1976.

¹⁶⁸ Homem, 2019, pp. 133, 134.

¹⁶⁹ Established in article 133 and article 134, respectively, of the Portuguese Criminal Code.

¹⁷⁰ In this situation, it is considered that the guilt is diminished, justifying the legislator’s benevolence.

¹⁷¹ Andrade, 1999, p.63.

wishes to receive or does not wish to receive if for any reason he is incapable of expressing his will personally and autonomously¹⁷².

It is important to mention that, according to Article 3 of Law no. 15/2014, 21st March 2014, the user of health services has the right to consent or to refuse health treatment, which naturally relates to the correlative duty to respect such will. Thus, this expressly enshrined right is crucial to understand the topic of passive euthanasia, which is allowed when a patient expresses his/her will not to continue with the treatments¹⁷³.

Moreover, in this regard, the Medical Ethics Regulation¹⁷⁴, in its Article 65, expressly forbids doctors to aid in suicide, euthanasia, and dysthanasia, thus, emphasizing, with respect for the patient's dignity at the end of life, palliative care.

In what concerns the religious perspective, it is crucial to mention the Pastoral Note¹⁷⁵ of the Permanent Council of the Portuguese Bishops' Conference, which refers that the inviolability of human life does not end when the person who holds it gives her or his consent. In the Permanent Council's opinion, the right to life is inalienable and expresses the objective value of the human being's dignity.

Either way, in Portugal there has been an attempt to decriminalize euthanasia. On 28th January 2021, the Portuguese Parliament approved the Draft Bill to legalize euthanasia and, thus, modify the Criminal Code. However, and respecting the powers vested on the President of the Republic, enshrined in the Portuguese Constitution, the President must, within twenty days counted since the reception of any decree from the Parliament to be approved, either promulgate it or exercise the veto power, requesting a new decree's appreciation in a reasoned message, according to Article 136 (1) of the Portuguese Constitution.

In the light of Article 278(1) of the Constitution, the President requested, in February 2021, to the Constitutional Court the preventive constitutional review of the decree in question, and, in April, by its decision no. 123/2021 of 12th April 2021, the Constitutional Court found it unconstitutional, defending the inviolability of the right to life and returning it to the Parliament. Moreover, the Court invoked the fact that the content of the right to life's enshrinement in the Portuguese Constitution makes it clear that it does not have a negative dimension. The Constitutional Court also held that, in the Portuguese legal system, the fundamental right to the development of personality¹⁷⁶ reflects the values of general freedom of action and the capacity for individual self-determination, while

¹⁷² Vide article 2 of Portuguese Law no. 25/2012, from 16th July which regulates advance wills, namely in the form of living will and the appointment of a health care proxy and creates the National Register of Living Wills. Vide also Ordinance no. 96/2014, from 5th May, which regulates the organization and the function of National Register of Living Wills.

¹⁷³ Vide "Eutanásia e suicídio assistido: Enquadramento internacional", 2020, p. 43.

¹⁷⁴ Regulation no. 707/2016, 21st July.

¹⁷⁵ From 8th March 2016.

¹⁷⁶ Established in Article 26(2) of the Constitution.

affirming that there is a tension between the duty to protect life, on the one hand, and the respect for personal autonomy in situations of extreme suffering, on the other.

Sequentially, in November 2021, the Parliament, bearing in mind the previous ruling of the Constitutional Court, elaborated a new Draft and approved the decriminalization of euthanasia, which was sent to the President for approval, being returned to the Parliament without any promulgation, and, with it, the President requested some clarifications regarding the Decree's text.

The January legislative elections, in 2022, ushered in a new legislature and the process was taken up by the deputies in the Parliament, but it was only in mid-October that the replacement text was 'closed', being approved in the speciality on December 7th, and it was, once again, delivered to the President, who again sent it to the Constitutional Court, which ruled, by majority, the unconstitutionality of the Law decriminalizing euthanasia. The decree was once more returned to the Parliament with no promulgation. Later, in April, after receiving the new Draft, and contrary to what he had done previously, President Marcelo Rebelo de Sousa did not submit the diploma to the Constitutional Court and decided for a political veto. At stake were doubts about assisted suicide and euthanasia, namely the lack of clarity on who defines the patient's physical incapacity to self-administer lethal drugs.

The question was once again discussed in Parliament on 12th May 2023 and, as expected given the last few times, deputies approved the euthanasia law with an absolute majority. According to the Portuguese Constitution, if the same text is confirmed by an absolute majority of the Parliament's deputies (116 out of 230), the Head of State is obliged to promulgate the Law within eight days of its reception – Article 136(2) of the Portuguese Constitution.

This highlights the effort of the majority of Portuguese deputies to decriminalize euthanasia and to leave it up to terminally ill people to decide on how and when they wish to die, instead of continuing living with no dignity and causing emotional damage to their beloved ones.

It is, from my personal standpoint, an achievement for all those who perceive euthanasia not as a duty to die whenever terminally ill, but rather as the right to die with dignity and the right not to have to endure the pain that comes from the disease in cases which it is only postponing death.

ii. The Netherlands

Being the first European State to decriminalize voluntary euthanasia¹⁷⁷, it becomes crucial to mention the Dutch legal system and refer that the debate on euthanasia has resulted in a widespread practice in the Netherlands for several years, which has culminated in the approval of a bill by the Dutch Parliament on 12th April 2001¹⁷⁸.

This legislation explicitly provides for the introduction, in the Dutch Criminal Code, namely in Section 293(2), of a cause of exclusion of punishability if euthanasia and assisted suicide are carried out by the doctor¹⁷⁹, who must meet the requirements of due care referred to in Article 2 of the already mentioned Act. For instance, the doctor needs to be convinced that the “patient’s request is voluntary and well-considered”, that “the patient’s suffering is hopeless and unbearable”. Besides, the doctor must have informed the patient of his or her clinical situation and “come to the firm conclusion with the patient that there is no reasonable alternative solution”. Moreover, the patient must have been examined by at least one other independent physician, who must have seen the patient, given his written opinion on the due care criteria and reached the same conclusion as the first doctor. The last requirement is that the doctor has performed the termination of life (or assisted suicide) with medical care.

If the law’s requirements are not met, the doctor may be accused of committing a crime, punishable by up to twelve years in jail for euthanasia and up to three years in prison for assisted suicide. On the other hand, the physician has the right to conscientious objection, being allowed to refuse to execute the act¹⁸⁰.

One question may arise regarding terminally ill patients who have already scheduled euthanasia: in the situation that throughout the time they are in a state of semi or total unconsciousness and show signs of great suffering, the physician may still perform the act.

In what concerns 12-year-old minors, they can request euthanasia with the approval of their parents or legal representatives and, by the age of 16, they can make the decision on their own; however, their parents must be included in the process. Once they reach 18 years old, they have the right to request it without parental consent. Regarding new-borns, doctors are allowed to execute euthanasia in extraordinary circumstances stipulated by the law and abortion at the conclusion of the gestation period in cases of major defects found in the fetus.

In the Netherlands, the Euthanasia Code explains how the law’s application procedures work in practice and provides guidelines for doctors on how to comply with the

¹⁷⁷ Wise, 2001, p. 580.

¹⁷⁸ The Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act, which came into force in the 1st of April in the following year.

¹⁷⁹ Magro, *s.d.*, p. 245.

¹⁸⁰ See “Eutanásia e suicídio assistido: Enquadramento internacional”, 2020, p. 38.

law's requirements for euthanasia and assisted suicide. In 2018, the five *Regional Euthanasia Review Committees* – established in the Netherlands – updated the mentioned Code¹⁸¹.

According to these five Regional Committees, in their 2019's annual report, relevant actions were taken to improve and professionalize the way the RTE operates and is organized. Even more importantly, as in previous years, the review of notifications in 2019

delivers the incontrovertible message that due care is exercised in the practice of euthanasia in the Netherlands: in only four of a total of 6,361 notified terminations of life on request in the past year (2019) did the RTE find a failure to satisfy one or more of the due care criteria laid down in the Act.

At one point, although a question on the existence of a culture of death was raised in the Netherlands, owing to a high number of early deaths of patients, namely¹⁸² the Royal Dutch Medical Association (KNMG) reiterated in the past that the law on the termination of life must be seen as an exception and not the rule, and “it will never become ‘standard’”¹⁸³.

Finally, in the Netherlands, sedation should be used to diminish end-of-life pain rather than to kill, and it is allowed in patients with a life expectancy of less than two weeks. The patient, close relatives, and/or health care experts can make this decision. It is also worth noting that euthanasia and assisted suicide are only available to Dutch citizens.

iii. Poland

According to Article 38 of the Polish Constitution, every human being's life must be protected by the State. Article 30 goes on to affirm that the intrinsic and inalienable dignity of the human person, which it considers inviolable, is the source of individual and citizen freedoms and rights, which must be maintained and defended by governments.

In Poland, “euthanasia” is not defined by the Medical Ethics Code, nor by the legal guidelines; however, it is perceived that “doctrine and health professionals implicitly give to the generic term of euthanasia the connotation of active euthanasia”. Either way, the mentioned Code expressly states, in its Article 31, that “a doctor must not use euthanasia or assist a patient to commit suicide”.

In this legal system, euthanasia is a crime against life and is understood as a homicide. It is, however, subject to a specific legal type of crime involving the death of someone at his request and out of compassion, which carries a prison sentence ranging from 3 months to 5 years¹⁸⁴.

¹⁸¹ “Euthanasia Code 2018: Review Procedures in Practice”, Regional Euthanasia Review Committees.

¹⁸² Banović & Turanjanin, 2014, p. 1319.

¹⁸³ KNMG Position Paper (2011), “The role of the physician in the voluntary termination of life”, p. 7.

¹⁸⁴ As enshrined in article 150 of the Polish Penal Code.

Furthermore, even though Article 150 of the Polish Penal Code does not explicitly distinguish between active and passive euthanasia, it has been held that in cases of omission of treatment, the person in question can be charged under Article 162 of the mentioned Code up to 3 years of deprivation of liberty for failing to assist a person whose life was suddenly threatened. However, one note must be made: the withdrawal of long-term therapy at the patient's desire is not deemed passive euthanasia or a crime. In this case, the main issue is that the Polish legal system lacks a definition of what constitutes "persistent treatment"¹⁸⁵.

Two requirements must be met for the crime to be committed¹⁸⁶, namely the victim's request to be killed and the compassion felt by the agent. The request must be firm, clear, and unmistakable, and must come from someone who is aware and capable of assessing the situation in which he finds himself.

Article 30 of the Medical Ethics Code imposes that the physician should make every effort to offer the patient terminal health care and conditions that allow him or her to die with dignity. According to this article, the physician has a duty to relieve the pain of an end-of-life patient to the greatest extent possible while maintaining the highest possible quality of life.

However, according to Article 32, when faced with grave terminal situations, the physician is not required to create activities targeted at resuscitating the patient, to apply persistent medicines that only prolong life, or to use extraordinary clinical tools for this purpose. The decision as to when to stop administering them rests solely with the physician, according to his assessment of the patient's chances of survival.

Despite all the above-mentioned, many questions have been raised as to whether a physician can practice passive euthanasia in relation to a terminally ill patient by discontinuing therapies, or whether, on the contrary, he should continue to offer these treatments at any cost.

Lastly, and unlike Portugal, although it is practicable to follow up on advance directives, such as a living will, the Polish legal system does not control the possibility of a person drafting such. Hence, all directives expressed by a conscious patient can be respected if they are in accordance with the prescriptions governing the way they are expressed and collected, as defined by the Civil Code, the Law on the Physician's Profession, and other regulatory provisions relating to medical law, as well as deontological codes¹⁸⁷.

¹⁸⁵ "Eutanásia e suicídio assistido: Enquadramento internacional", 2020, p. 40.

¹⁸⁶ Which includes euthanasia itself and any voluntary activities designed to end the life of someone at his or her request and out of compassion for the person performing it.

¹⁸⁷ "Replies to the questionnaire for Member States relating to euthanasia" (2003), steering Committee on Bioethics, (CDBI), Council of Europe, p. 51.

3. Conclusion

As seen, when deciding on contentious matters, the MoA is an important interpretative tool used by the ECtHR, with case law demonstrating that States' Parties enjoy a margin of appreciation in how they implement the Convention in their legal systems, depending on the facts of the case and the rights and freedoms at stake. This underlines the fact that the Convention system is subsidiary to the national safeguarding of human rights. As a result, the Court's role is to determine whether national authorities' decisions are compatible with the ECHR, while considering the State's margin of appreciation.

Reaching a European consensus in all matters is a long and hard path to take, since not all States have the same beliefs, culture, and traditions. Thus, and in what concerns the right to life, it may carry a double interpretation: on the one hand, it is understood that life is inviolable (we speak here of cases of homicide, death penalty, among others); on the other hand, living with dignity and without suffering must be assured and protected by the right foreseen in Article 2. Hence, people should have the right/freedom to choose whether they want to prolong their suffering, becoming crucial not to confuse cases in which the person is dying and intends to die (right to die with dignity) with the cases in which death is anticipated by the doctor.

However, there must be, of course, criteria that need to be met, namely the fact that the patient is conscious, expressly requests to die, and there has been medical supervision by more than one health professional (not only a doctor, but also psychologists, nurses), and, above all, the patient in question must be a terminally ill person and there must be no alternative solution.

What is important to note is that the right to euthanasia does not oblige one to die when terminally ill, since it is not called "duty to euthanasia", but it will give the patient the chance, once and only when the criteria are met, to die with dignity and in peace.

Literature and Webography

Books

- ANDRADE, M.C. (1999). Comentário aos Artigos 131.º a 201.º. In J. Figueiredo Dias (ed.). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte especial*. Tomo I. Coimbra Editora.
- BOTELHO, C. (2011). *Quo Vadis* “doutrina da margem nacional de apreciação”? O amparo internacional dos direitos dos homens face à universalização da justiça constitucional. In *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Universidade Católica Editora.
- GERARDS, J. (2018). Chapter 6: Right to life (Article 2). In P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn & L. Zwaak (eds.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th ed. Intersentia, pp. 353-380.
- GERARDS, J. & FLEUREN, J. (eds.). (2014). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case-Law: A Comparative Analysis*. Intersentia Cambridge – Antwerp – Portland. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/29815-1.pdf>.
- HOMEM, F.A. (2019). *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Sistema de Proteção de Direitos Fundamentais: Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*. Almedina.
- HOWARD, C.Y. (1996). *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Kluwer Academic Publishers.
- SCHABAS, W.A. (2015). *The European Convention on Human Rights: A commentary*. Oxford, Oxford University Press.
- VRIES, K. (2018). Chapter 12: Right to Respect for Private and Family Life (Article 8). In P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn & L. Zwaak (eds.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th ed. Intersentia, pp. 667- 734.

Articles

- AKANDDI-KOMBE, J.-F. (2007). Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, No. 7, Council of Europe. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff4d>.
- ALMEIDA, C.M.C. (2018). “A eutanásia”. *Newsletter da Cirurgia C*. <https://ordemdosmedicos.pt/a-eutanasia/>.
- BANOVIĆ, B. & TURANJANIN, V. (2014). Euthanasia: Murder or not: A comparative approach. *Iranian J Publ Health*, Vol. 43, No.10, Oct 2014. <https://ijph.tums.ac.ir/index.php/ijph/article/view/3896/3559>.
- BAUCH, J. A. (2005). The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law. *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, no. 1, pp. 113-150. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2094565.

- BOURGEOIS, S. (2016). The implementation of the European Convention on Human Rights at the domestic level. In *Comparative Study on the Implementation of the ECHR at the National Level*. Belgrade: Council of Europe Publishing, pp. 7-28.
- BREMS, E. & LAVRYSEN L. (2013). Procedural justice in human rights adjudication: The European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly* 35, no. 1. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hurq35&i=180>.
- DRPLJANIN, V. (2019). The right to die – Euthanasia and assisted dying under the European Convention on Human Rights. *Católica Law Review*, vol. III, no. 1, pp. 149 and 150. <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/9111>.
- DZEHTSIAROU, K. (2011). Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights. https://www.academia.edu/526412/Does_Consensus_Matter_Legitimacy_of_European_Consensus_in_the_Case_Law_of_the_European_Court_of_Human_Rights.
- EUTANÁSIA e suicídio assistido: Enquadramento internacional. (2020). Divisão de Informação Legislativa Parlamentar. Assembleia da República, Coleção Temas, n.º 60. [EutanasiaSuicidioAssistido_Nov_2020.pdf](https://www.parlamento.pt/legisla/temas/EutanasiaSuicidioAssistido_Nov_2020.pdf) (parlamento.pt).
- FEINGOLD, C.S. (1977). Doctrine of margin of appreciation and the European Convention on Human Rights. *Notre Dame Law Review*, vol. 53, no. 1, Article 6. <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2618&context=ndlr>.
- GERARDS, J. (2018). Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, no. 18, pp. 495-515. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241940.
- GERARDS, J. (2012). The prism of fundamental rights. *European Constitutional Law Review*, vol. 8, no. 2, pp. 172-202. https://www.researchgate.net/publication/259425210_The_Prism_of_Fundamental_Rights.
- GREEN-PEDERSEN, C. (2007). The conflict of conflicts in comparative perspective: Euthanasia as a political issue in Denmark, Belgium, and the Netherlands. *Comparative Politics*, vol. 39, no. 3. https://www.jstor.org/stable/pdf/20434041.pdf?refreqid=excelsior%3A9bb6b14e59c2c2b61b6155207c61af72&ab_segments=&origin=.
- GUIDE on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations. (2014). Council of Europe. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900000168039e8c5>.
- HENDRIKS, A.C. (2019). End-of-life-decisions. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights. *ERA Forum*, no. 19, Springer Link. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0530-7.pdf>.
- ITA, R.E. (2018). The margin of appreciation doctrine and the interpretation of the European Convention on Human Rights as a living instrument. University of Derby – Thesis.

- <https://derby.openrepository.com/bitstream/handle/10545/623276/Rachael%20Ita%20Thesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- KILKELLY, U. (2003). The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, no. 1, Council of Europe. <https://rm.coe.int/168007ff47>.
- KNMG Position Paper (2011). The role of the physician in the voluntary termination of life. <https://www.consciencelaws.org/archive/documents/2011-08-30%20KNMG-position-paper.pdf>.
- KORFF, D. (2006). The right to life: A guide on the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, no. 8. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff4e>.
- MAGRO, M.B. (2001). Eutanasia e Diritto Penale. In *Itinerari di Diritto Penale* – Collana diretta da Giovanni Fiandaca – Enzo Musco – Tullio Padovani – Francesco Palazzo, Turin. <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Magro-Eutanasia-e-diritto-penale.pdf>.
- O'DONNELL, T.A. (1984). The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, vol. 4, pp. 474-496. https://www.jstor.org/stable/pdf/762206.pdf?refreqid=excelsior%3Aed1984ab029e5ee8a419368af0ff5ab&ab_segments=&origin=.
- RENUCCI, J.-F. (2005). Introduction to the European Convention on Human Rights. The rights guaranteed and the protection mechanism. Council of Europe Publishing. [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-01\(2005\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-01(2005).pdf).
- SARTORI, D. (2018). End-of-life issues and the European court of Human Rights. The value of personal autonomy within a 'proceduralized' review. *Questions of International Law*, 23-43. http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2018/06/03_End-Life_SARTORI_FIN.pdf.
- THE Constitution of Sweden: The fundamental laws and the Riksdag Act (2016). Sveriges Riksdag. <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>.
- WADA, E. (2005). A Pretty picture: The margin of appreciation and the right to assisted suicide. *Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 27, no. 2, art. 4. <https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=ilr>.
- WISE, J. (2001) in *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 79, no. 6. <https://www.who.int/bulletin/archives/79%286%29580.pdf>.

Webography

- “Euthanasia Code 2018: Review Procedures in Practice”. Regional Euthanasia Review Committees. <https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/euthanasia-code/euthanasia-code-2018/euthanasia-code-2018/euthanasia-code-2018>.
- “Interpretative mechanisms of ECHR case-law: The concept of the European consensus”. Human Rights Education for Legal Professionals, Council of Europe Portal. <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law> (last visited on 16th March 2022).
- “Margin of Appreciation” by the Council of Europe. https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.
- Note by the Jurisconsult in Interlaken Follow-Up, Principle of Subsidiarity, 2010, European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf.
- The Interlaken Process: Measure taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights” (2020). <https://rm.coe.int/processus-interlaken-eng/1680a059c7>.
- High-level Conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility”. Brussels Declaration, 27 March 2015. https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf.
- “Factsheet – Police arrest and assistance of a lawyer”, European Court of Human Rights. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Police_arrest_ENG.pdf.
- “Motor neurone disease” – National Health Service. <https://www.nhs.uk/conditions/motor-neurone-disease/>.
- “Nota Pastoral do Conselho Permanente da Conferência Episcopal Portuguesa «Eutanásia: o que está em causa? Contributos para um diálogo sereno e humanizador»”. https://www.conferenciaepiscopal.pt/v1/wp-content/uploads/CEP_Eutanasia_NotaPastoral.pdf.
- Regional Euthanasia Review Committees’ Annual Report (2019). <https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>.
- “Replies to the questionnaire for Member States relating to euthanasia” (2003), steering Committee on Bioethics, (CDBI), Council of Europe. <https://rm.coe.int/16803a72c2>.
- Wise Persons group on Challenges Facing the Customs Union (WPG). https://ec.europa.eu/taxation_customs/customs-4/wise-persons-group-challenges-facing-customs-union-wpg_en.

Legislation and Recommendations

- Declaration of Portuguese Medical Association of 11th October 1994.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=237&tabela=leis.
- Dutch Criminal Code.
https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf.
- Law no. 15/2014, 21st March 2014. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2014-106901319>.
- Law no. 25/2012, 16th July 2012. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2012-116052607>.
- Ordinance no 96/2014, from 5th May 2014. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/portaria/2014-115344096>.
- Recommendation 779 (1976) “Rights of the sick and dying”.
<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14813&lang=en>.
- Recommendation 1418(1999). <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=16722&lang=en>.
- Polish Code of Medical Ethics. <https://nil.org.pl/dokumenty/kodeks-etyki-lekarskiej>.
- Polish Constitution <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.
- Polish Penal Code.
https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf.
- Portuguese Constitution.
<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.
- Portuguese Medical Deontology Regulation no 707/2016.
<https://files.dre.pt/2s/2016/07/139000000/2257522588.pdf>.
- Suicide Act 1961. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60/body/1991-02-01?view=plain>.
- Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act.
<https://wfrtds.org/dutch-law-on-termination-of-life-on-request-and-assisted-suicide-complete-text/>.

Case law

- A. and B. v. Norway, Applications Nos. 24130/11 and 29758/11 Judgement 15th November 2016.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>.
- Aksoy v. Turkey, Application No. 21987/93, Judgement of 18th December 1996.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>.
- Brannigan & McBride v. the UK, Application No. 14553/89; 14554/89, Judgement of 25th May 1993.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>.
- Costello-Roberts v. The United Kingdom, Application No. 13134/87, Judgement of 25th March 1993.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57804>.
- Csoma v. Romania, Application No. 8759/05, Judgement of 15th January 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115862>.
- Cyprus v. Turkey, Application No. 176/56 Judgement of 12th May 2014.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144151>.

D.H. v. the Czech Republic, Application no 57325/00 Judgement of 13th November 2007.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>.

Diriöz v. Turkey, Application No. 38560/04, Judgement 31st May 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111204>.

Dudgeon v. The UK, Application No. 7525/76 Judgement of 24th February 1983.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57472>.

Evans v. The UK, Application No. 6339/05 Judgement of 10th April 2007.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>.

Fabris v. France, Application No. 16574/08, Judgement of 7th February 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116716>.

Glass v. The United Kingdom, Application No. 61827/00, 9th March 2004.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61663>.

Glor v. Switzerland, Application No. 13444/04, Judgement of 30th April 2009.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92525>.

Gross v. Switzerland, Application No. 67810/10, Judgement of 14th May 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119703>.

Haas v. Switzerland, Application No. 31322/07, Merits, Judgement of 20th January 2011.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102940>.

Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72 Judgement of 7th December 1976.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

Hutchinson v. The United Kingdom, Application No. 57592/08, Judgement 17th January 2017.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170347>.

Ibrahim and Others v. United Kingdom, Applications No. 50541/08, et. al., Judgement of 13th September 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166680>.

J.K. and Others v. Sweden, Application No. 59166/12, Judgement of 23rd August 2017.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>.

Koch v. Germany, Application No. 497/09, Judgement of 19th July 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112282>.

Lambert and Others v. France, Application no. 46043/14, Judgement of 5th June 2015.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352> (last visited on 16th March 2022).

Lawless v. Ireland, Application No. 332/57, Judgement of 7th April 1961.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57517>.

LCB v. United Kingdom, Application No. 23413/94, Judgement of 9th June 1998.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58176>.

McCan and Others v. The United Kingdom, Application No. 18984/91, Judgement of 27th September 1995. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57943>.

Osman v. United Kingdom, Application No. 23452/94, Judgement of 28th October 1998.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>.

Portuguese Constitutional Court, decision No. 123/2021, 12th April
<https://data.dre.pt/eli/actconst/123/2021/04/12/p/dre/pt/html>

Pretty v. The UK, Application No. 2346/02, Judgement of 29th April 2002.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>.

Rasmussen v. Denmark, Application No. 8777/79, Judgement of 28th November 1984.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57563>.

"Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"
 v. Belgium, Application No. 1474/62, Judgement of 23rd July 1968.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525>.

Salduz v. Turkey, Application No. 36391/02, Judgement of 27th November 2008.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>.

Scoppola v. Italy (No. 3), Application No. 126/05, Judgement of 22nd May 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>.

Simons v. Belgium, Application No. 71407/10, Decision of 28th August 2012.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121325>.

Sunday Times v. The UK, Application No. 6538/74, Judgement of 6th November 1980.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57583>.

Tysiac v. Poland, Application No. 5410/03, Judgement of 20th March 2007.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79812>.

Varnava and others v. Turkey, Applications Nos. 16064/90 et. al., Judgement of 18th September 2009. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94162>.

Vo. v. France, Application No. 53924/00, Judgement of 8th July 2004.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>.

W.P v. The UK, Application No. 8416/78, decision of the Commission.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74270>.

X and others v. Austria, Application No. 19010/07, Judgement of 19th February 2013.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116735>.

X and Y v. The Netherlands, Application No. 8978/80, Judgement of 26th March 1985.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>.

Perspetivas de reforma da tutela legitimária
Family Provisions e outras técnicas de proteção parassucessória

Ana Sofia Areal Sampaio

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

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo maior e melhor exemplo de resiliência que alguma vez poderia ter tido, pelo carinho e amor imensuráveis com que sempre me confortam na adversidade e pela alegria com que sempre vibram no meu sucesso.

À minha Gui, pelo apoio sereno e constante e pela admiração inabalável que me faz acreditar que sou tão capaz quanto me imaginas.

Ao Ruben, pelo amor imenso que descobri ao teu lado, pelo riso que despertas em todos os momentos certos e pelo companheirismo e apoio inestimáveis durante esta e todas as lutas.

Aos meus (incríveis) colegas e amigos, em especial à Patrícia, pelo pilar indispensável que foste, ao Tiago e ao Jorge, que por motivos para lá da minha compreensão, acrescentam tanto amor à minha vida.

À minha orientadora, a Professora Dr.^a Rita Lobo Xavier, pelo reavivar de um grande gosto pelo Direito das Sucessões e pelo saber e rigor com o quais me auxiliou durante a elaboração desta dissertação.

A todos aqueles que, de diversas formas, contribuíram para o meu percurso – pessoal, académico e profissional – e tornaram esta dissertação possível.

Resumo

A presente dissertação perspetiva a reforma da sucessão legitimária prevista no Código Civil Português, partindo das suas origens e dos princípios que a regem, procedendo-se ainda à análise crítica das tendências das alterações nos ordenamentos europeus nesta matéria.

Como elementos para a ponderação de hipóteses de substituição ou de modificação do sistema atual da legítima, apreciaram-se as virtualidades das *Family provisions*, previstas no *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* (UK), bem como do recurso a outras técnicas de proteção parassucessória.

Palavras-chave: sucessão legitimária; legítima; *family provisions*; técnicas de proteção parassucessória.

Abstract

This dissertation envisions the reform of the forced heirship provided for in the Portuguese Civil Code, starting from its origins and the principles that govern it, proceeding to a critical analysis of the trends of changes in European legal systems in this matter.

As elements for the consideration of replacement or modification's hypotheses of the current system of compulsory portion, the potentialities of Family provisions, foreseen in the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* (UK), were taken into account, as well as the use of other parassuccessory protection techniques.

Keywords: forced heirship; compulsory portion; *family provisions*; parassuccessory protection techniques.

Índice

Introdução	5
1. A origem histórica da legítima em Portugal como expressão do valor de solidariedade familiar	6
1.1. A origem histórica da legítima em Portugal	6
1.2. Evolução subsequente	8
1.3. A legítima no código civil de 1966	10
1.4. Caracterização do sistema sucessório atual	12
2. O fundamento da sucessão legitimária	14
2.1. O direito constitucional de propriedade privada e de transmissão <i>mortis causa</i>	14
2.2. A legítima como limitação do direito de propriedade privada e sua livre transmissão	15
2.3. A solidariedade familiar como fundamento da legítima	16
3. <i>Family provisions</i> e outras técnicas de proteção parasucessória	20
3.1. Tendências legislativas nos países europeus com sucessão legitimária	21
3.2. <i>Family provisions</i> – funções equivalentes às da legítima nos sistemas de <i>Common law</i> ?	23
3.3. Soluções intermédias	29
3.4. Outras técnicas de proteção parassucessória	30
3.4.1. O art. 1707.º-a do CC e o regime da renúncia à condição de legitimário	32
Conclusões	35
Referências bibliográficas	37

Introdução

A morte faz cessar a personalidade jurídica do falecido, desencadeando uma crise nas relações jurídicas das quais era titular e colocando uma pertinente questão: qual o destino do seu património?

Embora a Constituição da República Portuguesa consagre o direito de propriedade privada e à sua transmissão por vida e por morte (art. 62.º), existe no ordenamento infraconstitucional uma reserva legitimária que limita estes mesmos direitos, prevendo que uma parte do património do *de cuius* será forçosamente herdada pelos contemplados no art. 2157.º do Código Civil, não podendo o falecido dela dispor livremente. Esta reserva legitimária, também designada como legítima, tem a sua origem histórica na influência germânica que se fez sentir no território português após o domínio romano, o que explica a inserção do direito sucessório português contemporâneo na chamada família romano-germânica. O direito das sucessões português é por isso norteado por dois valores que se limitam reciprocamente tanto quanto se complementam: o valor da autonomia individual, originário do direito romano, que exalta a liberdade de dispor por morte e de testar; e o valor de solidariedade familiar, que visa proteger as dinâmicas comunitárias/familiares.

A legítima não encontra atualmente, no entanto, qualquer fundamento constitucional expresso, estando apenas prevista em legislação ordinária, motivo pelo qual se questiona no presente estudo a sua pertinência tal como prevista no Código Civil português, designadamente ponderando outras soluções que, embora prossigam idênticas finalidades de solidariedade familiar, sejam mais conciliáveis com a devida manutenção do direito de propriedade privada e sua livre transmissão por morte.

Estas soluções poderão passar, por exemplo, pela implementação de um sistema que acomode em maior medida a liberdade de disposição dos bens por morte, implementando a possibilidade de pontuais restrições, avaliadas casuisticamente, que se justifiquem pelas necessidades de certos parentes próximos.

Existem ainda figuras jurídicas de Direito Privado às quais se poderão atribuir finalidades parassucessórias com vista à transmissão do património de forma alternativa à legítima.

O primeiro capítulo será dedicado à descrição do sistema da sucessão legitimária no ordenamento português e das suas raízes históricas. De seguida, no segundo capítulo, será abordado o fundamento atual da reserva legitimária no sistema sucessório português.

Finalmente, o terceiro e último capítulo focar-se-á na análise de soluções alternativas previstas noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente as *family provisions*, instituto presente nos países de *Common Law*, bem como a análise de instrumentos parassucessórios relevantes.

1. A origem histórica da legítima em Portugal como expressão do valor de solidariedade familiar

1.1. A origem histórica da legítima em Portugal

É entendimento pacífico, por resultar da factualidade histórica portuguesa, que aquela que se identifica como a nossa estrutura basilar de sucessão *mortis causa* deriva da tradição romanística absorvida pelo nosso ordenamento jurídico¹.

Esta tradição, vigente porquanto o povo romano dominava a Península Ibérica e pautada pelo reconhecimento ao cidadão de uma esfera de liberdade individual na qual se poderia autorreger, foi destabilizada quando, no século V, os visigodos conseguiram por fim quebrar as fronteiras e invadir este território, trazendo consigo um espírito comunitário totalmente contrastante com o individualismo característico do povo de Roma. Após tempos tortuosos de batalhas entre os dois povos, os romanos renderam-se, dando-se assim início a uma nova era de domínio bárbaro na Península e, consequentemente, em Portugal².

Não obstante a sua derrota, os romanos – que se consideravam então mais cultos porque romanizados, neocatólicos, sedentários e pacíficos – não viram com bons olhos a invasão bárbara, que trouxe o domínio de gente que consideravam bélica, herege e rude, tendo os dois povos vivido em conflito durante muito tempo³.

Foi necessário mais de um século até que fosse promulgada uma lei que permitia os casamentos mistos, constatando-se assim que tanto as gentes quanto as suas leis favoreceram, por muito tempo, o antagonismo sentido⁴.

Fruto deste mesmo antagonismo, os dois povos viviam, no mesmo território, realidades jurídicas opostas, mas coexistentes, “dualismo que, inicialmente, apenas tinha a sua fonte nas concepções jurídicas tradicionais, mas recebeu, mais tarde, aberta sanção legal”⁵ através da promulgação de dois códigos que compilavam as leis próprias de cada um dos povos – o Breviário de Alarico para os romanos e o Código Euriciano para os visigodos.

No século V, o direito sucessório germânico tinha por elemento caracterizante a organização patrimonial familiar – conhecida por *Ganerbschaft* – instituída naquele povo, na qual vigorava um princípio fundamental de solidariedade familiar, com expressão em todos os setores da vida social⁶.

Em virtude desta realidade, a família germânica constituía um todo unitário que absorvia qualquer noção de individualidade dos seus membros, estando o património familiar, ou *Hausgemeinschaft*, na titularidade plena de todos os membros da família e

¹ Cfr. Xavier, 2011, pp. 262 e 263.

² Cfr. Proença, 1951, pp. 245 e seguintes.

³ Cfr. *Ibidem*, p. 245.

⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 245.

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 245.

⁶ Cfr. Proença, 1951, p. 246.

sendo este totalmente indissociável⁷. José João Gonçalves de Proença defende inclusive que este património era objeto de um “direito real ‘*sui generis*’”, distinto da atual compropriedade, do qual eram iguais titulares todos os membros da família, desempenhando o pai, *Hausvater*, apenas a função de mero administrador⁸. Cada geração era, por isso, vista apenas como depositária ocasional do património familiar, que deveria, invariavelmente, ser conservado e passado à geração seguinte.

Esta indivisibilidade do património era assegurada com recurso ao princípio da primogenitura, garantindo a passagem da mera administração ao primogénito e o gozo e usufruto a todos por igual⁹.

Parte da doutrina considera até que, por falta de evidências da consagração de sucessão testamentária, a sucessão forçada do património familiar era a única forma de sucessão em vigor na altura entre os visigodos¹⁰.

Em discordância pronuncia-se José Proença¹¹, que considera não existir sequer transmissão *mortis causa* de um património familiar que é já, por inerência, coletivo. Crê, pois, que será mais correto entender que existia uma “espécie de direito a crescer dos membros sobreviventes da família do ‘*de cujus*’”, uma vez que “Pela defunção deste, tudo permanece na mesma, com a única diferença de, pelo desaparecimento de um titular da propriedade comum, o direito dos restantes se alargar”, entendimento que consideramos compactuar mais organicamente com a natureza jurídica do património em questão.

No entanto, como não poderia deixar de ser, séculos de convivência das gentes visigotas e romanas haveriam de provocar alterações profundas aos costumes e leis bárbaros¹² que, nunca abandonando por completo o princípio norteador da solidariedade e unidade familiar, foram cedendo terreno ao direito romano e à influência da Igreja Católica, adaptando-se¹³.

Uma destas cedências foi precisamente a autorização legal do testamento, embora com muitíssimas reservas¹⁴. Surge assim, no direito germânico, uma quota disponível na sucessão *mortis causa*, a *Freiteil*, uma pequena parcela do património familiar – mormente um quinto –, à qual se opunha, ainda, uma quota maioritária de carácter indisponível, a *Wartrecht*¹⁵.

O *Hausvater* passa então a ter titularidade exclusiva sobre a *Freiteil*, porção do património da qual poderia livremente dispor, continuando a titularidade do *Wartrecht* a

⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 245 e 246.

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 246 e Côte-Real, 1989, p. 146.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 248.

¹⁰ O autor e Professor Braga da Cruz retira esta conclusão da ausência total de previsão legal do testamento. Neste entendimento, é acompanhado por vários outros autores, cfr. Proença, 1951, p. 249.

¹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 250.

¹² Cfr. *Ibidem*, p. 270.

¹³ Cfr. Proença, 1951, p. 249.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 251.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 251.

pertencer aos filhos. Apenas no caso de o pai não dispor livremente da quota que lhe pertencia regressaria esta aos filhos, que continuavam a ser titulares de uma real expectativa hereditária¹⁶.

Também numa fase avançada da República romana, a plena e absoluta liberdade de testar encontrou a sua oposição num *officium pietatis*, que teria de ser respeitado pelo testador¹⁷. Alicerçada na ideia de afeição natural sentida, inevitavelmente, pela família nuclear, fomentava-se então no seio do direito romano o surgimento de uma expectativa, de determinados familiares, que não podia ser quebrada, sob o risco de legitimá-los à impugnação do testamento através da *querela inofficiosi testamenti*¹⁸.

Disso resulta, em 542, a previsão legal, por meio da Novela 115, de uma *portio legitima*, fixada pelo imperador Justiniano em um terço do património.

Note-se que com isto não se pretende, de todo, afirmar alguma “influência ‘absolutae decisiva’ do Direito Romano” em matéria de sucessão legitimária¹⁹, até porque, como realça José Proença, o elemento bárbaro que efetivamente originou a atual legítima foi apenas ‘vestido e tratado’ “como se no Corpus Juris Civilis estivesse o seu fundamento directo e originária regulamentação”, face à impotência romana de o esmagar e substituir²⁰.

Apenas no século VII se deu enfim tréguas ao dualismo jurídico até então vigente com a promulgação da “*Lex Wisigothorum*”, lei única aplicável a toda a península²¹. Com esta codificação surge um direito que mescla as particularidades dos dois direitos ao qual iria, nos séculos seguintes, acrescer ainda a influência da Reconquista Cristã que, através da difusão de valores defendidos pela Igreja, veio restabelecer e fortalecer a organização familiar, preparando assim o surgimento da reserva hereditária no futuro direito português²².

1.2. Evolução subsequente

Poucos séculos após as Ordenações Afonsinas, coube a Marquês de Pombal legislar, nomeadamente, em matéria sucessória, perpetuando o combate à sucessão testamentária e pugnando pelo alargamento cada vez mais veloz da sucessão legitimária, fundamentando-o em ideias e princípios da Escola Racionalista do Direito Natural importadas “das então proclamadas ‘nações modernas e civilizadas’ da Europa, máxime da Alemanha”²³.

A limitação ao direito de testar iniciou-se com a promulgação da Lei de 25 de junho de 1766, que considerava nulos os testamentos, realizados durante doença grave, que não

¹⁶ Cfr. Marques, 2015, p. 627.

¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 627.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 627.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 627.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 243.

²¹ Cfr. Proença, 1951, p. 246.

²² Cfr. Marques, 2015, p. 629.

²³ Cfr. Costa, 1997, pp. 2 e 3.

incluíssem como beneficiários os parentes próximos do testador. Esta diretriz, embora na altura sustentada como proteção da manifestação da autêntica vontade do testador, “afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo”, tinha como verdadeiro propósito a defesa dos direitos dos parentes próximos, através da sucessão legítima e legitimária²⁴.

Este intuito torna-se ainda mais evidente com a Lei de 9 de setembro de 1769, que levou a limitação da liberdade de testar e dispor dos bens por morte ainda mais longe, aumentando as estirpes elencadas como herdeiros legitimários²⁵, bem como os seus direitos sobre a herança, retomando-se ainda o instituto visigótico da *melhora*, que até então nunca tinha tido qualquer expressão no direito sucessório português, e que consistia numa terça parte de livre disposição dentro da própria reserva legitimária com a qual o autor da sucessão poderia favorecer um dos herdeiros legitimários²⁶.

Embora a vigência das quatro leis²⁷ mais significativas promulgadas nesta época não tenha sobrevivido à morte do seu autor, e a tradição da liberdade de dispor dos bens por morte e testar tenha sido retomada, Almeida Costa considera que, deste ciclo efêmero de privação da liberdade, “alguma coisa restaria: o fetichismo romano da superioridade da sucessão testamentária, pelo menos no domínio dos princípios gerais, ficou para sempre abalado, desde então”²⁸.

Um século depois, surge o primeiro Código Civil²⁹ português. Enquadrado nos códigos de feição individualista inspirados pelo CC francês de 1804, influenciado por concepções ligadas ao jusracionalismo e ao liberalismo, embora muito mitigadas e ajustadas ao manifesto apego português à moralidade e à justiça. O Visconde de Seabra, autor do projeto, considerava que acima dos interesses puramente económicos se encontravam “interesses de outra índole, sobretudo os de natureza familiar”³⁰, ideia que fez transparecer através da legislação em causa.

A *terça* de livre disposição, de origem germânica, manteve-se vigente durante as Ordenações Afonsinas e ao longo dos séculos seguintes, tendo transitado também para a versão originária do CC de 1867³¹. Assim sendo, a reserva legitimária corresponderia a dois terços da herança, conquanto o autor da sucessão deixasse como herdeiros descendentes ou ascendentes – apenas quando estes fossem progenitores, se não o fossem a reserva

²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 3.

²⁵ Nos termos desta lei, eram considerados herdeiros legitimários parentes colaterais ainda além do quarto grau. Cfr. *Ibidem*, p. 3.

²⁶ Cfr. Costa, 1997, p. 4.

²⁷ Entre a promulgação das leis de 25 de junho de 1766 e de 9 de setembro de 1769 existiram ainda as leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, as quais não foram alvo de análise por serem dirigidas à sucessão legítima, ficando assim à margem do presente estudo.

²⁸ Cfr. Costa, 1997, p. 5.

²⁹ Doravante, CC. Ademais, note-se que todos os preceitos legais desacompanhados de menção expressa do diploma a que pertencem são parte integrante do CC.

³⁰ Cfr. Andrade, 1952, pp. 277 e seguintes *apud* Costa, 1997, p. 5, referência (7) do rodapé.

³¹ Cfr. Costa, 1997, p. 5.

legitimária seria apenas de metade.

Caso assim não acontecesse, ou seja, na falta de descendentes e ascendentes, eram chamados à sucessão os irmãos e sobrinhos do autor da sucessão, que tinham preferência absoluta.

Do exposto sobressai uma omissão, propositada, do cônjuge sobrevivente, que ocupava na altura e por força da lei apenas a quarta classe de sucessíveis legítimos³².

Voltando a análise para o montante previsto da legítima, apenas em 1910, mediante um diploma que foi em 1930 integrado no antigo CC, foi este reduzido para metade, tratando-se de situações gerais, e para um terço, tratando-se de ascendentes do segundo grau ou superior.

Com a promulgação do supramencionado Decreto de outubro de 1910, o cônjuge foi finalmente favorecido, passando a beneficiar da preferência de que anteriormente gozavam os irmãos e sobrinhos do autor da sucessão, conquanto não se encontrassem “divorciados ou separados de pessoas e bens, por sentença passada em julgado”.

Posteriormente, aquando da reforma de 1930, foi retomado o regime original de 1867, sucedendo os irmãos e sobrinhos antes do cônjuge, sendo-lhe agora atribuído, por lei, o direito como legatário legítimo ao usufruto vitalício da herança, soluções que transitaram para o CC de 1966, previstas nos arts. 2133.º e 2146.º a 2148.º.

1.3. A legítima no Código Civil de 1966

Apenas com este novo CC³³ – fruto da constatação de que o seu antecessor já não cumpria as finalidades para as quais fora criado, por não acomodar devidamente as constantes alterações de que a sociedade era alvo – foram tomadas posições mais inovadoras em matéria de sucessão legitimária, fazendo com que a legítima variasse não só consoante o grau dos herdeiros, mas também consoante o número. Manteve-se, no entanto, a orientação de que apenas constituíam herdeiros legítimos os descendentes e os ascendentes, continuando o cônjuge sobrevivente a figurar apenas a sucessão legitimária e na quarta classe de sucessíveis, em concorrência com os irmãos e os sobrinhos.

No que respeita aos descendentes, a sua legítima era composta por metade ou dois terços da herança, mediante a concorrência de um ou mais filhos. Já no respeitante aos ascendentes, estes teriam direito necessariamente a metade da herança, no caso de se tratar

³² Embora se estranhe a exclusão do cônjuge sobrevivente das primeiras classes de sucessíveis, tendo em conta a próxima relação, quer jurídica quer afetiva, que resulta intrinsecamente do matrimónio, esta não era, à data, merecedora de crítica, cfr. Campos, 1980, p. 133. Com efeito, considera este Autor que o cônjuge sobrevivente, embora não particularmente favorecido na sua posição sucessória, estava já amplamente garantido pela sua meação nos bens do casal. Isto porque desde o surgimento do Código de Seabra, e até vésperas do CC de 1966, o regime supletivo de bens estipulado por lei era o da comunhão geral, por ser “o que melhor correspondia à essência do casamento, fazendo coincidir a união de patrimónios com a união de pessoas”.

³³ Numa observação meramente formal, mas que não deixa, por isso, de ser relevante, note-se que, ao contrário do que acontecia no Código de Seabra, o legislador entendeu, aquando da elaboração do CC de 1966, que a sucessão legitimária merecia gozar de autonomia face às restantes espécies de sucessão legalmente previstas – o que, a nosso ver, fez todo o sentido, tendo em conta a sua natureza imperativa.

dos progenitores do autor da sucessão ou, na falta destes, apenas um terço para os restantes ascendentes.

Onze anos depois, uma reforma motivada pela rutura institucional de 1974 introduziu várias alterações de repercussão imediata no Direito da Família e das Sucessões, em virtude dos princípios adotados pela nova ordem política – a igualdade de tratamento jurídico de filhos nascidos no casamento e fora deste³⁴ e a igualdade de tratamento jurídico do homem e da mulher (prevista no art. 13.º n.º 2 da Constituição da República de 1976 e concretizada no art. 36.º n.ºs 3 e 6 do mesmo diploma).

A mais importante alteração resultante desta revisão (em matéria sucessória), e que inclusive tinha sido debatida aquando dos trabalhos preparatórios do CC de 1966, foi a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários.

No Anteprojeto, constituíam a categoria de herdeiros legitimários não só os descendentes e os ascendentes, mas também o cônjuge – a quem cabia, como legítima, o usufruto de metade da herança, independentemente da existência de mais legitimários. No entanto, e como bem sabemos, tal proposta não foi incluída no Código, sendo contemplados apenas os sucessíveis já listados.

Em 1977, por forma a aumentar a proteção do cônjuge sobrevivente em matéria sucessória³⁵, este passou a integrar a primeira e segunda classes de sucessíveis (com os descendentes e os ascendentes, respetivamente), tanto legítimos quanto legitimários, surgindo assim a previsão legal da sucessão legitimária atual.

Consequentemente, e nos termos dos arts. 2156.º e seguintes do CC, a legítima consiste na porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários, sendo estes o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

Como já decorre do exposto, o cônjuge, agora contemplado (e amplamente beneficiado³⁶) na sucessão legitimária, integra a primeira e segunda classes de sucessíveis,

³⁴ No anterior regime, o legislador distinguia entre filhos nascidos na constância do casamento ou fora desta, diferenciação essa com efeitos práticos no momento de quantificação dos quinhões hereditários, conforme postulado no art. 1785.º do Código de Seabra.

³⁵ Este intuito de revalorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente é denotado não apenas pelas consequências inerentes à sua qualidade de herdeiro legítimo, como, por exemplo, os reflexos dessa circunstância na partilha em vida (conforme o art. 2029.º do CC), mas também pelas atribuições preferenciais relativas ao direito de habitação da casa de morada de família e ao direito ao uso do seu recheio. Esta proteção legal postulada pelo Código Civil foi, à data, um grande mérito do legislador, considerando a posição que a mulher ocupava, não só na sociedade, mas também no seio da sua própria conjuntura familiar, sendo na generalidade subordinada e dependente do marido, que auferia rendimentos e sustentava a família. Esta proteção era fundamentada ainda pelas ideias da “colaboração do cônjuge sobrevivente no incremento e conservação do património” e da “manutenção do seu teor de vida”, aspetos intimamente ligados à potenciação moderna da família nuclear ou pequena família. Cfr. Costa, 1997, pp. 14 e 15.

Mais recentemente, e por se considerar algo excessiva a proteção sucessória conferida ao cônjuge sobrevivente, que não tem, aliás, em consideração o regime de bens selecionado pelos nubentes, foi promulgada a Lei 48/2018, de 14 de agosto, que lhes permite renunciar reciprocamente à condição de herdeiros legitimários, mediante convenção antenupcial e desde que o regime de bens escolhido seja o da separação de bens, nos termos do art. 1700.º, com a sua nova redação.

³⁶ Nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, “[o cônjuge sobrevivente] trepou do modesto 4.º lugar que ocupava no Código de 1867 e manteve no Código de 1966, para o 1.º lugar que a nova redação do artigo 2133.º

com os descendentes ou com os ascendentes, respetivamente, nos termos do art. 2133.º n.ºs 1 e 2.

A legítima do cônjuge e dos descendentes é composta por dois terços da herança e a partilha é feita por cabeça, sendo certo que ao cônjuge nunca poderá ser adstrita uma quota inferior à quarta parte da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente e existindo descendência do autor de sucessão, a legítima desta será, nos termos do n.º 2 do art. 2159.º do CC, metade ou dois terços, consoante exista apenas um ou mais do que um herdeiro.

Já quando concorra com os ascendentes, a legítima será também ela de dois terços da herança, sendo certo que se o autor da sucessão não deixar descendentes vivos nem lhe sobreviver o seu cônjuge, caberá aos ascendentes, a título de legítima, metade ou um terço da herança, consoante se trate dos progenitores do *de cujus* ou de ascendentes de segundo grau ou seguintes, respetivamente (cf. art. 2161.º n.ºs 1 e 2 do CC).

Por último, e na circunstância de o autor da sucessão não deixar quaisquer descendentes ou ascendentes, sendo chamado apenas o cônjuge à herança, caber-lhe-á, a título de legítima, metade da herança, conforme prescrito pelo art. 2158.º do CC.

1.4. Caracterização do sistema sucessório atual

Atentando na génese histórica do atual Direito Sucessório português, não poderemos deixar de inseri-lo na chamada família romano-germânica³⁷.

Esta família jurídica³⁸ caracteriza-se, em primeira linha, pela função nuclear que o Direito assume na regulação da vida social, exibindo marcas profundas de um forte *cultoda lei*, que surge com a Revolução Francesa e condiciona o funcionamento dos poderes constituídos, subordinando-o às regras jurídicas supressoras do arbítrio e da prepotência – traço, aliás, caracterizador do princípio do Estado de Direito alemão vigente em Portugal³⁹.

À semelhança do que sucede nesta família, também nos países pertencentes à *Common Law* o Direito desempenha um papel crucial. Não obstante, nestes ordenamentos o Direito encontra na jurisprudência e na força vinculativa dos precedentes judiciais a sua fonte primordial, sendo assim tido mais como “um conjunto de ‘remédios jurídicos’” do que

lhe deu”, do que resulta que “esta ascensão do cônjuge sobrevivente na escala sucessória, quer no âmbito geral da sucessão legítima, quer no reduto da sucessão legitimário, é uma das mais significativas alterações, senão a mais importante de todas as inovações, introduzidas no direito civil pela reforma de 25 de Novembro de 1977”. Cfr. Varela & Lima, 2010, p. 216.

³⁷ Nesta linha de pensamento, veja-se, por todos, Côrte-Real, 1989, p. 229: “É inegável um facto. O direito sucessório português oscila (sempre...) entre dois vectores – o romano, que, ao longo de um ‘longo’ (...) e disperso período de recepção, foi progressiva, mas dificilmente, tomando conta por vezes mais das leis que das praxes; e o germânico, inicialmente vencido na sua antinomia face ao direito romano (mais evoluído), mas conservando-se ‘costumeiramente’ latente, apoiado circunstancialmente, ou num primitivo comunitarismo celtibérico, ou no direito visigótico, ou na influência franco-normanda, ou no regime senhorial da monarquia feudal (...), feito agora reviver (!) na época pombalina”.

³⁸ Para um mais aprofundado estudo de Direito Comparado em matéria de famílias jurídicas, veja-se, por todos, Vicente, 2014.

³⁹ Cfr. Vicente, 2014, pp. 66 e 67.

como um conjunto de normas⁴⁰.

Atentando nesta diferença, bem como em várias outras que distinguem as duas famílias, nomeadamente a ausência nos países de *Common Law* de uma receção do Direito Romano⁴¹, a falta de ruturas institucionais que subvertessem a ordem política, social e económica⁴² – como foi o caso, para a família romano-germânica, da Revolução Francesa –, a influência do liberalismo e do utilitarismo na modelação do espírito jurídico destes países⁴³ e, ainda, a difusão generalizada do Direito inglês noutros continentes, motivada pela expansão colonial inglesa, entende-se facilmente as diferenças que surgiriam nos princípios fundamentais a elas subjacentes.

Com efeito, se por um lado a família romano-germânica tem como valores e princípios fundamentais, desde a Revolução Francesa, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, a família da *Common Law* acolhe como valores jurídicos fundamentais apenas as duas primeiras, tendo a ideia da solidariedade uma muito menor expressão⁴⁴.

Face ao exposto, afigura-se possível concluir, citando Friedrich A. Hayek, que “o ideal da liberdade individual parece ter prosperado sobretudo entre os povos onde o Direito de fonte jurisprudencial predominou pelo menos durante longos períodos”⁴⁵, dando os restantes países – pertencentes à família romano-germânica – um papel mais relevante ao ideal de solidariedade social – e familiar.

Em virtude da inserção do nosso ordenamento nesta família jurídica, o sistema sucessório português caracteriza-se como sendo de base individualista/capitalista com elementos do sistema familiar⁴⁶, assentando, por um lado, no reconhecimento dos direitos – constitucionalmente previstos – da propriedade e autonomia privadas, sendo reconhecida a liberdade de transmissão dos bens do *de cujus*, e, por outro, na proteção da

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 69.

⁴¹ Como explica Dário Moura Vicente, embora alguns territórios que compõem geograficamente os países de *Common Law* tenham efetivamente sido parte do Império Romano por vários séculos, não se verificam, atualmente, quaisquer vestígios de absorção ou influência do Direito Romano no seu ordenamento jurídico, em virtude de esta ter sido veemente rejeitada pelos juristas, e inclusive proscrita por decisão real. Cfr. *Ibidem*, p. 225.

⁴² De facto, as revoluções inglesas, ao invés do que ocorreu com a revolução francesa, não tiveram como objetivo a subversão da ordem existente na época, mas sim a sua preservação. Este fenómeno tem repercussão no carácter de continuidade e estabilidade observável no direito inglês, que motiva a sua autonomização face à família romano-germânica. Cfr. *Ibidem*, p. 226.

⁴³ A influência provocada no direito inglês por estas duas correntes de pensamento motivou neste, por um lado, a proclamação da vida, da liberdade e da propriedade como “direitos humanos naturais” – que se manifestam, particularmente, nos sistemas jurídicos inglês e norte-americano, através da proteção constitucional dos direitos e liberdades fundamentais, entre os quais a propriedade privada – e, por outro lado, a fundação da ação humana no princípio da utilidade ou da máxima felicidade, orientações filosóficas que, como realça Dário Moura Vicente, “jamais conseguiriam na Alemanha, em França ou em Portugal relevância equivalente à que tiveram em Inglaterra desde o século XVII. Daqui derivam certas diferenças fundamentais entre os sistemas jurídicos destes países, v.g. no tocante ao âmbito da liberdade contratual”. Cfr. *Ibidem*, p. 227.

⁴⁴ Cfr. Vicente, 2014, p. 69.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 276.

⁴⁶ Cfr. Xavier, 2016a, pp. 351 e 352. No entender de Rita Lobo Xavier, “as notas individualistas remontam ao Direito Romano, sendo o direito de dispor por morte corolário do direito de propriedade; e a quota indisponível ou legítima entronca nos elementos de natureza familiar do Direito germânico, assegurando a permanência de um ‘património familiar’”, considerando que as limitações resultantes da proteção do património familiar não conseguiram ser “completamente eliminadas pelas ideias liberais sobre a circulação dos bens e a liberdade de disposição”.

família nuclear e na permanência do chamado “património familiar” na linhagem geracional.

É precisamente com recurso a essa ideia de proteção da família nuclear e do património familiar que, atualmente, parte da doutrina justifica a manutenção da figura da legítima no ordenamento jurídico português.

I.2. O fundamento da sucessão legítimária

O direito sucessório português assenta, conforme já referido, no reconhecimento dos direitos constitucionalmente previstos da propriedade privada, da sua transmissão por morte e da proteção da família enquanto instituição.

2.1. O direito constitucional de propriedade privada e de transmissão *mortis causa*

O direito de propriedade privada é consagrado no art. 62.º da Constituição da República Portuguesa⁴⁷, estabelecendo-se no seu n.º 1 que “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

Embora não incluído no catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias⁴⁸, “porventura visando a sua minorização”, a sua inserção no capítulo dos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais não impossibilita a qualificação deste direito como análogo aos DLG, mediante a aplicação da cláusula aberta contida nos arts. 16.º n.º1 e 17.º da CRP⁴⁹.

Em conformidade com esta previsão constitucional, a lei sucessória regula o direito do *de cujus* de dispor por morte do seu património, assegurando-o mormente através do direito de testar. Este direito está intrinsecamente ligado ao direito à autonomia privada, que resulta da dignidade da pessoa humana e do seu direito à autodeterminação, reconhecendo-se por isso a cada pessoa a liberdade de “estabelecer as suas relações jurídico-privadas segundo a sua vontade”⁵⁰.

Nesta dimensão, a garantia constitucional não serve apenas propósitos de continuidade das relações jurídicas do falecido, como também, e principalmente, visa refletir “o princípio da autonomia da vontade enquanto reconhecimento de um auto-governo da esfera jurídica (...), incluindo a liberdade de cada um, antecipadamente, determinar o destino do seu património de acordo com a sua vontade”⁵¹.

Esta transmissibilidade usufrui também de uma proteção qualificada, concedida pelo

⁴⁷ Doravante CRP.

⁴⁸ Doravante DLG.

⁴⁹ Cfr. Xavier & Coutinho, 2020, p. 695.

⁵⁰ Cfr. Xavier, 2016b, p. 23.

⁵¹ Cfr. Mariano, 2019, p. 761.

mesmo normativo, que pode, no entanto, ser objeto de restrições pelo legislador ordinário, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP, por força do disposto no seu artigo 17.º.

Esta proteção constitucional não lhe confere, pois, a qualidade de direito absoluto e, à semelhança do tratamento legal dado a outros DLG, também este conhece restrições⁵², como observaremos *infra*, nomeadamente aquela que constitui o objeto da presente reflexão – a reserva legitimária.

Esta restrição em concreto decorre da função social da propriedade⁵³. Depois da Revolução Francesa e, em Portugal, das revoluções liberais, começou a ser relevada a função social da propriedade e a esta impostos certos limites em função do bem comum e do interesse público. Esta faceta do direito de propriedade garante que a cada indivíduo é assegurado um meio absolutamente necessário para a autonomia pessoal e familiar, o que é aliás considerado como um “prolongamento da liberdade humana”.

2.2. A legítima como limitação do direito de propriedade privada e sua livre transmissão

O direito sucessório português impõe à liberdade de dispor do autor da sucessão uma grande limitação através da sucessão legitimária. Não só o faz através da previsão legal da legítima, como também através de um leque de mecanismos para a sua proteção⁵⁴.

Em primeiro lugar, no cálculo do valor da legítima são consideradas as liberalidades feitas em vida pelo *de cujus*, através de uma “restituição fictícia dos bens doados” (*cf.* arts. 2162.º e 2110.º n.º 2 do CC). Deste cômputo de liberalidades surge o primeiro mecanismo de proteção da legítima – a ação de redução de liberalidades inoficiosas. Nos termos da nossa lei sucessória, as liberalidades feitas em vida pelo *de cujus* não poderão afetar o direito dos herdeiros legitimários à sua legítima, pelo que quaisquer liberalidades que o façam serão reduzidas nos termos do art. 2168.º do CC.

Mais que não poder livremente dispor da reserva legitimária, ao autor da sucessão é ainda vedada a possibilidade de designar quais os bens que irão compor essa reserva e máxime a quota legitimária subjetiva de cada herdeiro, por força do art. 2163.º do CC. Além de uma limitação da liberdade de dispor do *de cujus*, esta proibição causa não poucas as vezes uma divisão e pulverização de unidades económicas, como sejam as empresas familiares⁵⁵.

Releva ainda como mecanismo de proteção da reserva legitimária o instituto da

⁵² Cfr. Xavier & Coutinho, 2020, p. 695.

⁵³ Cfr. Xavier, 2016b, p. 24.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 33-40.

⁵⁵ Cfr. Xavier & Coutinho, 2020, p. 708, Xavier, 2016b, p. 105 e Dias, 2016, p. 460. Como refletem os autores nas suas respetivas obras, a distribuição igualitária na titularidade da empresa familiar por força das disposições da sucessão legitimária pode provocar até a própria desintegração da empresa após a partilha. Nos ordenamentos que, como o nosso, preveem reserva legitimária, as tendências legislativas apontam para a inclusão de regimes específicos para determinados bens como a empresa familiar, conforme veremos adiante.

colação. Prevista no art. 2104.º do CC, a colação garante um tratamento igual dos descendentes na sucessão legítima, assegurando que estes sucederão na legítima em partes iguais através de uma imputação, na quota legítima subjetiva de cada um, das doações e despesas sujeitas a colação (por força do disposto no art. 2108.º do CC).

Adicionalmente, e porque os herdeiros legítimos já têm, em vida do *de cujus*, uma expectativa juridicamente tutelada de receber a sua legítima⁵⁶, a lei confere proteção a essa mesma expectativa através da possibilidade, concedida aos legítimos pelo art. 242.º do CC, de arguir a simulação de negócios jurídicos, tanto gratuitos como onerosos, que tenham sido celebrados com o objetivo de defraudar o seu direito à quota legítima. Apesar de todas estas previsões na lei ordinária, a sucessão legítima e a legítima representam restrições ao direito de propriedade privada e da sua transmissão *mortis causa* que não encontram qualquer fundamento exposto na CRP⁵⁷. Como se justifica, então, a sua manutenção no ordenamento jurídico português?

2.3. A solidariedade familiar como fundamento da legítima

A doutrina fundamenta a sucessão legítima na proteção da família enquanto instituição fundamental da sociedade⁵⁸, garantida pelos arts. 67.º e 68.º da CRP, bem como na realização de um valor de solidariedade familiar⁵⁹.

Esta fundamentação, que transita, como se viu, da influência germânica na família jurídica em que se insere o nosso ordenamento jurídico, encontrou também provimento após a Reconquista Cristã, sendo certo que a Doutrina Social da Igreja reconhece amplamente a função social da propriedade e a limitação desta para proteção da família e do bem comum⁶⁰.

A ideia essencial oriunda do direito germânico será a de conservar no seio da família um património para o qual todos, porventura de diferentes formas, contribuirão, assegurando assim a permanência e a coesão do agregado familiar e o cumprimento do dever de assistência recíproca vertido nos arts. 1874.º e 2009.º do CC.

Os defensores da manutenção desta espécie de sucessão advogam que o direito à legítima surge vinculado às relações familiares entre o autor da sucessão e os seus herdeiros⁶¹. Alegam que, exceto em situações de infortúnio, nós começamos e terminamos as nossas vidas acompanhados de outros, sobretudo os nossos parentes mais próximos, pelo que a continuidade intergeracional das relações familiares deve ser refletida na lei sucessória⁶². Defendem, pois, que os benefícios da vida coletiva familiar, bem como os

⁵⁶ Cfr. Dias et al., 2018, p. 19.

⁵⁷ Cfr. Xavier & Coutinho, 2020, p. 705.

⁵⁸ Cfr. Mariano, 2019, p. 763.

⁵⁹ Cfr. Xavier & Coutinho, 2020, p. 705.

⁶⁰ Cfr. Xavier, 2016b, p. 24.

⁶¹ Cfr. Aloy, 2007, p. 13.

⁶² Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 274.

contributos que advêm das anteriores gerações de parentes que se entreatajudaram, deveriam ser refletidos na distribuição da herança de uma forma que não pode ser reduzida a uma mera computação de contributos económicos.

Estes argumentos dificilmente justificam a existência da legítima na sua configuração atual. De facto, de mãos dadas com a perda da função modelo do casamento para toda a vida – em virtude da introdução da figura do divórcio –, vem a crescente disseminação de parcerias não conjugais e de novas formas de constituição de família⁶³. Assim sendo, e uma vez que as previsões legais de sucessão legitimária não se moldaram ainda às circunstâncias variáveis de constituição de família que resultam das mudanças sociais, impõe-se a questão: servirá, atualmente, a legítima como efetiva proteção da família? Acreditamos que não, uma vez que a realidade atual de parceria e família sugere relações para familiares muito próximas e, por isso, dignas de proteção sob o escopo das normas constitucionais, mas que, por não surgirem associadas a qualquer conexão legal, não são acauteladas.

Acresce ainda que os argumentos de solidariedade familiar e contribuição coletiva para o património familiar são profundamente desajustados da conjuntura atual. No passado, a reserva legitimária representava uma forma de os filhos se tornarem independentes e deixarem por fim a casa dos pais⁶⁴. Com o aumento da esperança média de vida, os legitimários acabam por herdar a legítima no momento de maior estabilidade e acumulação de riqueza, o que deita por terra a ideia de que a legítima servirá como um meio de assistência do seu beneficiário⁶⁵. Esta falha de raciocínio é particularmente patente na defesa da legítima dos ascendentes: se a legítima tem por fundamento a solidariedade familiar, fará sentido a transmissão injuntiva da quota indisponível a familiares que, pela idade, se estime já serem economicamente autossuficientes? Também no caso da legítima do cônjuge, particularmente quando o autor da sucessão não deixa quaisquer descendentes, se poderá levantar a mesma questão: se este fica já suficientemente provisionado em virtude do regime de bens⁶⁶, que papel terá uma legítima de metade da herança na concretização de valores de solidariedade familiar?

Além do mais, as mudanças nos sistemas de acumulação e transmissão de riqueza nas famílias⁶⁷ permitem aferir que, ao contrário do que se verificava na época de codificação da lei sucessória, é atualmente raríssima a acumulação de riqueza sob a forma de grandes patrimónios, o que significa que os maiores contributos do *de cuius* aos seus herdeiros

⁶³ Cfr. Leipold, 2010, p. 3.

⁶⁴ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 271.

⁶⁵ Cfr. Aloy, 2007, p. 10.

⁶⁶ Para além da questão levantada em relação ao valor de solidariedade familiar alegado na concretização da legítima, impõe-se neste legitimário específico – o cônjuge sobrevivente – outra questão relevante: se os nubentes têm a possibilidade de, através de convenção antenupcial, selecionar o regime de bens da separação com o objetivo de evitar a transmissão de bens ligada ao casamento, que sentido fará a lei sucessória atribuir a este cônjuge sobrevivente uma parte tão substancial do património do falecido? Neste sentido, veja-se Xavier, 2017, p. 604.

⁶⁷ Cfr. Aloy, 2007, p. 10.

transmitir-se-ão *inter vivos*, por exemplo, através da formação académica e profissional proporcionada⁶⁸.

No que respeita à contribuição coletiva para o património, dificilmente se pode alegar que a aquisição e manutenção de bens na comunidade familiar se baseia hoje nas contribuições dos legitimários, principalmente dos descendentes⁶⁹.

Quanto a estes, os defensores da manutenção da legítima sustentam que embora não participem economicamente na construção do património de seus pais, contribuem com outros importantes benefícios, quer estes sejam quantificáveis ou não. A verdade é que durante um longo período de potencial acumulação de riqueza, os descendentes integramo agregado familiar e, ainda que não contribuam materialmente através de rendimentos do trabalho, a sua mera existência constitui indubitavelmente uma influência nas vidas profissionais e familiares dos seus pais. A tese é, portanto, a de que as relações familiares são geralmente bidirecionais e incluem benefícios intangíveis que dificilmente poderão ser avaliados em termos económicos⁷⁰. Este argumento é, no entanto, uma faca de dois gumes: uma vez que as relações familiares são, efetivamente, bidirecionais, tal implica que as trocas sejam continuamente recíprocas, pelo que o contributo inquantificável dos descendentes é compensado contemporaneamente pelos pais sob a forma de sustento económico, educacional e emocional, pelo que estes, no fim de vida, nada mais têm a compensar.

Assim, é atualmente indefensável uma ligação real e económica entre família e património⁷¹, uma vez que atualmente os bens suscetíveis de serem transmitidos por morte foram conseguidos maioritariamente devido ao esforço pessoal e profissional de cada um, não tendo sido herdados das gerações anteriores nem fruto das contribuições dos restantes membros da família nuclear⁷².

Ainda assim, Albert Lamarca i Marquès aponta certas vantagens da sucessão legitimária que considera justificativas da sua manutenção. Em primeiro lugar, defende o autor que, por não depender das circunstâncias concretas dos herdeiros, a legítima proporciona um elevado grau de certeza ao destino do património com o falecimento do seu titular, o que se traduz em menos disputas familiares⁷³. Embora verídico, esta certeza pode também significar rigidez, conduzindo inúmeras vezes a distribuições de património injustas (em luz de critérios como a necessidade e o mérito) e contrárias aos desejos do *de cuius*.

Entende ainda que, ao contrário do alegado pelos autores abolicionistas e reformistas, a legítima pode funcionar como um mecanismo de proteção da liberdade de dispor do *de*

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 11.

⁶⁹ Cfr. Leipold, 2010, p. 5.

⁷⁰ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 274.

⁷¹ Cfr. Leipold, 2010, p. 4.

⁷² Cfr. Xavier, 2016b, pp. 104 e 105.

⁷³ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, pp. 269 e 270.

cujus. Num argumento algo rebuscado, defende que visto o cenário mais comum ser aquele em que os pais beneficiam os seus filhos através de testamento, nos casos em que assim não acontece podem ser levantadas questões acerca da validade das disposições testamentárias. Com efeito, entende que “dada a probabilidade de qualquer aparente deserdação de um filho por parte do testador ser o resultado de um erro ou de influência indevida (como seja a coação), assegurar que uma porção da herança vai para os filhos pode muito bem ser a melhor forma de respeitar os desejos do testador”⁷⁴.

Este argumento é facilmente refutável atendendo à finalidade e seriedade do testamento: considerando que nele se vertem as disposições de última vontade do seu autor, dificilmente se aceita a premissa de que uma deserdação ocorreu por lapso ou omissão, sendo também excecionais as interferências externas indevidas. Não fariasentido pugnar pela diminuição da liberdade de testar apenas pelo risco de influência, pois é certo que a liberdade acarreta riscos, também o faz a falta dela. Como refletem Keeton and Gower, “The difficulty, of course, is to discover a system sufficiently elastic to enable a testator to disinherit his undeserving family, while yet preventing an unjust father or an unfaithful husband from leaving his dependents penniless”⁷⁵.

Por último, o autor é da opinião de que a abolição da reserva legitimária originaria efeitos adversos nas relações familiares, quer verticais, quer horizontais. Quanto às primeiras, defende que se o destino do património do autor da sucessão pode ser decidido por “mero capricho ou decisão de último minuto”, tal poderá significar que os herdeiros apenas cuidem dele e lhe prestem assistência mediante a garantia de que vão ser contemplados no testamento⁷⁶. Embora tal possa acontecer, releva também o fenómeno simétrico originado pela sucessão legitimária: não poucas as vezes, os legitimários não dão qualquer assistência ao *de cuius*, por vezes até abandonando-o, com a segurança de que, de qualquer forma, têm a sua quota assegurada por lei. Já no que concerne às segundas, entende o autor que a total liberdade de dispor pode inadvertidamente introduzir elementos de competitividade de mercado nas relações familiares, fazendo com que irmãos compitam pelo património, tornando-o objeto de ações egoístas e calculistas⁷⁷, num fenómeno que designa por *Cainismo*. Embora tal possa ser factual, entendemos que a relação familiar vertical não deve ser condicionada por uma possível competitividade entre irmãos.

Neutralizadas as vantagens desta espécie de sucessão e refutados os argumentos que atualmente lhe subjazem, importa refletir se faz sentido continuar a afirmar que o

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 271 a 273. Tradução nossa de “Given the probability that any apparent disinheritance of a testator’s child is the result of mistake or undue influence, ensuring that a portion of the inheritance goes to the children may well be the best way to respect testators’ wishes in the aggregate”.

⁷⁵ Cfr. Keeton & Gower, 1935, p. 340 *apud* Douglas, 2014, p. 225.

⁷⁶ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 278.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 275.

fundamento da legítima é a solidariedade familiar intergeracional. E se, não obstante, concluirmos que é efetivamente este o seu fundamento, não será necessária uma reforma que adeque a legítima à sua finalidade?

3. *Family provisions* e outras técnicas de proteção para sucessória

Os ordenamentos jurídicos europeus reconhecem duas espécies de sucessão⁷⁸: a legal – que decorre, como o nome indica, da lei – e a voluntária – que se resume no nosso ordenamento, salvo as pontuais exceções dos pactos sucessórios admitidos, àquela que decorre do testamento.

Enquanto a primeira se baseia num princípio de sucessão familiar motivado por ideias de solidariedade intergeracional, a segunda protege a autonomia individual do testador e o seu direito de propriedade privada e de livre disposição desta por morte.

Na tentativa de equilibrar estes dois vetores aparentemente inconciliáveis, surgem diferentes sistemas que refletem a proporção em que cada um deles é valorizado, resultando assim em propostas que acomodam uma maior liberdade de disposição dos bens por morte e outras, por oposição, que assentam numa maior salvaguarda da sucessão legal familiar.

Nenhum país europeu consagra, atualmente, a plena liberdade de disposição dos bens por morte⁷⁹. No entanto, as mais recentes tendências legislativas registam movimentos opostos de aproximação⁸⁰, consoante estejam em causa sistemas enquadráveis na família jurídica de *Civil Law* ou de *Common Law*.

3.1. Tendências legislativas nos países europeus com sucessão legítima

Observando as reformas recentes no Direito sucessório francês⁸¹, releva a *Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006*, cuja principal inovação foi a supressão da *réserve héréditaire* dos ascendentes⁸², acompanhada da criação de um direito de estes reaverem os bens que tiverem doado em vida ao autor da sucessão (art. 738 n.º 2 do *Code Civil*). Com o mesmo objetivo, foi criada, no *Code Civil*, a secção “Da renúncia antecipada à ação de redução”, que prevê a possibilidade de afastar este instituto⁸³, flexibilizando-o. Embora a reserva continue a ser imposta ao *de cujus*, promove-se a possibilidade de pactos familiares que “protejam” determinados beneficiários da ação de redução dos legítimários.

⁷⁸ Cfr. Zimmermann, 2019, p. 2.

⁷⁹ Cfr. Aloy, 2007, p. 3 e Xavier, 2016a, p. 355.

⁸⁰ Cfr. Xavier, 2016a, p. 355 e 366 e Bartolini & Patti, 2018, p. 434.

⁸¹ Para uma descrição mais detalhada das alterações legislativas mencionadas, vide Xavier, 2016a, pp. 359 a 364.

⁸² Medida também implementada, através de recentes reformas, nos ordenamentos austríaco, luxemburguês e belga, cfr. Christandl & Nemeth, 2020, p. 163.

⁸³ Deste modo, é atenuada a proibição dos pactos sucessórios, uma vez que esta renúncia constitui um pacto sobre a futura sucessão, excecionalmente autorizado por lei.

Esta reforma, que assimila várias mudanças sociais, económicas e “morais”⁸⁴, refletia tentativa de reforçar o valor da autonomia individual, retirando algum do peso das tendências de solidariedade intergeracional e familiar.

Note-se, todavia, que no direito francês não há qualquer previsão legal de deserdação, sendo consideradas quaisquer tentativas como nulas por violação da Ordem Pública⁸⁵.

No direito alemão, regista-se uma tendência destoante do quadro continental e completamente oposta.

A reforma do direito sucessório alemão de 2009, com as alterações introduzidas pela *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*, teve por objetivo a expansão do direito de autodeterminação e liberdade de disposição do testador⁸⁶.

No entanto, este intuito foi largamente reprimido pela Decisão do *Bundesverfassungsgericht* – o Tribunal Constitucional Federal – de 2005, que garantiu constitucionalmente a legítima dos descendentes, pelo que jamais poderá o testador excluí-los da herança por testamento, nem fazer a sua legítima depender de necessidade destes⁸⁷. Esta garantia, que consagra a legítima como expressão da solidariedade familiar baseada na proteção constitucional alemã da família⁸⁸, reflete a ideia de que o património familiar não resulta apenas dos esforços individuais do testador, mas provém também da riqueza por ele herdada, o que legitima a imposição de um limite à liberdade testamentária, que não pode ser afastado meramente por falta de “trato familiar”. Embora apenas se tenha pronunciado no sentido de garantir a legítima dos descendentes, o legislador considerou aplicável o mesmo raciocínio, com as devidas adaptações, à legítima do cônjuge e, até, dos ascendentes. Esta decisão foi surpreendente e controversa, atendendo às tendências legislativas atuais nos restantes países de *Civil Law*.

Numa tentativa de aumentar, não obstante, a autonomia do testador, foram consagradas novas causas de deserdação e respetivos pressupostos⁸⁹, embora se realce que o esmorecer das relações familiares entre o testador e o herdeiro legítimo, e até o próprio abandono familiar, continuam a não configurar qualquer uma das causas previstas^{90 91}.

Em contraste, as mais recentes alterações legislativas italianas em matéria sucessória têm procurado aumentar a liberdade de disposição dos bens por morte. A primeira alteração nesse sentido, introduzida pelo *decreto legge 14 marzo 2005*, redimensionou o

⁸⁴ Cfr. Bartolini & Patti, 2018, p. 441.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 441.

⁸⁶ Cfr. Leipold, 2010, p. 4.

⁸⁷ Cfr. Xavier, 2016a, p. 364.

⁸⁸ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 274, nota de rodapé 14.

⁸⁹ Cfr. Xavier, 2016a, p. 365.

⁹⁰ Cfr. Bartolini & Patti, 2018, p. 439.

⁹¹ Em 1900 constava do BGB uma enumeração de motivos específicos indicativos de uma quebra irremediável da relação familiar resultante de comportamentos da pessoa com direito a uma “porção compulsória”: um total afastamento, pelo qual o último fosse responsável, constituía motivo justificativo da sua exclusão total da herança. No entanto, do atual § 2333 n.ºs 1 a 4 BGB não consta qualquer possibilidade de deserdação por falta de trato familiar. Cfr. Zimmermann, 2019, p. 37.

alcance da ação de redução de liberalidades, excluindo do seu escopo os bens alienados quando decorram 20 anos após o registo da doação.

Também através da *Legge 14 febbraio 2006 n. 55* foi feita uma alteração relevante neste sentido, constituindo o que muitos autores consideram uma “disciplina derogatória do princípio geral de proibição dos pactos sucessórios⁹²” – o “*patto di famiglia*”, que permite ao empresário dispor livremente da sua empresa, mediante o acordo dos membros da família e sem colocar em causa a tutela legitimária daqueles que, por força do pacto, possam ser privados da titularidade da empresa. Este pacto não diminui os direitos dos restantes legitimários, uma vez que os beneficiários terão de reconhecer àqueles, salvo renúncia dos mesmos, o direito a uma soma correspondente à sua quota legitimária⁹³.

Releva ainda o facto de não existir no direito italiano qualquer disposição que legitime a deserdação, seja por que motivo for. A este propósito pronunciou-se a *Corte di Cassazione* – Supremo Tribunal Italiano – em 2012, de forma algo revolucionária face ao até então entendido, permitindo a deserdação, mas apenas quando não se trate de herdeiro legitimário, de outra forma a cláusula será nula⁹⁴.

Por último, no que respeita a países europeus com reserva legitimária, também no direito espanhol foram feitas alterações recentes no sentido das já mencionadas. Enquanto sistema no qual a legítima tem a natureza de *pars bonorum*, proliferam atualmente as situações nas quais a legítima pode ser paga em dinheiro, bem como os atos de partilha legitimados por lei à disposição do autor da sucessão – na reforma operada em 2003 pela *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa*, foi alterado o art. 1056.º do *Código Civil*, que passou a prever a possibilidade de o testador empresário manter a titularidade da sua empresa indivisa, atribuindo-a exclusivamente a um dos seus herdeiros e encarregando-o de pagar a legítima em dinheiro aos restantes legitimários⁹⁵. Esta previsão consagra uma exceção ao princípio segundo o qual o autor da sucessão não pode escolher quais os bens que compõem a legítima do herdeiro sem o consentimento deste.

Adicionalmente, e em matéria de deserdação, Espanha, bem como a comunidade autónoma da Catalunha⁹⁶, seguem a tendência de outros ordenamentos⁹⁷ ao considerar a falta de qualidade e permanência dos vínculos afetivos como motivo lícito para exclusão do direito à legítima. O Supremo Tribunal reinterpretou o art. 853.º n.º 2 do *Código Civil* por forma a alargar o conceito de abuso, nele integrando o abuso emocional sofrido pelo testador por motivo de abandono.

⁹² Cfr. Xavier, 2016a, p. 367.

⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 368.

⁹⁴ Cfr. Bartolini & Patti, 2018, p. 441.

⁹⁵ Cfr. Xavier, 2016a, p. 369.

⁹⁶ Cfr. Arroyo et al., 2016, p. 205.

⁹⁷ A nível europeu, tanto a Áustria como a Croácia, Eslovénia, República Checa e Malta consagram as situações de negligência, quer material quer afetiva, como motivo de deserdação. Cfr. *Ibidem*, p. 207.

As tendências legislativas da generalidade destes países europeus⁹⁸ têm sido, como se viu, no sentido de reforçar a autonomia privada do *de cuius* em matéria de disposição dos bens por morte, tendência que não se verificou ainda em Portugal, apesar da urgência de reforma já há muito sinalizada por grande parte da doutrina, devido à notória falta de harmonia e adequação do atual sistema⁹⁹.

Por oposição, analisando as linhas legislativas em países de *Common Law* observamos antes uma aproximação do modelo continental de *Civil Law*, abandonando a outrora plena liberdade de testar e incorporando elementos de proteção da família nuclear, nomeadamente através das *family provisions*¹⁰⁰.

3.2. *Family provisions* – funções equivalentes às da legítima nos sistemas de *Common Law*?

Pamplona Côrte-Real divisava já o surgimento de um sistema semelhante ao do direito anglo-saxónico no qual a liberdade de testar é plena e existe apenas um direito a alimentos à custa da herança em situações pontuais e avaliadas casuisticamente, por forma a salvaguardar parentes com necessidades que assim o justifiquem¹⁰¹.

A proposta dos países de *Common Law* para garantir o valor de solidariedade familiar é precisamente a possibilidade conferida a certos familiares do *de cuius* de, considerando-se injustamente acautelados por disposições testamentárias, requererem ao tribunal uma *family provision* ao abrigo do *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*¹⁰².

Sumariamente, este diploma normativo permite que o tribunal, mediante uma avaliação casuística, altere a distribuição do património decorrente das indicações do *de cuius* no testamento ou a ditada pela sucessão *ab intestato*¹⁰³ quando se entenda que o requerente não tenha sido por estas suficientemente acautelado, mediante a prova de factos que demonstrem uma necessidade efetiva do requerente.

A criação deste regime de “*descretion*” em contraposição à existência de uma quota indisponível serve a ideia de que a reivindicação de uma provisão deve ser avaliada segundo o seu concreto mérito, no sentido de prover sustento a quem dele efetivamente necessita e não a de cumprir algum ideal abstrato de “justiça”, sendo priorizadas as soluções do caso concreto¹⁰⁴ em contraste com os valores de segurança e certeza associados ao

⁹⁸ Embora a presente reflexão incida apenas sobre países europeus, talvez releve mencionar a solução consagrada em Louisiana, o único estado dos EUA que prevê tutela legitimária, cfr. *Ibidem*, pp. 212 e 213. Neste estado, para além da consagração da falta de trato familiar como causa de deserdação, foi ainda reduzido o escopo dos herdeiros considerados legitimários. Desde 1989 apenas são considerados legitimários os descendentes com menos de 24 anos ou permanentemente incapacitados independentemente da idade.

⁹⁹ Cfr. Xavier, 2016a, pp. 356, 371 e 372.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 355 e Bartolini & Patti, 2018, p. 434.

¹⁰¹ Cfr. Xavier, 2016a, p. 355.

¹⁰² Doravante *Inheritance Act 1975*. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>.

¹⁰³ Cfr. Alsop, 2019, p. 1.

¹⁰⁴ Cfr. Vicente, 2014, p. 270.

reconhecimento de uma quota determinada¹⁰⁵.

Consta do mesmo diploma (Secção 1) o elenco daqueles com legitimidade para requerer a provisão, elenco esse algo limitado “pelas ideias tradicionais de família constituída através do casamento e parentesco”¹⁰⁶: o cônjuge ou companheiro; um ex-cônjuge ou ex-companheiro (conquanto não tenha contraído ainda novo matrimónio ou formado nova união); aquele que, durante os 2 anos imediatamente anteriores ao falecimento do *de cujus*, tenha com ele coabitado em condições análogas às de um cônjuge; filho do *de cujus*¹⁰⁷; aquele com que o *de cujus* tenha tido relação anterior de responsabilidades parentais¹⁰⁸; e aquele que dependesse do *de cujus* no período imediatamente anterior à sua morte, e por ele fosse sustentado, total ou parcialmente.

Deste rol não constam quer os irmãos do falecido, quer os seus ascendentes, contrastando com as regras da sucessão *ab intestato*, na qual estes parentes concorrem à herança caso ao falecido não sobrevivam descendentes ou cônjuge. Tal deve-se ao facto de aqueles não serem considerados dependentes financeiramente do falecido¹⁰⁹.

Constam, no entanto, deste elenco as parcerias civis e situações de coabitantes em condições análogas ao casamento há pelo menos dois anos, bem como aqueles que tenham sido tratados pelo *de cujus* como filhos, abrangendo assim as relações entre pessoas do mesmo sexo e as novas formas de constituição de família no escopo do diploma.

Para além da legitimidade para requerer uma provisão, importa ainda alegar e provar factos que demonstrem uma relação de dependência¹¹⁰ para com o autor da sucessão. Este critério, que impõe que, no período imediatamente anterior à sua morte, o *de cujus* tivesse um papel essencial no sustento do dependente, evidencia o interesse fulcral desta *family provision*: muito mais do que o trato familiar e os atos próprios de familiares, exige-se uma relação de dependência assimétrica¹¹¹, que ecoa a assunção tradicional do valor de solidariedade intergeracional no seio familiar. Para efeitos deste critério, considera-se que o requerente era sustentado pelo *de cujus* quando este último fizesse contribuições monetárias substanciais para prover às suas necessidades razoáveis (o que irá também

¹⁰⁵ Cfr. Douglas, 2014, p. 227. A razão motivadora da legislação original era aliviar os encargos de viúvas e crianças incapazes de prover o seu próprio sustento. Assim, a ideia mais enfatizada era a de mitigar situações de necessidade e prover sustento e não atribuir um direito a uma quota fixa do património.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 227.

¹⁰⁷ Releva aqui o facto de quaisquer filhos do *de cujus*, ainda que maiores, terem legitimidade para requerer uma *family provision* nos termos desta lei, ao contrário da previsão anterior, que limitava esta legitimidade aos filhos menores, filhas solteiras e filhos adultos incapacitados – aqueles que, na redação anterior, se consideravam como possivelmente dependentes do autor da sucessão.

¹⁰⁸ Tradução nossa de “any person who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family”, Secção 1, art. 1.º, d) do Inheritance Act 1975.

¹⁰⁹ Cfr. Douglas, 2014, p. 228.

¹¹⁰ Ainda que a dependência, por si só, não constitua critério nuclear suficiente para a conceção da provisão, devendo ser conjugada com outros fatores, a verdade é que sem ela dificilmente a reivindicação terá provimento, o que constitui uma aproximação entre o instituto das *family provisions* e o direito a alimentos, cfr. Aloy, 2007, p. 6.

¹¹¹ Cfr. Douglas, 2014, p. 229.

variar consoante o padrão de vida, tanto do *de cuius* como do requerente).

Após a determinação da legitimidade do requerente e a prova dos factos que demonstram a sua dependência do falecido, caberá ao tribunal, nos termos das Secções 2 e 3, determinar a (in)suficiência da provisão feita pelo testador ou decorrente das regras de sucessão *ab intestato*. Esta determinação será feita com recurso aos seguintes critérios, contidos na Secção 3 do diploma: as necessidades e recursos que o requerente tem ou terá previsivelmente num futuro próximo; as necessidades e recursos que o beneficiário da herança tem ou terá previsivelmente num futuro próximo; quaisquer obrigações ou responsabilidades que o falecido tivesse para com o requerente e/ou para com o beneficiário da herança; o valor e natureza dos bens que compõem a herança; quaisquer incapacidades, físicas ou mentais, quer do requerente quer do beneficiário; outros fatores, incluindo a conduta do requerente ou qualquer outra pessoa, que em luz das circunstâncias do caso concreto o tribunal considere relevantes.

Se se pronunciar pela insuficiência da provisão feita, o tribunal terá ainda de fixar qual o montante considerado como “*reasonable financial provision*” que deverá ser fixado ao requerente.

Sempre que o requerente seja qualquer outra pessoa que não o cônjuge ou companheiro do *de cuius*, a *family provision* será fixada na medida do estritamente necessário para prover ao sustento do requerente¹¹², nos termos da Secção 1, art. 1B, (2), b). Tratando-se, por outro lado, de um requerimento apresentado por cônjuge ou companheiro, não se aplica esta limitação da necessidade, devendo o montante ser calculado por forma a permitir a manutenção do padrão de vida de que beneficiava na constância do matrimónio, nos termos das alíneas a) e aa) do mesmo artigo.

Apesar do seu mérito, resultante, em larga escala, da flexibilidade que permite ao autor da sucessão dispor do seu património como bem lhe aprouver – respeitando assim o seu direito fundamental de propriedade privada em todas as suas aceções –, as *family provisions* padecem de certas imperfeições que convocam o debate de se até estas deveriam ser alvo de uma reforma. *Lady Hale*, juíza do *Supreme Court*, reflete¹¹³ sobre o aumento dos litígios emergente desta solução, bem como sobre o elevado custo dos mesmos em Inglaterra, que poderá constituir um obstáculo precisamente para quem mais precisa das *family provisions* – aqueles que não conseguem prover o seu próprio sustento. Outra desvantagem deste instituto por si apontada é o facto de a lei que o preceitua não fornecer qualquer diretriz sobre como ponderar os diversos fatores a ter em conta no momento de decisão, o que conduz a um elevado grau de incerteza – que pode inclusive funcionar como

¹¹² Cfr. Press Summary – *Ilott (Respondent) v. The Blue Cross and others (Appellants)* [2017] UKSC 17 On appeal from [2015] EWCA Civ 797, 2017), p. 2. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0203-press-summary.pdf>.

¹¹³ Cfr. Bartolini & Patti, 2018, p. 436.

uma restrição à liberdade de testar¹¹⁴. Esta incerteza decorre, para além da dependência da lei familiar inglesa da discricionariedade desestruturada, da aparente dualidade de jurisdições que aplicam o *Inheritance Act 1975* – a *Chancery Division* e a *Family Division*, que têm abordagens diferentes e conduzem por vezes a que situações muito semelhantes tenham desfechos (demasiado) díspares¹¹⁵.

Outras desvantagens deste instituto poderão ser aferidas através da análise de decisões amplamente controversas, como é o caso de *Ilott v. The Blue Cross and others*¹¹⁶. Nesta decisão, que é apenas o culminar de longos anos de litígio e recurso a várias instâncias, foi atribuída pelo *Supreme Court* uma *family provision* de £50,000 à requerente, Mrs. Ilott, filha maior da testadora, Mrs. Jackson.

Da factualidade deste caso releva que até ao falecimento da mãe, em 2004, contavam já 26 anos de total ausência de trato familiar, tendo a requerente fugido de casa aos 17 anos para ir viver com o agora marido, com o qual casou sem disso dar notícia à mãe. Viveram as suas vidas isoladamente, sem qualquer conexão – quer afetiva quer monetária. Esta ausência de relacionamento familiar foi o que motivou a mãe, em ambos os seus testamentos, a excluir completamente da sucessão a sua filha, dizendo que não sentia que tivesse qualquer obrigação moral ou financeira para com esta em luz do seu abandono, tendo inclusive instruído os testamenteiros a resistir a qualquer reivindicação que ela pudesse fazer¹¹⁷. Mrs. Jackson deixou, através de testamento, a sua herança a instituições de caridade.

A primeira instância julgou a favor da requerente, considerando que o testamento não acautelou provisão suficiente a favor desta, ordenando que lhe fosse atribuída uma *family provision* no valor de £50,000. Esta decisão evidencia uma das desvantagens deste instituto que, à semelhança de qualquer outro que limite a liberdade de dispor e testar, consiste no facto de, não poucas as vezes, conduzir a resultados flagrantemente contra a vontade expressa do testador e contra os motivos subjacentes à sua decisão¹¹⁸. Não só isso, como o faz, neste caso concreto e em muitos semelhantes, em benefício de alguém que durante um quarto de século negligenciou a sua própria mãe, estando patente uma outra grande falha deste sistema: a não inclusão da proximidade e qualidade do vínculo familiar

¹¹⁴ Na prática, e por medo de que, após a sua morte, os presumíveis herdeiros entrem em litígio devido ao que consta do testamento, os testadores acabam por incluir no mesmo parentes que não pretendiam beneficiar, o que acaba por restringir a ampla liberdade teórica prevista na lei. Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 270.

¹¹⁵ Cfr. Douglas, 2014, p. 241. O autor, Gillian Douglas, cita a sugestão de Cownie e Bradney, que defendem que enquanto o *Family Court* poderá receber o requerimento e relevar as circunstâncias e detalhes específicos da relação familiar entre requerente e testador, o *Chancery Court* perderá pouco tempo com tais detalhes, focando-se muito mais na letra da lei, abordagens que naturalmente resultarão em decisões heterogéneas.

¹¹⁶ Decisão integral do *Supreme Court of England* disponível para consulta em <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0203.html>.

¹¹⁷ Cfr. Bartolini & Patti, 2018, p. 429.

¹¹⁸ Apesar do diploma sob análise não vincular o tribunal a uma consideração obrigatória das razões pelas quais o testador dispôs da forma que o fez, se estas forem fiéis à verdade dos factos e conforme os bons costumes, o tribunal pode tê-las em consideração aquando da tomada de decisão. Cfr. *Ibidem*, p. 435.

nos fatores a considerar para a atribuição da *family provision*¹¹⁹. Embora um dos critérios a ter em conta, nos termos da Secção 3, seja uma espécie de cláusula aberta na qual esta proximidade pode ser valorada, resulta da letra da lei¹²⁰ que o tribunal tem apenas a possibilidade – e não o dever – de a relevar, o que pode conduzir a situações de profunda injustiça. Há quem defenda que por uma questão de princípio, a transmissão debens por morte não deveria depender apenas da necessidade dos herdeiros, mas também de outros fatores igualmente meritórios¹²¹, nomeadamente a manutenção e qualidade dos vínculos familiares com o *de cuius*.

A ocorrência de situações de manifesta injustiça devido a esta falha foi evidenciada na decisão de segunda instância, que aumentou exponencialmente a *family provision* atribuída à requerente, valorando pouco ou nada os 26 anos de total afastamento entre esta e a testadora. Embora o *Supreme Court* tenha revertido a decisão à provisão decretada pela primeira instância, talvez relevem, de todo o modo, os resultados adversos que a desconsideração desta dimensão da vida familiar poderá ter.

Uma outra crítica dirigida às *family provisions* é a assimetria nas relações que motiva a sua atribuição. Pelo facto de se exigir uma dependência ou um desequilíbrio, incorre-se por vezes no erro de beneficiar aqueles que, por infortúnio ou desleixo, dependem ainda do autor da sucessão e “punir” aqueles que alcançaram já a autonomia e conseguem prover o seu próprio sustento¹²², operando como uma espécie de “*quantified post mortem child support*”¹²³.

Embora faça todo o sentido aprovisionar aqueles que, em virtude de incapacidades, não têm meios de se autossustentar, exigir uma dependência financeira sem qualquer análise crítica à luz da *ratio legis* acaba por premiar por vezes aqueles que Kerridge e Brierley apelidavam de “*lame ducks*”¹²⁴, filhos adultos do testador que, à semelhança de Mrs. Ilott e por diferentes motivos, não são ainda autossuficientes.

Neste sentido é particularmente relevante a decisão *Ames v. Jones*¹²⁵ de 2016. Este caso concreto, julgado no *Central London County Court*, teve início com um requerimento da filha do *de cuius*, Danielle Ames, que requereu a fixação de uma *family provision* relativamente ao património do falecido pai, que a excluiu da sucessão por forma a beneficiar a sua segunda mulher, e madrasta de Danielle, como quem mantinha uma relação há 33 anos.

Danielle Ames, uma mulher de 41 anos que se encontrava desempregada, requereu,

¹¹⁹ Cfr. Douglas, 2014, p. 232.

¹²⁰ “(g) any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court **may** consider relevant” (sublinhado nosso).

¹²¹ Cfr. Lamarca i Marquès, 2014, p. 270.

¹²² Cfr. *Ibidem*, p. 270.

¹²³ Cfr. *Ibidem*, p. 270.

¹²⁴ Cfr. Douglas, 2014, p. 238.

¹²⁵ Disponível para consulta em <https://www.familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce5521>.

ao abrigo do *Inheritance Act 1975*, que lhe fosse fixada provisão suficiente, alegando paratal dificuldades financeiras e impossibilidade de prover o seu próprio sustento, bem comodos seus filhos.

Embora tenha alegado estas dificuldades, Danielle não logrou apresentar e provar factos que demonstrassem qualquer dependência do seu falecido pai. Adicionalmente, e num aspeto particularmente interessante, o Tribunal observou que Danielle era perfeitamente capaz de trabalhar e de encontrar emprego, tendo por isso julgado improcedente o seu pedido por considerar que a sua situação de desemprego e, consequentemente, de necessidade era o resultado das suas escolhas de vida, do seu estilode vida.

Este caso demonstra que na atribuição das *family provisions* pode efetivamente ser analisada e valorada a factualidade conducente à situação de necessidade por forma a não “premiar” alguém que optou por se colocar a si próprio nessa situação de vulnerabilidade.

3.3. Soluções intermédias

Existem já algumas soluções intermédias, que combinam elementos característicos dos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, conciliando o direito à legítima (seja através de uma quota dos bens que compõem a herança ou através de um direito ao seu valor) – e, através dele, tutelando o valor da solidariedade familiar – com o valor da liberdade de dispor, “temperando” assim as restrições com valores de autonomia individual.

Uma das soluções consiste na diminuição das classes de sucessíveis legitimários, com a supressão da legítima dos ascendentes. Adotada, como já vimos, em França e na Áustria, entre outros países, esta medida é decisivamente um passo na direção certa, masque se revela ainda insuficiente para acautelar a liberdade de disposição do *de cuius*. Neste contexto, atente-se na previsão legitimária do Estado de Louisiana, no qual o direito à legítima é concedido apenas a filhos menores de 24 anos ou aqueles que, independentemente da idade, estejam permanentemente incapacitados¹²⁶.

Outra possibilidade seria a de flexibilizar o montante da legítima. Em 1989, foi introduzida no CC Austríaco a possibilidade de reduzir a legítima subjetiva de um determinado herdeiro em metade na circunstância de não haver qualquer relação de proximidade familiar entre este e o *de cuius*¹²⁷.

Na Estónia, por exemplo, caso o autor da sucessão deserde (ou prejudique face ao direito que teria por força da sucessão legítima), por meio de testamento ou pacto sucessório, ascendente, descendente ou cônjuge que seria chamado a suceder *ab intestatoe* este se encontre incapacitado para o trabalho – e, por isso, não consiga prover o seu próprio

¹²⁶ Cfr. Arroyo et al., 2016, p. 212.

¹²⁷ Cfr. Arroyo et al., 2016, p. 211. Esta disposição (§ 773 a ABGB) foi alterada em 2004, prevendo-se a sua aplicação exclusiva às relações entre pais e filhos.

sustento – este parente tem direito à legítima¹²⁸. Também na Lituânia existe previsão semelhante, uma vez que, nos termos da lei, os filhos, ascendentes e cônjuge *dode cujus* têm direito à legítima sempre que necessitem de sustento no momento da abertura da sucessão, sendo a legítima metade da quota disponível¹²⁹.

As duas últimas soluções têm o revés de, à semelhança das *family provisions*, apenas valorarem a necessidade e dependência do sucessível em causa, descurando outros fatores igualmente relevantes, como um mais estreito vínculo afetivo ou, até, dependência no sentido inverso, isto é, ser o agora autor da sucessão que, à data do falecimento, dependia do apoio patrimonial e afetivo do sucessível em questão.

No entanto, e embora se possa questionar a importância de relevar os vínculos afetivos, bem como outros fatores, para a atribuição de uma quota legítima, a verdade é que estas soluções, embora não o façam, alcançam exatamente aquilo a que se propõem: a colmatação das necessidades efetivas de determinados sucessíveis, acautelando assim o valor de solidariedade familiar nos respetivos ordenamentos jurídico-sucessórios, sem onerar em demasia a autonomia privada do *de cujus*.

Também as já mencionadas soluções conseguidas por reformas recentes em Itália – no sentido de permitir os pactos sucessórios, ainda que apenas na sucessão da empresa familiar – e em Espanha – permitindo ao empresário testador compor a legítima de um dos seus sucessores com participações na titularidade da empresa – representam um avanço louvável no sentido da prossecução da autonomia privada, por forma, neste caso, a não dividir (e consequentemente desvalorizar) uma unidade produtiva.

Uma outra perspetiva, adotada pela Alemanha, pela comunidade autónoma da Catalunha e pelo Estado de Louisiana, entre outros, é o aumento do leque das causas de deserdação. Esta técnica, embora teoricamente viável, não nos parece defensável na prática, uma vez que acarreta um aumento dos litígios envolvidos na prova necessária dos factos que consubstanciam motivo de deserdação, prova essa que é também muito difícil¹³⁰, uma vez que a lei não estabelece qualquer presunção de verdade no que diz respeito às alegações do testador, e nem sempre é possível provar, por exemplo, que a rutura do vínculo se deve exclusivamente ao sucessível, podendo assim a impugnação da deserdação acabar por ter êxito¹³¹. A estas desvantagens acresce ainda a estigmatização geralmente associada à deserdação, fenómeno que muitos testadores procuram evitar, o que torna esta opção inviável na prática.

Embora todas estas opções, em maior ou menor medida, contribuam para um certo decréscimo das restrições provocadas pela legítima, apenas a sua substituição por outros mecanismos que, embora prossigam idênticas finalidades de solidariedade familiar,

¹²⁸ Cfr. Aloy, 2007, p. 6.

¹²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 6.

¹³⁰ Cfr. Leipold, 2010, p. 807.

¹³¹ Cfr. Arroyo et al., 2016, p. 220.

admitam a manutenção de um maior âmbito do direito de propriedade privada e da sua livre transmissão por morte, permitirão uma resposta satisfatória às necessidades de autonomia do autor da sucessão.

3.4. Outras técnicas de proteção parassucessória

Para além da possibilidade de instituição de um sistema semelhante ao previsto nos países de *Common Law*, existem ainda outras possíveis soluções a considerar como alternativa à legítima que permitem uma garantia suficiente do valor de solidariedade familiar e intergeracional que com esta se pretende acautelar.

Embora se entenda que, não obstante as suas falhas, o instituto das *family provisions* acautele de forma que consideramos adequada a autonomia privada do autor da sucessão e os seus direitos de propriedade privada e livre disposição, pensa-se que a sua implementação seria demasiado disruptiva para o espírito do sistema sucessório português¹³².

Cumpre-nos então indagar quais as alternativas que, com idêntico respeito pela liberdade de disposição dos bens por morte, melhor se adequam ao nosso sistema sucessório, sendo certo que, como pudemos constatar através da análise do instituto das *family provisions*, nem todos os instrumentos jurídicos de regulação do destino do património após a morte têm de ser de natureza estritamente sucessória.

O estudo da viabilidade de utilização de outros instrumentos jurídicos com esta finalidade iniciou-se em primeira instância por Antonio Palazzo que, acompanhado de uma significativa fação da doutrina italiana, aprofundou e desenvolveu a distinção entre os negócios *mortis causa* e os negócios *post mortem* e *trans mortem* como fenómenos parassucessórios¹³³. Estes grupos de negócios jurídicos são distinguíveis entre si consoante a produção de efeitos jurídicos ocorra por causa da morte ou apenas depois da morte¹³⁴.

Neste último caso, a morte representa apenas o momento da produção dos efeitos jurídicos do contrato, tratando-se, pois, meramente de uma “produção dos efeitos do negócio diferida”.

Em Portugal, foi precursora nesta matéria Rita Lobo Xavier, que, na esteira dos autores italianos, encarou a uma nova luz a importância do contrato no âmbito da transmissão *mortis causa* do património, investigando a possibilidade de utilização de instrumentos jurídicos pré-existentes de direito privado com finalidades parassucessórias,

¹³² Tendo em conta que nos sistemas romano-germânicos é a norma que fornece ao julgador o ponto de partida do raciocínio e caminho conducentes à solução do caso – cfr. Vicente, 2014, p. 270 – e parece-nos que uma solução dependente do apenas eventual impulso processual de um requerente e cuja fixação está vinculada, em atribuição e medida, ao entendimento do tribunal, não será a mais adequada.

¹³³ Cfr. Xavier, 2016b, p. 110.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 110.

num exercício ao qual deu o nome de Planeamento Sucessório¹³⁵.

Denota a autora que estes instrumentos são não poucas as vezes objeto de mal-entendidos e má vontade, porque frequentemente associados a situações de fraude à lei ou evasão fiscal¹³⁶ e ligados a ideias de “capitalismo sem rosto”. Entende, no entanto, numa opinião com a qual tendemos a concordar, que a ânsia de planear de forma adequada a transmissão do património pode servir propósitos perfeitamente legítimos, como a garantia do sustento do cônjuge sobrevivente ou de filho com capacidade diminuída, bem como a continuidade de determinados bens na titularidade de membros da família ou o futuro de uma empresa da qual se foi fundador¹³⁷.

Posteriormente, também Daniel Morais abordou aquilo que designou por “revolução sucessória”¹³⁸, que consiste “na atenuação da fronteira entre situações jurídicas sucessórias e ‘parassucessórias’”. Embora considere os institutos alternativos ao testamento absolutamente fundamentais para a compreensão do sentido moderno da transmissão da riqueza entre gerações, o autor entende que estes constituem uma “fuga à forma jurídica” que agora invade o Direito Sucessório, pois prescindem dos institutos que o legislador criou para o efeito¹³⁹.

Apesar de estes institutos alternativos ao testamento apresentarem, de facto, uma opção diversa dos instrumentos previstos pelo legislador na disciplina sucessória portuguesa, a verdade é que a sua utilização é totalmente lícita¹⁴⁰ e permite uma composição mais idónea dos reais interesses do autor da sucessão, que se tornam cada vez mais intrincados pela complexidade quer dos bens a transmitir, quer das próprias situações familiares, motivo pelo qual ambos os autores advogam a sua importância¹⁴¹.

No entanto, e no que concerne à tutela legítima portuguesa, não se pretende pelo presente estudo defender que a eliminação da legítima, por se considerar desadequada, deveria dar lugar unicamente à utilização de instrumentos de índole contratual com finalidades parassucessórias, uma vez que a sua utilização, porque dotada de carácter discricionário, abandonaria por completo o valor da solidariedade intergeracional e familiar ao critério dos particulares.

Defende-se, no entanto, o seguinte raciocínio: da mesma forma que podemos dotar negócios jurídicos pré-existentes de finalidades parassucessórias para com eles

¹³⁵ Para um estudo mais aprofundado do Planeamento Sucessório e dos instrumentos possíveis para a transmissão do património à margem do direito sucessório, veja-se, por todos, Xavier, 2016b.

¹³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

¹³⁸ Cfr. Morais, 2018, p. 20. Embora se possa concordar que há uma crescente normalização do recurso a estes mecanismos com finalidades parassucessórias, estes sempre foram utilizados paralelamente ao testamento, pelo que poderá ser algo impreciso dar-lhe o nome de “revolução”.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 11.

¹⁴⁰ Note-se que, embora a utilização destes instrumentos seja lícita, constata-se ainda na lei portuguesa uma aberta hostilidade à conformação de efeitos sucessórios através de contratos, “seja para prever que a sua produção ocorra e definir os termos em que ocorrerá, seja ainda para dispor dos direitos que se venha a adquirir por morte de outrem”, cfr. Pedro, 2018, p. 424.

¹⁴¹ Em consonância, vide Pedro, 2018, pp. 423 e 424 e Marques, 2015, p. 619.

salvaguardar a liberdade de disposição do *de cujus* e suprir as ineptidões do testamento, porque não fazê-lo com figuras pré-existentes de Direito Privado que permitam a realização adequada do valor de solidariedade intergeracional e familiar que com a legítima se pretende acautelar?

3.4.1. O art. 1707.º-A do CC e o regime da renúncia à condição de legitimário

Através da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, foi introduzida no ordenamento jurídico português a possibilidade de, por acordo aposto à convenção antenupcial, os nubentes poderem renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário um do outro, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º do CC¹⁴², “afetando, assim, a ‘posição sucessória’ (...) do cônjuge sobrevivente em caso de dissolução do casamento por morte”¹⁴³.

Esta renúncia recíproca, que resulta na exclusão de cada um dos nubentes do elenco de potenciais sucessíveis legitimários do outro, significa que quanto a estes não operará a correspondente vocação sucessória uma vez aberta a sucessão¹⁴⁴.

Atente-se, no entanto, a uma das condições de válida celebração do pacto renunciativo vertida no n.º 3 do art. 1700.º – o casamento terá de ser celebrado sob o regime da separação de bens –, pelo que este exercício de autonomia privada não é, portanto, reconhecido a todos os esposados¹⁴⁵. Esta opção legislativa é particularmente questionável quando analisada sob o prisma da tutela legitimária: o legislador entendeu que o interesse em excluir a produção de certos efeitos sucessórios do casamento só merece tutela quando no plano matrimonial vigore o regime de bens que reflete a opção dos nubentes por uma maior autonomia patrimonial¹⁴⁶. No entanto, independentemente do regime de bens, o cônjuge que a isso não renuncie sempre será herdeiro legitimário, o que constitui um verdadeiro paradoxo e reflete, de facto, a falta de harmonia na legislação sucessória portuguesa.

Não obstante, e no âmbito dos efeitos jurídicos deste pacto renunciativo, não parecem existir quaisquer dúvidas, à luz do n.º 2 do art. 1707.º-A, que nem o direito a alimentos consagrado no art. 2018.º nem as prestações sociais por morte atribuídas ao cônjuge sobrevivente são prejudicados pela celebração deste pacto¹⁴⁷. Adicionalmente, a renúncia válida e eficaz à condição de herdeiro legitimário nos termos deste artigo “dará lugar à

¹⁴² Esta nova alínea trata-se, portanto, de uma outra “disposição por morte considerada lícita”, constituindo uma exceção ao princípio da proibição dos pactos sucessórios vertida no art. 2028.º do CC. Sobre os pactos sucessórios renunciativos entre nubentes, veja-se, por todos, Pedro, 2018.

¹⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 422.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 428. Daniel Morais considera que o cônjuge renunciante é chamado no momento da abertura da sucessão, embora o repúdio opere automaticamente, cfr. Sottomayor, 2020, p. 361.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 429.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 430.

¹⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 441.

constituição a favor do cônjuge sobrevivente renunciante aos direitos sucessórios previstos nos n.ºs 3 a 10 do art. 1707.º-A”¹⁴⁸.

Significa isto que, renunciando ao seu estatuto de herdeiro legítimo, ao cônjuge sobrevivente é conferido um direito a alimentos legais¹⁴⁹, à habitação da casa de morada de família e ao uso do respetivo recheio.

Estes direitos são, aliás, muito semelhantes¹⁵⁰ à proteção sucessória já atualmente concedida ao unido de facto, que através do art. 2020.º é legitimado a exigir alimentos da herança, tendo ainda, por força do art. 5.º da Lei 7/2001, de 11 de maio, o direito de habitação da casa de morada da família.

Deste modo, o cônjuge renunciante e o unido de facto gozam de proteções praticamente idênticas, tendo ambos o direito real de habitação da casa de morada de família por cinco anos e o direito de uso do respetivo recheio por igual período, direitos que podem ainda ser prorrogados pelo Tribunal por motivos de equidade¹⁵¹.

A esta proteção acresce ainda o facto de, no caso do cônjuge renunciante, este pertencer ainda às primeiras classes de herdeiros legítimos¹⁵², pelo que, na circunstância de o *de cujus* não dispor voluntariamente do seu património por morte, este continuaria a ser amplamente beneficiado.

Por se considerar que o regime de proteção do cônjuge renunciante, bem como o do unido de facto, acautelam de forma cabal e adequada as eventuais necessidades destes, valorizando simultaneamente os vínculos (para)familiares que estes tinham com o *de cujus*, entendemos que estas figuras jurídicas seriam perfeitamente apropriadas para prover ao sustento dos atuais legítimos e acautelar o valor de solidariedade familiar.

De facto, atendendo às primeiras alíneas do art. 2009.º, constatamos que a obrigação de alimentos parece decorrer da lei em virtude de existir, ou já ter existido, um vínculo de natureza familiar¹⁵³ e “funda-se na solidariedade decorrente da existência de laços pessoais e tem por finalidade assegurar a segurança económica da existência do sujeito necessitado”¹⁵⁴, o que a torna idónea à realização do valor da solidariedade social.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 441.

¹⁴⁹ Direito esse que já lhe é, aliás, conferido pelo art. 2018.º do CC, pelo que o viúvo sempre terá o direito a ser alimentado pelos rendimentos da herança do falecido.

¹⁵⁰ Para uma análise mais detalhada das similitudes e diferenças na proteção sucessória de ambos, veja-se, por todos, Costa, 2019.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 9.

¹⁵² A questão do alcance da renúncia possibilitada pelo art. 1707.º-A do CC é amplamente discutida, pois a resposta tem implicações numa variedade de faculdades reconhecidas a estes sucessíveis. Para um aprofundamento desta questão, bem como dos argumentos a favor da posição que aqui defendemos, vide Pedro, 2018, pp. 441-444.

¹⁵³ Cfr. Sottomayor, 2020, p. 1056.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 1056.

Posto isto, e tendo em atenção o disposto no art. 1707.º-A do CC, que regula a posição do cônjuge sobrevivente que renunciou à condição de herdeiro legitimário, parece poder entender-se que o legislador considerou o cônjuge sobrevivente suficientemente protegido se lhe fossem garantidos direito a alimentos e direitos de habitação no imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio.

Conclusões

Atenta a sua génese histórica, o atual direito sucessório português insere-se na família jurídica romano-germânica. Pese embora a estrutura basilar de sucessão *mortis causa* derive da tradição romanística absorvida pelo nosso ordenamento, manifestada atualmente no primado da sucessão testamentária, perduram ainda certos elementos originários do domínio bárbaro que, assegurando a permanência de um “património familiar”, não cederam perante as ideias de liberdade de disposição. Um desses elementos é precisamente a reserva legitimária prevista nos arts. 2156.º e seguintes do CC, que resulta da evolução de institutos originários do direito germânico.

Limitando, de forma talvez excessiva, os direitos fundamentais de propriedade privada e de livre disposição dos bens por morte, consagrados no art. 62.º da CRP, esta reserva legitimária não goza de qualquer proteção constitucional expressa, estando prevista apenas em legislação ordinária.

A doutrina justifica esta restrição ao direito fundamental de propriedade privada na sua função social, na proteção constitucional da família enquanto instituição essencial da sociedade (arts. 67.º e 68.º da CRP), bem como na proteção de um valor de solidariedade familiar intergeracional.

Em função de numerosos fatores, nomeadamente, o aumento da esperança média de vida, as alterações na composição da riqueza, as novas formas de constituição de família, entre outros, a legítima, na sua configuração atual, não nos parece realizar de forma satisfatória o valor de solidariedade familiar que se propõe a acautelar, motivo pelo qual urge a sua adequação ou, até mesmo, substituição.

Essa urgência foi já constatada em vários ordenamentos jurídicos próximos do nosso, nos quais foram promovidas alterações legislativas no sentido de desonerar a sucessão por morte do excessivo peso atribuído à solidariedade familiar e aumentar a liberdade de dispor do autor da sucessão, quer através de alterações na tutela legitimária, quer através da flexibilização da proibição dos pactos sucessórios ou do aumento do leque de causas de deserdação.

Existem, no entanto, ordenamentos jurídicos nos quais não existe sequer uma reserva legitimária, como é o caso dos países de *Common Law*. Nestes, o valor de solidariedade familiar é acautelado através do instituto das *Family Provisions*, que consiste na possibilidade conferida a certas pessoas de, considerando-se injustamente acauteladas, face às suas necessidades, pelas deixas testamentárias do *de cuius*, requererem ao tribunal a fixação de uma “*reasonable financial provision*” relativamente ao património deste.

Não obstante as suas fragilidades, o instituto das *Family Provisions* tutela de forma adequada a autonomia privada do *de cuius*; no entanto, a sua implementação em Portugal seria demasiado disruptiva do espírito do nosso sistema sucessório.

Apesar disso, poderá ser equacionada uma solução algo semelhante, designadamente,

a utilização de instrumentos de Direito Privado já existentes com finalidades parassucessórias, por forma a acautelar a solidariedade familiar que se pretende garantir com a legítima.

Tendo em atenção o disposto no art. 1707.º-A do CC, que regula a posição do cônjuge sobrevivente que renunciou à condição de herdeiro legitimário, parece poder entender-se que o legislador considerou o cônjuge sobrevivente suficientemente protegido se lhe fossem garantidos direito a alimentos e direitos de habitação no imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio.

Poderá assim sustentar-se a eventual pertinência, como alternativa à legítima, das atribuições supramencionadas, estimando-se, no entanto, que o *iter* adotado venha a ser, como sempre o foi em matéria sucessória, de progresso mais gradual. Assim, relevam ainda, como perspectivas de reforma da tutela legitimária, soluções intermédias, como serão a da supressão da legítima dos ascendentes, a da diminuição da quota legitimária, e a do alargamento do leque de causas de deserdação.

Referências bibliográficas

- ALOY, A. V. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, pp. 1-25.
- ALSOP, K. (2019). Challenging the myths of the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. *The Gazette Official Public Record*.
- ARROYO, E., AMAYUELAS, I. & AMORÓS, E. F. (2016). Kinship bonds and emotional ties: Lack of a family relationship as ground for disinheritance. *European Review of Private Law*, vol. 24, no. 2, pp. 203-222.
- BARTOLINI, F. & PATTI, F. P. (2018). The freedom to disinherit children. https://www.academia.edu/37663176/The_Freedom_to_Disinherit_Children.
- CHRISTANDL, G. & NEMETH, K. (2020). Austrian succession law rewritten: A comparative analysis. *European Review of Private Law*, pp. 149-172. www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml#tab-.
- CÔRTE-REAL, C. P. (1989). *Da Imputação de Liberalidades da Sucessão Legitimária*. D.-G. das C. e I. M. das F. Centro de Estudos Fiscais.
- COSTA, E. D. (2019). A posição sucessória do cônjuge sobrevivente no direito português: A propósito da lei 48/2018, de 14 de agosto. <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/55>.
- COSTA, M. J. de A. (1997). A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português. Em especial, o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- DIAS, C. A. (2016). A proteção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legitimária. In *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, pp. 449–463. Almedina.
- DIAS, C. A., GONÇALVES, A., MORAIS, D., MOTA, H., CAMPOS, I. M., SOTTOMAYOR, M. C., BARBOSA, P., MARTIGO CRUZ, R. & HENRIQUES, S. (2018). *Código Civil Anotado: Livro V – Direito das Sucessões*. Almedina.
- DIAS, C. M. A. (2019). *Lições de Direito das Sucessões*. 7.^a ed. Almedina.
- DOUGLAS, G. (2014). Family provision and family practices – The discretionary regime of the Inheritance Act of England and Wales. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n.º 2, pp. 222-242.
- LAMARCA I MARQUÈS, A. (2014). we are not born alone and we do not die alone: protecting intergenerational solidarity and refraining cain-ism through forced heirship. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n.º 2, pp. 264-279.
- LEIPOLD, D. (2010). *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, pp. 802-811.
- MARQUES, J. P. F. R. (2015). O Direito das Sucessões nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. *BFD*, vol. 91, pp. 601-634.
- MORAIS, D. de B. R. S. (2018). *Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI*. Príncipe Editora.
- PEDRO, R. T. (2018). Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.o, n.º 1, alínea C) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 415-454.

- PROENÇA, J. J. G. (1951). Natureza jurídica da legítima. In *Suplemento IX do Boletim da Faculdade de Direito*, pp. 243-458. Coimbra Editora
- SOTTOMAYOR, M. C. (2020). *Código Civil Anotado: Livro IV – Direito da Família*. Almedina.
- Press Summary – Iltott (Respondent) v. The Blue Cross and others (Appellants) [2017] UKSC 17
On appeal from [2015] EWCA Civ 797, (2017). <http://supremecourt.uk/decided-cases/index.html>.
- VARELA, J. de M. A. & LIMA, P. de (2010). *Código Civil Anotado: Vol. VI*. Coimbra Editora.
- VICENTE, D. M. (2014). *Direito Comparado – Vol. L. 4.^a ed.* Almedina.
- XAVIER, R. L. (2011). O fundamento do direito das sucessões e o conceito de sucessão mortis causa no ensino do Professor Luís Carvalho Fernandes. In *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes – Vol. III*, pp. 261-272. Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R. L. (2016a). Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real* (pp. 351–372).
- XAVIER, R. L. (2016b). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*. Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R. L. (2017). Para quando a renovação do Direito sucessório português? In *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, pp. 593–614. Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R. L. & COUTINHO, P. (2020). Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão mortis causa – abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspetiva do interesse coletivo. In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 693-716. Universidade Católica Editora.
- ZIMMERMANN, R. (2019). The compulsory portion in German Law. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series*, vol. 19, pp. 1-51. <http://ssrn.com/abstract=3499075>.

**Reflexões críticas sobre o enquadramento
jurídico da prostituição em Portugal**

Ana Teresa Carvalho Angélico

Sob a orientação da Senhora Professora
Doutora Elisabete Ferreira

Para a minha avó Clotilde, que sempre me deu tudo,
mas que não teve a oportunidade
de me ver correr atrás dos meus sonhos

Agradecimentos

Ao meu Pai, que me deu a possibilidade de estudar onde eu sempre sonhei, que sempre acreditou em mim, me apoiou e me ensinou a não desistir quando eu já não tinha forças para continuar. Serei para sempre a menina dos teus olhos, mesmo já crescida, e onde quer que a vida me leve, serás sempre o meu herói. À minha Tia, com as suas palavras de apoio e de carinho, com todos os tupperwares de comida feita com todo o amor para eu poder estudar. Mantiveste-me no caminho certo quando parecia desviar-me. Cuidas de mim como se tua filha fosse, e por isso devo-te tudo. Sem ti, esta dissertação não teria sido concluída. À minha Avó, que está, algures, no céu, ao pé do meu Avô, a olhar por mim. Acredito que estavas tão orgulhosa de mim no dia que entrei no curso dos meus sonhos, como estás hoje que termino o mestrado dos meus sonhos. Ao meu Irmão, aos seus bons conselhos, principalmente os que não foram solicitados. Obrigada por toda a ajuda neste percurso, significou muito mais do que imaginas. À minha orientadora, a Exma. Senhora Doutora Elisabete Ferreira, que aceitou desempenhar este papel com todo o gosto, e me ensinou que é importante manter um espírito crítico sempre. À Cristina, obrigada por estares desde sempre, por acreditares que consigo tudo, por não me deixares desistir e porque nunca te esqueces de mim. À Isaura, obrigada pelos telefonemas tardios, pelas ideias que me deste para esta dissertação, por me encorajares sempre e por estares ao meu lado mesmo estando longe. À Rita, a minha companheira do estudo, das séries e do sushi, obrigada pelas chamadas que nunca mais acabam e por acreditares que vou seguir os meus sonhos. À Bruna, pelas discussões jurídicas e pelas explicações mútuas, obrigada por me incentivares a procurar saber sempre mais. À Faculdade de Direito da Escola do Porto da UCP, que me acolheu numa altura tão complicada como foram os anos 2020/2021. Aos senhores professores que tão bem me ensinaram e me inspiraram desde a primeira aula até à última.

Resumo

No decorrer deste trabalho propomo-nos a analisar e refletir sobre o fenómeno da prostituição, já que a sua presença na história foi, e é, uma constante. Porém, a sua posição ao nível legal sofreu imensas alterações desde os primórdios da sociedade até aos nossos dias. Primeiramente, iremos analisar a história da prostituição através dos tempos, expondo os vários tipos de tratamento da mesma nos diversos períodos em análise. Inicialmente, uma abordagem geral, posteriormente, concentrando-nos na Roma e Grécia antigas. De seguida, discursaremos sobre o caso português. Em segundo lugar, o nosso trabalho passará pelo enquadramento dos diferentes modelos jurídico-políticos que são aplicados nos ordenamentos jurídicos mundiais, procurando descrever essa aplicação tendo em conta casos concretos dos EUA, da Polónia e dos Países Baixos, expondo ainda diversas críticas aos modelos utilizados e à ação governamental na sua execução. Por último, resta-nos definir os termos de uma possível regulamentação da prostituição. Iremos refletir acerca da questão da idade e da nacionalidade dos trabalhadores sexuais, da possibilidade de criação de um contrato de trabalho específico para esta profissão, assim como o registo da mesma na autoridade tributária e na segurança social. A nossa análise passará ainda pelas medidas a tomar para incentivar a intervenção e cooperação dos órgãos de polícia criminal, o consequente registo das casas de prostituição, pela criação de programas de saída desta profissão e a obrigatoriedade de realização de exames médicos periódicos. O último aspeto sobre o qual este trabalho irá recair será a descriminalização do crime de lenocínio simples, presente no art. 169.º n.º 1 do CP.

Palavras-chave: prostituição; lenocínio; descriminalização; regulamentação; modelos.

Abstract

In this study, we propose to analyse and reflect upon the phenomenon of prostitution, as its presence has been a constant feature throughout history, even though, legally, its position has suffered many alterations. Firstly, we will analyse the history of prostitution throughout time, exposing the various types of treatment it received during the periods in analysis. We will start with a general approach, moving on to ancient Rome and Greece, and addressing the Portuguese case next. Secondly, we will go through the different legal and political models applied world-wide, seeking to describe their application while keeping in mind the concrete cases of the USA, Poland, and the Netherlands, also exposing several critics to the models utilized and the governmental action in their execution. Lastly, we will try to define the terms of a possible regulation of prostitution. We will consider the questions of age and nationality of sex workers, and the possibility of creating a specific legal contract for this profession and its registration with the tax authority and social security. Our analysis will also address the measures that need to be taken to encourage the intervention and cooperation with the criminal police agencies, the consequential registration of the houses of prostitution, the creation of programmes to leave this profession, and the mandatory periodical medical exams. Lastly, we will focus on the decriminalization of the crime of instigating, supporting, or facilitating prostitution, present in article 169, no. 1 of the Portuguese Penal Code.

Keywords: prostitution; instigating, supporting, or facilitating; decriminalization; regulation; models.

Lista de siglas e abreviaturas

A. C.	antes de Cristo
<i>apud</i>	citado por
AR	Assembleia da República
art./arts.	artigo/artigos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cfr.	Confira
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CT	Código do Trabalho
DST	doenças sexualmente transmissíveis
EUA	Estados Unidos da América
<i>et al.</i>	e outros
GNR	Guarda Nacional Republicana
<i>idem</i>	da mesma obra
i.e.	isto é
IEFP	Instituto de Emprego e Formação Profissional
LTE	Lei Tutelar Educativa
MPC	<i>Model Penal Code</i> (Código Penal Modelo dos EUA)
OMS	Organização Mundial de Saúde
OTSH	Observatório de Tráfico de Seres Humanos
PGR	Procuradoria-Geral da República
séc.	século
SNS	Serviço Nacional de Saúde
TC	Tribunal Constitucional
UNAIDS	Programa Associado das Nações Unidas para o HIV/SIDA (<i>Joint United Nations Programme on HIV/AIDS</i>).
UNFPA	Fundo Populacional das Nações Unidas (<i>United Nations Population Fund</i>).

Qualquer tradução presente nesta dissertação é da responsabilidade da autora.

Índice

1. Introdução	8
2. Um olhar sobre a prostituição através dos tempos	9
2.1 A Antiguidade	9
2.2 A Grécia Antiga	10
2.3 A Roma Antiga	11
2.4 Portugal – início da Monarquia até à criação do primeiro Código Administrativo	11
3. Os modelos político-jurídicos de enquadramento da prostituição	13
3.1 EUA	14
3.2 Polónia	16
3.3 Países Baixos	19
4. Aspetos a considerar numa possível regulamentação da prostituição	22
4.1 Ingresso na prostituição – as questões da idade e da nacionalidade	23
4.2 Contrato de prestação de serviços sexuais e classificação da atividade junto da autoridade tributária e segurança social	25
4.3 Cooperação com os órgãos de polícia criminal	28
4.4 Programas de apoio para quem queira sair da prostituição	31
4.5 Registo das casas de prostituição e/ou profissionais do sexo	32
4.6 Obrigatoriedade de realização de exames médicos periódicos	33
4.7 Descriminalização do crime de lenocínio simples (art. 169.º n.º 1 do CP)	35
5. Conclusão	38
6. Bibliografia	41
6.1 Webgrafia	41
6.2 Legislação nacional	42
6.3 Diplomas internacionais	43
6.4 Jurisprudência	43
Anexos	45

1. Introdução

A prostituição em Portugal é uma realidade comum. Os estabelecimentos que fomentam a sua prática aumentam em número, assim como quem neles trabalha. Porém, a indústria do sexo continua encoberta aos olhos do público em geral, que ainda tem dificuldade em aceitá-la. Consequentemente, os profissionais do sexo mantêm-se à margem da sociedade e passam dificuldades dada a falta de direitos que não lhes são reconhecidos. E porque constatamos as dificuldades por que estas pessoas passam, ao nível económico, social e pessoal, no presente trabalho pretendemos refletir sobre se, em Portugal, o enquadramento jurídico dado à prostituição é o mais adequado.

Começaremos por fazer uma breve referência ao fenómeno da prostituição através dos tempos. Em seguida, referir-nos-emos aos modelos político-jurídicos possíveis de enquadrar o fenómeno da prostituição. Falaremos, a esse, propósito, do regime seguido pelos EUA, pela Polónia e pelos Países Baixos. Com base nestes contributos, passaremos à apreciação crítica do modelo seguido em Portugal (modelo abolicionista), discorrendo sobre os aspetos a considerar numa possível mudança de paradigma (modelo regulamentar).

Deste modo, encontramos duas posições, que representam ambos os lados do espectro, e nas quais procuraremos basear a nossa abordagem: a proposta de lei de Ana Loureiro, recentemente apresentada na AR, que advoga pela regulamentação da prostituição; e o projeto-lei da deputada não-inscrita Cristina Rodrigues, que defende a adoção de um “modelo da igualdade”. A nossa investigação conduziu-nos ainda à Carta Aberta do MTS, cuja oposição à visão daquele projeto irá também servir de base à nossa argumentação. Estas propostas fizeram aumentar a discussão em torno da prostituição, assim como o interesse social e mediático pelo fenómeno.

No âmbito de uma possível regulamentação, refletiremos sobre as condições de acesso à prostituição, como a idade e a nacionalidade, e sobre a eventual contratualização da prestação de serviços sexuais e sua classificação como atividade junto da autoridade tributária e da segurança social. Por fim, equacionaremos a descriminalização do crime de lenocínio simples.

Terminaremos com as oportunas conclusões.

2. Um olhar sobre a prostituição através dos tempos

A história da prostituição é feita de avanços e recuos, de tolerância e de proibição. As pessoas que a ela se dedicam foram por uns adoradas e protegidas, por outros humilhadas e maltratadas. Desde o início da Humanidade até ao séc. XXI, a figura da prostituta está presente na sociedade, aceite como encarnação da sexualidade e ser espiritual ou encarada como um mal necessário. “A prostituição toca nas primeiras idades dos povos do Globo”¹ e “existiam prostitutas no tempo de Moisés”².

2.1. A Antiguidade

Na Idade da Pedra, as sociedades viviam organizadas em clãs matriarcais, durante cerca de 25 000 anos, e adoravam a Deusa *Ishtar*, normalmente mencionada como a Deusa Prostituta, sendo as mulheres “vistas como [e]ncarnação terrena da divindade”³. Desempenhavam funções como sacerdotisas e xamãs, realizando rituais sagrados onde exploravam a sexualidade e fertilidade, que elas mesmas controlavam, já que os homens pouco sabiam acerca do seu papel no ato de procriação. Mais tarde, estas práticas foram realocadas para templos⁴, que passaram a alojar as mulheres que dedicavam a sua vida àquela deusa.

Com o passar dos séculos, estas comunidades foram sendo invadidas e dominadas por clãs patriarcais, que, pela introdução de novas formas de casamento, controlavam a sexualidade das mulheres⁵. Apresentaram novos deuses na religião, de forma a rivalizar e diminuir a influência da deusa e a restringir a liberdade das mulheres. A prostituição sagrada foi sendo desvalorizada e foram sendo retirados os postos de poder e influência às sacerdotisas. Porém, o impacto que a deusa tinha sobre a sociedade não seria facilmente neutralizado, até porque os próprios governantes se serviam dos rituais sagrados para demonstrarem o seu direito a governar⁶, praticando o casamento com as mais altas sacerdotisas e procurando a bênção da deusa para o efeito. Nesta época existiam já mulheres que se prostituíam fora dos templos, provavelmente escravas de guerra⁷.

Por volta de 2000 a. C., surgiu a primeira lei que segregava as mulheres legítimas, propriedade do homem (pai ou marido), confinadas ao lar e escondidas do resto do mundo, e as mulheres prostitutas, submetidas a leis muito rígidas, sendo, porém, premiadas quando servissem a sociedade patriarcal (i.e., providenciando herdeiros se a

¹ Santos Cruz, 1984, p. 53.

² *Idem*.

³ Roberts, 1996, p. 16.

⁴ *Idem*, p. 17.

⁵ *Idem*, p. 18.

⁶ *Idem*, p. 20.

⁷ *Idem*, p. 21.

mulher legítima o não conseguisse)⁸. Surgiam novas formas de repressão das prostitutas, quer a nível de vestuário ou sinais que fossem obrigadas a usar para serem facilmente identificadas, quer das punições que lhes eram atribuídas caso violassem a lei⁹. Porém, as prostitutas mantinham os seus hábitos e não diminuía em número.

Após a criação do Velho Testamento, os governantes das comunidades patriarcais recorreram a métodos implacáveis e a propaganda intensiva para erradicar o culto da deusa *Ishtar* e retirar as últimas réstias de autoridade às mulheres. Porém, o povo insistia em manter os seus hábitos mais libertinos, e a procura dos serviços das prostitutas mantinha-se. O próprio termo “prostituição” foi cercado de uma conotação negativa, pois entendia-se que as mulheres deveriam ser confinadas “em casamentos exclusivos, onde o homem seria o amo incontestado”¹⁰, visto que a autonomia sexual das mulheres era a raiz de todo o mal. Por seu lado, as mulheres que praticavam a prostituição de acordo com os seus rituais sagrados continuavam a lutar contra o domínio masculino e a sua clientela estava longe de diminuir.

As principais religiões patriarcais que se seguiram – cristianismo e islamismo – reconheceram o impacto devastador do estigma da prostituta que dividia e orientava as mulheres, [...]. Das cinzas da piedosa deusa-prostituta, os sacerdotes criaram uma pecadora e tentadora Eva, cuja curiosidade carnal, como ainda hoje nos é ensinado, levou à perdição de toda a ‘humanidade’¹¹.

2.2. A Grécia Antiga

Após o longo reinado dos clãs matriarcais que adoravam a deusa *Ishtar*, a Grécia do séc. V a. C. tornara-se numa sociedade de classes de índole patriarcal, sendo hoje encarada como o berço da democracia e antepassada direta do Ocidente moderno. Mantinha-se, porém, alguma ligação ao culto ancestral, já que o rei dos deuses adorado pelos gregos, *Zeus*, apenas detinha o direito a governar devido ao seu casamento sagrado com a deusa *Hera*, que sobrevivera à erradicação do culto da deusa *Ishtar* e que personificava muitos dos traços da deusa-prostituta¹².

Além de se apresentar como uma sociedade próspera, Atenas era uma cidade onde a prostituição florescia. A oferta era quase tão vasta como a procura, assim como a variedade de serviços que podiam ser prestados. É na capital grega que surge Sólon, pioneiro na área das leis destinadas a regulamentar a prostituição. Durante o tempo que governou Atenas, Sólon transformou a prostituição num negócio lucrativo. Estando as mulheres legítimas devidamente controladas pelos homens na esfera privada do lar,

⁸ *Idem*, p. 22.

⁹ “As prostitutas que desafiassem esta lei arriscavam-se a apanhar cinquenta vergastadas e a que ainda lhes despejassem pezo sobre a cabeça” – *Idem*, p. 23.

¹⁰ *Idem*, p. 24.

¹¹ *Idem*, p. 25.

¹² *Idem*, pp. 27-28.

Sólon procurava organizar e concentrar as prostitutas com a finalidade de diminuir a devassidão em público. Assim, pela primeira vez na história, surgem as casas públicas de prostitutas, generosamente abastecidas. Havendo escassez, eram trazidas mulheres de países vizinhos “para que [...] não faltassem cortesãs”¹³.

2.3. A Roma Antiga

O Império Romano caiu numa “desenfreada libertinagem” após a sua próspera era das conquistas, que “trouxeram o luxo, a moleza, o amor do outro e dos prazeres”¹⁴. As leis da escravidão auxiliaram o aumento da prostituição, sendo que grande parte das prostitutas eram escravas capturadas nos territórios que Roma anexava ao seu domínio. Uma novidade desta época foi a obrigatoriedade de as prostitutas se declararem aos edis¹⁵ para poderem prostituir-se sem serem banidas da República, apesar de existirem igualmente mulheres que se dedicavam à prostituição clandestina. Todavia, quer estivessem matriculadas, quer fossem clandestinas, a verdade é que perdiam qualquer direito que pudessem vir a ter a partir do momento em que se comesçassem a prostituir, como o livre gozo de bens, a tutela dos filhos e o exercício de cargos públicos¹⁶.

Como havia acontecido em séculos anteriores, as leis implementadas pelos Romanos para controlar a prostituição conheceram destino semelhante, i.e., fracassaram. Santos Cruz atribui a culpa aos próprios imperadores. Não podiam esperar que o povo cumprisse leis que eles mesmos violavam, pois usufruíam igualmente das prostitutas, sendo que, no Império Romano, “uma lei de proibição absoluta era inexecutável; e é sempre melhor não ter leis do que não observar as existentes”¹⁷.

2.4. Portugal – início da Monarquia até à criação do primeiro Código Administrativo

A história portuguesa, no que toca à prostituição, remonta ao séc. XII, não sendo, porém, extensivamente documentada. A primeira lei de que há memória foi decretada por D. Afonso Henriques em 1170, ordenando a prisão das barregãs dos clérigos¹⁸.

Já durante os reinados de D. Afonso III e D. Dinis I, a sexualidade era algo encarado de uma forma muito liberal¹⁹. As barregãs e as concubinas serviam nobres e clérigos, providenciando-lhe filhos ilegítimos. D. Dinis inclusive instituiu uma nova lei segundo a qual não se deveria cobrar impostos às prostitutas. Também a sua esposa, a Rainha Santa

¹³ Santos Cruz, 1984, p. 56.

¹⁴ *Idem*, p. 60.

¹⁵ “1. Vereador. 2. Magistrados romanos encarregados da inspeção e manutenção dos edifícios públicos”. www.infopedia.pt/dicionários/lingua-portuguesa/edis.

¹⁶ Santos Cruz, 1984, p. 62.

¹⁷ *Idem*, p. 63.

¹⁸ *Idem*, p. 309.

¹⁹ Mattoso, 1993, p. 258.

Isabel, fundou várias casas com a finalidade de reabilitar estas mulheres. Notou-se, porém, durante os séculos XIII e XIV, alguma discriminação a elas direcionada. Foram proibidas na Corte e foi-lhes ordenado que vivessem em bairros separados e usassem adereços que as distinguissem das mulheres honestas²⁰.

A partir do séc. XV, ainda no reinado do Mestre de Avis, este declara que “os [que se serviam das prostitutas] não fossem presos antes de provado e julgado o crime”²¹. Posteriormente, surgiram as Ordenações Afonsinas, uma das primeiras coletâneas de leis, promulgadas por D. Afonso V. Determinavam a proibição da prostituição e a perseguição de quem a ela se dedicasse, e ainda a aplicação de penas graves àquelas mulheres. Em 1482, D. João II permitiu que as prostitutas fossem separadas das mulheres honestas e que quem lhes providenciava habitação a perdesse para a Coroa²². No séc. XVI, seguiram-se as Ordenações Manuelinas, uma revisão da legislação por D. Manuel I, que agravou novamente as penas aplicadas às prostitutas e a quem facilitasse a prática do seu ofício. Em 1559, D. Sebastião reinstalou a separação entre prostitutas e mulheres honestas e agravou as penas contra quem usufruía dos seus serviços²³. Em 1592, com o domínio espanhol sobre Portugal, D. Filipe I mandou criar um estabelecimento especial para receber mulheres que quisessem deixar a prostituição em prol de uma vida honesta.

Com a criação das Ordenações Filipinas, no séc. XVII, e a derrogação de grande parte da lei existente, passou a punir-se a existências de casas de prostituição. Já no séc. XVIII surgiu a Intendência-Geral da Polícia da Corte e Reino, cuja principal função era a inspeção da prostituição e dos delitos cometidos pelas prostitutas e, em 1775, passou a condenar-se quem aliciava outrem para a prostituição. Posteriormente, no ano de 1814, surge a casa de correção da Cordoaria, destinada a alojar mulheres prostitutas e a convertê-las a uma vida honesta²⁴.

Na primeira metade do séc. XIX foi promulgado o primeiro Código Administrativo que instituiu um princípio da tolerância²⁵, permitindo a prostituição e o alojamento das prostitutas apenas em determinados locais. A segunda metade do mesmo século originou grande discussão relativamente às denominadas casas de toleradas²⁶, tendo-se optado pela via da regulamentação em vários países, incluindo Portugal, em 1853, partindo-se

²⁰ Santos Cruz, 1984, pp. 309-310.

²¹ *Idem*, p. 310.

²² *Idem*, p. 311.

²³ *Idem*, p. 312.

²⁴ *Idem*, p. 316.

²⁵ Artigo 109.º § 6 Código Administrativo de 1837: “[Coibir] a devassidão pública, e o escândalo causado pela imoralidade e dissolução, de costumes das Mulheres Prostitutas, inibindo, enquanto o Governo não publica regulamentos [especiais] que [elas] permaneçam junto aos Templos, Passeios Públicos, Praças, Ruas [principais], Estabelecimentos d’Instrução Pública, Recolhimentos, etc.; e fazendo punir judicialmente [aquelas] que não se sujeitarem a esta regra; bem como as que por seus [maus] exemplos, vícios e torpezas se tornarem escandalosas e indignas de [avizinhare] com famílias honestas, e recatadas”.

²⁶ Ribeiro, *et al.*, 2005, p. 14.

do princípio de que a abstinência teria efeitos nocivos nos homens e que haveria uma diminuição das doenças venéreas devido às inspeções sanitárias semanais das mulheres registadas no Governo Civil²⁷. No final do século, surgiu um movimento feminista que lutava pela abolição da prostituição, defendendo que o Estado a incentivava ao proceder à sua regulamentação.

Com a entrada no séc. XX, o Estado definiu as chamadas “toleradas”, estabeleceu casas onde as mesmas podiam exercer a prostituição e definiu as competências da polícia sanitária no que tocava às inspeções periódicas. Na década de 20 ressurgiu o movimento abolicionista, que culminou com a extinção das casas de toleradas e a criação de estabelecimentos de permanência transitória (“quartos mobilados”) em 1930, embora tal mudança não surtisse o efeito desejado²⁸.

Por sua vez, a ditadura salazarista proibiu novas matrículas de prostitutas e a abertura de novas casas de toleradas, além do encerramento das que já existiam se não cumprissem as regras pré-determinadas. Na década de 60, observou-se a oposição entre quem defendia a abolição porque a prostituição é uma forma de opressão sexual das mulheres por parte dos homens, e quem apoiava a sua legitimação, dado o facto de as mulheres terem direito de dispor dos seus corpos para a prestação de serviços sexuais²⁹. Em suma, apoiando a nossa afirmação inicial de que a história da prostituição é uma de avanços e recuos, o mesmo aconteceu no nosso país. O regime proibicionista marcou a nossa legislação pela constante perseguição das prostitutas e pelas graves penas que lhes eram aplicadas. Já quando se observava o regime regulamentar se verificavam leis discriminatórias contra as profissionais do sexo, quer fosse através da sua separação física face às mulheres honestas, quer pelos exames sanitários a que apenas elas eram obrigadas e que tinham de pagar. Porém, verificamos que a prostituição ainda hoje existe, apesar dos vários esforços em erradicá-la. Já dizia Santos Cruz, “não obstante (...) estas fulminações contra as prostitutas, elas não só não se extinguíam, como ainda o seu número não diminuía; é a prostituição um vício da ordem social ligado a uma necessidade primitiva do homem (...)”³⁰.

²⁷ “(...) o Estado tentava definir uma política de prevenção de doenças e a defesa da saúde pública (...) orientada para a implementação de medidas junto do meio que era considerado a origem e a fonte de propagação desta doença: o da prostituição feminina. Os homens envolvidos nestas práticas como clientes ficavam de fora, no pressuposto implícito ou explícito de que a raiz do mal residia na mulher”. – *Idem*, p. 15.

²⁸ “(...) a passagem do regime regulamentista ao sistema abolicionista ao concorrer para a diminuição do número de toleradas pouco influuiu na diminuição do quantitativo de prostitutas e, pelo contrário, lançou muitas mulheres para a rua e para a clandestinidade”. *Idem*.

²⁹ *Idem*, p. 16.

³⁰ Santos Cruz, 1984, p. 53.

3. Os modelos político-jurídicos de enquadramento da prostituição

Apesar de todo o progresso ao nível dos direitos humanos e da harmonização legislativa dos vários países com diplomas de direito internacional que temos presenciado nas últimas décadas, uma questão ainda muito controversa e encarada como um tabu é a forma adotada para lidar com a prostituição. Hoje podemos, concretamente, identificar três modelos: o modelo proibicionista, o modelo abolicionista e o modelo regulamentar.

O modelo proibicionista³¹ parte da premissa de que a prostituição é um flagelo social, que deve ser extinta a todo o custo, perseguindo-se criminalmente quem a praticar, a facilitar ou a solicitar. Alguns países que utilizam este modelo são os EUA, a China e a Sérvia. Em defesa deste modelo pronunciam-se algumas correntes feministas que, ou encaram a prostituição como uma forma de dominação das mulheres pelos homens, ou que surge de graves problemas sociais, tal como o desemprego e a miséria económica. Porém, o proibicionismo acaba por aumentar a forma mais perigosa de prostituição: a clandestina.

Já o modelo abolicionista³² permite a prática da prostituição, mas não de forma organizada, isto é, todo o tipo de exploração comercial é proibido e criminalizado na lei. A prostituta é vítima da dominação masculina, do Estado e das estruturas económicas capitalistas. É adotado em Portugal, com a previsão do crime de lenocínio no art. 169.º do nosso CP. Tem como finalidade principal a erradicação da prostituição e a salvação das mulheres, mesmo as que o fazem por vontade própria, não considerando os seus direitos e reivindicações.

Por último, o modelo regulador³³ concede que a prostituição não será erradicada facilmente, sendo a sua regulamentação imperativa, prevenindo danos a nível da saúde pública. A prostituição é aqui um trabalho suscetível de cobrança de impostos, e de livre acesso à segurança social e aos sistemas de saúde nacionais. É adotado nos Países Baixos, Alemanha e Espanha.

³¹ Ribeiro *et al.*, 2005, p. 16.

³² *Idem*, p. 17.

³³ *Idem*, p. 17.

3.1. EUA

O sistema judicial dos EUA implementou o modelo proibicionista. Na literatura norte-americana, a prostituição tem sido considerada um crime que, de acordo com determinados autores, é composto por: “solicitação ou prática de qualquer atividade sexual, incluindo coito anal ou coito oral forçado para obtenção de lucro comercial”³⁴.

Há ainda quem o descreva como “todos os contactos e penetrações desde que praticados com a intenção de gratificar apetites sexuais”³⁵. Não obstante, hoje é já um crime que pode ser praticado por quem compra assim como por quem vende, sendo que estes últimos passaram a ser tanto homens como mulheres. Porém, autores como Steven Vago já se pronunciaram contra o modelo em causa, sendo a favor da descriminalização da prostituição, dado que a sua proibição “estende a intervenção da lei criminal a questões privadas inofensivas”³⁶.

Estando os EUA divididos em vários Estados relativamente independentes do Governo Federal, possuem bastante liberdade quanto à legislação aplicável dentro das suas fronteiras. Porém, antes da publicação do MPC, verificava-se grande disparidade na legislação dos vários Estados. Assim, desde 1962 que os novos Códigos Penais são nele largamente baseados. O MPC determina que a prostituição é uma contraordenação leve se for praticada numa casa de prostituição ou como um negócio, e ainda se o agente se encontrar num local público com a finalidade de ser contratado para o efeito. Já a “promoção da prostituição” é encarada como contraordenação:

Quando o agente solicita a outrem (proxeneta) que lhe proporcione os serviços de uma prostituta; quando procura uma prostituta para outrem; quando transporta ou paga transporte para alguém de/para um Estado com o objetivo de fazer essa pessoa ingressar na prostituição; quando arrenda ou permite que um local seja regularmente usado para a prostituição ou a sua promoção, assim como o insucesso no combate a esse uso pelo despejo do arrendatário, notificação às autoridades policiais ou outros meios legais; quando solicita, recebe ou aceita receber qualquer benefício por fazer ou aceitar fazer qualquer das ações descritas previamente; quando vive dos ganhos da prostituta, sem ser seu filho ou qualquer outra pessoa dependente e incapaz de se sustentar.³⁷

Por outro lado, a prostituição é considerada crime nas seguintes situações:

Quando o agente é dono, controla, gere, supervisiona ou de qualquer forma possui, por si ou em compropriedade, uma casa de prostituição ou um negócio de prostituição; quando procura uma prostituta para uma casa de prostituição ou um lugar numa casa de prostituição para uma prostituta; quando encoraja, induz

³⁴ Wallace & Robertson, 2006, p. 18.

³⁵ Samaha, 2005, *apud* Cebulak e Plywaczewski, 2007, p. 21.

³⁶ Vago, 2006, p. 25.

³⁷ *Idem*.

ou de qualquer forma faz propositadamente com que outrem se torne ou continue a ser prostituta; quando obriga outrem a praticar ou promover a prostituição; quando promove a prostituição de uma criança menor de 16 anos, quer a idade da mesma seja do seu conhecimento ou não; quando promove a prostituição da sua mulher, filhos ou qualquer pessoa que esteja a ser cuidado³⁸.

Por último, é apenas considerado uma “violação”³⁹, e não um crime, quando o agente contrata uma prostituta para consigo praticar atos sexuais, ou se entra numa casa de prostituição com essa finalidade.

A aplicação da lei contra a prostituição nos EUA deixa muito a desejar⁴⁰. A lei é insuficiente, muitas vezes as autoridades policiais não dispõem de recursos humanos suficientes e, mesmo quando estes são em grande número, é mais provável que deem importância aos crimes violentos e aos crimes contra a propriedade do que à prostituição (que, na maioria das situações, é uma contraordenação).

As prostitutas são detidas com o intuito de obter informação relacionada com outros crimes que elas possam ter testemunhado ou de que haja boatos, e não por estarem a prostituir-se. Quando são, de facto, detidas por prostituição, é-lhes quase de imediato atribuída liberdade condicional, que não é devidamente monitorizada pelas autoridades policiais. Ademais, são apenas alvo de campanhas de “limpeza” as prostitutas de rua, sendo que as denominadas *call girls* (diga-se “acompanhantes de luxo”) escapam impunes ao escrutínio.

Tudo isto leva a que possamos afirmar que o modelo proibicionista não é uma realidade exequível. Desde logo, não produz os resultados a que se propõe, acabando por criar situações extremamente perigosas cuja erradicação esteve na sua génese, como a prostituição clandestina. Trabalhadoras do sexo em países em que a prostituição é proibida fazem-no, muitas vezes, por razões económicas. Não lhes é possível encontrar um emprego que as sustente, principalmente as que têm outros a seu cargo. Mesmo as que o fazem porque gostam, deparam-se com o proibicionismo, que implica que tenham de se prostituir de forma encoberta e insegura, impossibilitando-as de reportar condutas ilegais praticadas por clientes, seja agressões físicas e verbais ou violações.

Assim sendo, se leis deste carácter não são respeitadas ou impostas, até porque o fenómeno da prostituição não será facilmente erradicado enquanto existir procura que iguale a oferta. Importa questionarmos que solução legal será mais benéfica, quer para profissionais do sexo, quer para o país em causa.

³⁸ *Idem*.

³⁹ “(...) cria uma classe de ofensas não criminais, designadas ‘violações’, para as quais é autorizada uma multa ou outra pena civil. Prevê-se que esta classe irá primariamente incluir ofensas regulatórias baseadas em responsabilidade restrita e certas ofensas menores como violações de trânsito”. <https://www.legal-tools.org/doc/o8d77d/pdf>, p. 34.

⁴⁰ Cebulak e Plywaczewski, 2007.

3.2. Polónia

À semelhança de Portugal, a Polónia legalizou a prostituição, mas não a sua exploração económica de forma organizada, adotando o modelo abolicionista. Na literatura polaca destaca-se Jasinska, que definiu a prostituta como “uma pessoa que satisfaz necessidades sexuais de parceiros casuais por um valor monetário, sem misturar emoções e praticamente sem escolha”⁴¹.

Há, contudo, autores que discordam, afirmando por sua vez que a prostituta “é uma pessoa que presta serviços sexuais de forma rotineira ou não, nas mais variadas formas, em troca de benefícios financeiros que constituem o motivo principal pelo qual se prostitui”⁴². Desta forma, os mesmos autores aplaudem a implementação deste modelo na Polónia, acreditando ser o mais progressivo e humanitário, visto que os restantes modelos apenas resultaram na criminalização da prostituição. Reconhecem, todavia, que a falta de recursos humanos e materiais é o maior obstáculo à prevenção da prostituição e reabilitação de quem a ela se dedica.

No início do séc. XX, a Polónia tinha implementado o sistema regulamentar e um rígido controlo das autoridades policiais, modificado no pós-Primeira Guerra Mundial. O registo das prostitutas passa a ser proibido, assim como a existência de bordéis, sendo, ao invés, obrigatório comparecer perante uma autoridade sanitária para se ser considerada como profissional do sexo.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem⁴³, que a Polónia ratificou em 1952⁴⁴. Consequentemente, foi adotado o sistema abolicionista, o que significa que profissionais do sexo passaram a não ser punidos, e o seu registo, supervisão e controlo foram abolidos. Porém, o país viu um aumento da prostituição nos grandes centros metropolitanos e nas cidades costeiras, tendo sido retomado aquele registo e criadas unidades especiais para combater a prostituição em certas cidades⁴⁵.

Para alguns autores, este registo teria no seu cerne a aquisição de informações de modo a aplicar medidas preventivas e reabilitantes, já que apenas eram registadas prostitutas que tivessem ligação a algum crime, o que não resultaria em qualquer obrigação da sua parte⁴⁶. Para outros autores, a manutenção de um registo deste tipo iria

⁴¹ Jasinska, 1967, *apud* Cebulak e Plywaczewski, 2007, p. 28.

⁴² Antoniszyn & Marek, 1985, *apud* Cebulak e Plywaczewski, 2007, p. 29.

⁴³ Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-supressao-do-traffic-de-pessoas-e-da-exploracao-da-prostituicao-de-outr-1>.

⁴⁴ Estados Partes da Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VII/VII-11-a.en.pdf>.

⁴⁵ Cebulak e Plywaczewski, 2007, pp. 63 e 64.

⁴⁶ Radecki, 1968, *apud* Cebulak e Plywaczewski, 2007, p. 64.

contra o art. 6.º da Convenção supramencionada, que proíbe a sua existência ou de qualquer outro tipo de distinção⁴⁷.

Já na vigência do CP polaco de 1997, a prostituição não é considerada crime, embora não haja qualquer previsão legal nesse sentido, o que nos leva a adotar a interpretação de que a falta de uma lei que declare algo como proibido implica que seja permitido. Prevê-se, porém, que a exploração económica da prostituição seja crime, assim como o proxenetismo, a prostituição de menores e o tráfico de pessoas para prostituição no estrangeiro.

Comparativamente ao modelo proibicionista, o modelo abolicionista parece-nos mais próximo do que seria adequado ao que é hoje o mundo da prostituição. Ao aceitá-la como uma realidade social, acaba por lhe oferecer uma certa legalidade, pois a lei não a proíbe. Porém, novamente afirmamos que a aplicação da lei não é ideal. O proxenetismo e a existência de casas de prostituição são, teoricamente, ilegais, contudo ambos os fenómenos continuam a existir. Quem é julgado e condenado a penas de prisão por tais crimes enfrenta a grande probabilidade de os voltar a cometer quando sair da prisão.

Além do mais, se pensarmos em alguns dos problemas que este modelo implica para profissionais do sexo, é indiscutível o caos causado pela pandemia provocada pelo vírus SARS-COV-2. Não são reconhecidos como verdadeiros trabalhadores pelo Estado, o que significa que apoios financeiros que têm sido atribuídos às empresas e que estas, por conseguinte, atribuíram aos seus trabalhadores, não lhes podem ser atribuídos. Na Polónia têm sido partilhados casos de prostitutas que acabaram por aceitar receber clientes nas suas próprias casas, mesmo contra as diretivas de saúde e proteção contra a COVID-19, porque não têm meios de subsistência e o Estado não proporciona qualquer ajuda financeira⁴⁸. Ou seja, o modelo abolicionista não encontra qualquer ilegalidade no facto de haver quem se dedique à prostituição, mas não protege direitos humanos basilares destas pessoas.

⁴⁷ Artigo 6.º: “Cada uma das Partes da presente Convenção compromete-se a tomar todas as medidas necessárias para revogar ou abolir toda a lei, regulamento ou prática administrativa segundo os quais as pessoas que se dedicam ou se presume dedicarem-se à prostituição devem inscrever-se em registos especiais, possuir papéis especiais ou ficarem sujeitas a condições excecionais de vigilância ou de notificação”.

⁴⁸ “We can only count on ourselves”: Poland’s sex workers struggle amid pandemic. <https://notesfrompoland.com/2021/02/08/we-can-only-count-on-ourselves-polands-sex-workers-struggle-amid-pandemic/>.

3.3. Países Baixos

Precedente à análise que iremos realizar, importa referir que o modelo regulamentar, de acordo com alguns autores, está subdividido em duas vertentes: a primeira adota uma visão regulamentar *per se*, a segunda incorpora uma visão legalizadora⁴⁹. A visão regulamentar *per se* implica que a prostituição seja aceite como uma realidade social, que será controlada e afastada do público através de rigorosa regulamentação legal. Quem defende este modelo não aprova, em geral, a prostituição, por isso não a considera um trabalho para qualquer efeito. A visão legalizadora é contrária neste último aspeto, pois encara a prostituição e a sua facilitação como trabalho regular. Aqui, novamente observamos uma subdivisão: o primeiro tipo de legalizadores defende a introdução de legislação concreta e específica para controlar a prostituição e proteger quem a ela se dedica; o segundo tipo de legalizadores não aceita que a prostituição necessite, de um modo geral, de novas disposições concretas.

Hoje, os Países Baixos abordam a prostituição com bastante liberalidade. Tendo adotado o modelo regulamentar, a prostituição é um negócio lucrativo (o denominado “turismo sexual”). Porém, nem sempre assim foi. Grande parte do séc. XX foi marcado pelo sistema abolicionista, sendo que apenas no ano de 2000 se adota definitivamente o modelo regulador. Porém, como iremos observar, a aplicação da lei abolicionista foi ineficaz. As próprias autoridades encarregadas de o fazer acabaram por adotar uma política de aceitação (digamos, a primeira vertente do modelo regulador, a visão regulamentar *per se*), apenas revertendo ao modelo previsto na lei quando os bordéis não acatavam as diretivas impostas.

No início do séc. XX, foi introduzido o Ato Contra a Imoralidade de 20 de maio de 1911⁵⁰, baseado intrinsecamente no modelo abolicionista. O governo temia que o declínio na moralidade das classes mais baixas, pelo simples facto de viverem na pobreza, infetasse a sociedade em geral. Com esta lei, o legislador determinava a prostituição como moralmente repreensível, não se punindo a prostituta por se dedicar à prostituição. Atinente ao modelo adotado, apenas eram punidos donos de bordéis e proxenetas, assim como o tráfico de pessoas para a prática da prostituição. Contudo, não nos parece que o legislador tivesse as melhores razões na fundamentação desta lei, pois procurou proteger os homens contra “o perigo constante da tentação”⁵¹ dos bordéis e de quem neles trabalhava.

Com o virar do século, surge o Ato de Cessação da Proibição dos Bordéis de 1 de Outubro de 2001⁵². O legislador partiu da ideia de que a procura e a oferta de serviços

⁴⁹ Post, Brouwer & Vols, 2018, p. 6.

⁵⁰ *Idem*, p. 8.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*, p. 10.

sexuais não iriam desaparecer, como aliás já tivemos oportunidade de afirmar. Deixando moralismos de lado, decidiu regulamentar a prostituição e a sua facilitação como atividades económicas, adotando o modelo regulador na sua vertente legalizadora. O foco da legislação criminal passa a ser exclusivamente a proteção dos que se prostituem involuntariamente⁵³, reforçando a luta contra o tráfico sexual e a prostituição de menores. Neste novo paradigma, o setor da prostituição é especial quando comparado com outros setores, pois implica a integridade física e psicológica dos seus intervenientes. A regulamentação foi deixada ao cargo das autoridades locais, cujo contacto mais próximo com tal realidade permitia a criação de regras concretamente adequadas.

A aplicação da lei baseada no modelo abolicionista é ineficiente. Não tendo conseguido pôr termo à existência de bordéis, que abriam novamente noutros locais, deu origem a um maior número de prostitutas de rua. A partir de 1920, as casas de prostituição passam a ser secretamente e, posteriormente, abertamente toleradas⁵⁴, desde que não ameçassem a ordem pública e nelas não fossem praticados crimes. Ao nível do sistema jurídico, adotou-se um “princípio de conveniência”, o que implicou que processos criminais relacionados com a prostituição fossem arquivados por não servirem o interesse público.

Já nas décadas de 60 e 70, autores como Boutellier⁵⁵ afirmavam que o Estado não deveria interferir num assunto privado como a sexualidade, apoiado pelo Movimento dos Direitos das Mulheres, cuja opinião ia já no sentido de a prostituição ser considerada como um trabalho regular. Porém, as autoridades encarregadas de controlar a prostituição continuavam a interferir e a perseguir donos de bordéis e proxenetas, principalmente quando as suas diretivas não eram devidamente cumpridas. Porém, cada vez mais se encarava a prostituição como uma normalidade, faltava apenas a sua definitiva legalização.

Após tal ser determinado, os anos que se seguiram (nomeadamente 2009) viram a introdução de novas leis cuja finalidade era a proteção das prostitutas e o combate ao tráfico sexual, pois, de acordo com a avaliação de 2007 quanto à efetividade do Ato de 2001, havia ainda casos de exploração sexual e prostituição forçada⁵⁶. Ressurgiu a imagem da prostituta como mulher vítima e indefesa, contrária à da mulher independente e autónoma, capaz de escolher a sua profissão livremente, o que provocou a retoma de regras abolidas em 2001. O sistema de licenciamento das prostitutas, o aumento da idade mínima de 18 para 21 anos, a criminalização de quem procurasse

⁵³ *Idem*, p. 11.

⁵⁴ Stemvers, 1985, *apud* Post, Brouwer & Vols, 2018, p. 9.

⁵⁵ Boutellier, 1991, pp. 201-211 *apud* Post, Brouwer & Vols, 2018, p. 9.

⁵⁶ Post, Brouwer & Vols, 2018, p. 12.

serviços com prostitutas menores da idade supramencionada e a obrigação de as autoridades locais incentivarem o registo das prostitutas⁵⁷. Olhando pelo lado positivo, certos aspetos do setor, como a segurança de trabalhadores do sexo, passaram a ser diretamente regulados pelo legislador e não pelas autoridades locais, que obrigou os donos dos bordéis a providenciarem maior proteção e cuidados.

Já em 2014, grande parte das medidas referidas acima foram revertidas, mantendo-se, porém, a criminalização de quem procurasse prostitutas menores de 21 anos (não se punindo a prostituta, apenas o cliente). Trabalhadores do sexo por conta própria deixam de ter de se licenciar perante as autoridades locais, considerado um avanço positivo, apenas contrariado pelo facto de que os meios de proteção utilizados pelas autoridades locais se tornam ineficazes⁵⁸. Em 2016, o Parlamento aceitou estas correções e uma nova lei destinada a punir quem usufruir de serviços sexuais sabendo ou se devesse saber que a prostituta era forçada a tal.

Ora, se analisarmos os efeitos do modelo regulador nos Países Baixos, vemos, desde logo, a liberdade atribuída aos que voluntariamente praticam a prostituição. Várias correntes feministas e também religiosas discordam, porque encaram a prostituição como uma violação de um dos direitos humanos mais importantes, a dignidade da pessoa humana. Contudo, devemos também considerar que a cada pessoa deve ser permitido o controlo sobre o seu corpo e a liberdade de escolher a finalidade que lhe dá. De um lado, temos trabalhadores do sexo, que utilizam o seu corpo como forma de entretenimento para prestar serviços sexuais de todo o tipo; do outro lado, podemos colocar, por exemplo, artistas, que utilizam o seu corpo como forma de entretenimento num espetáculo de dança ou de canto, ou até na escultura e na pintura.

Qualquer que seja a perspetiva adotada (sendo esta última a nossa), é impossível negar que o modelo regulador permite que os profissionais do sexo tenham acesso aos sistemas de saúde, a proteção legal contra abusos, possam escolher os clientes de forma segura e negar serviços livremente a quem entenderem. Além disto, os Países Baixos têm dedicado um esforço considerável no combate aos crimes associados com a prostituição, nomeadamente, mas não exclusivamente, o tráfico sexual.

Desde o início da pandemia provocada pelo SARS-COV-2 que os negócios de prostituição foram temporariamente interrompidos, tal como vários outros setores de entretenimento. Como tal, o Estado determinou medidas económicas para apoiar estes trabalhadores quando por conta própria, ciente de que estariam vulneráveis perante o tráfico sexual e a necessidade de aceitar prestar serviços a clientes que normalmente

⁵⁷ *Idem*, p. 13.

⁵⁸ *Idem*, p. 14.

rejeitariam para obter alguns rendimentos⁵⁹, o que não aconteceu em países com sistemas abolicionistas ou proibicionistas.

Do exemplo neerlandês podemos retirar muitos aspetos positivos, embora na prática esteja longe de ser ideal. Somos da opinião de que Portugal beneficiaria muito de uma política semelhante, moldada à realidade do nosso país e melhorada em determinados aspetos, nomeadamente na proteção dos abusos contra as prostitutas e no combate ao tráfico sexual. No seguimento deste trabalho iremos expor como.

4. Aspetos a considerar numa possível regulamentação da prostituição

Chegados agora ao tema central desta dissertação, importa mencionar o paradigma legal e social que contextualiza a nossa análise. Em 2021 foram apresentadas à AR duas petições relativas à prostituição, cujos conteúdos e perspetivas são opostas. De um lado está Ana Loureiro, acompanhante de luxo e empresária (isto é, dona de casas de prostituição), que pugna pela regulamentação da prostituição de forma a aumentar a segurança de quem a pratica, propondo medidas a tomar relativas às questões mais problemáticas do trabalho sexual de modo que a prática seja devidamente regulamentada e sejam atribuídos os direitos devidos aos profissionais do sexo⁶⁰. Do outro lado está a deputada não inscrita Cristina Rodrigues, cujo projeto-lei⁶¹ passa pela aplicação daquilo que apelida de “Modelo da Igualdade”, cuja finalidade é criminalizar a compra de sexo, por outras palavras, punir o cliente, procurando ainda que sejam atribuídas autorizações de residência a vítimas de lenocínio e implementados programas de saída da prostituição. Em resposta a este projeto-lei, destaca-se ainda a Carta Aberta do MTS⁶², apoiada pelo “Grupo Partilha d’a Vida”⁶³, que critica abertamente as medidas propostas pela deputada não inscrita, que declara como ignorantes da realidade portuguesa e discriminatórias do estatuto de trabalhador do sexo.

Dispomo-nos, então, a refletir sobre as questões mais relevantes desta temática, tendo por base, entre outras perspetivas, estas duas propostas de lei. Embora não concordemos com a abordagem de Cristina Rodrigues, reconhecemos que algumas medidas por ela propostas são pertinentes e necessárias⁶⁴. Iremos, assim, discorrer sobre os vários problemas que a regulamentação da prostituição levanta, procurando

⁵⁹ “Dutch sex workers risk trafficking and abuse as coronavirus bites”. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-netherlands-sexwor-idUSKBN2163DI>.

⁶⁰ Loureiro, A.

⁶¹ Rodrigues, 2021.

⁶² MTS, Carta aberta à Assembleia da República – Pelos Direitos das Pessoas que fazem Trabalho Sexual.

⁶³ Grupo Partilha d’a Vida. <https://www.facebook.com/Grupopartilhadavida/>.

⁶⁴ Nomeadamente a necessidade de criação de programas de saída da prostituição e a autorização de residência a pessoas vítimas de tráfico sexual.

apresentar soluções para os mesmos, admitindo, porém, que tal não seja possível na sua totalidade.

Assim, e antes de mais, é pertinente definir de forma concreta a prostituição. Ana Loureiro propõe a seguinte definição: “Para efeitos da presente lei, considera-se prostituição a atividade através da qual um trabalhador do sexo presta serviços sexuais, com o seu expresso consentimento livre e esclarecido, a um cliente”⁶⁵. O MTS, por seu lado, descreve o trabalho sexual como uma “atividade em que, envolvendo exclusivamente pessoas maiores de idade e conscientes, uma das partes desempenha, de forma livre, esclarecida e consentida, mediante retribuição, um comportamento com significado sexual ou erótico”⁶⁶. Parece-nos que ambas as definições são bastante explícitas e atinentes ao que, de facto, a prostituição é. Ambas referem a necessidade de haver um consentimento livre e esclarecido, que deve estar sempre presente quando está em causa uma relação sexual, sendo que a sua falta classifica o ato como um crime de violação (embora o nosso CP não seja claro quanto ao consentimento nesta questão, é doutrina maioritária⁶⁷ que o deveria ser, seguindo a Convenção de Istambul, em cujo art. 36.º o nosso CP se baseia). Outro elemento presente em ambas as definições passa pela necessidade de haver uma qualquer contrapartida em troca do serviço sexual, normalmente monetária, sendo que nos parece ser possível afirmar que, sem essa contrapartida, o comportamento em causa não pode ser incluído no âmbito da prostituição. A definição do MTS refere, ainda, a necessidade de os participantes serem maiores de idade, algo que é sugerido numa disposição posterior por Ana Loureiro⁶⁸.

4.1. Ingresso na prostituição – as questões da idade e da nacionalidade

Relativamente à idade, é indiscutível que cada vez mais há menores de idade que ingressam na prostituição, por razões semelhantes às dos adultos. Não são tão raras como se possa pensar as notícias de jovens menores de idade usadas em casas de prostituição⁶⁹, chegando mesmo a ser obrigadas a entrar na prostituição por outras pessoas⁷⁰. Mais flagrante ainda é o facto de que basta abrir um jornal na secção dos classificados (ou o *site* do mesmo jornal) para encontrar anúncios de prostituição, sendo

⁶⁵ Loureiro, art. 2.º.

⁶⁶ MTS. Carta aberta à Assembleia da República – Pelos Direitos das Pessoas que fazem Trabalho Sexual.

⁶⁷ Cunha, 2021, 25.

⁶⁸ Loureiro, art. 3.º.

⁶⁹ “Menor usada em casa de prostituição de Lisboa para agradar cliente – Menina salva pelo SEF era prostituída. Pais não sabiam”. https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/menor-usada-em-casa-de-prostituicao-de-lisboa-para-agradar-a-cliente?ref=Mais%2oSobre_BlocoMaisSobre.

⁷⁰ “Homem tira virgindade a menor para a pôr na prostituição em Portimão – Suspeito de 44 anos responde pelos crimes de violação e lenocínio. Duas mulheres estão acusadas de lenocínio”. https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/homem-tira-virgindade-a-menor-para-a-por-na-prostituicao-em-portimao?ref=Mais%2oSobre_BlocoMaisSobre.

que, muitos deles, são de menores de 18 anos. Ora, estes anúncios parecem constituir a prática do crime de lenocínio de menores, cuja pena de prisão é de 1 a 8 anos. Por sua vez, quem procura estes anúncios e recorre a estes serviços incorre no crime de recurso à prostituição de menores, podendo ser condenado até 3 anos de prisão, se se verificar o disposto no seu n.º 2.

Assim, se ao nível legal é crime a procura de serviços sexuais prestados por menores de 18 anos, a questão levantada tanto pela petição de Ana Loureiro⁷¹ como pelo MTS é se a criminalização deve ser estendida à procura destes serviços quando prestados por menores de 21 anos, assim como a sua oferta por parte de casas de prostituição. Assim como os jovens infratores entre os 16 e os 21 anos podem beneficiar do Regime Penal Aplicável aos Jovens Delinquentes, por se entender que estes jovens estão ainda no limiar da maturidade e não devem ser colocados numa posição igual à dos adultos perante o direito penal, merecendo uma abordagem com um intuito mais reeducador do que punitivo, não será difícil perceber o porquê de se querer vedar o acesso à prostituição a menores de 21 anos. Exatamente pelas mesmas razões que a nossa jurisprudência mostra leniência na prática de crimes, devemos mostrar rigidez no ingresso numa profissão que obriga à prática de atos que inevitavelmente envolvem a sexualidade e a intimidade da pessoa em causa, que não será capaz de compreender verdadeiramente o comportamento que está a praticar.

Consequentemente, no que toca à questão da idade, expressamos a nossa ávida concordância com o disposto no art. 3.º da proposta de lei de Ana Loureiro, que determina que “apenas podem prestar serviços sexuais maiores de 21 anos de idade”, algo igualmente defendido pelo MTS numa entrevista ao canal RTP1, no seu programa “Linha da Frente”⁷². Concordamos ainda com o disposto no art. 7.º n.º 2 alínea a), que imporia a proibição de exercício da atividade por parte das casas de prostituição que empregassem estas pessoas. Já o art. 9.º da mesma proposta propõe a criminalização do recurso à prostituição de menores de 21, com o qual concordamos parcialmente. Na nossa opinião, este artigo acaba por se tornar incompleto ao delimitar a punição à prática de atos sexuais de relevo, os quais define como “cópula, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo”⁷³. Seria mais correto seguir a linha incriminatória presente no crime de recurso à prostituição de menores, que não define os atos sexuais de relevo no seu n.º 1, alargando o âmbito de aplicação a, por exemplo, toques nos órgãos sexuais ou, ainda, coito oral (algo deixado de lado pela autora da petição, mas que é um ato praticado de forma recorrente por profissionais do sexo); de seguida, no n.º 2, seria

⁷¹ Loureiro, arts. 3.º, 7.º e 9.º.

⁷² RTP1, “Linha da Frente – Trabalhadoras do sexo”: <https://www.rtp.pt/play/p6595/e479111/linha-da-frente>.

⁷³ Loureiro, art. 9.º, n.º 2.

criada uma agravação do crime em causa, quando os atos sexuais de relevo em causa constituíssem os mencionados no n.º 2 do art. 9.º da referida proposta.

Passando à questão da nacionalidade, encontramos aqui 3 posições opostas. Ana Loureiro defende que estrangeiros não devem poder ingressar na prostituição enquanto não adquirirem nacionalidade portuguesa e apresentarem morada fiscal, a título de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos nacionais. O “Grupo Partilha d’a Vida”, por sua vez, discorda daquela posição, acreditando que tal exclusão é discriminatória, devendo dar-se a possibilidade de regularização aos profissionais do sexo através do desenvolvimento da sua atividade⁷⁴. Já a deputada não inscrita propõe uma alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, nomeadamente no seu art. 109.º, atinente à autorização de residência a vítimas de tráfico de pessoas ou de ação de auxílio à imigração ilegal. A deputada entende que este artigo deve incluir ainda os casos de lenocínio, quando o interessado queira colaborar com as autoridades (alínea a do n.º 2) ou ingresse em programas de saída da prostituição com a convicção de que será esse o seu objetivo (alínea b do n.º 2)⁷⁵.

Relativamente à proibição presente na primeira posição, partilhamos a opinião expressa pelo “Grupo Partilha d’a Vida”. A CRP é explícita, no seu art. 13.º, ao estabelecer o princípio da igualdade, dispondo que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de [...] território de origem”. Situações de privação de direitos apenas se verificam se previstas na lei, tal como dispõe o art. 18.º n.º 2 da CRP. Tal acontece, por exemplo, no art. 15.º da CRP, que retira dos direitos concedidos a estrangeiros e apátridas “direitos políticos, o exercício de funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”. Ora o art. 4.º da proposta de lei de Ana Loureiro é contrário à nossa CRP, tentando esconder medidas discriminatórias por detrás da luta contra o tráfico sexual. Portugal é tido como um país acolhedor, escolhido por muitos na procura de uma vida mais confortável. Porém, a realidade é que quem cá chega, muitas vezes, acaba por não encontrar outras alternativas senão ingressar na prostituição, por falta de estudos para uma profissão diferente, ou simplesmente pela falta de oportunidades. Manter estrangeiros e/ou ilegais fora da indústria do sexo não será a resposta mais correta. Ao invés, devemos procurar auxiliar estas pessoas, que estão numa posição tão vulnerável e

⁷⁴ “A regulamentação, nos moldes em que está pedida e é falada, acaba por ser discriminatória também. O registo das mulheres, o não poderem trabalhar por estarem em situação ilegal. Nós queremos que as pessoas se regularizem também através do trabalho sexual” – entrevista ao Programa “Linha da Frente” da RTP1 de representante do “Grupo Partilha d’a Vida”, que escolheu permanecer em anonimato, minuto 31:30.

⁷⁵ Rodrigues, 2021, p. 32.

vivem em constante medo de serem deportados para o país de onde saíram em busca de algo melhor. Um primeiro passo seria atribuir-lhes autorização de residência pelo simples facto de realizarem um contrato de prestação de serviços sexuais (cuja criação iremos mencionar de seguida).

Um dos poucos méritos que podemos atribuir ao projeto-lei de Cristina Rodrigues é a alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, principalmente se não se tornar possível a sugestão acima referida. Por outras palavras, não se tomando providências no sentido de ser possível adquirir autorização de residência para estrangeiros/ilegais que celebrem contratos de prestação de serviços sexuais, também devido à criminalização do lenocínio, uma medida alternativa (embora não ideal, pois obrigaria à saída da prostituição em troca dessa mesma autorização) seria a proposta pela deputada não inscrita⁷⁶.

4.2. Contrato de prestação de serviços sexuais e classificação da atividade junto da autoridade tributária e segurança social

É defendido por Ana Loureiro, assim como pelo MTS, algo com o que concordamos na totalidade. A proposta de lei daquela autora procura que a prostituição seja considerada “uma profissão com descontos e regalias sociais como qualquer trabalho”⁷⁷, sugerindo uma nova categoria ao nível fiscal denominada “Divertimento/ Entretenimento Adulto”, emitindo-se recibos verdes ao dia (atinente à frequência em que os profissionais do sexo são pagos pelos seus serviços, cujo montante é variável). Tudo isto é definido no art. 3.º, que dispõe que “os trabalhadores do sexo exercem a profissão mediante contratos de prestação de serviços” (n.º 1) e que “é criada uma classificação de atividade económica específica para a prostituição” (n.º 2).

Em defesa desta linha de pensamento, já em 2002 João Leal Amado refletia sobre a possibilidade de criação do que apelida de “contrato de trabalho prostitucional”⁷⁸. Relativamente ao objeto de um contrato de trabalho, este pode ser composto por “qualquer atividade, desde que seja lícita e apta para a satisfação de um interesse do credor digno de tutela jurídica, [...] não existindo um *numerus clausus* de atividades laborais”⁷⁹. Ou seja, o obstáculo à celebração de tais contratos será o facto de o trabalho sexual não ser considerado, entre nós, lícito. Além de que o direito civil exige que um negócio jurídico não ofenda os bons costumes para ser lícito⁸⁰.

Porém, o que significa ofensivo dos bons costumes? É um conceito indeterminado⁸¹, sendo que quem o aplica a um caso concreto lhe pode dar um

⁷⁶ Rodrigues, 2021, pp. 31, 32 e 33.

⁷⁷ Loureiro, A.

⁷⁸ Leal Amado, 2002.

⁷⁹ *Idem*, p. 236.

⁸⁰ Art. 280.º, n.º 2 do CC: “É nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”.

⁸¹ Leal Amado, 2002, p. 238.

significado diferente do que lhe deu quando o aplicou noutra circunstância. Deve-se então fazer uma interpretação atualista de bons costumes, de acordo com a realidade social em causa. O que não acontece sempre, fazendo-se, ao invés, uma interpretação arcaica, referente a um período na história do nosso país em que a prostituição era encarada como uma nódoa da sociedade e as prostitutas objetos destinados ao uso dos homens para consumação de desejos sexuais. Nas palavras de Leal Amado, “no [séc.] XXI, numa sociedade laica, liberal e plural como a nossa, a contrariedade aos bons costumes de determinados negócios jurídicos relacionados com o sexo não pode [...] ser aferida por padrões morais idênticos aos que vigoravam muitas décadas atrás”⁸².

De modo a demonstrar os benefícios que teria a alteração da nossa lei neste aspeto, Leal Amado refere a *Prostitutionsgesetz*, a lei alemã de 2001 que admite a criação de contratos de trabalho na indústria do sexo, cuja finalidade seria “melhorar a situação [sociojurídica] em que se encontram as/os prostitutas/os na Alemanha e de pôr cobro às inúmeras discriminações de que são alvo”⁸³. Esta lei garantiu aos profissionais do sexo muitos dos direitos que hoje são reivindicados, como o direito à segurança social, a proteção devida pelo direito penal, entre outros. Além disso, retirou o trabalho sexual do âmbito de aplicação do § 138 do Código Civil alemão, cujo texto é semelhante ao art. 280.º n.º 2 do nosso CC.

Mais recentemente, Leal Amado volta a pronunciar-se no sentido de ser permitida a criação de um contrato deste tipo, mantendo a mesma posição que já mantinha em 2002:

Se calhar temos de ser mais [...] liberais nesta matéria e admitir que há pessoas que podem livremente, voluntariamente dedicar-se à prostituição. E que talvez seja melhor, para as proteger, digamos, dar-lhes um estatuto profissional, dar-lhes direitos laborais, civis, [...] do que insistir no dogma de que a prostituição é sempre algo de degradante, quase equiparável à escravatura e que temos que a abolir, quando verdadeiramente vemos que isto atravessou os séculos. Por alguma coisa se diz que é a profissão mais antiga do mundo e não me parece que esteja em vias de desaparecer⁸⁴.

Também em defesa desta reivindicação há ainda um relatório publicado pela Amnistia Internacional relativo ao respeito, proteção e cumprimento dos direitos humanos dos trabalhadores do sexo⁸⁵. A organização entende que os Estados devem regular o trabalho sexual de acordo com as leis laborais gerais, ou de forma específica.

⁸² *Idem*, p. 239.

⁸³ *Idem*, p. 237.

⁸⁴ Em entrevista ao programa “Linha da Frente” da RTP1, minuto 36:44.

⁸⁵ “*Amnesty International Policy on State Obligations to respect, protect and fulfil the Human Rights of Sex Workers – POL 20/4062/2016*”, 2016, p. 13.

Relativamente à possibilidade de o trabalho sexual se tornar numa profissão sujeita a descontos, e estes trabalhadores se coletarem devidamente junto da autoridade tributária, não há como negar os benefícios que tal mudança traria. De um lado teríamos os profissionais do sexo, sendo-lhes garantido o acesso ao Serviço Nacional de Saúde, recorrer a um subsídio em caso de doença, proteção na parentalidade, no desemprego e na velhice, direito ao associativismo sindical, direito a férias e descanso semanal obrigatório, a um horário de trabalho, à compensação por trabalho suplementar e, ainda, no futuro, direito a uma reforma como os restantes contribuintes. Do outro lado teríamos o Estado, que passaria a arrecadar as receitas relativas aos descontos efetuados pela indústria da prostituição, avaliada em milhares de milhões de euros por ano (embora os números reais possam variar). Estes valores ajudariam e muito o nosso país ao nível económico, mais que não fosse para a criação dos programas de saída da prostituição e no aumento dos recursos humanos e materiais das autoridades policiais no combate ao tráfico sexual, ao lenocínio agravado e, em geral, à multitude de crimes praticados contra as prostitutas.

Relativamente à questão da criação de uma categoria específica para o trabalho sexual, acreditamos que a mesma será necessária, dada a especificidade inerente à profissão em causa. Mas iremos deixar a questão em aberto, uma vez que não é a nossa área de especialidade, remetendo a busca de uma solução para os especialistas da área fiscal. Reconhecemos, porém, que há já a possibilidade de estas pessoas se coletarem devidamente junto da autoridade tributária a título de trabalho independente, embora tal não seja do conhecimento geral no mundo dos trabalhadores sexuais⁸⁶.

Contudo, uma questão pertinente levantada por Sandra Benfica, do Movimento Democrático das Mulheres, é se deveria ou não haver a possibilidade de recusar um anúncio de trabalho sexual colocado por um proxeneta na segurança social ou no IEF, na eventualidade de a prostituição se tornar uma profissão legalmente reconhecida⁸⁷. Sabemos que, de momento, a nossa lei permite que uma pessoa inscrita no IEF possa recusar a oferta de emprego conveniente se o justificar devidamente⁸⁸. Achamos, porém,

⁸⁶ “Ao abrigo do Código de Atividade Económica 1519 – outros prestadores de serviços – podem coletar-se nas finanças, declarar os rendimentos para efeitos de tributação em sede de IRS, declarando-os como rendimentos da categoria B, em regime simplificado, preenchendo o Anexo B, quadro 4A, campo 404 – ‘indicação de demais prestações de serviços não incluídas nos campos 402 e 403’, isto é, referentes a atividades de serviços não enquadráveis nos códigos 1000 a 1410 da tabela do artigo 151º CIRS”. Ferreira, 2018, p. 59.

⁸⁷ “Se um dia a prostituição, no nosso país, for considerada como um trabalho qualquer, e se estivermos numa situação de desemprego, e se, como em muitos países acontece, os proxenetes forem colocar anúncios na Segurança Social, no IEF a dizer que necessitam de 3 ou 4 raparigas, se eu me posso recusar?” – entrevista ao programa “Linha da Frente”, minuto 36:06.

⁸⁸ Art. 43.º do Decreto-Lei n.º 220/2006: “Justificação de recusas e desistências de medidas [ativas] de emprego – À justificação das recusas de emprego conveniente, das recusas ou desistências de trabalho socialmente necessário, formação profissional ou outra medida ativa de emprego ou, ainda do dever de apresentação quinzenal aplica-se o disposto nos artigos 44.º e 45.º com as necessárias adaptações”. Os

que deveria ser possível uma recusa desta natureza se tal situação se vier a verificar no futuro, até porque não pretendemos criar uma obrigatoriedade de ingresso na prostituição para a população em geral. Deste modo, deverá a regulamentação ser específica e não geral (ou seja, será de optar pelo modelo legalizador que já descrevemos anteriormente neste trabalho), de forma a impedir que anúncios desta natureza sejam afixados naquelas instituições. Porém, não adiantaremos mais sobre esta questão, já que, embora mereça a devida reflexão, não nos encontramos suficientemente informados sobre o assunto para elaborar.

4.3. Cooperação com os órgãos de polícia criminal

Na proposta de lei de Ana Loureiro, a cooperação com os órgãos de polícia criminal passa pela disponibilização de “meios de contacto específicos para a denúncia de crimes de tráfico de pessoas, crimes de violação ou de crimes de abuso por parte dos clientes”⁸⁹. Pede-se também que haja uma maior fiscalização por parte destas autoridades para assegurar que não são cometidas aquelas violações. Por outro lado, procura-se impor o fecho das casas de prostituição que empreguem/disponibilizem os serviços de menores de idade ou que não cumpram as medidas sanitárias obrigatórias (que iremos discutir mais à frente).

Primeiramente, achamos justo que este tipo de medidas seja implementado, já que não nos parece que as autoridades policiais sejam contra tais medidas. Ainda no ano de 2014, num estudo realizado por Sofia Matias, determinou-se que 82% dos polícias defendiam que a prostituição devia ser legalizada. “Se houver casas próprias para a [atividade], as autoridades conseguem controlar melhor as pessoas que estão envolvidas”⁹⁰. Porém, o maior obstáculo ao devido controlo por parte das forças policiais é a falta de recursos, quer humanos, quer materiais. Em 2020, o Governo português foi criticado pela Oposição pela falta de efetivos nas forças policiais, e também por não serem cumpridos os objetivos definidos na execução da lei relativa à programação das suas infraestruturas e equipamentos⁹¹. Uma possível solução seria a que já referimos anteriormente neste trabalho: usar as receitas dos impostos cobrados aos profissionais do sexo e às casas de prostituição para aumentar a capacidade de resposta das forças de segurança na luta contra os crimes praticados contra estas pessoas. Adicionalmente, reforçar também a formação dada aos agentes de segurança, até porque o estudo

artigos mencionados no final regulam os moldes em que as faltas e situações de doença podem ser justificadas.

⁸⁹ Loureiro, art. 5.º.

⁹⁰ “Mais de 80% dos polícias defendem que a prostituição deve ser legalizada”. <https://www.publico.pt/2014/12/17/sociedade/noticia/mais-de-80-dos-policias-defendem-que-prostituicao-deve-ser-legalizada-1679764>.

⁹¹ “Partidos da oposição criticam Governo pela falta de efetivos nas polícias”. <https://www.noticiasominuto.com/politica/1610979/partidos-da-oposicao-criticam-governo-pela-falta-de-efetivos-nas-policias>.

realizado por Sofia Matias mostra que há ainda, de entre os agentes policiais, quem não conheça devidamente a lei no que toca à prostituição. Casos deste género podem tornar-se perigosos, levando a uma intervenção defeituosa junto de profissionais do sexo por parte destes agentes, cuja função é fazer cumprir a lei e assegurar a segurança da população em geral, da qual estes trabalhadores fazem parte. Como é óbvio, devemos evitar estas situações a todo o custo.

Por sua vez, um dos maiores problemas que a indústria do sexo nos apresenta é o tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, previsto no art. 160.º do CP. Já nos pronunciámos acima relativamente à proposta de lei de Ana Loureiro no que toca à prevenção deste crime, que passa pela implementação de medidas que julgamos discriminatórias e provenientes de ideais de supremacia dos trabalhadores do sexo portugueses em detrimento dos estrangeiros. Por outro lado, a intenção de punição dos compradores de sexo⁹² subjacente ao projeto-lei de Cristina Rodrigues não será a melhor solução. A UNAIDS, numa ficha informativa de 2021, afirma que a criminalização do cliente afeta negativamente a segurança e saúde dos trabalhadores do sexo, aumentando o risco de violência por clientes e, ainda, pela polícia⁹³.

Assim, reconhecendo que o crime de tráfico de seres humanos, qualquer que seja a sua finalidade, configura uma grave violação de direitos humanos, remetemos para o relatório da Amnistia Internacional em busca de medidas possíveis e eficazes. É sublinhada a necessidade de não confundir trabalho sexual com tráfico sexual, que passará por se evitar criar “iniciativas amplas e abrangentes que procuram erradicar todo o sexo comercial como uma medida para acabar com o tráfico”⁹⁴. O que acabaria por se verificar, num possível futuro em que fosse crime comprar e vender sexo, seria a falta de cooperação por parte das vítimas de tráfico sexual, pois não se sentiriam na liberdade de denunciar aquele crime por fazerem da prostituição ofício e temerem retaliação por parte das autoridades policiais e do sistema judicial.

Isto leva-nos a afirmar que a luta contra o tráfico sexual depende muito da ação policial, do patrulhamento das fronteiras, portos e aeroportos, intervenção junto das vítimas e todo o trabalho policial que tem de ser feito na investigação de um qualquer crime. Contudo, o obstáculo será sempre o mesmo. A clara falta de recursos humanos e materiais, e a formação incompleta dos agentes das forças de segurança (quanto a este segundo aspeto, reconhecemos de forma positiva os esforços recentes no sentido de complementação da formação ao nível do crime de tráfico sexual efetuados pelo OTSH a

⁹² Rodrigues, 2021, p. 31.

⁹³ UNAIDS (2021). HIV and Sex Work – Human Rights Fact Sheet Series: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/05-hiv-human-rights-factsheet-sex-work_en.pdf.

⁹⁴ “Amnesty International Policy on State Obligations to respect, protect and fulfil the Human Rights of Sex Workers – POL 20/4062/2016”, 2016, p. 17.

militares da GNR). Julgamos ser urgente a remediação destas insuficiências, através de um investimento financeiro nas infraestruturas e no material disponível, da abertura mais frequente de novos concursos públicos de acesso às forças de segurança (embora reconheçamos que tal possa não ser possível, até pela demora no processamento dos referidos concursos, causada também pelas restrições sanitárias impostas no combate ao vírus COVID-19, que implicam provas presenciais realizadas com um menor número de pessoas) e da aposta na formação contínua dos agentes policiais, dada a quantidade de informação necessária no combate ao tráfico sexual.

Outro problema é a existência de pouca legislação nacional destinada ao combate a este fenómeno. Decerto que foi criado o OTSH, mas a sua finalidade não é a prevenção/luta contra este crime, apenas o estudo deste fenómeno. Também realçamos a existência do Regime Jurídico de Concessão de Autorização de Residência a Vítimas de Tráfico de Seres Humanos, que, embora tenha uma finalidade louvável, apenas entra em ação *ex post facto*. É, porém, de aplaudir a ratificação da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, cujos objetivos estão previstos no IV Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos, 2018-2021. Estando ainda este plano em ação à data de realização deste trabalho, não se encontra disponível um relatório referente à sua efetividade. Não nos parece ser difícil de afirmar, porém, que tal efetividade tenha sido prejudicada durante os seus 3 anos de aplicação devido, novamente, à falta de recursos humanos e materiais nas autoridades policiais.

4.4. Programas de apoio para quem queira sair da prostituição

Chegamos, então, a uma medida que consideramos de suma importância, sugerida pela deputada não inscrita Cristina Rodrigues, mas ignorada pela proposta de Ana Loureiro. Embora tais programas não existam noutras profissões, a verdade é que são necessários, mais uma vez, dada a especificidade inerente ao trabalho sexual. Com alguma frequência, quem quer sair da prostituição não encontra oportunidades apelativas que justifiquem aquela saída. A entrada no mercado de trabalho noutra área por uma pessoa que não tem as qualificações necessárias é difícil, quando não é mesmo impossível. Até porque, hoje, as habilitações académicas requeridas para uma determinada posição são cada vez mais elevadas. Os salários atribuídos acabam por não garantir a sobrevivência destas pessoas, que, estando habituadas a receitas mais elevadas (é do conhecimento geral que a prostituição gera rendimentos consideráveis), não encontram forma de subsistir com um salário mínimo. Frequentemente, são mães ou pais, e têm de prover para as necessidades dos filhos e manter uma habitação (que sempre terá custos de renda, serviços de utilidade pública, entre outros).

Mesmo admitindo que a saída da prostituição não seja atrativa para grande parte dos trabalhadores do sexo, julgamos necessária e pertinente a criação de programas de

apoio, para quem deles queira usufruir. Isto porque, como já afirmámos anteriormente, embora a nossa opinião seja que a prostituição deve ser considerada uma profissão, ela deverá ser regulamentada de forma específica, adotando-se a vertente legalizadora do modelo regulador, criando-se leis ou regulamentos destinados exclusivamente àquele fim.

Algo a que damos o devido mérito na argumentação de Cristina Rodrigues, no incentivo à criação destes programas, é que deve ser reforçado “o respeito pelas [...] pessoas na prostituição. Não podem ser coagidas a sair, não devem ser criticadas, humilhadas ou censuradas”⁹⁵. Concordamos que deve haver cooperação mútua e comunicação entre as várias instituições envolvidas, pois a saída de uma pessoa da prostituição implica, embora não sempre, “outras dimensões da sua vida: a falta de emprego, a falta de formação, toxicodependência ou dependência do álcool [...], situações de sem abrigo, problemas de saúde mental e ginecológica, etc.”⁹⁶. Além disto, é imperativo que sejam criadas “soluções de longo prazo [...] enquadradas como um serviço permanente, ao qual poderá aceder qualquer pessoa na prostituição”⁹⁷.

Assim, aprovamos o art. 5.º do projeto-lei da deputada não inscrita, ainda que com reservas relativamente ao acompanhamento jurídico para as vítimas de lenocínio. Visto que somos da opinião de que o crime de lenocínio simples deverá ser descriminalizado, concordamos que o referido acompanhamento deverá existir relativamente às outras formas daquele crime, nomeadamente o lenocínio agravado (art. 169.º n.º 2 do CP) e o lenocínio de menores (art. 175.º do CP). A proposta de Cristina Rodrigues imporia a criação de um fundo no Orçamento de Estado destinado aos referidos programas de saída da prostituição. O Estado interviria junto dos profissionais do sexo que assim o pretendessem, ao nível da sua saúde e alojamento, providenciando acompanhamento jurídico em caso da prática de crimes, promovendo a inserção na sociedade e a independência económica, auxiliando ao nível parental e na regularização da situação de estrangeiros (que ainda não a tivessem obtido através de um prévio contrato de prestação de serviços sexuais) e, ainda, assegurando que estas pessoas usufruem devidamente dos seus direitos sociais.

4.5. Registo das casas de prostituição e/ou profissionais do sexo

Quanto a este ponto, Ana Loureiro entende que o devido registo das casas de prostituição é um passo no sentido de possibilitar aos trabalhadores sexuais um ambiente seguro em que possam dedicar-se à sua atividade. Além de que se assegura as práticas de higiene devidas que a prostituição de rua, muitas vezes, impossibilita, desde

⁹⁵ Rodrigues, 2021, p. 25.

⁹⁶ *Idem*, p. 25.

⁹⁷ *Idem*, p. 25.

logo, o uso de preservativo, ou até o simples facto de tanto o cliente como o profissional poderem manter o seu asseio íntimo, tanto antes como depois da prestação do serviço sexual.

Assim, achamos indispensável a obrigatoriedade de registo dos estabelecimentos dedicados à prostituição. Isto irá facilitar o controlo por parte das autoridades policiais. O facto de saberem onde a prostituição é levada a cabo facilita a entrada nestes estabelecimentos para verificar se as regras sanitárias estão a ser cumpridas, se o empregador realizou os devidos contratos de prestação de serviços sexuais com os profissionais que alberga, se não emprega menores de idade e, ainda, se os clientes não cometem crimes como violações, agressões, ameaças, entre outros.

O art. 7.º proposto por Ana Loureiro possibilita a criação de um estabelecimento de serviços sexuais desde que proceda ao devido registo, não exiba sinais exteriores de cariz sexual, nem exponha trabalhadores do sexo em montras, e que empregue pessoas maiores de 21 anos, com os devidos atestados médicos de aptidão para a profissão. Relativamente aos menores de 21 anos, o artigo imporia ainda que estes estabelecimentos devam enfrentar uma proibição de manutenção da atividade quando empregassem menores de 21 anos, estrangeiros sem título de residência válido, pessoas sem atestado médico válido, ou que interfiram/impossibilitem a realização de inspeções sanitárias. Já expressámos a nossa concordância com a proibição de menores de 21 anos na prostituição, assim como achamos necessários os referidos atestados médicos e as inspeções por parte das autoridades policiais.

4.6. Obrigatoriedade de realização de exames médicos periódicos

Nas perspetivas que temos vindo a analisar, a obrigatoriedade de exames médicos de forma a determinar a aptidão para o trabalho sexual é uma questão controversa. A petição de Ana Loureiro opta pela obrigatoriedade de realização destes exames por parte de trabalhadores sexuais de seis em seis meses. Já o “Grupo Partilha d’a Vida” não aceita que tais exames devam ser obrigatórios, argumentando que após a sua realização o profissional do sexo pode contrair uma qualquer DST e não o saber, considerando que se trata uma medida discriminatória, pois nenhuma profissão implica esta obrigatoriedade.

Não podemos expressar a nossa concordância com este último argumento. A verdade é que a realização de qualquer exame não impede nem prevê que a pessoa em causa venha a contrair a doença imediatamente depois de o ter feito. O despiste de DST funciona de forma semelhante. Não nos parece que tal seja razão determinante para impedir a obrigatoriedade de realização de exames médicos no trabalho sexual.

Por outro lado, o facto de nenhuma profissão enfrentar tal obrigação poderia fundamentar a não aplicação desta medida. Porém, verificamos que tal não é verdade. Por exemplo, um setor em que é obrigatório a realização de exames periódicos de despiste de doenças infecciosas é o da medicina. Quem exerce funções ao nível da saúde tem de realizar exames deste género, também de forma a confirmar a aptidão para o desempenho da sua atividade. Mas mesmo que assim seja, como podemos justificar a criação desta obrigatoriedade para a profissão que aqui analisamos?

Primeiramente, temos a Lei de Bases da Saúde, que dispõe sobre a saúde ocupacional, concedendo o “direito de beneficiar de medidas que lhes permitam proteger a saúde no âmbito da [...] vida profissional”, tendo-se em conta “os riscos psicossociais dos trabalhadores particularmente vulneráveis”⁹⁸. Embora esta disposição não configure uma obrigação, mas sim um direito, o seu objetivo é a proteção no trabalho, qualquer que este seja, contra todo o tipo de situações que possam vir a ameaçar a saúde do trabalhador, desde ferimentos causados no exercício da atividade a doenças contraídas no mesmo contexto.

De seguida, temos o art. 19.º do CT, que dispõe sobre os exames que aqui analisamos. Este artigo, no seu n.º 1, proíbe os empregadores de imporem a realização de quaisquer testes ou exames médicos que não sejam previstos em legislação competente. Há, porém, uma ressalva a esta proibição, na eventualidade de aqueles testes ou exames médicos terem “por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à [atividade] o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respetiva fundamentação”⁹⁹. Ora é nesta ressalva que encontramos a justificação da obrigatoriedade de realização de exames médicos periódicos por parte dos trabalhadores sexuais. Tal como vários outros aspetos que já referimos, isto justifica-se pelo facto de à profissão em causa se atribuir uma especificidade concreta, já que os atos a ela inerentes têm um caráter exclusivamente sexual, o que a torna numa profissão de risco, exatamente como o é qualquer cargo no setor de saúde, principalmente aqueles que exercem a sua atividade num ambiente vírico, no qual estes exames são obrigatórios de forma periódica.

Muitos profissionais do sexo portugueses não sabem que já é possível a realização deste tipo de exames, de forma totalmente anónima, nos centros de saúde, assim como o acesso a consultas de planeamento familiar isentas de quaisquer taxas moderadoras¹⁰⁰. Porém, isto não passa de uma possibilidade, que não é aproveitada. Sendo obrigatória a

⁹⁸ Base 14 da Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro.

⁹⁹ Art. 19.º, n.º 1, 2.ª parte do CT.

¹⁰⁰ Ferreira, 2018, p. 60.

realização destes exames, não só se protegeriam de forma mais eficaz os profissionais do sexo, como também os clientes. Além de que o acesso garantido ao SNS trazido pelo acesso à segurança social implicaria também a possibilidade de tratamento após contração de uma DST.

Há também a questão se os exames deveriam ser obrigatórios de seis em seis meses ou num intervalo de tempo maior, digamos, de ano em ano. Não nos parece que seja exequível um intervalo mais longo do que este último, embora concordemos que de seis em seis meses possa ser pouco tempo. Parece-nos, assim, que seria de optar por algo intermédio.

Outra questão a que damos o devido mérito é a criminalização do cliente que procure serviços sexuais com um profissional do sexo sem as devidas proteções contra DST com pena de prisão até 1 ano¹⁰¹. A prática de atos sexuais sem preservativo num contexto de prostituição é de abolir por completo. Se advertimos de forma intensiva, nas escolas, à prática de sexo seguro para com jovens que iniciam a sua sexualidade, e que o farão, na maior parte das vezes, com alguém da sua confiança (i.e., um/a namorado/a), também é nosso dever assegurá-lo nesta profissão, entre adultos desconhecidos.

4.7. Descriminalização do crime de lenocínio simples (art. 169.º n.º 1 do CP)

Em último lugar, resta-nos refletir sobre a descriminalização do crime de lenocínio simples, sem a qual todos os aspetos sobre os quais já expusemos a nossa argumentação não se poderão realizar. A tipificação deste crime impede a organização do negócio da prostituição, que empurra muitos profissionais do sexo para as ruas, onde não podem exercer a sua atividade de forma segura. Aqui, estão de acordo a proposta de lei de Ana Loureiro, assim como a Carta Aberta do MTS.

Ora, o crime de lenocínio, na sua versão do CP de 1995, punia “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de atos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica” com pena de prisão de seis meses a cinco anos. A grande diferença entre esta redação e a que hoje está disposta no art. 169.º n.º 1 do CP é a necessidade de o agente explorar situações de abandono ou necessidade económica da vítima. Porém, a retirada da parte final daquela disposição pela entrada em vigor da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro implicou um alargar do âmbito da incriminação do crime de lenocínio. Consequentemente, parte da doutrina entende que o bem jurídico aqui protegido se tornou indefinido. Num acórdão do TC, Lino

¹⁰¹ Loureiro, art. 6.º.

Rodrigues Ribeiro, na sua declaração de voto vencido, questiona qual poderá ser “a liberdade sexual da pessoa que se prostitui?; a moral sexual?, uma determinada concepção de vida?; a paz social?”¹⁰². Anabela Rodrigues, por sua vez, afirma que deveria proteger-se a liberdade sexual da pessoa, porém, o que se verifica é a “defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade”, que é um bem jurídico transpessoal e carece de dignidade penal¹⁰³.

Além disto, várias correntes doutrinárias argumentam que a atual redação do artigo em causa viola o art. 18.º n.º 2 da CRP, segundo o qual não se podem restringir direitos, liberdades e garantias se tal não estiver previsto na lei, devendo tal restrição limitar-se ao necessário para proteger outros direitos igualmente relevantes. Manuel da Costa Andrade, na sua declaração de voto vencido no acórdão acima referido, afirma que “a incriminação da conduta típica não está preordenada à salvaguarda – menos ainda é para tanto necessária – de quaisquer ‘direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’¹⁰⁴. Considera que o lenocínio simples é um “crime sem vítima”, entendimento partilhado também por Anabela Rodrigues, que, já em 2002, chegou mesmo a afirmar que “nem mesmo a exigência que se fazia [...] quanto à [...] ‘exploração de situações de abandono ou de necessidade económica’ justificava [...] a incriminação”¹⁰⁵. Maria João Antunes partilha da mesma opinião, nas suas declarações de voto vencido em dois acórdãos do TC, por entender que “com a eliminação daquela exigência típica, o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade”¹⁰⁶.

Outro exemplo de jurisprudência bastante recente que demonstra a mudança nas correntes doutrinárias no sentido que temos vindo a defender é o Acórdão do TC n.º 134/2020¹⁰⁷, no qual o art. 169.º n.º 1 do CP é declarado inconstitucional por violar os arts. 18.º n.º 2 e 27.º n.º 1 da CRP. A argumentação do TC neste acórdão tão importante determina que a tendência para considerar não inconstitucional este artigo se baseia “numa interpretação restritiva do tipo legal de crime de lenocínio simples, de modo a considerá-lo aplicável apenas em situações em que exista exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui”¹⁰⁸. Ou seja, interpretam com base num elemento

¹⁰² “A Reforma de 1998, ao suprimir o elemento do tipo legal de lenocínio a ‘exploração de situações de abandono e necessidade económica’, tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado” – Acórdão do TC n.º 641/2016. https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_.pdf.

¹⁰³ Rodrigues, pp. 796, 799.

¹⁰⁴ Acórdão do TC n.º 641/2016.

¹⁰⁵ Rodrigues, p. 798.

¹⁰⁶ Acórdão do TC n.º 396/2007: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=396 e Acórdão do TC n.º 522/2007. http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=522.

¹⁰⁷ Acórdão do TC n.º 134/2020: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200134.html>.

¹⁰⁸ *Idem*.

que foi propositadamente eliminado pelo legislador. Aquela interpretação não pode ser feita tendo em conta a redação do crime de lenocínio simples que temos hoje, até porque o elemento em causa foi incorporado, embora de forma um pouco diferente, na tipificação do crime de lenocínio agravado. Ora, este acórdão do TC defende inclusive que, além da descriminalização do lenocínio, é necessária uma regulamentação da prostituição, já que a perigosidade que ela possa apresentar provém mais da sua forçosa clandestinidade (em virtude da criminalização presente no art. 169.º n.º 1 do CP) do que da atividade em si¹⁰⁹.

No mesmo sentido, organizações internacionais como a Amnistia Internacional e a UNAIDS já se pronunciaram relativamente a esta questão, incitando os vários Estados a proceder à descriminalização do crime de lenocínio simples, procurando criar leis e regulamentos que realmente protejam os trabalhadores sexuais, que lhes permitam desenvolver a sua atividade em ambientes protegidos e sanitários. Inclusive, a UNAIDS procurou estudar a situação em que estas pessoas se encontram, tendo determinado que leis como a nossa aumentam o “risco dos profissionais do sexo contraírem HIV”, o que aumenta “a sua vulnerabilidade à violência por parte de clientes e polícia”¹¹⁰. Também a OMS, juntamente com o UNFPA e a UNAIDS, recomenda a descriminalização, assim como a eliminação de aplicação injusta de leis e regulamentos contra trabalhadores sexuais¹¹¹.

Assim sendo, a nossa opinião é a de que se deve descriminalizar o crime de lenocínio simples presente no art. 169.º n.º 1 do CP. Só assim poderemos prover à segurança dos trabalhadores sexuais. Só assim poderemos atribuir-lhes direitos que lhes são devidos, que não lhes podem ser negados, e a que os restantes cidadãos têm acesso. Só assim será possível começar a melhorar a situação de vida destas pessoas que viram na prostituição a única forma de subsistência.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ UNAIDS (2021). HIV and Sex Work – Human Rights Fact Sheet Series.

¹¹¹ OMS (dezembro de 2012). “Prevention and Treatment of HIV and other sexually transmitted infections for Sex Workers in low- and middle-income countries – Recommendations for a public health approach”. https://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/WHO%20prevention%20treatment%20HIV%20STI%20sex%20workers_o.pdf.

5. Conclusão

A prostituição remonta aos primórdios da humanidade, tendo-se nela integrado, e mantendo-se até aos dias de hoje. As pessoas que se dedicam a esta atividade são, muitas vezes, deixadas à margem da sociedade, alvo de discriminação exatamente porque se prostituem. As razões que as levam a prostituir-se vão desde a falta de dinheiro para assegurarem o seu mínimo de sobrevivência, à falta de estudos para ingressar noutras profissões, ou ainda por terem sido forçosamente levadas para naquela indústria enquanto vítimas de tráfico sexual.

Sabemos que há quem se dedique à prostituição de livre vontade e não mostre o desejo de “mudar de vida”, sendo assim necessário criar condições para que estas pessoas possam usufruir livremente dos seus direitos, liberdades e garantias atinentes à profissão em causa.

Reconhecemos a dificuldade apresentada pela regulamentação do trabalho sexual, que é uma realidade tão complexa e ainda, de certa forma, rejeitada pela sociedade, o que é visível na relutância em discutir o tema em causa. Mesmo assim, cremos que o nosso esforço em idealizar medidas a tomar pelo Estado e pelas restantes autoridades competentes não foi em vão.

Defendemos a implementação do modelo regulador, em detrimento do modelo abolicionista, adotado atualmente no nosso país. Defendemos a não aplicação do denominado “modelo da igualdade”, objeto do projeto-lei da deputada não inscrita Cristina Rodrigues, que apenas será um retrocesso na luta pelos direitos dos trabalhadores sexuais. A criminalização do cliente faz aumentar a prostituição clandestina (sendo que os profissionais do sexo procuram assegurar a sua fonte de rendimento ao proteger os clientes, tornando a sua atividade, consequentemente, mais insegura) e os crimes violentos cometidos, que deixam de ser reportados por medo de repercussões.

Sendo esta a questão que serviu de base a esta investigação, qual será, então, a melhor forma de regulamentar uma profissão tão complexa e específica como a prostituição? A nossa análise partiu da proposta de lei de Ana Loureiro; porém, vai além do que a empresária do sexo propõe e diverge em algumas questões que consideramos fulcrais.

Deste modo, vedar o acesso à prostituição a menores de 21 anos é imperativo, pela falta de maturidade e capacidade de entender os comportamentos que a prostituição implica.

É necessária a possibilidade de criação de contratos de prestação de serviços sexuais, devidamente declarados junto da autoridade tributária e da segurança social, que deverão poder atribuir uma autorização de residência a estrangeiros que se encontrem de forma ilegal no nosso país e que tenham ingressado na prostituição por

falta de outras alternativas. Além de que tais contratos devem permitir o acesso garantido a direitos comuns aos restantes cidadãos, como o subsídio de desemprego, dias de doença, auxílio na parentalidade, acesso ao serviço nacional de saúde (no qual podem realizar exames médicos periódicos que garantem a sua capacidade para desempenhar a profissão), férias, entre outros.

O combate aos crimes violentos praticados por clientes e, ainda, ao tráfico sexual deve ser assegurado pela intervenção junto das autoridades policiais, pondo à sua disposição os recursos humanos e materiais necessários, assim como toda a formação que seja necessária para que possam lidar da melhor forma possível com agentes e vítimas de tais crimes.

Deve ser parte da missão do Estado a criação dos programas de saída da prostituição para os profissionais do sexo que queiram voluntariamente ingressar noutra atividade e necessitem de apoio para o fazer, não devendo estes programas atuar forçosamente, fazendo com que passem a sentir vergonha por desempenharem aquela profissão. Estas pessoas têm-se mantido à margem da sociedade, não por vontade própria. É nosso dever, enquanto seres humanos, garantir que tal não continuar a acontecer, quer a opção seja sair da prostituição ou ficar.

É preciso criar condições para que a prostituição seja praticada em locais seguros, devidamente registados, nos quais as autoridades policiais possam entrar para efetuar o devido controlo no que toca às medidas sanitárias e punir os empresários do sexo que mantenham estabelecimentos que não cumpram as regras estabelecidas.

O último aspeto no qual a regulamentação deve intervir é no da descriminalização do crime de lenocínio. Já tivemos oportunidade de observar a mudança na doutrina portuguesa exatamente naquele sentido. Cada vez mais juristas estão a adotar o entendimento de que este crime é um “crime sem vítimas”, desprovido de dignidade penal, e que viola preceitos constitucionais que garantem que a restrição de direitos, liberdades e garantias apenas pode ocorrer quando esteja previsto na lei. A interpretação deste crime por parte de muitos magistrados judiciais passa pela inclusão de um preceito que foi propositadamente retirado pelo legislador, o que a torna numa interpretação arcaica, totalmente incompatível com a sociedade de hoje.

Contudo, a opinião pública tem de continuar a ser moldada. A intervenção junto dos mais novos não é, de todo, imprópria. Pelo contrário, é imperativa. Até anos recentes, era impensável ensinar-se aos jovens educação sexual nas escolas. Hoje, é uma prática comum, incentivada e aceite pelas gerações mais velhas, de modo a desenvolver a mentalidade sexual e íntima dos jovens de forma segura e para prevenir o sexo desprotegido. Outro exemplo são as recentes discussões quanto à violência no namoro. O mesmo trabalho que aqui foi feito é impreterível no que toca à prostituição.

Sensibilizar, não para incentivar o ingresso na prostituição, mas para que não se mantenham estigmas e preconceitos que deveriam ter sido abandonados no séc. XX.

Devem ser realizadas campanhas de difusão de informação, principalmente no que toca aos direitos que estes trabalhadores venham a adquirir com a regulamentação da sua atividade. Isto porque, como já demonstrámos anteriormente, se profissionais do sexo portugueses não têm conhecimento de direitos que já lhes são atribuídos simplesmente por serem portugueses, será de esperar a dificuldade de um estrangeiro os vir a conhecer após uma possível regulamentação.

Um pensamento final: mudanças radicais como a que aqui propomos não são comuns na história do nosso país. Noutras áreas do direito penal, muito se batalhou para garantir direitos e despir o nosso CP de preconceitos e disposições discriminatórias. A finalidade deste trabalho é mesmo esta. Acabar com estigmas e discriminações vividas diariamente pelos profissionais do sexo. E tal não será possível se nós, enquanto sociedade, não estivermos dispostos a aceitar uma realidade com a qual vivemos desde sempre, mas que temos preferido manter escondida, como se não existisse. Está na hora de trazer a prostituição à luz do dia, e reintegrar na sociedade quem a ela se dedica.

6. Bibliografia

- CEBULAK, W. & PLYWACZEWSKI, E. (2007). *Prostitution in the United States and Poland: A Cross-Cultural Criminological Study from a Religious Perspective*. Bialystok: Temida 2, Faculdade de Direito da Universidade de Bialystok.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (dir.). (2012). Artigo 169.º (Lenocínio). In *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2.ª Edição*. Coimbra Editora.
- LEAL AMADO, J. (2002). Contrato de trabalho prostitucional? *Questões Laborais*, pp. 236-240.
- MATTOSO, J. (1993). *História de Portugal. Monarquia Feudal (1096-1480)*, vol. 2. S.l.: Editorial Estampa.
- ROBERTS, N. (1996). *A Prostituição Através dos Tempos: Na Sociedade Ocidental*. Lisboa: Editorial Presença.
- SANTOS CRUZ, F.I. (1984). *Da Prostituição na Cidade de Lisboa (1841)*. Lisboa: Publicações Dom Quixote.

6.1 Web grafia

- AMNESTY INTERNATIONAL (2016). Amnesty International Policy on State obligations to respect, protect and fulfil the Human Rights of Sex Workers – POL 30/4062/2016. https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/SexWork_Rights_Policy_and_Research_POLICY26052016.pdf.
- CÂNCIO, F. (2016). É ou não lícito publicar anúncios de prostituição? – Nem PGR nem ERC têm posição oficial sobre a matéria. Provedor de Justiça está a apreciar queixa. <https://www.dn.pt/sociedade/e-ou-nao-licito-publicar-anuncios-de-prostituicao-5343759.html>.
- CUNHA, M.C. (2021). A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul. *Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua: Crimes Sexuais – Jurisdição Penal e Processual Penal*. https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/32834/1/eb_CrimesSexuais_1_.pdf.
- CURADO, M. & ALMEIDA, J.R. (2021). Menor usada em casa de prostituição de Lisboa para agradar a cliente – Menina salva pelo SEF era prostituída. Pais não sabiam. https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/menor-usada-em-casa-de-prostituicao-de-lisboa-para-agradar-a-cliente?ref=Mais%20Sobre_BlocoMaisSobre.
- FARIA, N. (2014). Mais de 80% dos polícias defendem que a prostituição deve ser legalizada – Estudo analisou as perceções de agentes policiais sobre quem se prostitui. <https://www.publico.pt/2014/12/17/sociedade/noticia/mais-de-80-dos-policias-defendem-que-prostituicao-deve-ser-legalizada-1679764>.
- FERREIRA, L.M.L. (2018). *A prostituição em Portugal: Reflexão acerca de uma possível solução de regulamentação no ordenamento jurídico português*. Dissertação de mestrado em Direito: Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da

- Universidade de Coimbra.
https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_.pdf.
- LOUREIRO, A. *Proposta de Regulamentação da Prostituição em Portugal*, em anexo.
- LUSA (2020). Partidos da oposição criticam Governo pela falta de efetivos nas polícias.
<https://www.noticiasaoiminuto.com/politica/1610979/partidos-da-oposicao-criticam-governo-pela-falta-de-efetivos-nas-policias>.
- MARTYR, K. (2021). We can only count on ourselves: Poland's sex workers struggle amid pandemic, <https://notesfrompoland.com/2021/02/08/we-can-only-count-on-ourselves-polands-sex-workers-struggle-amid-pandemic/>.
- MTS. Carta aberta à Assembleia da República – Pelos Direitos das Pessoas que fazem Trabalho Sexual, em anexo.
- OMS, UNFPA e UNAIDS (2012). Prevention and Treatment of HIV and other sexually transmitted infections for Sex Workers in low- and middle-income countries – Recommendations for a public health approach:
https://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/WHO%20prevention%20treatment%20HIV%20STI%20sex%20workers_o.pdf.
- OTSH. OTSH e MDM fornecem formação ao 43.º curso de formação de Guardas/GNR.
<https://www.otsh.mai.gov.pt/otsh-e-mdm-fornecem-formacao-ao-43o-curso-de-formacao-de-guardas-gnr/>.
- PALMA, A. & Gomes, R.P. (2021). Homem tira virgindade a menor para a pôr na prostituição em Portimão – Suspeito de 44 anos responde pelos crimes de violação e lenocínio. Duas mulheres estão acusadas de lenocínio.
https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/homem-tira-virgindade-a-menor-para-a-por-na-prostituicao-em-portimao?ref=Mais%20Sobre_BlocoMaisSobre.
- POST, C., BROUWER, J.G. & VOLS, M. (2018). Regulation of Prostitution in the Netherlands: Liberal Dream or Growing Repression?
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10610-018-9371-8.pdf>.
- RODRIGUES, C. Projeto de Lei n.º 851/XIV/2ª. – Procede à implementação do modelo da igualdade e reforça a proteção das pessoas na prostituição.
<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259533830596a67324e6a5a6d595330784e3249344c54526b596a59744f57526c4d53316a4e5749354d6a51794d44426d4f5455755a47396a65413d3d&fich=4b8666fa-17b8-4db6-9de1-c5b924200f95.docx&Inline=true>.
- RTP1. *Linha da Frente* – Trabalhadoras do Sexo, Episódio 10 Temporada 22. Emissão de 18 de junho de 2020, reportagem de Patrícia Lucas, imagem de Pedro Boa-Alma e edição de Miguel Teixeira, 21h-22h, <https://www.rtp.pt/play/p6595/e479111/linha-da-frente>.
- SCHAPS, K. (2020). Dutch sex workers risk trafficking and abuse as coronavirus bites.
<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-netherlands-sexwor-idUSKBN2163DI>.

UNAIDS (2021). HIV and Sex Work – Human Rights Fact Sheet Series.
https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/05-hiv-human-rights-factsheet-sex-work_en.pdf.

6.2 Legislação nacional

Código Administrativo Português (1837), Lisboa,
<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1814.pdf>, consultado a 17 de junho de 2021.

Decreto de 10 de abril de 1976, 8.^a versão, alteração mais recente pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto, *Constituição da República Portuguesa*,
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis.

Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, *Regime jurídico de proteção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem*,
<https://dre.pt/home/-/dre/546202/details/maximized>.

Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de novembro, *Regime Jurídico de Conção de Autorização de Residência a Vítimas de Tráfico de Seres Humanos*,
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1320&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, 73.^o versão, alteração mais recente pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, *Código Civil*,
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, 1.^a versão, *Código Penal*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=.

4.^a versão, alterada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, *Código Penal*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0170&nid=109&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=4#artigo.

53.^o versão, alterada mais recente pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, *Código Penal*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=.

Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro, *Regime Penal Aplicável a Jovens Delinquentes*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=226&tabela=leis.

Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, *Lei de Bases da Saúde*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3197B0005&nid=3197&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=.

Resolução da AR n.º 1/2008, de 4 de janeiro, *Aprova a Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, aberta à assinatura em Varsóvia em 16 de maio de 2005*,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1550&tabela=leis.

Resolução da AR n.º 4/2013, de 21 de janeiro, *Aprova 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,
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2018, *IV Plano de Ação para a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2018-2021*, <https://dre.pt/home/-/dre/115536003/details/maximized>.

6.3 Diplomas internacionais

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (2 de dezembro de 1949) – *Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem*, Nova Iorque, <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-supressao-do-trafico-de-pessoas-e-da-exploracao-da-prostituicao-de-outr-1>.

Organização das Nações Unidas (25 de julho de 1951) – *Estados Partes*, Nova Iorque, <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VII/VII-11-a.en.pdf>.

Model Penal Code (1962), <https://www.legal-tools.org/doc/o8d77d/pdf> e https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Model_Penal_Code.docx.

6.4 Jurisprudência

TC, Acórdão n.º 134/2020, Processo n.º 1458/17, Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200134.html>.

TC, Acórdão n.º 396/2007, Processo n.º 33/07, Relator Conselheiro Pamplona de Oliveira, http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=396.

TC, Acórdão n.º 522/2007, Processo n.º 380/07, Relator Conselheiro Borges Soeiro, http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=522.

TC, Acórdão n.º 641/2016, Processo n.º 401/16, Relator Conselheiro Fernando Ventura, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html>.

Anexo 1

“Model Penal Code: Secção 251.2. Prostitution and Related Offenses.

(1) Prostitution. A person is guilty of prostitution, a petty misdemeanor, if he or she:

(a) is an inmate of a house of prostitution or otherwise engages in sexual activity as a business; or

(b) loiters in or within view of any public place for the purpose of being hired to engage in sexual activity.

"Sexual activity" includes homosexual and other deviate sexual relations. A "house of prostitution" is any place where prostitution or promotion of prostitution is regularly carried on by one person under the control, management, or supervision of another. An "inmate" is a person who engages in prostitution in or through the agency of a house of prostitution. "Public place" means any place to which the public or any substantial group thereof has access.

(2) Promoting Prostitution. A person who knowingly promotes prostitution of another commits a misdemeanor or felony as provided in Subsection (3). The following acts shall, without limitation of the foregoing, constitute promoting prostitution:

(a) owning, controlling, managing, supervising, or otherwise keeping, alone or in association with others, a house of prostitution or a prostitution business; or

(b) procuring an inmate for a house of prostitution or a place in a house of prostitution for one who would be an inmate; or

(c) encouraging, inducing, or otherwise purposely causing another to become or remain a prostitute; or

(d) soliciting a person to patronize a prostitute; or

(e) procuring a prostitute for a patron; or

(f) transporting a person into or within this state with purpose to promote that person's engaging in prostitution, or procuring or paying for transportation with that purpose; or

(g) leasing or otherwise permitting a place controlled by the actor, alone or in association with others, to be regularly used for prostitution or the promotion of prostitution, or failure to make reasonable effort to abate such use by ejecting the tenant, notifying law enforcement authorities, or other legally available means; or

(h) soliciting, receiving, or agreeing to receive any benefit for doing or agreeing to do anything forbidden by this Subsection.

(3) Grading of Offenses Under Subsection (2). An offense under Subsection (2) constitutes a felony of the third degree if:

(a) the offense falls within paragraph (a), (b) or (c) of Subsection (2); or

(b) the actor compels another to engage in or promote prostitution; or

(c) the actor promotes prostitution of a child under 16, whether or not he is aware of the child's age; or

(d) the actor promotes prostitution of his wife, child, ward or any person for whose care, protection or support he is responsible.

Otherwise, the offense is a misdemeanor.

(4) Presumption from Living off Prostitutes. A person, other than the prostitute or the prostitute's minor child or other legal dependent incapable of self-support, who is supported in whole or substantial part by the proceeds of prostitution is presumed to be knowingly promoting prostitution in violation of Subsection (2).

(5) Patronizing Prostitutes. A person commits a violation if he hires a prostitute to engage in sexual activity with him, or if he enters or remains in a house of prostitution for the purpose of engaging in sexual activity.

(6) Evidence. On the issue whether a place is a house of prostitution the following shall be admissible evidence: its general repute; the repute of the persons who reside in or frequent the place; the frequency, timing, and duration of visits by non-residents. Testimony of a person against his spouse shall be admissible to prove offenses under this Section.”

Anexo 2

Proposta de Regulamentação da Prostituição em Portugal.

Autora – Ana Loureiro:

“Exposição de motivos:

No século XXI já era para existir uma legislação e regulamentação relativa à profissão mais antiga do MUNDO. Regras laborais, de saúde pública, fiscais e de segurança social que protejam todos os profissionais desta área.

E por a mesma não se tornar legislada, fica a consequência de ser tão mal vista e criticada, como repudiada pela sociedade.

Queremos que a Assembleia da República tenha a coragem de regular a nossa profissão e casas de trabalho.

Ora vejamos o que se pretende.

- Que a prostituição tivesse uma idade limite de iniciação, 21 anos, nunca abaixo desta idade e aí sim, existir uma punição para as casas que aceitem e para as próprias que o tentassem fazer como para clientes que procurassem; CADA VEZ MAIS EXISTEM MENORES COM CERCA DE 17 ANOS A INICIAREM ESTA VIDA, POR NÃO EXISTIR UMA REGULAMENTAÇÃO;

- Que a prostituição fosse considerada uma profissão com descontos e regalias sociais como qualquer outro trabalho, e só desta forma, pela via legal poderem laborar. Considero que o termo a estipular para a profissão poderia enquadrar-se como Divertimento Adulto;

- Existência de obrigatoriedade de exames médicos de 6 em 6 meses;

- Obrigatoriedade de estar legal no nosso país, e em caso contrário, aí sim, constituir crime tanto para quem pratica como para quem acolhe a situação;

- Legalizar as Casas, visto que é nas Casas de Acompanhantes que se tem segurança para trabalhar, como higiene, onde é de verdade o Mundo de quem pratica a profissão. Compreendam que estão de fora, não sabem e nem querem ouvir a realidade de quem está deste lado e tenta explicar o ERRO que cometem quando perseguem e fecham as casas de Acompanhantes, perseguindo como se fossem criminosas.

Pedimos que nos [deem] uma voz [ativa] para explicar e tentar definitivamente que nos honrem enquanto profissionais. Damos voz e cara por todas, pois queremos viver em paz, sem medos constantes de viver como se fossemos criminosas. Também temos honra, moral e carácter, somos humanas e temos os nossos valores, queremos viver e paz com a sociedade e que não nos rebaixem e desprezem como se o que fazemos fosse crime ou desprezível.

Solicitamos que nos [deem] a oportunidade de explicar e tentar em conjunto arranjarmos uma solução definitiva, por todas nós e por uma sociedade melhor.

PROPOSTAS DE MEDIDAS A TOMAR:

- PROIBIDO MENORES DE 21 ANOS E CIDADÃOS NÃO LEGALIZADOS INICIAREM A ACTIVIDADE COM PUNIÇÃO PARA QUEM PROCURAR, COMO PARA QUEM PERMITIR O TRABALHO NO SEU ESTABELECIMENTO

- proibição de os sites e todos os classificados de convívio anunciarem menores de 21 anos e estrangeiros ilegais na secção de convívio ou massagem, respeitando sempre a comprovação de maioridade e legalidade no país para o efeito através de documento de identificação, exigido no [ato] de publicação de anúncio;

- proibido a colaboração de menores de 21 anos e estrangeiros ilegais em casas de massagens, spas ou casas de Acompanhantes;

- maior fiscalização por parte da polícia competente no sentido de acautelar que a legislação (proibições) são cumpridas, sem dano para quem as cumpre, só como medida de fiscalização, no entanto punir com o encerramento os estabelecimentos que ousem quebrar as proibições impostas;

- obrigatoriedade de exames de 6 em 6 meses por parte de quem colabora com estes estabelecimentos, afixando-os em dossier no local;

- contratos de trabalho com [respetivos] descontos, sendo que poderia ter uma categoria profissional estipulada de entretenimento adulto, sendo aberta [atividade] nas Finanças e passado recibos verdes ao dia, visto que nesta profissão se recebe diariamente, desta forma teria que se ajustar entre as Profissionais a forma a proceder aos descontos para a Segurança Social e Finanças, visto até os montantes serem variáveis diariamente;

- não havendo a legalização, pelo menos a despenalização no que respeita ao Lenocínio previsto no n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal, pois vejamos, as despesas de uma casa de Acompanhantes são acarretadas pela Dona, quem procura e colabora com as Casas vai de livre e espontânea vontade, é-lhe garantido ambiente de trabalho em segurança como estabilidade à sua integridade física e emocional, são proporcionadas condições que as mesmas sozinhas não conseguiriam;

- Relativamente à Holanda e Alemanha, existe um zelo por parte do Estado em relação à prostituição, acautelam a segurança, pois os perigos que corremos são sempre iminentes e como quem se dedica a fazer mal às raparigas que trabalham nesta vida, sabem que a polícia desvaloriza sempre mediante conhecimento da sua profissão, fazem-no deliberadamente e constantemente, sabem que não são penalizados e que 95% das raparigas também não apresentam queixa por se sentirem humilhadas e desprezadas pela sociedade em geral; No entanto não acautelam só desta forma, até há cerca de 2/3 anos iam Portuguesas, Brasileiras, de todas as zonas iam raparigas trabalhar, fazer as ditas praças, uns dias, mas como começou a [afetar] o trabalho local de quem vive no país, foi implementado que para poderem ir trabalhar na área nestes países têm que ter morada fiscal e só desta forma podem trabalhar, o que limitou e muito o trabalho de quem ia de fora, concordo em absoluto, pois julgo que se tem que zelar pelos interesses de quem pertence aquele país e acaba por ser [afetado] pela entrada de pessoas ilegais que fazem o mesmo trabalho, ou melhor, muitas vezes sem as mesmas condições, mas por troco de nada;

- a realidade é que a nossa profissão, mesmo sendo a mais antiga do mundo é a mais mal vista, esquecem-se contudo que também somos seres humanos, temos sentimentos, sentimos até alguma vergonha, o nosso trabalho impede-nos de termos uma vida social, só mesmo no nosso meio o que conseguimos ter, vivemos constantemente uma vida que não nos pertence, somos [atrizes] a maior parte do nosso dia-a-dia, somos mães e não perdemos o nosso carácter nem a

nossa honra, nem os nossos valores morais pela profissão que desempenhamos, mas a sociedade teima em nos rotular, em nos desprezar, humilhar, fazer-nos sentir como a rele da sociedade e o nosso Estado que devia acautelar os nossos interesses e zelar pelo bem-estar de todos os cidadãos nem nos dá o benefício da dúvida no sentido de arranjarmos solução definitiva para o bem-estar de todos e decisivamente legalizar e regulamentar uma profissão que é mantida como um [ato] criminoso e desonesto.

Deixo uma pequena observação, considerando a palavra lenocínio e sendo esta a que constitui Crime pelo seu significado jurídico, se os correios diários-jornais como sites que têm anúncios de convívio não incorrem no mesmo crime previsto no n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal, pois recebem dinheiro para a colocação de anúncios com cariz de comércio sexual, aliciando desta forma os demais. Aqui o lenocínio não se aplica?

Articulado:

Os cidadãos subscritores apresentam à Assembleia da República o seguinte projeto de lei:

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei regula a atividade de prostituição.

Artigo 2.º

Âmbito

1 - Para efeitos da presente lei, considera-se prostituição a atividade através da qual um trabalhador do sexo presta serviços sexuais, com o seu expresso consentimento livre e esclarecido, a um cliente.

2 - Os serviços sexuais a prestar são previamente estabelecidos, podendo ser a qualquer momento recusados pelo trabalhador do sexo.

Artigo 3.º

Exercício da profissão

1 - Apenas podem prestar serviços sexuais maiores de 21 anos de idade.

2 - Os trabalhadores do sexo exercem a profissão mediante contratos de prestação de serviços.

3 - É criada uma classificação de atividade económica específica para a prostituição.

Artigo 4.º

Prevenção do tráfico de pessoas

1 - É vedada a celebração de contratos de prestação de serviços com estrangeiros, sem título de residência válido.

2 - A prestação de serviços sexuais não confere o direito de entrada ou permanência no país.

Artigo 5.º

Cooperação com os órgãos de polícia criminal

Os órgãos de polícia criminal disponibilizam meios de contacto específicos para a denúncia de crimes de tráfico de pessoas, crimes de violação ou de crimes de abusos por parte dos clientes.

Artigo 6.º

Acesso à saúde e exames médicos obrigatórios

1 - Os trabalhadores do sexo realizam exames médicos obrigatórios de 6 em 6 meses.

2 - A informação clínica é confidencial, salvo o atestado de aptidão, em que apenas se menciona a aptidão de saúde para prestar atos sexuais, que pode ser solicitado nos termos da presente lei.

3 - O cliente que fomenta ou pratique atos sexuais sem prevenção adequada contra doenças sexualmente transmissíveis, pelo serviço sexual solicitado, é punido com pena de prisão até 1 ano.

Artigo 7.º

Registo de estabelecimentos de serviços sexuais

1 - É permitido constituir estabelecimentos nos quais se prestem serviços sexuais, por trabalhador do sexo livres e esclarecidos, nas seguintes condições, desde que:

a) Sejam registados junto de entidade competente;

b) Não exibam sinais exteriores de cariz sexual, nem exponham trabalhadores do sexo em montras;

c) Confirmem a idade e atestado de saúde do trabalhador do sexo, mediante a exibição de documento de identificação e registo do atestado médico de aptidão.

2 - Ficam proibidos de exercer a sua atividade os estabelecimentos de serviços sexuais:

a) Nos quais exerçam prostituição menores de 21 anos de idade;

b) Nos quais exerçam prostituição estrangeiros, sem título de residência válido;

c) Nos quais exerçam prostituição trabalhadores do sexo sem atestado médico de aptidão, ou expirado;

d) Que dificultem ou impeçam inspeções sanitárias, nas quais pode ser solicitado aos trabalhadores do sexo a apresentação de atestado médico de aptidão.

3 - Aos proprietários ou gerentes de estabelecimentos dos estabelecimentos previstos no número anterior é aplicável a sanção acessória de inibição de atividade.

Artigo 8.º

Publicidade

1 - Para além da promoção através de sites ou páginas eletrónicas próprias dos trabalhadores do sexo ou dos estabelecimentos de serviços sexuais, apenas é permitida publicidade em parte devidamente assinalada nos anúncios dos jornais, impressos ou eletrónicos, ou em sites exclusivamente dedicados a anúncios de prostituição ou outros serviços ou produtos de cariz sexual, erótico ou sensual.

2 - É proibida a publicação de anúncios relativos a menores de 21 anos de idade ou a quem não resida legalmente no país, cabendo ao anunciante comprovar a idade e a condição de legalidade da permanência no país do trabalhador do sexo que está a ser promovido, através de documentos oficiais deste, exigidos no ato de publicação do anúncio.

Artigo 9.º

Recurso à prostituição de menores de 21 anos

1 - Quem, sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menores de 21 anos de idade, mediante pagamento ou outra contrapartida, é punido com pena de prisão até 1 ano.

2 - Para efeitos do presente artigo, [consiste em] ato sexual de relevo cópula, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo.

3 - A tentativa é punível.

Artigo 10.º

Alteração ao Código Penal

O artigo 169.º do Código Penal passa a ter a seguinte redação:

"Artigo 169.º

(...)

1 - (Revogado)

2 - Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição:

a) Por meio de violência ou ameaça grave;

b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou

d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima;

é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos."

Artigo 11.º

Regulamentação

1 - O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 90 dias após a sua publicação.

2 - O Ministério da Segurança Social estabelece, no prazo de 90 dias após a publicação presente lei, um regime específico de contribuições e apoios sociais para os trabalhadores do sexo.

3 - O Ministério da Saúde regulamenta o disposto no artigo 6.º no prazo de 90 dias após a sua publicação .

Artigo 12.º

Norma revogatória

É revogado o n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal.

Artigo 13.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da sua publicação."

Anexo 3

Carta aberta à Assembleia da República – pelos direitos das pessoas que fazem trabalho sexual.

Autor – MTS:

“Carta aberta do MTS sobre o Projeto de Lei n.º 851/XIV/2.^a, que procede ‘à implementação do modelo da igualdade e reforça a proteção das pessoas na prostituição’

O Movimento dxs Trabalhadorxs do Sexo vem, pela presente carta aberta, expressar o seu protesto e o mais profundo repúdio pelo teor do Projeto de Lei n.º 851/XIV/2.^a, que procede “à implementação do modelo da igualdade e reforça a proteção das pessoas na prostituição”, da iniciativa da deputada não inscrita Dra. Cristina Rodrigues.

Lamentam as pessoas que compõem este Movimento, trabalhadores do sexo, vulgo, prostitutas e prostitutos, não terem sido auscultadas pela senhora deputada aquando da elaboração do texto apresentado, algo pouco consonante com os valores de uma sociedade que se pretende inclusiva, democrática, pluralista, participativa e, sobretudo, aberta à diferença e ao diálogo. Mais do que haverem sido absolutamente ignoradas neste processo, como que relegadas a uma cidadania de segunda categoria, protestam estas pessoas contra o total desprezo dirigido a quem, sendo maior e encontrando-se no pleno exercício dos seus direitos, opta, de uma forma livre, consentida e consciente, por exercer trabalho sexual.

Não pode este Movimento deixar de aludir ao conteúdo humilhante e discriminatório com que o Projeto de Lei infantiliza estes profissionais (também eles sujeitos de direito), preconizando um modelo estigmatizante, moralista e repressivo, que mais não faz do que acentuar as suas vulnerabilidades, empurrando-os, sob o desígnio de uma pretensa igualdade, para contextos de maior clandestinidade, de violência, de insegurança e de precariedade. Trata-se, de fato, de uma proposta que, ao invés de procurar escutinar os reais contextos e situações que constituem efetivas lesões de bens jurídicos, e ao invés de reconhecer e enquadrar o trabalho sexual, outorgando direitos laborais e proteção social, almeja solucionar esta matéria por via de uma abordagem dogmática e persecutória dos trabalhadores do sexo (indireta, sim, mas agressiva e contundente), coartando a sua liberdade de escolha e a sua capacidade de negociação com clientes ou com terceiros – dir-se-ia, neste caso, que, não sendo proibido, não se pode fazer... Em boa verdade, há que admitir, é de uma criminalização indireta do trabalho sexual que se trata!

Consiste, assim, numa proposta que, em nome de uma repressão cega e de um preconceito atroz, em tempo algum equaciona os reais danos e efeitos que um modelo desta natureza (da desigualdade, diríamos nós) poderia potenciar na vida, na segurança e na saúde dos trabalhadores do sexo. Em nenhum momento questiona quem seriam, verdadeiramente, as pessoas sancionadas pela implementação destas medidas. Acresce ainda que esta iniciativa jamais discute a sua eficácia (nula, entendemos nós) na prevenção de reais situações de exploração, de violência, de abuso ou de tráfico de seres humanos.

Denegar Direitos Fundamentais a trabalhadores do sexo e atropelar princípios estruturantes do nosso ordenamento jurídico, como a autodeterminação e a liberdade sexual, a livre disposição sobre o próprio corpo, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de escolha de profissão ou o direito ao trabalho e à segurança social, é denegar a própria dignidade da pessoa humana e reforçar a misoginia e os valores do patriarcado. É, em suma, abdicar de um Estado de Direito Democrático em benefício de um regime revivalista assente no preconceito, no dogma ou na ideia de pecado. É ainda vexar todas as pessoas e movimentos de trabalhadores do sexo e/ou feministas que, ao longo de décadas, se têm envolvido, quer no plano internacional, quer no plano nacional, numa pesada luta pela dignidade desta classe - tanto mais pesada quanto o desprezo com que esta tem sido tratada pela maioria dos quadrantes da sociedade civil e do poder político, incluindo partidos e estruturas sindicais. Admitindo a própria senhora deputada que “não significa negar, em absoluto, que existem pessoas que se encontram na prostituição por opção livre”, não deixa, todavia, de se socorrer de critérios estatísticos (aliás, cientificamente refutáveis) para sustentar a sua posição, ao argumentar que “regulamentar a prostituição em Portugal seria legislar para a exceção e não para a regra (...)”. Ou seja, assumir que toda a prostituição é um trabalho poderá, isso sim, deixar desprotegidas as mulheres que, efetivamente, não estão de forma voluntária no sistema prostitucional e que são coagidas, das mais diversas formas, a nele permanecerem.” Ainda que os dados apresentados pela deputada Cristina Rodrigues fossem providos de representatividade, que não serão, nunca o alcance e a efetividade dos direitos e da justiça poderiam, a pretexto de uma “tirania da maioria”, reduzir-se a meros critérios estatísticos ou a um balanço entre “regra” e “exceção” – sobre esta matéria, seria expectável que a Humanidade tivesse já extraído ensinamentos suficientes... Nesse sentido, parece negligenciar-se em absoluto a dupla dimensão da função de defesa dos Direitos Fundamentais, os quais comportam, num plano jurídico-subjetivo, «o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (1)».

Do mesmo modo, não será desejável que, quer numa dimensão objetiva, quer num plano subjetivo, a proteção de um determinado direito se concretize em função do sacrifício de outro – caso assim fosse, o combate ao fenómeno do tráfico de seres humanos para fins de exploração laboral teria necessariamente que passar pela proibição, por exemplo, da atividade agrícola ou da construção civil, através da criminalização da compra de produtos hortícolas e de bens imóveis, respetivamente. Ora, não será, evidentemente, essa a solução mais justa, razoável, proporcional e adequada. Ao invés da proibição, opte-se pela concretização e pela tutela dos direitos!

Não negando este Movimento a necessidade e a pertinência da implementação de programas de saída aptos a dar respostas eficazes e efetivas junto de quem não pretende exercer a atividade, e tampouco negando relevância dos dispositivos de combate ao tráfico de seres humanos, não se vislumbra, por outro lado, a razão pela qual não poderá o trabalho sexual ser reconhecido como uma atividade profissional e os seus trabalhadores abrangidos por legislação laboral e proteção social. Não se compreende, nesse sentido, a denegação do acesso a condições dignas de saúde e de segurança no trabalho, à proteção na parentalidade, na doença, no

desemprego e na velhice, ao associativismo sindical, ao direito a férias, descanso semanal obrigatório, horário de trabalho ou à compensação por trabalho suplementar.

Cabe ainda uma referência à natureza pouco rigorosa, forçada e abusiva com que neste Projeto de Lei se recorre a conceitos estruturantes e se generalizam determinadas realidades ou fenómenos.

Nesse sentido, há que esclarecer que, consistindo o fenómeno da prostituição num objeto complexo e heterogéneo, aberto a uma multiplicidade de realidades, de trajetórias pessoais, de significados e de posições subjetivas, nunca aquele poderá assentar num conceito fechado e redutor, inapto a distinguir prostituição forçada de prostituição voluntária. Como tal, e à luz dos critérios da razoabilidade, do rigor e da honestidade intelectual, não se poderá conceber um modelo que determina uma inevitável e forçosa relação entre prostituição e situações de abuso (seja de adultos ou de crianças), de exploração, de violência, de tráfico de seres humanos ou do uso de substâncias psicoativas. Mais, cristalizar a ideia de uma estreita relação entre sexo comercial e o alcoolismo ou a toxicod dependência afigurar-se-á como uma estratégia paternalista e velada, que apenas poderá resultar no silenciamento ou no reforço do estigma das pessoas que fazem trabalho sexual, como se de incapazes ou de inabilitadas se tratassem.

Cumpr e então esclarecer que trabalho sexual, conceito que serve de base à luta deste Movimento, consiste numa atividade em que, envolvendo exclusivamente pessoas maiores de idade e conscientes, uma das partes desempenha, de forma livre, esclarecida e consentida, mediante retribuição, um comportamento com significado sexual ou erótico. Tudo o que extravasa estes limites não reveste, obviamente, a qualificação de trabalho e assume dignidade penal, por força de crimes já previstos e punidos pelo nosso ordenamento jurídico. Não se vislumbrando a lesão de qualquer bem jurídico, não se compreende, como tal, a razão pela qual se pretende idealizar a presença de vítimas, de agressores ou de qualquer forma de violência em situações que resultam exclusivamente da vontade e do acordo entre as partes.

No que concerne aos dados que resultam do levantamento bibliográfico plasmado no Projeto de Lei, questiona-se o modo grosseiro com que se descarta o contributo de estudos, de organizações da sociedade civil ou de figuras da academia (portuguesa e estrangeira) que, ao longo de anos e de uma forma sustentada, têm vindo a preconizar modelos antiabolicionistas, absolutamente contrários àquele proposto pela senhora deputada.

Também em nenhum momento são contemplados dados que denunciam a falência do modelo preconizado pelo Projeto de Lei, eufemisticamente apelidado de “Modelo da Igualdade”, designadamente, e apenas para se citar algumas evidências:

- A UglyMugs.ie (2019) (2) – uma app criada para que profissionais do sexo possam reportar incidentes de abuso ou crime, de forma confidencial – refere um grande aumento no número de incidentes de abuso e crime reportados na Irlanda, após a entrada em vigor do “Criminal Law (Sexual Offences) Act 2017”, que prevê a criminalização do cliente e de terceiros;

- Em França foi desenvolvido, por um grupo de 12 organizações, entre as quais os Médicos do Mundo, um estudo (3) de larga escala com o objetivo de documentar o impacto da lei punitiva de clientes de sexo pago, adotada a 13 de abril de 2016. Segundo este estudo, 88% dos profissionais do sexo entrevistados “são contra a criminalização de clientes”. Desde a adoção da

lei, 63% dos profissionais do sexo experienciaram um agravamento das suas condições de vida, 42% acreditam estar “mais expostos a situações de violência” e 70% observam uma ausência de melhoria ou uma deterioração das suas relações com as forças policiais”. Apenas 39% “têm conhecimento da existência de um «programa de saída» do trabalho sexual e, dos profissionais que o conhecem, “apenas 26% pretendem candidatar-se ao mesmo”;

- Num relatório de 2016 (4), onde é analisada a aplicação do modelo nórdico na Noruega, a Amnistia Internacional relata violações aos direitos à habitação, segurança, igual proteção da lei, saúde, [não-discriminação] e privacidade das pessoas que exercem trabalho sexual, após a entrada em vigor da lei que criminaliza o cliente e impede a organização do trabalho sexual. Segundo o mesmo relatório, os preservativos são utilizados como meio de prova da venda de sexo num determinado espaço. O relatório relata que a polícia parece determinar discricionariamente “a existência de trabalho sexual numa dada localização e, subsequentemente recomendar despejo imediato dos profissionais do sexo de suas casas”. Veja-se ainda a forma com que este modelo desincentiva a adoção de práticas de sexo seguro;

- Num estudo publicado em 2012 (5), sobre a violência exercida sobre trabalhadoras do sexo em Oslo, a Pro Sentret indica que 59% das trabalhadoras do sexo relata ter sido exposta a episódios de violência nos 3 anos subsequentes à entrada em vigor da lei de criminalização do cliente. No entanto, destas, “apenas 16% reporta ter recebido auxílio por parte da polícia” após os incidentes.

De igual modo, questiona-se a total falta de menção à posição maioritária da doutrina criminal portuguesa que, ainda que não acompanhada pela jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional, entende não existir qualquer tutela de bem jurídico dotado de dignidade penal na incriminação do lenocínio simples, tal como previsto no n.º 1 do art.º 169º do Código Penal (6). Ter-se-á ainda esquecido a senhora deputada de referir que, não obstante aquele que tem sido o entendimento dominante do Tribunal Constitucional, não é esta uma matéria pacífica entre os Juízes Conselheiros, fato tornado evidente quer em declarações de voto de vencido (Manuel da Costa Andrade, Lino Rodrigues Ribeiro, Maria João Antunes ou Joaquim de Sousa Ribeiro) quer, sobretudo, no acórdão TC n.º 134/2020, de 3/03, que julga inconstitucional a norma incriminatória constante do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal, por violação do artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Ou seja, ao contrário do que pretende a senhora deputada fazer crer, não estamos perante um dogma, uma realidade homogénea ou uma matéria suscetível de ferir as conceções ético-sociais dominantes. Pelo contrário, vários têm sido os organismos de âmbito internacional que têm alertado para a ameaça que os modelos abolicionistas constituem na segurança, na saúde e na esfera dos Direitos Humanos das pessoas que fazem trabalho sexual. A Amnistia Internacional (2016) (7) , por exemplo, advoga pela “descriminalização de todos os aspetos do trabalho sexual adulto e consentido”, considerando que leis abolicionistas/proibicionistas – incluindo as que penalizam o cliente ou que impedem a organização do trabalho sexual – comprometem a segurança de profissionais do sexo e o seu apoio e proteção estatal, interferindo com a plena realização dos seus direitos humanos.

A UNAIDS (2021)⁸, apela também à descriminalização do trabalho sexual, estabelecendo como objetivo para 2025 que “menos de 10% dos países tenham leis que criminalizem qualquer aspeto do trabalho sexual” (incluindo a compra, venda e organização do trabalho sexual). A UNAIDS sustenta que a criminalização do trabalho sexual aumenta o “risco dos profissionais do sexo contraírem VIH”, criando desigualdades e aumentando “a sua vulnerabilidade à violência por parte de clientes, polícia”, entre outros. Considera ainda que os estados não devem confundir os fenómenos de trabalho sexual e de tráfico de seres humanos (TSH), correndo o risco de implementarem legislação que não forneça respostas adequadas nem a profissionais do sexo, nem a vítimas de TSH.⁽⁹⁾ Também a OMS (10)(11) sensibiliza para a descriminalização do trabalho sexual e para a “eliminação da aplicação injusta da lei civil e de regulamentações” dirigidas às pessoas que exercem este trabalho.

Pelo acima exposto, vem este Movimento apelar junto dos(as) deputados(as) que compõem este órgão de soberania:

- A descriminalização total, reconhecimento e o enquadramento legal do trabalho sexual;
- O respeito e a tutela pelos direitos das pessoas que fazem trabalho sexual;
- O voto desfavorável ao Projeto de Lei n.º 851/XIV/2.^a.

Com os melhores cumprimentos,

Muito respeitosamente,

O Movimento dxs Trabalhadorxs do Sexo

TRABALHO SEXUAL É TRABALHO

1 – Cfr. Gomes Canotilho, [“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”], 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 408

2 – <https://uglymugs.ie/wp-content/uploads/um-statement-26-mar-2019.pdf>

3 – https://apdes.pt/wp-content/uploads/2015/12/PT_synthesis_SW_web_nov_2018.pdf.

4 – <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR3640342016ENGLISH.PDF>.

5 – <https://humboldt1982.files.wordpress.com/2012/12/dangerous-liaisons.pdf>

6 – Cfr. João Pedro Pereira Cardoso, [“O dever da dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”], 2020, que pode ser consultado em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p199_391.pdf

7 – <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL3040622016ENGLISH.PDF>.

8 – https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/05-hiv-human-rights-factsheet-sex-work_en.pdf

9 – https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/jc2922_social-protection-fast-track-commitment-end-aids_en.pdf

10 – https://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/WHO%20prevention%20treatment%20HIV%20STI%20sex%20workers_o.pdf.

11 – http://apps.who.int/iris/handle/10665/258967searchresult=true&query=consolidated+guidelines+HIV+2017+revised+key&scope=%2F&rpp=10&sort_by=score&order=des”.

**A revogação dos atos constitutivos de direitos no âmbito de um
procedimento urbanístico com intervenção de entidades
terceiras**

André Marafona Cardoso

Sob orientação da Professora
Doutora Fernanda Paula Oliveira

Agradecimentos

Aos meus pais, Jorge e Fátima, por serem o motor no caminho em busca dos meus objetivos.

Aos meus irmãos, Catarina e João, por serem os companheiros da alegria de uma vida.

À restante família, por serem sempre um porto de abrigo.

Aos meus amigos que, dispensando individualizações, sabem quem são e o que significam.

À Senhora Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira, por todo o acompanhamento disponibilizado ao longo da realização da presente dissertação. Toda a sua dedicação, ajuda, preocupação e apoio foram para lá daquilo que se podia esperar e que me tornam num eterno devedor para com a sua pessoa.

Por fim, à Escola de Direito da Universidade do Minho, pelas bases jurídicas que me deu, e à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pela especialização e rigor que adicionou à minha formação académica.

Resumo

A realização de uma operação urbanística implica a existência de um título habilitativo que é o resultado de um procedimento administrativo com intervenção de entidades terceiras. Estas entidades pronunciam-se sob diversas formas, sendo a mais comum através da emissão de um parecer.

A pronúncia destas entidades esgota-se num determinado momento e faz-se no âmbito de uma relação jurídica distinta daquela que é estabelecida entre o órgão que pratica o ato e o requerente do mesmo.

Assim sendo, não será legalmente admissível a revogação de um ato preventivo de gestão urbanística por parte de uma entidade terceira que se pronunciou no âmbito do procedimento urbanístico que lhe deu forma.

Palavras-chave: procedimento urbanístico; atos de controlo prévio de gestão urbanística; parecer; revogação.

Abstract

Carrying out an urban planning operation implies the existence of an enabling title which is the result of an administrative procedure with the intervention of third parties. These entities pronounce themselves in different ways, the most common being the issuance of an opinion.

Said pronouncement ends at a given moment and is carried out within the scope of a legal relationship which is distinct from the one established between the body that performs the administrative act and the applicant.

Therefore, it is not legally admissible for a third party that has given its opinion in the context of an urban planning procedure to revoke a preventive urban management act that gave rise to it.

Keywords: urban planning procedure; pre-control urban management act; technical opinion; revocation.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AEDREL	Associação de Estudos de Direito Regional e Local
CCDR	Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CEDOUA	Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
Cfr.	Conferir
CPA	Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro (na sua versão atualmente em vigor)
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (na sua redação atualmente em vigor)
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976 (na sua versão atualmente em vigor)
LBPPSOTU	Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio
N.º	Número
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus Citatum</i> (Obra Citada)
p.	página
pp.	páginas
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio (na sua redação atualmente em vigor)
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro (na sua versão atualmente em vigor)
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (na sua versão atualmente em vigor)
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	6
2. O procedimento urbanístico como um procedimento administrativo complexo	6
3. Os diferentes atos de controlo prévio das operações urbanísticas	9
3.1 A licença	9
3.2 A autorização	11
4. Os atos administrativos de gestão urbanística de controlo prévio como atos constitutivos de direitos	12
5. A consulta às entidades externas ao município no procedimento urbanístico	15
5. 1 Ratio da consulta às entidades externas	15
5.2 Âmbito de aplicação	15
5.3 A figura dos pareceres	18
5. 3. 1 Natureza jurídica	18
5. 3. 2 Tipologia dos pareceres	19
5. 3. 3 Os pareceres no domínio do RJUE	21
6. A revogação dos atos constitutivos de direitos de gestão urbanística	23
6.1 Ratio, fundamentos e condicionalismos	23
6.2 Efeitos jurídicos da revogação	27
7. A revogação dos atos de gestão urbanística (válidos) constitutivos de direitos baseado num “passo atrás” de um parecer	29
8. A responsabilidade devida pela revogação de uma licença com fundamento na “revogação” de um parecer	33
9. Conclusões	35
10. Referências bibliográficas	36

1. Introdução

A realização de uma operação urbanística jamais está isenta de implicações várias. Isto justifica que as mesmas estejam legal e regularmente condicionadas a regras preventivas materializadas através de um procedimento urbanístico.

O procedimento urbanístico compreende a intervenção de entidades terceiras que se pronunciam através pareceres com o fim de garantir o zelo pelo interesse público.

Muito embora façamos uma abordagem dos vários atos de gestão urbanística, a nossa atenção focar-se-á nos possíveis efeitos que o “volte face” de um parecer já emitido pode ter numa licença.

A presente dissertação pretende indagar a viabilidade de, perante um ato urbanístico válido constitutivo de direitos, se pretender determinar a cessação dos seus efeitos em virtude da alteração do entendimento de uma entidade terceira, fundada na alteração objetiva das circunstâncias de facto ou na assunção de conhecimentos técnicos e científicos.

A indagação da ratio subjacente à necessidade das entidades terceiras se pronunciarem num procedimento urbanístico, os limites de pronúncia da mesma e a responsabilidade sobre quem recai o poder revogatório de um ato constitutivo de direitos de gestão urbanística serão questões abordadas e às quais tentaremos dar resposta à luz de uma boa e correta interpretação e aplicação do direito.

2. O procedimento urbanístico como um procedimento administrativo complexo

O ordenamento do território, enquanto política pública, deverá ser olhado de uma forma global, tendente a assegurar a melhor articulação, harmonia e equilíbrio entre as políticas setoriais, como são as atividades económicas, o ambiente, a saúde, a habitação ou o equilíbrio populacional entre as várias regiões do país. Este desiderato é assegurado pelo próprio processamento da atividade administrativa, o qual se consubstancia em procedimentos de gestão urbanística que garantem, como melhor se verá, a intervenção das entidades que tutelam os diferentes interesses públicos.

A concretização de uma dada operação urbanística, enquanto intervenção no solo tendente à concretização de uma finalidade não natural¹, pode colidir com aspetos caracterizadores do interesse público. Ora, é nesse sentido que cada operação urbanística está “sujeita a controlos preventivos por parte da Administração municipal”², fazendo

¹ Não são consideradas operações urbanísticas “as utilizações ou usos do solo para fins exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água, mas são-no as obras de urbanização e de edificação destinadas a esses fins, pelo que estão as mesmas sujeitas ao controlo prévio definido pelo RJUE” (Correia, 2010, p. 35).

² Oliveira, 2010, p. 148.

depende a sua validade da existência “de licença, comunicação prévia com prazo, (...) ou autorização de utilização”³. Conforme nos ensina Fernando Alves Correia⁴, “[é] no âmbito do controlo prévio das operações urbanísticas que se procuram harmonizar, no respeito das normas jurídicas urbanísticas, todos os interesses individuais, comunitários e sociais conexos com a ocupação, uso e transformação do solo”. Estes controlos preventivos, que culminam na emissão de um título habilitativo de realização de uma dada operação urbanística, fazem-se através de um procedimento urbanístico.

Seguindo-se a lógica subjacente à ideia de que “[a] Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”⁵, é necessário garantir-se que a emissão deste título se faça através de uma sequência juridicamente ordenada de atos e formalidades. É nisto que consiste o procedimento administrativo⁶ e que, nas palavras de Mário Aroso de Almeida⁷, permite “o esclarecimento e ponderação dos dados de facto e dos interesses que devem ser tidos em conta na tomada de decisões; (...) a coordenação da atuação e intervenção dos vários órgãos (e entidades) administrativas envolvidas; [e] proporcionar aos interessados a possibilidade de fazerem valer as suas razões”.

O procedimento administrativo não enquadra os atos que nele se relacionam “como elementos de um grande ato do qual fariam parte, mas, mais exatamente, como momentos ou etapas de um percurso ou caminho ordenado de forma racional, tendo em vista a prática de um ato desejado”⁸. Isto significa que cada ato, ou momento, que se forma ao longo da tramitação procedimental tem um fim imediato próprio, concorrendo apenas de forma mediata para a concretização do ato final desejado.

Um dos princípios basilares do procedimento administrativo é o princípio da adequação procedimental⁹, traduzindo-se no facto de a lei prever linhas gerais de atuação definindo as formalidades essenciais a ter em conta. O resto deverá ser, nas palavras de Freitas do Amaral¹⁰, “variável conforme os casos e as circunstâncias, competindo à Administração conduzir o procedimento, do princípio ao fim, pelas formas que julgar mais adequadas, dentro do respeito devido às regras constitucionais e legais”.

Apesar da lei não estabelecer um modelo pré-determinado em relação à tramitação da generalidade dos procedimentos administrativos, há um conjunto de procedimentos especiais aos quais esta ideia de flexibilidade jamais poderá ser considerada. Referimo-

³ Cfr. n.º 1 do artigo 4.º do RJUE.

⁴ Correia, 2010, p. 21.

⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 266.º da CRP.

⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 1.º do CPA.

⁷ Almeida, 2020, p. 145.

⁸ Oliveira & Dias, 2017, p. 219.

⁹ Cfr. artigo 56.º do CPA.

¹⁰ Amaral, 2017, p. 275.

nos, por exemplo, ao procedimento expropriativo¹¹, ao procedimento de formação dos contratos públicos¹², ao procedimento tendente à aplicação de uma sanção disciplinar a um trabalhador da Administração Pública (“processo disciplinar”)¹³ ou, com especial relevância para a temática aqui tratada, aos procedimentos urbanísticos.

Um procedimento urbanístico mais não é do que um procedimento administrativo especial¹⁴ e que encontra a tramitação devida no RJUE¹⁵.

Importa esclarecer que tomaremos como referência, na presente dissertação, o procedimento de licenciamento, e não já a comunicação prévia de operações urbanísticas, dada a especificidade destas. Esta última, nos termos do n.º 2 do artigo 34.º do RJUE, “consiste numa declaração que, desde que corretamente instruída, permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações urbanísticas após o pagamento das taxas devidas, dispensando a prática de quaisquer atos permissivos”. Daqui decorre que a comunicação prévia não se apresenta como um procedimento de controlo preventivo, ainda que nela também existam controlos administrativos, mas efetuados “a posteriori na ótica do previsto no artigo 58.º da Lei n.º 31/2014 e do disposto no n.º 1 do artigo 134.º do CPA”¹⁶.

O procedimento urbanístico, para além dos trâmites específicos regulados nas subsecções III e V da secção II do capítulo II do RJUE para a respetiva obtenção de licença e emissão de comunicação¹⁷, obedecem a uma tramitação comum. Esta passa por uma fase de iniciativa¹⁸ instruída com um termo de responsabilidade¹⁹, seguida de uma fase de saneamento e apreciação liminar²⁰, de publicidade do pedido²¹, de consulta às entidades externas²² e, eventualmente, de um pedido de informação prévia nos termos do artigo 14.º do RJUE.

O procedimento urbanístico é um procedimento administrativo especial, decisório e de iniciativa particular. Trata-se de um procedimento complexo do qual o título

¹¹ Cfr. Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro.

¹² Cfr. Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

¹³ Cfr. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

¹⁴ Procedimento que encontra a sua regulação em lei especial e não no CPA.

¹⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 8.º do RJUE.

¹⁶ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 358.

¹⁷ As especificações atinentes ao procedimento de autorização (artigos 28.º a 33.º do RJUE) foram revogadas pela Lei n.º 60/2007, de 04/09. Isto não quer dizer que se encontra extinto este procedimento. Conforme nos explica Fernanda Paula Oliveira (2010, p. 247) “[a] opção da lei a este propósito foi a de tratar o procedimento de autorização na parte em que regula, do ponto de vista substancial, a operação urbanística a ele submetida (a utilização de edifícios)”, ou seja, nos termos do disposto na subsecção IV, da secção III do RJUE. Acontece que, na ótica da Autora, “dada a inserção sistemática do procedimento de autorização do procedimento de autorização na parte referente à utilização de edifícios, a aplicação a este procedimento daquelas disposições gerais apenas é feita quando ocorra uma remissão expressa para as mesmas, como acontece no caso da necessidade de existência de um gestor do procedimento, como indicia o n.º 2 do artigo 64.º”.

¹⁸ Cfr. artigo 9.º do RJUE.

¹⁹ Cfr. artigo 10.º do RJUE.

²⁰ Cfr. artigo 11.º do RJUE.

²¹ Cfr. artigo 12.º do RJUE.

²² Cfr. artigos 13.º a 13.º-B do RJUE.

habilitativo para a operação urbanística é o resultado de uma tramitação especialmente pré-determinada e que chama à colação o contributo de vários órgãos e agentes administrativos. Não se olvida, contudo, que num procedimento urbanístico a atuação dos diferentes órgãos ou agentes que nele intervêm assumem posições distintas, atuando cada um desses órgãos ou agentes dentro das suas competências e reconhecendo que a prática do ato principal (por exemplo, a emissão de uma licença) não está numa relação de igualdade para com um ato secundário (por exemplo, a emissão de um parecer).

3. Os diferentes atos de controlo prévio das operações urbanísticas

Nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 65.º da CRP, cabe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais a definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento.

A promoção da execução dos programas e planos territoriais é, de acordo com o n.º 1 do artigo 54.º da LBPPSOTU, uma tarefa pública²³, cabendo àquelas entidades a sua programação e coordenação. No entanto, acrescenta o n.º 2 do referido preceito que “[o]s particulares têm o dever de concretizar e adequar as suas pretensões aos objetivos e prioridades definidos nos planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal e nos respetivos instrumentos de programação”.

A execução dos programas e planos territoriais faz-se sempre por intermédio de operações urbanísticas. Estas estão sujeitas a controlos administrativos tendentes a assegurar a conformidade das mesmas com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, bem como a prevenir os perigos ou danos que da sua realização possam resultar para a saúde pública e segurança das pessoas e bens²⁴.

Este controlo, feito através de um procedimento urbanístico complexo, culminará com a emissão de um ato administrativo – uma licença ou uma autorização administrativa.

3.1 A licença

A licença administrativa, nas palavras de Fernando Alves Correia²⁵, constitui “o acto de controlo prévio mais exigente e rigoroso das operações urbanísticas”, podendo ser definida “como um acto autorizativo, por meio do qual a Administração realiza um controlo prévio da actividade dos administrandos, traduzida, em geral, na realização de

²³ Cfr. alínea e) do artigo 9.º da CRP.

²⁴ Nas palavras de Fernanda Paula Oliveira e de Pedro Costa Gonçalves (Oliveira & Costa, 1999, p. 24), “pode definir-se o acto administrativo de gestão urbanística como uma decisão pela qual uma autoridade administrativa exerce um controlo sobre a legalidade ou a conveniência de uma operação urbanística a realizar ou já realizada”.

²⁵ Correia, 2010, p. 47.

transformações urbanísticas de solo, com vista a verificar se ela se ajusta, ou não, às exigências do interesse público urbanístico, tal como se encontra plasmado no ordenamento jurídico vigente”.

O procedimento urbanístico que concretiza a licença pode ser entendido como o procedimento regra (ou procedimento supletivo), tal como prevê a alínea j) do n.º 2 do artigo 4.º do RJUE.

O licenciamento urbanístico pode ser qualificável como um ato administrativo final e global, no sentido em que a entidade administrativa que o emite se pronuncia, de forma definitiva, sobre todos os aspetos jurídicos e técnicos que constam do projeto apresentado com o requerimento. Possui, no fundo, um “caráter federador”²⁶, pois acaba por se tornar numa síntese de todo o tipo de autorizações, aprovações e consultas a entidades externas exigidas por lei. Conforme nos ensina Fernanda Paula Oliveira²⁷, “[o] ato final do procedimento procede, assim, a uma federação (global) das várias decisões parcelares tomadas ao longo do procedimento, incorporando-as, não sendo consentido à administração municipal proceder livremente, nesse momento, ao reexame daquelas pronúncias”. Para além desta característica, a licença abstrai-se, por completo, da pessoa do requerente e assenta sobre um projeto certo e determinado. Neste sentido, o ato de licenciamento pode ser caracterizado como sendo objetivo e impessoal, configurando-se, portanto, num direito real administrativo^{28, 29}. Num reforço deste caráter real que caracteriza a licença urbanística está a clara irrelevância da substituição do requerente da licença ou do titular do alvará. Nestes casos, a lei apenas obriga a que a alteração subjetiva seja comunicada ao gestor do procedimento para que este proceda ao respetivo averbamento³⁰.

A tramitação procedimental que enforma a emissão de uma licença é dividida em três fases: fase preparatória, fase constitutiva e fase integrativa de eficácia.

A fase preparatória compreende “todos os actos que se destinam a criar uma situação relevante para o direito em cujo seio podem realizar-se os elementos constitutivos”³¹, compreendendo a iniciativa e apreciação liminar³², e a instrução do procedimento (que engloba os elementos que acompanham o próprio requerimento, como são as consultas públicas, os pareceres, autorizações ou aprovações das entidades externas ao município, da administração central, do setor empresarial do Estado e das

²⁶ Folque, 2007, p. 122; para mais desenvolvimentos cfr. Correia, 2010, pp. 209-213.

²⁷ Oliveira, 2019, p. 309.

²⁸ Neste sentido, Correia, 1993, p. 126.

²⁹ A licença é encarada sob uma perspetiva neutral em relação a quem a requer, ao contrário de outros atos administrativos, como é o ato de delegação, que tem como destinatário exclusivo a pessoa e não qualquer objeto.

³⁰ Cfr. n.º 10 do artigo 9.º do RJUE.

³¹ Sandulli, 1978, p. 154.

³² Cfr. artigos 9.º a 11.º do RJUE.

eventuais concessionárias que exercem poderes de autoridade sobre a localização da operação urbanística).

Segue-se a fase constitutiva do ato administrativo – o deferimento ou indeferimento do pedido de licenciamento – e que compreende a apreciação dos projetos de obras de edificação³³, a apreciação dos projetos de loteamento, de obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos³⁴, e a decisão final sobre o pedido de licenciamento³⁵.

Por fim, temos a fase integrativa de eficácia do procedimento de licenciamento e que se dá através da emissão de um “alvará”³⁶.

3.2 A autorização

A reforma do RJUE operada pela Lei n.º 60/2007, de 4/11, redelimitou o âmbito de aplicação dos procedimentos de controlo preventivo, em especial com a “quase extinção do procedimento de autorização”³⁷, que passou a ser exigida apenas para a utilização dos edifícios ou suas frações autónomas, bem como para as alterações da utilização dos mesmos³⁸.

Apesar desta quase extinção, a concessão de autorização obedece a uma tramitação procedimental tratada na subsecção IV da secção III do capítulo II do RJUE, ou seja, na mesma parte do diploma em que se regula a questão das operações urbanísticas – utilização ou alteração de utilização de edifícios ou suas frações – sujeitas a autorização³⁹. Dada esta construção legislativa, deve atender-se às regras gerais dos artigos 8.º a 13.º-B do RJUE quando para elas houver uma remissão expressa⁴⁰.

O requerimento que dá o mote para o pedido de autorização deve estar instruído nos termos do artigo 63.º do RJUE, sendo que a decisão do pedido se dará no prazo de 10 dias⁴¹ (exceto se tiver sido determinada a realização de vistoria por parte do presidente da Câmara Municipal, nos termos do n.º 2 do artigo 64.º do RJUE)⁴².

³³ Cfr. artigo 20.º do RJUE. É nos termos do n.º 1 do preceito que se dá a apreciação do projeto de arquitetura. Este configura-se como um verdadeiro ato constitutivo de direitos, pois, apesar de se configurar como um ato prévio e sem efeitos permissivos, pronuncia-se de um modo final e vinculativo para com a Administração sobre um conjunto de matérias. A verificação da conformidade do projeto de arquitetura com as matérias descritas no n.º 1 do normativo em apreço fica definitivamente decidida naquele momento, configurando-se, assim, como um ato constitutivo de direitos. Para mais desenvolvimentos, cfr. Oliveira, 1999, pp. 51-55; Acórdão do TCAS de 03.02.2017, Processo n.º 08426/12 (Helena Canelas).

³⁴ Cfr. artigo 21.º do RJUE.

³⁵ Cfr. artigo 23.º do RJUE.

³⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 74.º do RJUE.

³⁷ Oliveira, 1999, p. 226.

³⁸ Cfr. n.º 5 do artigo 4.º do RJUE.

³⁹ Situação que não se assemelha em nada com a previsão da tramitação procedimental para os restantes atos urbanísticos.

⁴⁰ Cfr. Oliveira, 1999, p. 247.

⁴¹ Cfr. n.º 1 do artigo 64.º do RJUE.

⁴² Aqui, o silêncio da Administração significa um deferimento tácito à luz do disposto na alínea c) do artigo 111.º do RJUE.

A autorização de utilização destina-se, no fundo, a atestar que o edifício (ou fração autónoma) está apto para os usos que se lhe pretendem dar.

O legislador distingue a função da autorização consoante a obra do edifício ou fração autónoma tenha, ou não, sido sujeita a um controlo prévio⁴³. Isto poderá significar, numa leitura superficial do preceito, que as operações urbanísticas sujeitas a mera comunicação prévia⁴⁴ são reconduzíveis à previsão do n.º 2 do artigo 62.º do RJUE. Acontece que esta interpretação – cingida ao elemento literal da norma – alheia-se “dos elementos lógicos com os quais se tenta determinar o espírito da lei, a sua racionalidade ou a sua lógica”⁴⁵. Neste sentido, Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves e Dulce Lopes⁴⁶ entendem que “para que a norma faça sentido e para que não se confundam as obras (...) com a autorização de utilização, que é o procedimento de controlo de utilização do edifício, que não pode ser no âmbito deste procedimento que se avalie, de forma inovadora, se o projeto apresentado cumpre as normas aplicáveis, incluindo as referentes ao uso”. Assim, sustentam as autoras que, “embora tal não resulte de forma clara do n.º 1 do artigo em comentário, nele devem ser incluídas não apenas as obras de edificação sujeitas a licenciamento, mas também aquelas que tenham estado sujeitas a comunicação prévia, que não tendo sido sujeitas a um procedimento de controlo prévio (...), têm sempre de ter sido objeto de um controlo sucessivo destinado a ‘inviabilizar a execução’ da obra”. Partilhamos deste entendimento, uma vez que só subsumindo as obras de edificação que tenham estado sujeitas a comunicação prévia ao n.º 1 do artigo 62.º do RJUE é que se conseguirá verificar a conformidade, por exemplo, das obras realizadas com o projeto de arquitetura entregue à Câmara Municipal (projeto que tem de estar em consonância com as regras relativas ao uso). O n.º 2 do artigo 62.º do RJUE fica apenas reservado para as situações de obras isentas de controlo preventivo⁴⁷.

4. Os atos administrativos de gestão urbanística de controlo prévio como atos constitutivos de direitos

Apresentadas que foram as linhas gerais dos diferentes atos de controlo prévio das operações urbanísticas, cumpre-nos fazer um breve apontamento sobre a consideração destes como atos constitutivos de direitos.

⁴³ Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 62.º do RJUE.

⁴⁴ Recorde-se que, por força das alterações trazidas pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, a comunicação prévia não corresponde a um procedimento de controlo preventivo de operações urbanísticas, mas a uma verdadeira isenção.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do STA de 29.11.2011, no âmbito do Processo n.º 0701/10 (Pires Esteves).

⁴⁶ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 473.

⁴⁷ Cfr. artigos 6.º, 6.º-A e 7.º do RJUE.

Ensina-nos Vieira de Andrade⁴⁸ que os atos constitutivos de direitos são aqueles “que visam constituir posições jurídicas subjetivas favoráveis na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros”. A definição legal, inscrita no n.º 3 do artigo 167.º do CPA para efeitos da revogação e anulação administrativas, parece ter ido um pouco mais longe ao considerar como “constitutivos de direitos os atos administrativos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ónus, encargos ou sujeições”. Esta atribuição ou reconhecimento de situações jurídicas de vantagem abrange um amplo leque de situações, que vão desde os casos em que a Administração entende estarem verificados os pressupostos necessários para o exercício de um direito pré-existente ou para a remoção dos entraves a esse exercício, aos casos em que a situação jurídica do particular, decorrente do ato administrativo, se torna ativa⁴⁹.

A qualificação do ato como “constitutivo de direitos”⁵⁰ está intrinsecamente ligada ao princípio da proteção da confiança, decorrência do princípio da segurança jurídica imanente do princípio do Estado de Direito Democrático^{51, 52}. Ou seja, os cidadãos, na sequência da prática de uma decisão da Administração e que se configura como constitutiva de direitos, têm o direito de confiar nela e nos efeitos jurídicos que, consequentemente, se produzirão.

Os atos de gestão urbanística a que estão sujeitas as operações mais não são do que atos constitutivos de direitos. Ou seja, estes atos urbanísticos com natureza de decisões detêm efeitos permissivos, decidindo de forma vinculativa sobre a conformidade de que depende a sua prática.

Olhemos, de forma particular, para a figura da licença que, *mutatis mutandis*, poderá ser replicada nos outros atos de gestão urbanística. Das características que lhe subjazem destacam-se a sua singularidade, o seu carácter vinculativo e a sua autonomia. A licença urbanística é singular “porque incide apenas sobre uma dada operação urbanística (uma licença por operação)”⁵³ e é vinculativa e devida porque a sua prática está adstrita ao cumprimento do princípio da tipicidade. A licença “apenas pode deixar

⁴⁸ Andrade, 2013, p. 161.

⁴⁹ Isto não significa que na esfera jurídica do particular se crie, necessariamente, um direito, mas apenas que se crie uma situação jurídica ativa que lhe permita participar, de forma estável, no tráfego jurídico, designadamente na assunção de encargos ou compromissos e na celebração de contratos.

⁵⁰ Qualificação esta que, nas palavras de Mário Aroso de Almeida (2020, p. 412) “se faz a montante do momento da prática de cada ato concreto, por referência aos termos em que o ato é, em abstrato, regulado pela lei, do qual resulta a sua caracterização tipológica abstrata”.

⁵¹ Cfr. artigo 2.º da CRP.

⁵² Cfr. Acórdão do TC n.º 303/90, de 26 de dezembro, no qual, a propósito do princípio do Estado de Direito Democrático, entende que “[n]este princípio está, entre o mais, postulada uma ideia de protecção de confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”.

⁵³ Sousa, 2010, p. 181.

de ser concedida quando a pretensão afrontar um dos fundamentos expressamente previstos na lei, sendo o indeferimento obrigatório nestes casos”^{54, 55}. Sendo a licença concedida, esta cria uma situação jurídica nova que investe o requerente da mesma do poder de realizar a operação urbanística. Não se poderá olvidar que “o direito de construir não ‘vive de vita propria’, já que (pelo menos) o seu exercício depende de um acto administrativo”⁵⁶. Pensemos na hipótese da emissão de uma licença de construção a um particular por parte da Câmara Municipal. Este ato confirma o preenchimento de todos os pressupostos necessários para a construção, conferindo ao particular o título necessário para a prossecução dos investimentos precisos e/ou para o início da construção. Isto significa que o agora titular da licença tem o direito de confiar na manutenção do ato, “[n]ão pode[ndo] a Câmara vir agora dar o dito por não dito, revogar a licença e impedir o interessado de concluir a construção que vai a meio ou proibi-lo de habitar a edificação já completada. Essa possibilidade, multiplicada ad infinitum, geraria o caos e impossibilitaria o desenvolvimento normal da vida económica e social”⁵⁷. Ao particular deve ser reconhecido uma expectativa legítima aquando da criação, pelo ato de gestão urbanística, de uma situação jurídica nova. Por fim, importa considerar a autonomia que caracteriza uma licença e que se traduz no facto de, ao incidir sobre uma dada operação urbanística, fá-lo na exclusiva observância de normas urbanísticas⁵⁸.

Ora, esta situação jurídica nova⁵⁹ criada à luz de normas do Direito do Urbanismo torna os atos de gestão urbanística como atos constitutivos de direitos⁶⁰.

⁵⁴ Sousa, 2010, p. 181.

⁵⁵ Quanto ao carácter vinculado da licença e às problemáticas que surgem da margem discricionária reconhecida à Administração na apreciação dos projetos de licenciamento por recurso a conceitos abertos ou indeterminados, cfr. Oliveira, Neves & Lopes, 2021, pp. 326 e 327.

⁵⁶ Oliveira & Costa, 1999, p. 29.

⁵⁷ Amaral, 2017, p. 389.

⁵⁸ Cfr. Parecer da CCDR-Centro n.º 176/2005, de 7 de outubro (Elisabete Maria Viegas Frutuoso), quando se refere que “na apreciação da legalidade urbanística de um processo de licenciamento ou de autorização deve a Administração apenas verificar do cumprimento de normas de direito público-administrativo, isto é, de normas urbanísticas, o que significa, a contrario, que não devem ser tidas em conta quaisquer normas de direito privado, ainda que respeitantes à construção, como é o caso de normas constantes do Código Civil”. Ou seja, a licença não é o ato próprio para verificar qualquer questão atinente às situações jurídico-privadas. Isso deve caber aos Tribunais.

⁵⁹ A licença criadora de uma situação jurídica nova, embora contenha momentos verificativos por parte da Administração sobre a conformidade da pretensão com o poder urbanístico, não faz dela, conforme nos ensinam Fernanda Paula Oliveira e Pedro Costa Gonçalves (Oliveira & Costa, 1999, p. 30), “uma verificação constitutiva, dada a natureza discricionária da competência implicada”.

⁶⁰ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 555, apontam, de forma expressa, que “[n]ão obstante a falta de uniformidade da doutrina quanto ao conceito de ato administrativo constitutivo de direitos, não oferece dúvida de que a licença e a autorização de utilização (mas já não a comunicação prévia) são atos administrativos constitutivos de direitos”.

5. A consulta às entidades externas ao município no procedimento urbanístico

5.1 Ratio da consulta às entidades externas

Um dos trâmites a ser tomado em consideração aquando de uma operação urbanística é a consulta às entidades externas.

A consulta às entidades externas está compreendida na fase da instrução⁶¹ do procedimento urbanístico e materializa-se com a emissão de pareceres, autorizações e aprovações que devem ser tomados em consideração para a realização de uma dada operação urbanística. Ou seja, têm por finalidade tutelar os vários interesses públicos diferenciados⁶² quando, no âmbito de um procedimento de controlo preventivo, não tenha havido qualquer tipo de ponderação desses mesmos interesses em sede de planeamento urbanístico ou quando um plano não esteja suficientemente densificado ou, inclusive, inexista mesmo qualquer plano na zona onde se pretende realizar a operação urbanística⁶³.

5.2 Âmbito de aplicação

À exceção do procedimento de autorização⁶⁴ e, de certa forma, das comunicações prévias (em que são os próprios interessados a ter de consultar direta e previamente as entidades que se devem pronunciar⁶⁵), é no domínio do desencadeamento de uma operação urbanística sujeita a licenciamento que os artigos 13.º a 13.º-A do RJUE assumem particular interesse.

O artigo 13.º do RJUE, enquanto normativo geral relativamente a esta matéria, contém as disposições gerais aplicáveis a toda e qualquer consulta externa que deva ter lugar. Assim, o normativo contém regulamentação atinente a diversos aspetos, como

⁶¹ “Instrução” esta que, nas palavras de Rogério Soares (1978, pp. 158 e 159), envolvem “um conjunto de diligências destinadas, primeiro, a pôr diante do agente um esquema articulado dos vários interesses que constituem uma dada situação de interesse público e, depois, facilitar a avaliação do peso relativo deles, de modo a apontar para uma sua hierarquização”. Ou seja, conforme nos ensina Mário Aroso de Almeida (2020, p. 175), é nesta fase que se reúnem “os elementos aptos a fundamentar a decisão” em que “são realizadas as diligências e praticados os atos jurídicos necessários para identificar e avaliar os dados de facto e de direito e [em que se ponderam] os interesses envolvidos”. Digamos que só desta forma é que a entidade administrativa está em condições de conseguir almejar a melhor decisão para a prossecução do interesse público.

⁶² Interesses públicos estes que, idealmente e à luz do n.º 1 do artigo 8.º do RJIGT, deveriam ter já sido ponderados aquando da elaboração dos planos e dos programas de ordenamento do território, bastando-se, no momento da realização de uma operação urbanística, uma mera subsunção do pedido aos interesses já ponderados.

⁶³ Situação que justifica, por exemplo, a sujeição do licenciamento de operação de loteamento em área não abrangida por qualquer plano a parecer prévio favorável da CCDR, nos termos do n.º 1 do artigo 42.º do RJUE.

⁶⁴ Conforme resulta do próprio preâmbulo do RJUE, “[o] procedimento de autorização caracteriza-se pela dispensa de consulta a entidades estranhas ao município”.

⁶⁵ Cfr. n.º 2 do artigo 13.º-B do RJUE.

sejam o prazo pela qual as entidades externas se devam pronunciar, o efeito dos pareceres e do “silêncio” das entidades que deveriam emitir pronúncia, a possibilidade de dispensa de apresentação destas consultas e o caráter vinculativo, ou não, dos pareceres. Ou seja, “contém dispositivos aplicáveis às consultas externas quer sejam solicitadas no âmbito do próprio artigo 13.º, quer sejam solicitadas no âmbito do artigo 13.º-A ou 13.º-B, incluindo as promovidas no âmbito da comunicação prévia”⁶⁶, devendo todos estes preceitos ser interpretados conjuntamente⁶⁷.

Quando está em causa a localização subjacente ao projeto de arquitetura, e apenas no domínio de um procedimento de licenciamento, a consulta às entidades externas faz-se, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º-A do RJUE, “através de uma única entidade coordenadora, a CCDR territorialmente competente”. Cláudio Monteiro questiona, a propósito do âmbito de aplicação da norma, que entidades é que cabem na previsão da norma. No entender do autor, “[é] questionável, por exemplo, que nesse conceito se integrem todas as entidades encarregues da defesa de servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública, já que nem sempre o interesse público que lhes está subjacente se define por referência à localização da operação urbanística, podendo também atender ao seu tipo e natureza, ou à finalidade das suas construções”⁶⁸. Quanto a nós, parece-nos que a inquietação exposta faz todo o sentido, devendo apenas pronunciar-se as entidades cujas competências e atribuições justifiquem a sua intervenção, tal como consta no n.º 4 do artigo 13.º do RJUE. Apesar de tudo isto, cabe sempre, e em primeiro lugar, ao gestor do procedimento comunicar à CCDR quais as entidades que esta deve consultar, uma vez que estamos sempre a falar de um procedimento municipal⁶⁹. No entanto, também cabe à CCDR territorialmente competente a identificação (ou, pelo menos, a confirmação) das entidades que nos termos da lei devam emitir parecer, aprovação ou autorização de localização⁷⁰. Há, portanto, como que uma divisão de responsabilidades⁷¹ entre a câmara municipal e a CCDR no que toca à consulta a entidades externas. Entendemos, porém, que o

⁶⁶ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 248.

⁶⁷ Cfr. Parecer da CCDR-Centro n.º DSAJAL 128/09, de 29 de julho (Maria José Castanheira Neves), no qual se dispõe que “[o]s artigos 13.º, 13.º-A e 13.º-B regulam, como já referimos, as consultas externas e devem ser interpretados conjuntamente”.

⁶⁸ Monteiro, 2008, p. 7.

⁶⁹ Cfr. n.º 3 do artigo 13.º do RJUE.

⁷⁰ Cfr. n.º 2 do artigo 13.º-A do RJUE.

⁷¹ Responsabilidade esta que pode ser importante aferir no domínio, por exemplo, da validade de um ato de licenciamento por verificação de um vício procedimental, uma vez que nos termos da alínea c) do artigo 68.º do RJUE, as licenças são nulas, sem possibilidade de se considerar um eventual deferimento tácito no silêncio da Administração quando “[n]ão tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis”. As consultas têm de ser obrigatoriamente solicitadas, mesmo que depois a entidade que deva emitir pronúncia não a emita. Veja-se, a este propósito, o Acórdão do TCAS de 18.10.2012, no âmbito do Processo n.º 02796/07 (Teresa de Sousa), no qual se decidiu que “a falta desta consulta acarreta a nulidade do acto em causa, atento o disposto no art. 68.º, al. c) do RJUE, não podendo haver deferimento tácito quando esteja em causa um acto nulo, dado que este ‘sempre seria insuscetível de projetar qualquer efeito na esfera jurídica do administrado’”.

comportamento da CCDD na identificação (ou confirmação) das entidades que devem ser consultadas apenas deve importar para efeitos de responsabilização em função dos dados de que esta Comissão dispõe quando o processo lhe é remetido⁷².

Por fim, muito embora a consulta às entidades externas se faça maioritariamente num sistema de “guichet único” – em que o administrando se relaciona com uma única entidade (regra geral, o Município)⁷³ –, importa referir que esta consulta pode ser sempre feita, de forma prévia, pelo próprio interessado nos termos do artigo 13.º-B do RJUE. Caso isto aconteça, o município não terá de proceder a nova consulta, “desde que, até à data da apresentação de tal pedido ou comunicação na câmara municipal, não haja decorrido mais de dois anos desde a emissão de pareceres, autorizações ou aprovações ou desde que, caso tenha sido esgotado este prazo, não se tenham verificado alterações dos pressupostos de facto ou de direito em que os mesmos se basearam”⁷⁴. Muito embora isto se afigure como uma faculdade para o interessado no âmbito de um procedimento de licenciamento, quando estamos perante um procedimento de comunicação prévia, a consulta prévia é já uma obrigação, conforme se dispõe no n.º 2 do artigo 13.º-B do RJUE.

Um dos aspetos mais relevantes a ter em conta no âmbito da consulta a entidades externas é que estas apenas se podem pronunciar no âmbito das suas atribuições e competências, nos termos do n.º 4 do artigo 13.º do RJUE. Vigora aqui o princípio da especialidade, do qual resulta que, na prática, e acolhendo os ensinamentos de Freitas do Amaral⁷⁵, “qualquer órgão da Administração, ao agir, conhece e encontra pela frente uma dupla limitação: pois, por um lado, está limitado pela sua própria competência – não podendo, nomeadamente, invadir a esfera de competência dos outros órgãos da mesma pessoa coletiva –; e, por outro lado, está também limitado pelas atribuições da pessoa coletiva em cujo nome atua – não podendo, designadamente, praticar quaisquer atos [acrescentaríamos nós, se pronunciar sobre quaisquer questões] sobre matéria estranha às atribuições da pessoa coletiva a que pertence”.

⁷² Esta é também a posição defendida por Fernanda Paula Oliveira (2013, p. 24).

⁷³ Criticando a falta de concordância entre a prática e finalidade deste sistema, veja-se o entendimento de Cláudio Monteiro (2008, p. 3) quando afirma que “[a] experiência revela, contudo, que o ‘guichet único’ não diminui, e até aumenta, a burocracia, não sendo um sistema feliz em todas as circunstâncias. Além de criar um circuito burocrático de circulação de informação entre entidades públicas – um vai e vem constante de ofícios e processos que consome mais tempo do que o necessário à apreciação dos projetos – o ‘guichet único’ dificulta a comunicação entre o particular e a Administração, já que raramente o seu interlocutor é o titular do interesse que condiciona a decisão”.

⁷⁴ Cfr. 2.ª parte do n.º 1 do artigo 13.º-B do RJUE.

⁷⁵ Amaral, 2016, p. 640.

5.3 A figura dos pareceres

Natureza jurídica

O modo de atuação da Administração faz-se, em grande medida, por via de dois tipos de atos administrativos⁷⁶: os atos primários e os atos secundários. Os primeiros são “aqueles que versam pela primeira vez sobre uma determinada situação de vida”⁷⁷, ao passo que os segundos “são aqueles que versam sobre um ato primário anteriormente praticado: têm por objeto um ato primário preexistente, ou então versam sobre uma situação que já tenha sido regulada através de um ato primário”⁷⁸. Em todo o caso, quer estejamos perante um ato administrativo primário, quer estejamos perante um ato administrativo secundário, ambos revestem um caráter decisório e produzem efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta⁷⁹.

Acontece que em torno destes atos administrativos gravitam uma série de atos jurídicos instrumentais que concorrem para alcançar o melhor conteúdo decisório do ato do ponto de vista do interesse público. Estes atos instrumentais, apesar de jurídicos e concretos, não se incluem no conceito de ato administrativo por não se traduzirem em decisões capazes de produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta⁸⁰.

Os atos instrumentais podem traduzir-se, por um lado, em simples declarações na qual um órgão ou agente público exprime, de forma oficial, o seu conhecimento relativo a certos factos e, por outro, revestir a modalidade de atos opinativos, em que o órgão emite o seu ponto de vista sobre uma determinada questão jurídica ou técnica suportando-se em fundamentação bastante. É precisamente neste tipo de atos jurídicos que se encaixam os “pareceres”, os quais não podem ser considerados atos administrativos por não serem capazes de produzir efeitos jurídicos externos. Conforme nos explica, e bem, Pedro Costa Gonçalves⁸¹, “[e]nquanto actos jurídicos que têm subjacente um juízo valorativo de uma dada realidade, os pareceres são habitualmente incluídos pela doutrina no domínio das diligências procedimentais de feição instrutória e consultiva, a que falta autonomia (funcional) para, sem mediatização de um outro acto jurídico (acto final do procedimento), produzirem efeitos jurídicos numa esfera externa ao órgão emitente”.

Os “pareceres” podem, no fundo, ser entendidos como “a apreciação de caráter jurídico ou relativo à conveniência administrativa ou técnica, emitida por um órgão

⁷⁶ Para além da atuação administrativa via regulamento e/ou contrato administrativo.

⁷⁷ Amaral, 2017, p. 231.

⁷⁸ Amaral, 2017, pp. 231 e 232.

⁷⁹ Cfr. o conceito de “ato administrativo” previsto no artigo 148.º do CPA.

⁸⁰ Contra esta conclusão rígida e assertiva, cfr. a posição defendida por Mário Aroso de Almeida (2020, pp. 258-260).

⁸¹ Gonçalves, 1996a, p. 3.

consultivo, a propósito de um ato em preparação ou de realização eventual”⁸². Ou seja, é ter-se em consideração as opiniões emitidas por peritos especializados em determinadas áreas ou por um determinado órgão colegial de natureza consultiva, sem nunca estarmos perante um verdadeiro ato administrativo que produz efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta⁸³.

Tipologia dos pareceres

Os pareceres, enquanto atos jurídicos opinativos e instrumentais à prática de um ato administrativo, podem ser agrupados, no nosso entender, em três grandes classificações: internos ou externos, obrigatórios ou facultativos e vinculativos ou não vinculativos.

Os pareceres internos são aqueles que são enunciados por um órgão que pertence à mesma pessoa coletiva do órgão com competência para praticar o ato administrativo. Já um parecer externo é emitido por um órgão pertencente a uma pessoa coletiva distinta do órgão competente para a prática do ato devido.

Ao contrário dos tipos de pareceres referidos anteriormente, o carácter obrigatório/facultativo e vinculativo/ não vinculativo consta da própria lei. De acordo com o n.º 1 do artigo 91.º do CPA, “[o]s pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por lei, e são vinculativos ou não vinculativos, conforme as respetivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão”. Por outras palavras, se a lei estipula que a solicitação ou emissão de um parecer é uma formalidade do procedimento em causa, então este parecer é obrigatório. Já se a lei deixar a solicitação de um parecer na margem discricionária da administração, este é facultativo. Quando a lei determina que a decisão final do procedimento deve ser conforme ao conteúdo do parecer emitido, isto significa que este é vinculativo, não podendo o órgão competente para a prática do ato fazer as devidas ponderações e agir conforme o seu entendimento. Porém, se houver margem para o órgão decidir, para ele próprio, acolher ou não o conteúdo do parecer, este é não vinculativo.

A regra geral, constante no n.º 2 do artigo 91.º do CPA, é que os pareceres são obrigatórios e não vinculativos, desde que legalmente previstos e não haja disposição que estipule em sentido contrário.

Particular destaque merece ser dado à natureza jurídica dos pareceres vinculantes. Os pareceres não são atos administrativos, mas, quando revestidos de um carácter

⁸² Soares, 1978, p. 136.

⁸³ Mário Aroso de Almeida (2020, p. 263), muito embora não defenda a relegação total dos atos instrumentais para fora do conceito de ato administrativo, reconhece que os pareceres, “em princípio, não são atos administrativos, na medida em que não possuem conteúdo decisório, mas apenas contêm avaliações, que podem concluir com uma proposta de decisão, pela qual se pronunciam, em termos opinativos, sobre o sentido em que o órgão competente deve decidir”.

vinculativo, fixam um sentido ao qual o órgão competente para a prática do ato não pode “fugir”. Isto “coloca[m] à dogmática (e à prática) administrativa questões tão importantes como as de saber se devem ainda ser incluídos na categoria dos pareceres, se se referem a uma atividade consultiva ou se são atos administrativos”⁸⁴.

Quanto a este aspeto, Freitas do Amaral⁸⁵ entende que – baseando a sua análise nos casos em que o parecer é negativo – “quando as conclusões do parecer têm necessariamente de ser seguidas pelo órgão competente para decidir, na realidade a entidade que emite o parecer também decide”, defendendo que “esta é que será a verdadeira decisão: a decisão da segunda entidade é apenas uma formalização de algo que já estava pré-determinado no parecer”. Na ótica do autor, “do que se trata é de o ato administrativo ter dois autores”. Ou seja, digamos que, segundo esta posição, poderemos dizer que o ato final do procedimento é praticado em coautoria, uma vez que este é o resultado da combinação de duas declarações, emanadas por órgãos diferentes, mas que vão num mesmo sentido. Afasta-se, por isso, a conceção da função consultiva dos pareceres, para estes passarem agora a desempenhar uma função de administração ativa.

Também deslocando totalmente os pareceres vinculantes da sua função consultiva, Vasco Pereira da Silva⁸⁶ defende que estes, considerados como verdadeiros atos jurídicos, poderão ser imediatamente recorríveis, “sem prejuízo da possibilidade de recurso da decisão final tomada com base neles”. O autor parece colocar a tónica num critério de “lesividade”, no sentido em que, por fixar um certo sentido decisório, a posição jurídica do administrando fica logo decidida e, por isso, suscetível de impugnação imediata.

Ou seja, ambas as posições concordam com um aspeto: os pareceres vinculantes não têm uma função consultiva. Partilhamos do mesmo entendimento, uma vez que, muito embora o parecer seja um juízo crítico, avaliativo e que expressa a opinião do quem o emite, a decisão final do procedimento terá de lhe ser consequente.

Apesar de tudo isto, entendemos que a natureza jurídica do parecer vinculante não poderá ser reconduzida à de um ato administrativo. Mesmo reconhecendo-se que um parecer vinculante define a situação jurídica do particular, não se poderá olvidar que a decisão operativa de um procedimento se dá no âmbito de uma relação entre a Administração e o particular, enquanto o parecer surge no âmbito de uma outra relação: a relação entre dois órgãos administrativos. O parecer esgota-se nesta mesma relação. Contra esta tese, admitimos que possam surgir posições que configurem o parecer vinculante como ato administrativo por este se poder comportar como um ato prejudicial

⁸⁴ Gonçalves, 1996a, p. 3

⁸⁵ Amaral, 2017, pp. 251 e 252.

⁸⁶ Silva, 1996, p. 705.

e a lei admitir mesmo a sua impugnação⁸⁷. No entanto, esta posição é falível, uma vez que não responde à hipótese de a vinculatividade do parecer não trazer qualquer efeito prejudicial ao administrando, sendo a impugnabilidade do parecer totalmente irrelevante, “já que tal possibilidade não altera a respetiva natureza jurídica, por não implicar qualquer compromisso do legislador nesta matéria, devendo antes ser entendida como uma faculdade de intervenção procedimental do particular, que, assim, passa a evitar a prática de um ato lesivo externo”⁸⁸.

Os pareceres no domínio do RJUE

De acordo com o n.º 2 do artigo 91.º do CPA, “os pareceres legalmente previstos consideram-se obrigatórios e não vinculativos”. Ora, podemos dizer que regra equivalente vigora no âmbito de um procedimento urbanístico, em que os pareceres das entidades exteriores ao município, segundo o disposto no n.º 7 do artigo 13.º do RJUE, “só têm carácter vinculativo quando tal resulte da lei, desde que se fundamentem em condicionamentos legais ou regulamentares e sejam recebidos dentro do prazo previsto no n.º 5”, ou seja, dentro do prazo de 20 dias a contar do momento em que os processos lhes foram disponibilizados.

Sendo obrigatórios, os pareceres têm sempre de ser solicitados pelo gestor do procedimento (em nome do município), pela CCDD ou pelos próprios interessados. No entanto, a Administração apenas está vinculada ao seu conteúdo quando isso resulta da lei e dele decorra, regra geral, um conteúdo negativo. Ou seja, em matéria de gestão urbanística, mesmo que os pareceres estejam revestidos de carácter vinculativo, estes “apenas o são quando emitidos num determinado sentido (por regra em sentido negativo), correspondendo àquilo que a doutrina designa de pareceres conformes”⁸⁹. Daí só ser obrigatório, por exemplo, o indeferimento do pedido de licenciamento quando este tiver sido objeto de parecer negativo ou recusa de aprovação ou autorização de qualquer entidade consultada nos termos do RJUE cuja decisão seja vinculativa para os órgãos municipais⁹⁰, sob pena de nulidade do ato^{91, 92}. Não nos parece, assim, fazer sentido que,

⁸⁷ Cfr. Artigo 51.º do CPTA.

⁸⁸ Gonçalves, 1996a, p. 10.

⁸⁹ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 250.

⁹⁰ Cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do RJUE.

⁹¹ Cfr. alínea c) do artigo 68.º do RJUE.

⁹² Veja-se o decidido no Acórdão do TCAN de 19.06.2020, no âmbito do Processo n.º 00718/11.2BECBR (Helena Canelas): “2.8 Se a lei impõe a consulta de entidades externas e confere carácter vinculativo aos pareceres emitidos, ferindo de nulidade os atos que não estejam em conformidade com esses pareceres, o órgão da entidade decisora não pode deixar de observar e acatar a análise e avaliação que a entidade externa consultada emitiu. 2.9 Assim, fora dos casos em que se esteja perante nulidade do próprio parecer emitido por entidade terceira, na medida em que esta pode ser declarada a todo o tempo não só por qualquer tribunal, mas também por qualquer órgão administrativo (cfr. artigo 134.º n.º 2 do CPA/91), está vedado ao órgão da entidade decisora o exercício de um controlo (externo) de legalidade da análise e avaliação consubstanciada no parecer obrigatório e vinculativo emitido por entidade terceira. (...) 2.11 Assim, sendo vinculativo e tendo sido desfavorável à pretensão do interessado, tal como tinha sido formulada e se apresentava para

quando um parecer seja favorável, ele tenha de ser seguido, *ipsis verbis*, pelo órgão decisório, sob pena de violação dos seus poderes de valoração própria.

O n.º 7 do artigo 13.º do RJUE prevê três condicionalismos para que um parecer tenha carácter vinculativo. O primeiro é que haja previsão legal que configure o parecer como tal. Não havendo, o parecer será sempre qualificado como não vinculativo. Depois, existe a necessidade de o parecer se fundamentar em condicionamentos legais ou regulamentares. Isto significa que a mera norma que habilita a entidade consultada a emitir parecer vinculativo não será suficiente. Mais importante é que a pronúncia vertida no parecer caiba dentro das competências legais ou regulamentares atribuídas a essa mesma entidade, sob pena de o parecer poder ser qualificado como não vinculativo⁹³. Por fim, importa atender ao requisito temporal que exige que o parecer solicitado seja rececionado no prazo de 20 dias⁹⁴.

Quando um parecer é vinculativo, a indagação em torno da sua qualificação como ato preparatório ou ato administrativo coloca-se no seio da dogmática jurídico-administrativa, como vimos. No domínio de um procedimento de licenciamento, não defendemos que o parecer emitido e com a obrigação de ser seguido no procedimento deva ser considerado um ato administrativo. A relação jurídica entre o município e o requerente tem como resultado a licença, ou seja, o ato administrativo. O parecer surge de uma relação jurídica distinta. No entanto, isto não impossibilita o facto de estes pareceres poderem ser impugnados administrativamente⁹⁵ e, por maioria de razão, contenciosamente⁹⁶.

Não sendo o parecer vinculativo, cabe ao município seguir, ou não, as conclusões nele constante. Não as seguindo (diga-se, legitimamente) deve fundamentar a decisão final que decidiu em contrário do parecer, atento o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA.

Por fim, uma nota merece ser dada a propósito da realidade destes no domínio da autorização. Quando a autorização de utilização de um edifício ou o pedido de alteração da utilização do mesmo incide sobre uma realidade em que não se tenham realizado obras ou, tendo havido, estas não estavam sujeitas a licença nem a comunicação prévia, as entidades externas ao município devem ter a oportunidade de se pronunciarem. Na

apreciação, a Câmara Municipal, entidade competente para a prática do ato de licenciamento, não podia em princípio, deixar de acatar o sentido do parecer. Significando que não poderia deferir a pretensão do interessado contra esse parecer, porque vinculativo e desfavorável”.

⁹³ Cfr. n.º 4 do artigo 13.º do RJUE.

⁹⁴ O momento para a qual se começa a contar o prazo para a emissão dos pareceres dá-se aquando do pedido formulado ou, em situações especiais, a partir do pagamento das devidas taxas para a sua emissão, como, por exemplo, são pareceres solicitados à CCDR no âmbito de competências próprias em que “[o] pagamento do valor único ou do valor base das taxas devidas pelos actos e serviços das CCDR constitui condição para o início da contagem do prazo para a emissão da declaração, autorização, parecer ou informação solicitada” (cfr. n.º 4 do artigo 6.º da Portaria n.º 314/2010, de 14 de junho).

⁹⁵ Cfr. artigo 114.º do RJUE.

⁹⁶ Cfr. Oliveira, Neves & Lopes, 2021, p. 252.

inexistência de uma pronúncia destas entidades aquando da realização da obra – porque tal pode não ter sido devido –, os pareceres destas devem ser pedidos pelo próprio interessado, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º-B do RJUE. A responsabilidade de entrega de tais pareceres cai, portanto, no interessado, não se olvidando que, sendo a questão tratada no âmbito de uma autorização de utilização (portanto, relativas ao uso), nunca a CCDR será chamada a intervir nos termos do artigo 13.º-A do RJUE uma vez que o âmbito de aplicação deste último preceito só opera em razão da localização.

6. A revogação dos atos constitutivos de direitos de gestão urbanística

6.1 Ratio, fundamentos e condicionalismos

A extinção dos efeitos jurídicos do ato administrativo pode dar-se de diversas formas. Uma dessas formas de extinção, apenas para futuro (com as exceções previstas na 2.ª parte do n.º 1 do artigo 171.º do CPA), ou destruindo os efeitos desde o momento da sua prática (com a possibilidade prevista na 2.ª parte do n.º 3 do artigo 171.º do CPA), dá-se, respetivamente, através da revogação ou anulação administrativa⁹⁷.

A revogação corresponde a uma manifestação de administração ativa (dispositiva)⁹⁸ que tem como finalidade “adequar a situação existente a novas exigências, resultantes da mutabilidade do interesse público, fazendo, para isso, cessar os efeitos do ato anterior”⁹⁹.

Nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 73.º do RJUE, “a licença ou as autorizações de utilização só podem ser revogadas nos termos estabelecidos na lei para os atos constitutivos de direitos”. A lei para a qual o preceito remete é o CPA¹⁰⁰ que, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 165.º, define a revogação como o “ato administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro ato, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade”.

A revogação funda-se na conveniência, mérito ou oportunidade do ato, na qual, decorrente de um juízo por parte do órgão decisor, dita a cessação dos seus efeitos. Ou seja, o fim do instituto revogatório está intimamente ligado à melhor prossecução do interesse público que se verifica à luz da análise concreta do momento atual e que,

⁹⁷ Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 165.º do CPA.

⁹⁸ Não se poderá confundir esta manifestação com a manifestação de administração de controlo a que corresponde a anulação administrativa.

⁹⁹ Almeida, 2020, p. 404.

¹⁰⁰ Cfr. Correia, 2010, pp. 213-214.

ponderados os valores em causa, justificam uma cessação dos efeitos jurídicos do ato anterior. Apesar de discricionário, o poder revogatório deve “ter sempre presente o interesse público, como, aliás, decorre já diretamente dos princípios fundamentais da atividade administrativa”¹⁰¹. O respeito pelo princípio da prossecução do interesse público não olvida a necessidade de serem respeitados os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, tal como se prevê no artigo 4.º do CPA.

Neste preciso sentido, a doutrina defende que a revogação de um ato fundado em outros fins que não o interesse público atual, o enferma de vício de desvio de poder¹⁰².

Muito embora um juízo de mérito, conveniência ou oportunidade possam justificar a revogação de um ato de gestão urbanística, isso não significa uma insusceptibilidade ou descondicionamento completo do exercício do poder revogatório. Conforme nos ensinam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos¹⁰³, “[o] regime jurídico da revogação constante do CPA visa, precisamente, atingir um ponto de equilíbrio entre a necessidade de reintegração da legalidade e da boa administração e as exigências de estabilidade, segurança e previsibilidade da atuação administrativa, o que só pode atingir-se através de uma limitação, em determinadas circunstâncias, dos poderes revogatórios da administração”.

Por razões lógicas ou legais, há atos que, nos termos previstos do artigo 166.º do CPA, são insuscetíveis de serem revogados. Para além disso, o n.º 1 do artigo 167.º do CPA enquadra duas situações que cabem no domínio da proibição da revogação: quando o ato que se pretende revogar tenha resultado de uma vinculação legal, ou quando o ato a revogar tenha, no momento da sua prática, constituído obrigações legais ou direitos irrenunciáveis para a Administração. Estas proibições buscam o seu fundamento, respetivamente, na não violação de lei que foi inicialmente cumprida e na impossibilidade de, através de um ato de segundo grau (revogação), ignorar-se a obrigação e o direito irrenunciável entretanto criados. Não sendo respeitada esta proibição, a revogação do ato padece de vício de violação de lei, por ilegalidade do seu conteúdo.

Para além da existência de atos insuscetíveis¹⁰⁴ ou absolutamente proibidos¹⁰⁵ de serem revogados, há ainda um conjunto de atos para os quais o legislador condiciona a sua revogação, isto é, para a qual os submete, nas palavras de Fernando Alves Correia¹⁰⁶, a um “regime de revogabilidade limitada”. Referimo-nos aos atos constitutivos de

¹⁰¹ Cfr. Parecer da CCDR-Centro n.º DAJ 160/18, de 04.06.2018 (António Ramos Cruz).

¹⁰² Amaral, 2017, p. 376; Gonçalves, 1996b, pp. 318 e 319.

¹⁰³ Sousa e Matos, 2007, p. 191.

¹⁰⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 166.º do CPA.

¹⁰⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 167.º do CPA.

¹⁰⁶ Correia, 2010, p. 214.

direitos que, nos termos do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, só podem ser revogados se couberem dentro de uma das previsões nele tipificadas.

A alínea a) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA tipifica como primeira hipótese de revogação dos atos constitutivos de direitos quando apenas se pretende revogar “[n]a parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos beneficiários”, isto é, na parte em que o ato não favorece o destinatário.

Em segundo lugar, é admitido, à luz do regime da revogação dos atos constitutivos de direitos, que estes sejam revogados “[q]uando todos os beneficiários manifestem a sua concordância e não estejam em causa direitos indisponíveis”. Ou seja, de acordo com o disposto na alínea b) do preceito em análise, admite-se a possibilidade de revogação desse ato se todos os que dele beneficiaram aceitam a sua revogação¹⁰⁷. No entanto, há aqui ressalvas que devem ser feitas, como é a situação de (i.) não podermos estar perante um direito indisponível, (ii.) a permissão tenha sido dada de forma concreta e não genérica e (iii.) o ato tenha sido efetivamente praticado, não havendo qualquer proteção de um “beneficiário virtual”.

Há, ainda, duas outras situações em que a revogação dos atos constitutivos de direitos se pode dar. Referimo-nos àquelas que se fundamentam na assunção de interesses públicos supervenientes ou na inexistência de criação de uma expectativa legítima, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA.

O legislador reconhece uma prevalência do interesse público quando admite, à luz do disposto na alínea c), que a revogação dos atos constitutivos de direitos se possa dar “[c]om fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados”. Neste caso, mesmo se admitindo que tenha sido criada uma expectativa legítima na esfera jurídica do beneficiário do ato, ponderados os valores em causa, opta-se por dar prevalência ao interesse público.

Consistindo esta possibilidade uma situação verdadeiramente excecional¹⁰⁸, a possibilidade conferida pela alínea c) do preceito em análise apenas permite a revogação se os pressupostos nela constantes estiverem preenchidos cumulativamente, isto é, se se verificar a superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou alteração objetiva das circunstâncias de facto, e, o regime ao abrigo do qual os atos a revogar foram praticados, nunca o teria permitido se, naquele momento, já existissem os

¹⁰⁷ Nas palavras de Freitas do Amaral (2017, p. 390), “[o]s particulares nunca são, portanto, nestes casos, prejudicados sem o seu próprio consentimento. Pelo que a revogação não põe em xeque o respeito dos direitos e interesses legalmente adquiridos, nem abala a necessária confiança dos particulares na palavra dada pela Administração”.

¹⁰⁸ A regra geral continua a ser a da proteção dos atos constitutivos de direitos.

conhecimentos técnicos e científicos ou as circunstâncias de facto que posteriormente se vieram a verificar.

Apesar do carácter excecional da revogação dos atos constitutivos de direitos, atenta a estabilidade que se pretende dar aos seus efeitos jurídicos e a confiança legítima depositada nos seus beneficiários, importa referir que esta só será garantida nos termos e na medida em que mereça ser salvaguardada. Neste sentido, defendemos que nas situações em que se verifique que essa confiança simplesmente não foi criada na esfera jurídica dos particulares, a revogação do ato deve admitir-se sem necessidade de preenchimento dos pressupostos referidos e se o interesse público assim o exigir¹⁰⁹. Conforme nos ensina Filipa Calvão¹¹⁰, “é necessário interpretar restritivamente o conceito de actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos, precisamente para deixar de fora aquelas situações em que não existe confiança a proteger ou em que a mesma não merece ser protegida”.

Por fim, a revogação dos atos constitutivos de direitos pode dar-se com fundamento em “reserva de revogação”, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA. Ou seja, dar-se numa situação em que não se pode considerar ter sido criada uma confiança legítima uma vez que o ato em causa tem um carácter precário.

No entanto, a “reserva”, enquanto uma das espécies de cláusulas acessórias previstas no n.º 1 do artigo 149.º do CPA, só poderá ser aposta a um ato administrativo quando (i.) não seja contrária à lei ou ao fim a que o ato se destina, (ii.) exista uma relação direta com o conteúdo principal do ato e (iii.) sejam respeitados os princípios jurídicos aplicáveis, em especial, o princípio da proporcionalidade. No caso específico do regime da revogação dos atos constitutivos de direitos, acrescenta a alínea d) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, que esta reserva tem de se fundamentar na precarização admissível do ato em causa pelo quadro normativo aplicável e desde que se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula. Isto significa, por um lado, que “a introdução da reserva de revogação só é admissível quando a lei concretamente aplicável ao tipo de ato em causa admita a possibilidade da sua introdução no conteúdo do ato”¹¹¹, sob pena de a Administração não ter poderes de o revogar por este estar protegido pelo regime regra da irrevogabilidade dos atos constitutivos de direitos. Por outro lado, a verificação do “circunstancialismo específico previsto na própria cláusula” significa que não há uma possibilidade de reservas *ad libitum*, havendo sempre a necessidade de estarem pré-determinadas as situações em que a Administração se pretendeu reservar à possibilidade

¹⁰⁹ No mesmo sentido, cfr. Correia, 2010, pp. 215 e 216.

¹¹⁰ Calvão, 2009, p. 374.

¹¹¹ Almeida, 2020, p. 423.

de revogar o ato, sob pena de uma absoluta precarização do mesmo, inadmissível num Estado de Direito.

6.2 Efeitos jurídicos da revogação

Expostas as hipóteses de revogação de atos constitutivos de direitos reconhecidas no CPA e que “são de particular importância no direito do urbanismo por permitirem a revogação de atos nos casos em que a sua manutenção importaria grave prejuízo para o interesse público urbanístico ou ambiental, bem como por permitirem assegurar o cumprimento de ónus urbanísticos por parte dos particulares”¹¹², importa aferirmos que efeitos jurídicos é que este ato de 2.º grau produz.

Decorre do n.º 1 do artigo 171.º do CPA e, de certa forma, da própria noção plasmada no n.º 1 do artigo 165.º do mesmo diploma, que a revogação produz apenas efeitos para futuro (*ex nunc*)¹¹³. Isto significa que a revogação não produz, em regra, efeitos retroativos, deixando-se intactos os efeitos já produzidos.

Dizemos “em regra” porque o legislador permite que o autor da revogação possa, no próprio ato, atribuir-lhe eficácia retroativa se verificadas certas condições. De acordo com a 2.ª parte do n.º 1 do artigo 171.º do CPA, a eficácia retroativa da revogação de um ato administrativo é admitida sempre que esta seja favorável aos interessados ou quando estes concordem, expressamente, com a retroatividade e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis.

Os efeitos da revogação não se traduzem apenas na destruição dos efeitos do ato, havendo ainda de ser dada especial atenção aos efeitos da revogação dos atos constitutivos de direitos fundados na alínea c) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA. A verificação desta situação, que apenas pode acontecer nas condições tempestivas previstas no n.º 4 do artigo 167.º do CPA, dá lugar à existência de um direito indemnizatório aos beneficiários de boa-fé do ato revogado¹¹⁴. Este direito à indemnização, inscrito no n.º 5 do artigo 167.º do CPA, acaba por materializar o justo equilíbrio que se exige quando se revoga um ato constitutivo de direitos para a defesa e realização do interesse coletivo.

A indemnização é devida “nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício”, ou seja, nos termos previstos no artigo 16.º do RRCEE.

¹¹² Cfr. Parecer da CCDR-Centro n.º DSAJAL 115/18, de 16.03.2018 (Maria José Castanheira Neves).

¹¹³ Ao contrário da anulação administrativa, que produz efeitos *ex tunc*.

¹¹⁴ Isto é, aqueles que, nos termos do n.º 6 do preceito aludido, “à data da prática do ato revogado, desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato”. O legislador opta, assim, por fazer referência a uma boa-fé objetiva, ao contrário daquilo que se prevê na alínea a) do n.º 4 do artigo 168.º do CPA, na qual se atende, nas palavras de Mário Aroso de Almeida (2010, p. 419), “à ausência de boa-fé subjetiva para negar a proteção contra a anulação administrativa ao beneficiário que tenha induzido a prática do ato ilegal através da utilização de artifício fraudulento”.

Ora, de acordo com este último preceito, apenas serão indemnizáveis os danos especiais e anormais que, de acordo com o disposto no artigo 2.º do RRCEE, são, respetivamente, aqueles “que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas” e “os que, ultrapassados os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”. Muito embora o artigo 16.º do RRCEE faça uma alusão aos danos especiais, importa não olvidar que, quanto a estes e no âmbito de uma revogação de ato nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, apenas poderão ser indemnizados os beneficiários de boa-fé.

Apesar de a indemnização devida se dar nos termos do artigo 16.º do RRCEE, o n.º 5 do artigo 167.º do CPA acrescenta que “quando a afetação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado tem direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida”. Esta é uma situação que corresponde a uma expropriação de sacrifício que implica o pagamento de uma indemnização que vá ao encontro do valor económico do núcleo essencial do direito eliminado ou restringido.

O legislador opta, assim, por reconhecer um direito indemnizatório, numas situações, recorrendo à figura da indemnização pelo sacrifício e, noutras, aludindo à figura da expropriação de sacrifício.

A indemnização pelo sacrifício, que corresponde a um dos quatro tipos de responsabilidade do Estado em sentido amplo¹¹⁵, busca o seu fundamento jurídico constitucional na articulação entre o princípio do Estado de Direito Democrático¹¹⁶ e no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos^{117, 118}, inscritos, respetivamente, nos artigos 2.º e n.º 1 do artigo 13.º, ambos da CRP.

Já a figura da expropriação de sacrifício¹¹⁹, para além de se fundar nestes dois princípios, também se fundamenta no princípio da justa indemnização por expropriação,

¹¹⁵ Os outros três tipos de responsabilidade do Estado são: responsabilidade civil por danos decorrentes da função administrativa; responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional; e responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função legislativa.

¹¹⁶ Princípio este que encontra no direito geral dos cidadãos à reparação dos danos causados pelos poderes públicos um dos seus corolários.

¹¹⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o fundamento jurídico-constitucional da figura da indemnização pelo sacrifício, cfr. Valle, 2018, pp. 886-888; Gomes, 2019, pp. 34-46.

¹¹⁸ A propósito do princípio da igualdade, veja-se o Acórdão do STA de 17.12.2008, no âmbito do Processo n.º 348/08 (Costa Reis), no qual se defendeu que “[o] princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos constitui o fundamento axiológico da responsabilidade civil extracontratual por facto lícito”.

¹¹⁹ A expropriação de sacrifício não deverá ser confundida com a expropriação em sentido clássico. Esta última caracteriza-se pela privação ou afetação parcial de um direito de conteúdo patrimonial na qual há uma transferência para um novo titular, com fundamento na realização de um interesse público. Existem, assim, dois momentos que caracterizam este fenómeno expropriativo: um momento privativo e um momento apropriativo do direito de propriedade. Por sua vez, a expropriação de sacrifício não envolve nenhuma transferência do direito. Esta caracteriza-se, apenas, pela destruição ou afetação essencial de um direito de propriedade que tem como efeitos modificações especiais e graves na esfera jurídica do seu titular.

previsto no n.º 2 do artigo 62.º da CRP. Quanto à natureza jurídica da indemnização, nas situações que cabem no âmbito de aplicação do artigo 16.º do RRCEE, esta é uma consequência do ato causador dos encargos ou dos danos especiais e anormais, ao passo que, no domínio da expropriação de sacrifício, a indemnização é um pressuposto e elemento constitutivo do ato expropriativo¹²⁰.

Em todo o caso, atento a letra do artigo 167.º do CPA, o pagamento de uma indemnização será sempre um requisito de validade do ato de revogação¹²¹.

7. A revogação dos atos de gestão urbanística (válidos) constitutivos de direitos baseado num “passo atrás” de um parecer

A emissão de um título de gestão urbanística é o resultado de uma tramitação especialmente pré-determinada que convoca a intervenção de um conjunto vasto de órgãos e agentes administrativos. Ou seja, muito embora um procedimento urbanístico esteja teleologicamente orientado para a exteriorização de um ato praticado pelo órgão competente, o mesmo comporta um conjunto de atos e formalidades tendentes à sua preparação praticados por outros órgãos ou entidades, sempre limitados nas suas atribuições e competências.

Os atos de gestão urbanística traduzem-se em atos constitutivos de direitos pois, ao atestar a conformidade da operação em causa com as demais regras legais e regulamentares, criam na esfera jurídica do beneficiário um direito – um efeito permissivo – que nada tem de precário.

Um dos trâmites que terá de ser verificado no âmbito de um procedimento urbanístico é a consulta a entidades externas que, em grande medida, se pronunciam, através da emissão de um parecer, sobre interesses públicos diferenciados. Isto mesmo decorre do princípio da especialidade das entidades consultadas inscrito no n.º 4 do artigo 13.º do RJUE e que obriga o órgão decisor municipal a abster-se em relação a matérias cuja apreciação esteja a cargo de uma entidade específica no momento da instrução do procedimento.

No domínio de um procedimento urbanístico, na linha do estipulado no n.º 2 do artigo 91.º do CPA, a regra geral é a de que um parecer é obrigatório, mas não vinculativo. No entanto, quando lei especial determina que o parecer a ser emitido por entidade

¹²⁰ Ideia que resulta do próprio n.º 2 do artigo 62.º da CRP.

¹²¹ Cfr. Oliveira, 2021, p. 18.

externa deve ser qualificado como vinculativo, apenas o é se for emitido num determinado sentido – normalmente, quando reveste um conteúdo negativo¹²².

Quando um órgão municipal, perante o requerimento de um ato de gestão urbanística, atesta a sua conformidade com as normas regulamentares e legais e, para além disso, as entidades externas consultadas, no âmbito do disposto no artigo 13.º e seguintes do RJUE, emitem pronúncia favorável, tudo estará encaminhado para que a pretensão formulada seja deferida¹²³.

Problema coloca-se quando, depois de emitida uma licença (válida), a entidade externa consultada e que emitiu parecer favorável à realização da operação urbanística vem invocar que, afinal, tal operação contende com interesses essenciais, o que justifica uma pronúncia negativa por parte desta. Dito de outro modo, o problema está quando a entidade externa pretende revogar o parecer emitido, substituindo-o por um parecer desfavorável¹²⁴ e, com isso, provocar um efeito revogatório na licença em vigor. Esta assunção de um novo entendimento por parte da entidade consultada apenas será justificada pelo conhecimento superveniente de questões técnicas e científicas ou perante uma alteração objetiva das circunstâncias de facto que contendem com os interesses que cabem no leque de matérias que incumbe a essa entidade proteger.

Ora, a mudança de entendimento por parte da entidade consultada, superveniente à prática de um ato de gestão urbanística, convoca questões atinentes aos efeitos que no ato (válido) constitutivo de direitos poderá provocar, sendo importante aferir-se onde se esgota o poder de pronúncia dessa mesma entidade.

Uma mudança de entendimento por parte de uma qualquer entidade consultada será compreensível, atendendo à superveniência de factos e conhecimentos novos que se colocam todos os dias. No entanto, importa não olvidar que, quando uma pronúncia é emitida no domínio de um procedimento tendente à prática de um ato constitutivo de direitos, aos cidadãos reconhece-se-lhes uma confiança legítima.

O ato de gestão urbanística constitutivo de direitos praticado pelo órgão municipal atesta a conformidade da operação urbanística com as exigências legais e regulamentares na sua globalidade, pronunciando-se, de forma final, sobre a sua concretização. Isto significa que, havendo uma alteração de posição por parte de uma entidade externa que

¹²² Isto não significa que, perante um parecer favorável emitido por uma entidade externa consultada, este possa ser, sem mais, contrariado pelo ato praticado pelo órgão municipal. Ao invés, o que se exige é que o órgão decisor, ao indeferir o pedido para a prática de um ato perante um parecer favorável, no exercício dos seus poderes de valoração própria, se fundamente no estrito âmbito das suas competências e atribuições e não nos interesses que à entidade consultada cabem tutelar (cfr. Oliveira, 2021, pp. 10 e 11).

¹²³ Veja-se, a este propósito, o carácter taxativo dos motivos de indeferimento do pedido de licenciamento, inscrito no artigo 24.º do RJUE, que impõe junto do município o dever de deferir a pretensão caso não se verifique nenhuma das hipóteses previstas.

¹²⁴ Como vimos, um parecer de conteúdo negativo, normalmente, é vinculativo para o órgão decisor, obrigando-o a indeferir um pedido de licenciamento, sob pena de nulidade do ato praticado, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 68.º, em conjugação com a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º, todos do RJUE.

emitiu pronúncia no âmbito do procedimento, o ato administrativo válido e eficaz apenas poderá ser extinto por via do instituto da revogação e por iniciativa dos órgãos competentes¹²⁵. Não se vislumbra como será legalmente equacionável a possibilidade de uma qualquer entidade externa poder, por mote próprio, destruir os efeitos de um ato que não foi sequer por ela praticado, tendo apenas contribuído com um parecer sobre um aspeto específico que lhe cabe tutelar.

Importa recordar que os atos de revogação são atos de 2.º grau “que se caracterizam por serem atos sobre atos, que projetam os seus efeitos sobre atos administrativos anteriormente praticados”¹²⁶. Ou seja, a revogação apenas pode incidir sobre um ato que tenha essa mesma natureza – a de ato administrativo¹²⁷. Isso mesmo resulta da própria noção inscrita no n.º 1 do artigo 165.º do CPA, ao prever que a revogação “determina a cessação dos efeitos de outro ato”, sendo um poder que, conforme nos explica Mário Aroso de Almeida¹²⁸, “apenas faz sentido em relação a atos administrativos que tenham eficácia duradoura, ou que, possuindo eficácia instantânea, ainda não tenham sido executados”.

Um parecer caracteriza-se por ser um ato instrumental, não se incluindo na conceção de ato administrativo. Os pareceres, que servem para tutelar os interesses públicos diferenciados e que permitem que “o agente fi[que] com material suficiente para tomar a melhor decisão possível”¹²⁹, esgotam os seus efeitos na relação entre a Administração e a entidade externa, ao passo que a decisão operativa do procedimento se dá, sempre, no âmbito de uma outra relação jurídica: entre a Administração e o particular. Tendo o procedimento urbanístico culminado com a produção de um ato constitutivo de direitos, os efeitos decorrentes do parecer esgotaram-se, compreendendo-se, assim, o já referido “caráter federador das licenças urbanísticas”, inúmeras vezes defendido pela doutrina¹³⁰.

Tendo o parecer emitido sido absorvido pelo ato final que o incorporou, e sendo este último válido e eficaz no seio do ordenamento jurídico, não será legalmente admissível vir uma entidade externa e anteriormente consultada, em momento posterior, revogar o seu parecer favorável, fazendo-o substituir por um outro com conteúdo negativo e, com isso, repercutir o seu novo entendimento numa licença já emitida. O seu poder de pronúncia precluiu no âmbito daquele procedimento urbanístico, não

¹²⁵ Cfr. n.º 2 do artigo 167.º do CPA.

¹²⁶ Almeida, 2020, p. 269.

¹²⁷ Veja-se, a este propósito, o defendido por Fernanda Paula Oliveira (2021, p. 12) quando afirma que “sendo o ato de revogação um ato administrativo de segundo grau (um ato que incide sobre outro ato administrativo), ele não pode incidir sobre manifestações de vontade que não tenham esta natureza, como sucede com os pareceres emanados no âmbito de um procedimento”.

¹²⁸ Almeida, 2020, p. 404.

¹²⁹ Oliveira e Dias, 2017, p. 222.

¹³⁰ Correia, 2010, pp. 209-213; Oliveira, 2019, p. 309.

havendo, agora, qualquer possibilidade de esta vir “reabrir” o procedimento com vista à revogação do ato que, validamente, produz os seus efeitos.

A competência para revogar uma licença urbanística cabe aos seus autores e aos respetivos superiores hierárquicos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 169.º do CPA¹³¹. A consideração da revogação de uma licença por parte de uma entidade externa consultada no âmbito do procedimento que lhe precedeu levaria a que este ato padecesse de um vício de incompetência absoluta¹³² em razão da matéria e em razão do tempo¹³³.

Ocorrendo a revogação da licença urbanística por parte do órgão competente para a praticar – e não por parte de uma entidade externa – deverão sempre ser verificados certos e determinados pressupostos sob pena de invalidade do ato. Dito de outro modo, sendo a licença urbanística um ato constitutivo de direitos, deverão ser respeitados os condicionalismos inscritos no n.º 2 do artigo 167.º do CPA a que aludimos.

A superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou a alteração objetiva das circunstâncias de facto – que enformam a intenção da entidade externa consultada no domínio de atribuição de uma licença de querer mudar o entendimento anteriormente defendido – podem justificar a revogação, mas sempre por parte do órgão municipal competente e se este assim o entender, uma vez que a revogação é “expressão de um poder cujo exercício apenas faz sentido em relação a atos administrativos praticados no exercício de poderes de valoração próprios da Administração”¹³⁴.

Equacionando-se a possibilidade de uma licença ser revogada à luz da permissão inscrita na alínea c) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA – com a necessária verificação dos seus pressupostos¹³⁵ – esta só o poderá ser no prazo de um ano a contar da data do conhecimento da superveniência ou da alteração das circunstâncias, podendo esse prazo ser prorrogado, por mais dois anos, por razões fundamentadas, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 167.º do CPA. Assim sendo, torna-se essencial aferir a partir de que

¹³¹ Mesmo no âmbito de uma tutela inspetiva desencadeada pelo próprio Estado seria legalmente inadmissível a revogação de uma licença, visto que sobre as autarquias locais a tutela existente é de mera legalidade e não de mérito (cfr. n.º 1 do artigo 242.º da CRP), impedindo, assim, a sua revogação (uma vez que esta só se pode dar “por razões de mérito, conveniência ou oportunidade”, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 165.º do CPA).

¹³² A incompetência absoluta difere da incompetência relativa, no sentido em que a primeira é “aquela que se verifica quando um órgão administrativo pratica um ato fora das atribuições da pessoa coletiva ou do ministério a que pertence”, ao passo que a segunda se verifica “quando um órgão administrativo pratica um ato que está fora da sua competência, mas que pertence à competência de outro órgão da mesma pessoa coletiva” (cfr. Amaral, 2017, p. 343).

¹³³ A incompetência em razão da matéria verifica-se “quando um órgão administrativo invade os poderes conferidos a outro órgão administrativo em função da natureza dos assuntos” e a incompetência em razão do tempo “quando um órgão administrativo exerce os seus poderes legais praticando um ato administrativo antes ou depois do momento ou período em que se encontra legalmente habilitado para o fazer” (cfr. Amaral, 2017, p. 344).

¹³⁴ Almeida, 2020, p. 404.

¹³⁵ A propósito do preenchimento dos pressupostos necessários, partilhamos do mesmo entendimento de Fernanda Paula Oliveira (2021, p. 15) quando afirma que “não basta uma mera remissão para a alínea c) do n.º 3 do artigo 167.º do CPA, sendo necessário tornar claro qual daqueles dois pressupostos (que são diferentes) – (...) – são o fundamento para a presente revogação”.

momento é que efetivamente se tem conhecimento da informação técnica e científica ou da alteração objetiva das circunstâncias, quer por parte do órgão competente para revogar o ato, quer por parte da entidade terceira que se pronunciou sobre a viabilidade de atribuição do ato constitutivo de direitos no domínio das matérias que lhe são reservadas. Não nos parece, assim, por exemplo, que baste uma alegação geral e abstrata de estudos que mostrem que, feita a ponderação entre o interesse público que deve ser prosseguido e a manutenção do ato, há fundamento mais do que suficiente para que se dite a cessação dos efeitos jurídicos da licença. O que é preciso é identificar-se, de forma concreta, quais os estudos que revelam dados novos que, à data da prática do ato, não existiam e que, se conhecidos, teriam fundamentado um parecer desfavorável e/ou o indeferimento do pedido de uma licença urbanística.

8. A responsabilidade devida pela revogação de uma licença com fundamento na “revogação” de um parecer

A superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou a alteração objetiva das circunstâncias podem alterar o preenchimento dos pressupostos de que o quadro normativo vigente faz depender a validade de um ato. No entanto, isso não torna, necessariamente, uma licença válida – e a produzir efeitos no ordenamento jurídico – inválida. Não poderá, assim, a situação da revogação de uma licença, fundada na alínea c) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, ser levada ao estatuído no regime previsto no artigo 70.º do RJUE.

O artigo 70.º do RJUE prevê o regime da responsabilidade civil da Administração por violação de normas urbanísticas, seja de uma forma positiva (ação), seja de uma forma negativa (omissão). Decorre do n.º 1 do preceito identificado o “princípio da responsabilidade direta e solidária do município perante terceiros pelos prejuízos causados por conduta ilícita dos titulares dos seus órgãos, ou membros de órgãos colegiais ou dos seus trabalhadores (n.º 3)”¹³⁶, estendendo-se esta responsabilidade às entidades externas consultadas no âmbito do procedimento urbanístico, nos termos do n.º 4 do artigo 70.º do RJUE.

Muito embora o n.º 1 do artigo 70.º do RJUE estabeleça que a responsabilidade do município ocorre “nos termos gerais” – remetendo, por isso, para o RRCEE –, não se poderá olvidar que a responsabilidade civil da Administração se trata de um regime especial e que está devidamente salvaguardada no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Nas palavras de Tiago Serrão e Marco Caldeira¹³⁷, “o legislador,

¹³⁶ Oliveira, Neves & Lopes, 2021, pp. 531 e 532.

¹³⁷ Serrão & Caldeira, 2015, p. 1088.

apesar de estabelecer, no artigo 70.º, n.º 1 do RJUE, que a responsabilidade do município ocorre ‘nos termos gerais’, não deixou de preceituar, especificamente quanto aos danos derivados de operações urbanísticas executadas numa base de ilegalidade, um regime que difere, em substancial medida, do regime padrão que vigora em matéria de responsabilidade civil extracontratual administrativa”. Isto não invalida o facto de que sempre que se verifique uma lacuna no domínio do previsto no artigo 70.º do RJUE se deva recorrer ao RRCEE, em especial no que à matéria de indemnização de danos provocados pelas operações urbanísticas fundadas em atos de controlo prévio ilegais diz respeito¹³⁸.

Não se colocando a discussão aqui em causa numa hipótese de emissão de uma licença inválida – e, por isso, não sujeita ao âmbito de aplicação do artigo 70.º do RJUE – a responsabilidade recairá sobre quem detém a competência revogatória nos termos do disposto no artigo 169.º do CPA.

Conforme já referenciado, um parecer emitido no âmbito de um procedimento urbanístico é “absorvido” pelo ato final que o incorpora, não produzindo qualquer efeito sobre uma licença válida já emitida a revogação de um parecer por parte de uma entidade externa.

Só o órgão municipal tem competência para revogar o ato administrativo, uma vez que, sendo nele que reside a competência dispositiva para decidir sobre a atribuição de uma licença, também será este último o legalmente habilitado para a revogar¹³⁹.

Perante uma mudança de entendimento da entidade consultada baseada na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou na alteração objetiva das circunstâncias de facto, no máximo, o órgão competente para revogar o ato pode ser sensível aos argumentos e à nova realidade e mostrar disponibilidade para determinar a cessação dos efeitos do mesmo. Aliás, nem mesmo um órgão com poderes de superintendência ou tutela pode vir revogar uma licença urbanística, conforme o disposto no n.º 5 do artigo 169.º do CPA. A responsabilidade da revogação de uma licença, mesmo que haja uma alteração do conteúdo de um parecer, será sempre do órgão municipal.

¹³⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 1.º do RRCEE.

¹³⁹ Veja-se, a este propósito, o ensinamento de Freitas do Amaral (2017, p. 398) quando escreve que “[o] fundamento da competência revogatória reside na competência dispositiva do autor do ato sobre a matéria a decidir, encontrando-se este, por conseguinte, legalmente habilitado a resolver, conforme entenda melhor, acerca do assunto”.

9. Conclusões

A emissão de um título que legitima a realização de uma dada operação urbanística faz-se através de um procedimento urbanístico, sendo que cada ato ou momento que se vai formando tem um fim imediato próprio e que concorre de forma mediata para a concretização do ato final desejado: a emissão do título habilitativo para a realização da operação urbanística.

Estes títulos habilitativos, que mais não são do que atos de controlo prévio das operações urbanísticas, traduzem-se em verdadeiros atos constitutivos de direitos.

Um procedimento urbanístico encontra a sua tramitação inscrita no RJUE, prevendo a intervenção e contributo de vários órgãos e agentes administrativos que, assumindo posições distintas, atuam sempre limitados no âmbito das suas competências.

Um dos momentos mais relevantes é a consulta a entidades externas que, através da emissão de, designadamente, um parecer, se pronunciam sobre uma série de implicações que a operação urbanística em causa poderá provocar.

Os pareceres são atos jurídicos instrumentais que, apesar de contribuírem para o alcance da melhor decisão possível em termos daquele que é o dever da Administração na prossecução do interesse público, não podem ser considerados como atos administrativos.

Quando uma entidade externa consultada e que emitiu parecer no âmbito de um procedimento urbanístico decide vir alterar o seu entendimento – por alteração objetiva das circunstâncias de facto ou com fundamento no conhecimento superveniente de questões técnicas e científicas – querendo, com isso, revogar um ato válido, tal situação deverá ser resolvida “nos termos estabelecidos na lei para os atos constitutivos de direitos”, ou seja, conforme o previsto no CPA (*ex vi* do n.º 1 do artigo 73.º do RJUE).

Havendo uma alteração de entendimento por parte de uma entidade externa consultada, o ato urbanístico válido e eficaz apenas poderá ser extinto por via do instituto revogatório e por iniciativa dos órgãos competentes, e nunca por via da vontade unilateral da primeira.

Um parecer emitido foi absorvido pelo ato final que o incorporou. O poder de pronúncia da entidade externa consultada precluiu no âmbito daquele procedimento, não havendo, agora, qualquer possibilidade de esta vir “reabrir” o procedimento com vista à revogação do ato que, validamente, produz os seus efeitos.

A superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou a alteração objetiva das circunstâncias de facto – que motivam a intenção da entidade externa consultada de mudar o seu entendimento – podem justificar a revogação, mas sempre por parte do órgão municipal competente, se este assim o entender, e se estiverem preenchidos os pressupostos previstos na alínea c) do n.º 2 e nos n.ºs 3 a 6, todos do artigo 167.º do CPA.

10. Referências bibliográficas

Referências doutrinárias

- ALMEIDA, M.A. (2020). *Teoria geral do direito administrativo*, 6.^a edição revista e ampliada, Reimpressão. Almedina.
- AMARAL, D.F. (2016). *Curso de direito administrativo*, vol. I, 4.^a edição, reimpressão. Almedina.
- AMARAL, D.F. (2017). *Curso de direito administrativo*, vol. II, 3.^a edição, reimpressão. Almedina.
- ANDRADE, J.C.V. (2012). *Lições de direito administrativo*, 3.^a edição. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- CALVÃO, F. (2009). *Cláusulas acessórias em direito administrativo: da sua aposição aos actos administrativos e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos*, Tese de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CORREIA, F.A. (2011). A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3966, janeiro-fevereiro.
- CORREIA, F.A. (2012). Anotação ao Acórdão do TCAS de 18 de outubro de 2012, Proc. n.º 01597/06 (A expropriação de sacrifício: finalmente, a sua consagração jurisprudencial). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3977, novembro-dezembro.
- CORREIA, F.A. (1993). *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, F.A. (2010). *Manual de direito do urbanismo*, vol. III. Almedina.
- FOLQUE, A. (2007). *Curso de direito da urbanização e da edificação*. Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P.C. (1996a). Apontamentos sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, novembro/dezembro.
- GONÇALVES, P.C. (1996b). Revogação (de actos administrativos). In *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII. Lisboa.
- GONÇALVES, P.C. & OLIVEIRA, F.P. (1999). A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística. *Revista do CEDOUA*, n.º 3.
- GOMES, C.A. (2019). A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência. In *Novos estudos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas – Por facto da função administrativa*. AAFDL Editora.
- MONTEIRO, C. (2008). Urbanismo e interesses públicos diferenciados – O novo regime de consultas a entidades externas nos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas. *Direito Regional e Local*, n.º. 4.
- OLIVEIRA, F.P. (2010). Algumas questões de relevo no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação. In CEBOLA, C.M. et al. [coords.]. *Direito do Urbanismo e do Ambiente. Estudos Compilados*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.
- OLIVEIRA, F.P. (2019). *Direito do urbanismo. Do planeamento à gestão*, 3.^a edição atualizada e ampliada, reimpressão. AEDREL.

- OLIVEIRA, F.P. (2013). *Direito do urbanismo (perguntas de bolso, respostas de algibeira)*. Almedina.
- OLIVEIRA, F.P. (1999). Duas questões no direito do urbanismo: Aprovação do projeto de arquitetura (acto administrativo ou acto preparatório?) e eficácia de alvará de loteamento (desuso?) – Ac. do STA de 5-5-1998, Proc. n.º 43 497. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 13.
- OLIVEIRA, F.P. (2021). Regime das invalidades e da revisão de atos administrativos no âmbito urbanístico: análise a partir de um caso. *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 31, julho/setembro.
- OLIVEIRA, F.P., NEVES, M.J.C. & LOPES, D. (2021). *Regime jurídico da urbanização e edificação comentado*, 4.ª edição, reimpressão. Almedina.
- OLIVEIRA, F.P. & DIAS, J.E.F. (2017). *Noções fundamentais de direito administrativo*, 5.ª edição. Almedina.
- SERRÃO, T. & CALDEIRA, M. (2015). Do novo regime da responsabilidade administrativa por violação de normas urbanísticas. In OTERO, P., GOMES, C.A. & SERRÃO, T. [coords.], *Estudos em homenagem a Rui Machete*. Almedina.
- SOARES, R. (1978). *Direito administrativo*, polic. Coimbra.
- SOUSA, A.P. (2010). A natureza jurídica do acto de licenciamento urbanístico. Contributos para um estudo da natureza jurídica da licença urbanística. In OLIVEIRA, F.P. [coord.]. *O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais*. Almedina.
- SOUSA, M.R. & MATOS, A.S. (2007). *Direito administrativo geral: atividade administrativa*, Tomo III. Dom Quixote.
- VALLE, J. (2018). Comentário ao Artigo 16.º. In GOMES, C.A., PEDRO, R. & SERRÃO, T. [coords.]. *O regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição. AAFDL Editora.

Referências jurisprudenciais

- Acórdão do TC n.º 303/90, de 26 de dezembro (Bravo Serra)
- Acórdão do STA de 17.12.2008, no âmbito do Processo n.º 348/08 (Costa Reis)
- Acórdão do STA de 29.11.2011, no âmbito do Processo n.º 0701/10 (Pires Esteves)
- Acórdão do TCAN de 19.06.2020, no âmbito do Processo n.º 00718/11.2BECBR (Helena Canelas)
- Acórdão do TCAS de 18.10.2012, no âmbito do Processo n.º 02796/07 (Teresa de Sousa)
- Acórdão do TCAS de 03.02.2017, Processo n.º 08426/12 (Helena Canelas)

Pareceres jurídicos consultados

- Parecer da CCDR-Centro n.º 176/2005, de 7 de outubro (Elisabete Maria Viegas Frutuoso)
- Parecer da CCDR-Centro n.º DSAJAL 128/09, de 29 de julho (Maria José Castanheira Neves)
- Parecer da CCDR-Centro n.º DAJ 160/18, de 04.06.2018 (António Ramos Cruz)
- Parecer da CCDR-Centro n.º DSAJAL 115/18, de 16.03.2018 (Maria José Castanheira Neves)

Legislação consultada

Código das Expropriações

Código de Processo nos Tribunais Administrativos

Código do Procedimento Administrativo

Código dos Contratos Públicos

Constituição da República Portuguesa

Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo

Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

Portaria n.º 314/2010, de 14 de junho

Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial

Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

A equação financeira dos contratos administrativos
Estabilidade e vicissitudes

Bárbara Suassuna de Faria Alves

Sob a orientação da Professora
Doutora Raquel Maria Resende Duarte de Carvalho

À minha família, pelo constante incentivo na realização dos meus sonhos.
Em especial à minha mãe, referencial de força e determinação.
Ao meu marido, pelo suporte incondicional e momentos roubados ao seu convívio.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à minha orientadora, a Senhora Professora Doutora Raquel Carvalho, exemplo de docente com quem tive o prazer de conviver e aprender, pelo apoio, encorajamento e permanente disponibilidade.

Aos colegas e colaboradores da Universidade Católica agradeço não só o apoio, mas a hospitalidade com que fui recebida.

Em especial, quero agradecer à minha amiga Sandra, pelos conselhos e debates, que se revelaram cruciais.

Finalmente, agradeço ao meu chefe, o Desembargador Francisco Bandeira de Mello, e colegas de trabalho, pela compreensão na busca pelos meus objetivos.

A todos, muito obrigada.

Resumo

A equação financeira dos contratos administrativos é tema que suscita interesse desde a autonomização do Direito Administrativo, enquanto ramo vocacionado a disciplinar o exercício das prerrogativas e atribuições da Administração Pública face aos direitos dos administrados, *maxime* quando atuam como seus colaboradores. O interesse pela matéria é ainda maior nas concessões e PPP, em razão dos vultosos investimentos associados, da presença do risco de exploração, a interferir na remuneração auferida pelo cocontratante, e da maior probabilidade de oscilação da avença, em razão da tendencial longevidade.

Nesse contexto, revela-se importante a identificação e ponderação *ex ante* dos riscos, porque influenciam na estabilidade do contrato, dando ensejo a um modelo de equilíbrio que se pode dizer dinâmico. Todavia, considerando que a previsibilidade humana é limitada, tal circunstância não é suficiente para impedir vicissitudes contratuais, que podem advir de casos imprevistos ou da própria atuação da Administração, enquanto prossecutora do interesse público. No que superar os riscos contratualmente assumidos, tais vicissitudes devem ser tuteladas pelo direito, em prol da parte prejudicada, o que deve ser feito, contudo, à luz das suas especificidades, sob pena de colocar em causa importantes princípios e garantias.

A equação financeira dos contratos administrativos, em especial das concessões e PPP, consiste, portanto, no objeto central do texto, cuja análise será feita à luz dos ordenamentos português e brasileiro, não com o objetivo de fazer um estudo de direito comparado, mas, antes, de oferecer uma reflexão sobre os fundamentos e soluções adotados. A reflexão será amparada em escólio doutrinário e jurisprudencial, esse, porém, em menor medida, considerando que as questões abordadas vão normalmente para tribunais arbitrais, cuja publicidade das decisões é mais restrita.

Palavras-chave: Equação financeira; equilíbrio financeiro; equilíbrio económico-financeiro; contrato administrativo; concessões; Parcerias Público-Privadas; risco; alocação; caso base; matriz de risco; teoria da imprevisão; modificação unilateral; fato do príncipe; reposição; reequilíbrio; compensação.

Abstract

The financial equation of administrative contracts is a topic that has been raising interest since the autonomy of Administrative Law as a branch aimed at disciplining the Public Administration's exercise of prerogatives and attributions in relation to the rights of the administered, especially when they act as its collaborators. Said interest is even greater in what respects concessions and PPPs, due to the large associated investments, the presence of the exploration risk, interfering with the remuneration earned by the co-contractor, and the greater probability of oscillation of the agreement, due to the longevity trend.

In this context, a prior identification and weighting of risks is important, because they influence the stability of the contract, giving rise to an equilibrium model that can be said to be dynamic. However, considering that human predictability is limited, this circumstance is not sufficient to prevent contractual vicissitudes, which may arise from unforeseen cases or from the Administration's own performance, as a pursuer of the public interest. In what exceeds the risks contractually assumed, such vicissitudes must be protected by law, in favour of the aggrieved party, which must be done, however, in the light of their specificities, under penalty of infringing important principles and guarantees.

The financial equation of administrative contracts, especially concessions and PPPs, is, therefore, the central object of this dissertation. Their analysis will be carried out in the light of Portuguese and Brazilian legal systems, not with the objective of making a study of comparative law, but, rather, to offer a reflection on the foundations and solutions adopted.

Keywords: Financial equation; financial balance; economic-financial balance; administrative contract; concessions; Public-Private Partnerships; risk; allocation; base case; risk matrix; theory of unpredictability; one-sided modification; *fait du prince*; act of state; replacement; rebalance; compensation.

Lista de siglas e abreviaturas

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
AgInt no AREsp	Agravo interno no agravo em recurso especial
ALLC	Antiga lei de licitações e contratos administrativos brasileira
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BA	Bahia
CC	Código civil
CCP	Código dos contratos públicos
Cf.	Confira-se
CMPC	Custo médio ponderado do capital
CPA	Código de processo administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
DL	Decreto-lei
DLPPP	Decreto-lei que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos
LAV	Lei de arbitragem voluntária
LGC	Lei geral de concessões brasileira
LLC	Lei de licitações e contratos administrativos brasileira
LGPPP	Lei geral das parcerias público-privadas brasileira
N.º	Número
PE	Pernambuco
PPP	Parceria(s) público-privada(s)
RE	Recurso extraordinário
RESP	Recurso especial
RMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
SPE	<i>Special purpose entity</i>
Ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STP	Suspensão de tutela provisória

TC	Tribunal de Contas
TCA-Norte	Tribunal Central Administrativo Norte
TIR	Taxa interna de rentabilidade/retorno
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UTAP	Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos
<i>VfM</i>	<i>Value for money</i>
V.g.	<i>Verbi gratia</i>
VPL	Valor presente líquido

Índice

1. Introdução	9
2. Contrato administrativo: sentido e alcance	10
3. A equação financeira dos contratos administrativos	12
3.1 Conceito e aproximação com institutos afins	12
3.2 O risco	16
3.2.1 Os diferentes tipos de risco	17
3.2.2 Da alocação dos riscos	22
3.3 Do equilíbrio do contrato caso observada a equação	25
3.4 Os diferentes fatores de desequilíbrio	26
3.4.1 Caso imprevisto	27
3.4.2 <i>Jus variandi</i>	29
3.4.3 <i>Factum principis</i>	30
4. A tutela da equação consoante as diferentes causas de desequilíbrio	34
4.1 Reposição do equilíbrio financeiro	34
4.2 Caso imprevisto: reposição, modificação ou compensação equitativa?	37
5. Conclusão	40
6. Bibliografia	41

1. Introdução

Por meio da presente dissertação nos propomos a analisar o regime jurídico da equação financeira¹ dos contratos administrativos, abordando a alocação do risco, assim como os eventos que a desestabilizam. Esse é um tema que suscita argumentos que se entrelaçam com a própria história do Direito Administrativo, enquanto ramo vocacionado a disciplinar o exercício das atribuições da Administração Pública face aos direitos dos administrados, quando atuam como seus colaboradores.

A identificação e ponderação *ex ante* dos riscos revela-se importante, porque influenciam no equilíbrio e estabilidade do contrato. Não obstante, considerando que a previsibilidade humana é limitada, tal circunstância não é suficiente para impedir vicissitudes contratuais, que, no mais, também podem advir da atuação da Administração, enquanto prossecutora do interesse público. Tais vicissitudes, entretanto, devem ser tuteladas pelo direito, sob pena de assumirem viés de sacrifício ou de prejudicarem a prestação do serviço público.

Este será, portanto, o objeto do nosso trabalho, cuja análise tomará em consideração os ordenamentos português e brasileiro, não com o objetivo de fazer um estudo de direito comparado, mas, antes, de oferecer uma reflexão² sobre os fundamentos e soluções adotados por cada um deles.

No primeiro capítulo, esclareceremos o sentido e o alcance do termo “contrato administrativo”, vez que se trata de figura heterogênea e que o estudo da matéria só releva no âmbito de determinadas subespécies. Ato contínuo, examinaremos a equação financeira em si, notadamente o momento de formação, componentes, com especial enfoque para os riscos e a forma com que os mesmos podem ser distribuídos, para, em seguida, analisar as diferentes causas de rompimento do equilíbrio, com as consequências jurídicas daí decorrentes.

Finalmente, concluiremos, em jeito de síntese e de contributo, expondo, de forma crítica, o raciocínio que julgamos ser o mais justo sob o ponto de vista das partes e da coletividade, como destinatária final da atividade administrativa. A matéria, complexa e extensa, não tem como ser exaurida, despontando o presente trabalho como um fator de elucidação, na tentativa de chamar a atenção do leitor para as problemáticas existentes.

¹ O conceito de equação financeira será pormenorizado no terceiro capítulo, cabendo, por ora, anotar que corresponde à fórmula que representa o equilíbrio contratual.

² A reflexão será amparada em escólio doutrinário e jurisprudencial, esse, porém, em menor medida, considerando que as questões abordadas vão normalmente para tribunais arbitrais, cuja publicidade das decisões é mais restrita.

2. Contrato administrativo: sentido e alcance

Existem duas grandes linhas de contratualização da Administração, que conferem ao contrato administrativo um caráter plurívoco³.

Em França, um dos berços da autonomização do Direito Administrativo, o instituto resultou da construção pretoriana – e casuística – do *Conseil d'État*⁴⁻⁵, competente para julgar as lides administrativas em última instância. Formas de agir da Administração francesa, à época, correspondiam a atos, regulamentos e contratos, voltados não só ao suprimento de bens e serviços, mas principalmente – e com caráter inovador – à prestação de serviços públicos, pela via concessória. A teoria contratualista francesa, portanto, foi construída a partir de uma modalidade contratual específica, qual seja, a concessão⁶, para a qual se forjou um regime substantivo “exorbitante do direito privado”, com vista a munir o contraente público dos poderes necessários para compatibilizar os interesses da coletividade frente ao intuito lucrativo dos privados⁷.

Sucedem que essa dogmática não se desenvolveu da mesma forma em outros ordenamentos, *maxime* o alemão⁸⁻⁹. A doutrina alemã entendia que a noção de contrato administrativo vigente em França era incompatível com a essência do Direito Administrativo¹⁰, porquanto: (i) seria incoerente aceitar que o contraente público, enquanto ente dotado de supremacia, firmasse contratos com os privados, em pé de igualdade, notadamente quando poderia “mandar” unilateralmente, por meio de atos autoexecutáveis; (ii) o princípio da legalidade impediria a existência de uma autonomia contratual que, pela sua natureza, pressupõe liberdade de agir. Lá, destarte, permanecia o entendimento corrente desde as antigas civilizações de que os contratos firmados pela Administração com particulares estavam sujeitos ao regime (comum) civilista, cujo traço marcante é o princípio do *pacta sunt servanda*.

Apenas mais tarde é que a Alemanha admitiu a existência de contratos regulados pelo Direito Administrativo, os quais, todavia, circunscreviam-se àqueles firmados entre os entes federados (interadministrativos) e aos que, formalizados com particulares, versassem sobre o exercício de poderes de autoridade, fossem para substituir atos administrativos ou regerem o modo como o contraente público se comprometeria, no

³ Estorninho, 2003, p. 46; Almeida, 2018, p. 08.

⁴ Correia, 1987, p. 376; Almeida, 2018, p. 12.

⁵ A (rígida) leitura que a França fez do princípio da separação dos poderes, segundo a qual “julgar a Administração também é administrar”, culminou no sistema dual de jurisdição.

⁶ Verdadeiro “laboratório” de originalidades. Cf. Oliveira, 2016, p. 55.

⁷ Daí porque os contratos de matriz francesa são também chamados de contratos de colaboração subordinada, já que marcados por um especial estatuto de sujeição do particular perante a Administração.

⁸ Correia, 1987, pp. 344-345; Almeida, 2021a, pp. 483-484.

⁹ A conjuntura política e econômica alemã era desfavorável a uma maior intervenção do Estado na ordem social, por conta das guerras enfrentadas.

¹⁰ O quadro, contudo, não era de negação total, admitindo-se a figura do contrato de direito público, em determinadas situações. Cf. Correia, 1987, p. 345; Estorninho, 2003, p. 42.

futuro, a exercer determinada competência¹¹. Tem-se, portanto, contratos de natureza distinta (coordenação entre entidades administrativas em pé de igualdade ou de atribuição de vantagens ou posições jurídicas a particulares¹², respectivamente), cujo regime jurídico discrepa – ou deveria discrepar¹³ – daquele “exorbitante” que resultou da jurisprudência do *Conseil d'État*.

Ambos os ordenamentos considerados para efeito deste texto reconhecem como administrativos contratos de ambas as matrizes, razão pela qual impende delimitar o sentido e alcance do termo. De fato, os arts. 200.º do CPA e 280.º do CCP estatuem uma noção ampla de contrato administrativo (cf. n.º 1), relegando os contratos de direito privado da Administração a uma categoria residual. Esse último dispositivo é criticado não só pelo âmbito alargado¹⁴, mas pela generalização do regime substantivo “exorbitante” a todas as subespécies contratuais, independentemente das suas especificidades (cf. n.ºs 2 e 3)¹⁵⁻¹⁶. Já o Brasil o fez por meio dos arts. 2.º, § 2.º, e 116 da ALLC e 184 da LLC, cabendo ressaltar o DL n.º 271/1967, no tocante a concessões de direito real de uso¹⁷⁻¹⁸, *v.g.* No direito brasileiro, contudo, a indefinição é ainda maior, porquanto inexistente um dispositivo equivalente ao 280.º do CCP, seja na antiga ou na nova lei de contratações¹⁹, devendo o jurista recorrer à doutrina²⁰, tanto para efeito de identificação da subespécie contratual quanto do respectivo regime substantivo de execução.

Daí a necessidade de delimitar o termo “contrato administrativo” no âmbito deste texto, sendo certo que a garantia do equilíbrio financeiro só se faz relevante nos de matriz francesa. Deveras, o regime substantivo aplicável, com a sua marca de exorbitância,

¹¹ Somente após o *boom* das PPP do final do último século é que contratos com esse objeto passaram a ser regidos, em caráter especial, pelo Direito Administrativo alemão, sob a denominação de contratos de cooperação (*Kooperationsverträge*). Cf. Almeida, 2018, pp. 18-19.

¹² Sousa & Matos, 2008, pp. 292-293.

¹³ Correia, 2017, pp. 36 e 789-791.

¹⁴ A ponto de alguns doutrinadores defenderem o desaparecimento de tal categoria jurídica. Por todos, Caupers, 2010, pp. 427-431.

¹⁵ Afirma-se que o “problema do contrato administrativo” não é só de âmbito, mas também de conteúdo do regramento aplicável, “em particular no que diz respeito aos contratos que, não correspondendo ao paradigma tradicional dos contratos de colaboração subordinada, continuam a não encontrar no CCP o regime substantivo adequado”. Cf. Almeida, 2018, p. 5.

¹⁶ A revisão operada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, melhorou o “estilo deficiente da redação” do art. 280.º do CCP, mas, no nosso entender, persistem os motivos das críticas, diante da redação imprecisa do n.º 2 e genérica do n.º 3, que estende disposições relativas à invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação a todos os “contratos públicos”, cujo âmbito, nos termos do art. 2.º, n.º 2, é ainda maior do que o do contrato administrativo. Cf. Sánchez, 2021, p. 64.

¹⁷ Considerada um contrato de atribuição de vantagem, por envolver a outorga do direito de utilizar privativamente um bem público. Cf. Gonçalves, 1999, pp. 85-87.

¹⁸ O consensualismo na Administração brasileira é crescente. Cf. Di Pietro, 2020, p. 268.

¹⁹ Nos termos dos arts. 190, 191 e 193 da LLC, os diplomas coexistirão no biênio seguinte à publicação do mais novo, facultando-se à Administração a possibilidade de firmar contratos à luz de um ou de outro (isoladamente), o qual, uma vez “escolhido”, será aplicado também à fase de execução. Cf. Justen Filho, 2021, p. RL-1.47; Niebuhr, 2021, pp. 7-10.

²⁰ Mello, 2015, pp. 633-641; Justen Filho, 2016, pp. 506-658.

imprime uma tensão mais acentuada em torno da equação, a justificar um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Assim, quando nos referirmos a contrato administrativo, estaremos a falar de contratos de colaboração, principalmente concessão de obras e/ou serviços públicos²¹⁻²² e PPP – quando envolvam a técnica concessória²³⁻²⁴ –, pelos contornos que a matriz de risco (CCP, art. 413.º)²⁵ e a consequente equação financeira implicam. Os investimentos vultosos e a tendencial longevidade²⁶ também exsurtem como justificativas para o enfoque, sendo certo que quanto maior for o tempo de duração do contrato, maior será a probabilidade de oscilação da avença, a ensejar debates em torno do dever de reposição ou de uma compensação pelo caso imprevisito. Não obstante, serão feitas observações pontuais no que se refere às demais subespécies, a fim de fornecer um panorama geral ao leitor.

3. A equação financeira dos contratos administrativos

3.1 Conceito e aproximação com institutos afins

Em termos didáticos, pode-se afirmar que a equação financeira, questão fulcral do texto, consiste em uma fórmula que exprime o “equilíbrio entre o sacrifício assumido pelo particular, por um lado, e a cobertura das suas despesas e a fixação de uma margem razoável de lucro, por outro, que se pode descrever pela equação a/b ”²⁷. A equação materializa, portanto, a relação de equilíbrio entre encargos e vantagens assumidos pelos contraentes²⁸, não abrangendo apenas aspectos financeiros, mas “todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes”²⁹, tais como riscos, carga tributária incidente, prazo de duração, forma e periodicidade de pagamento da remuneração, etc³⁰.

²¹ O art. 407.º do CCP define o conceito de concessão de obras e de serviços públicos.

²² Em Portugal, regidas pelo CCP; no Brasil, pela LGC e Lei n.º 9.074/95, aplicando-se-lhes subsidiariamente a LLC.

²³ PPP é um fenómeno aberto de cooperação entre o setor público e o privado, com feição contratual ou institucional, voltado, isolada ou conjuntamente, à concepção, financiamento, construção, renovação, exploração de uma infraestrutura ou serviço de utilidade pública. As PPP, destarte, vão além das concessões, englobando patrocínios, contratos de gestão e operação, arrendamento, formação de empresas de carácter público-privado e *joint ventures*. Cf. Livro Verde das parcerias público-privadas (COM/2004/0327); Valaguzza & Parisi, 2020, pp. 12-14; Melo, 2011, p. 20.

²⁴ Em Portugal, regidas pelo DLPPP e supletivamente pelo CCP; no Brasil, pelo LGPPP, aplicando-se-lhes subsidiariamente a LGC e a ALLC ou LLC, conforme o caso.

²⁵ No *marchés publics*, o risco desponta como uma variável ligada ao desequilíbrio do contrato; já nas concessões e PPP, além desse viés, o risco também desponta como condicionante da remuneração auferida pelo concessionário, que variará consoante a performance no exercício do direito de exploração outorgado. O enfoque, assim, justifica-se por essa natureza dual do risco. Cf. Melo, 2011, pp. 108-110; Gonçalves, 2019, pp. 325-326.

²⁶ Considerando que têm por objeto prestações de trato sucessivo, potencialmente infinitas. Cf. Almeida, 2021b, pp. 423-424.

²⁷ Alves, 2017, pp. 84-85.

²⁸ Almeida, 2015, p. 681.

²⁹ Justen Filho, 2016, pp. 603-604.

³⁰ Marques Neto & Loureiro, 2019, pp. 138-139.

Ainda que a nomenclatura possa variar entre “equilíbrio econômico-financeiro” e “equilíbrio financeiro”, a divergência é aparente, vez que “só por comodidade se passou a usar a expressão ‘equilíbrio financeiro’ em detrimento da mais correcta expressão ‘equilíbrio econômico-financeiro’”, a qual, contudo, não engloba somente os “custos e benefícios financeiros, realizáveis em dinheiro, [...], mas sim os custos e os benefícios econômicos que cada uma delas [as partes] espera obter através da execução do contrato”³¹.

Por isso é que se mostra útil a definição de uma equação, considerando que não existe um elemento isolado que caracterize o equilíbrio financeiro de um contrato. A equação pode parecer simples de ser visualizada em um contrato de compra e venda imediata, também chamado de contrato de desembolso³². Isso, contudo, já não sucederá em concessões que envolvam prestações de trato sucessivo e vultosos investimentos, por um longo prazo. O panorama fica mais complexo se o contraente público decidir pela construção de um empreendimento maior e pelo não desembolso de quaisquer valores nem por isso nem pela sua concepção, exploração e manutenção, devendo o operador extrair a sua contrapartida do fluxo de caixa gerado.

O primeiro exemplo citado corresponde a uma concessão (comum) e o segundo, a uma PPP, no bojo da qual foi adotado o regime de *project finance*³³, dando ensejo à criação de uma SPE³⁴ de que emergirão outros *players*, além das partes (formalmente) contratantes, como bancos, acionistas, seguradoras, etc.

Malgrado distintos, ambos foram relatados com o objetivo comum de demonstrar que, nesses casos, a equação financeira da avença emergirá complexa de se enxergar, embora isso seja determinante para a sua própria formação. É que a decisão de contratar – a ser tomada por ambas as partes, ainda que em momentos distintos, em termos procedimentais –, pressuposto de existência do contrato, é orientada por critérios de planejamento, racionalidade, eficiência e economicidade, que se voltam precisamente à projeção/estimativa que se faz do equilíbrio representado pela equação. Esse equilíbrio não precisa transmitir a ideia de igualdade, mas de justiça³⁵ (comutativa), equivalência³⁶

³¹ Alves, 2017, p. 86.

³² Moreira, 2013, p. 10.

³³ *Project finance* não significa apenas “financiar projetos”, o que pode ser feito através de métodos tradicionais, como emissão de dívida, empréstimo, etc. Mais do que um financiamento, trata-se de um “método de ‘engenharia financeira’, com base em empréstimos contra o fluxo de caixa gerado apenas pelo projeto”, cujo sucesso depende de uma avaliação detalhada dos riscos e da compreensão que cada sujeito envolvido (desde financiadores a trabalhadores) tem da sua função no empreendimento. Cf. Yescombe, 2014, pp. 1-7; Cabral, 2018, pp. 91-93; Almeida, 2015, p. 686.

³⁴ SPE é uma sociedade, geralmente criada sob a forma de empresa limitada ou sociedade anônima, cujo único negócio consiste em representar, gerir e administrar a PPP.

³⁵ Gonçalves, 2019, p. 331.

³⁶ Moreira & Guzela, 2019, p. 425.

ou proporção, sendo certo que as prestações convencionadas poderão se mostrar insuscetíveis de valoração precisa³⁷, ainda mais para o futuro.

Aqui, então, surge o conceito de *caso base* ou *cenário base*³⁸, enquanto “instrumento de demonstração do equilíbrio inicial entre os sacrifícios e os benefícios dos co-contratantes privados”³⁹. Trata-se de documento que reúne as “projeções e estimativas sobre o desenvolvimento do negócio (objeto do contrato de concessão)”⁴⁰, ao nível dos gastos e rendimentos, a fim de orientar o juízo em prol da existência ou não do interesse de contratar. Em rigor, segundo Alves:

os Casos Base reproduzem, para além disso, os termos e condições dos financiamentos de capitais alheios e de capitais próprios, simulam regras de amortização e balanços futuros, prevêm as cargas fiscais, demonstram prazos de reembolso, rácios e cash flow, assumem taxas de inflação e níveis de procura e estabelecem custos de operação e manutenção corrente e extraordinária, numa teia extraordinariamente interconectada de fórmulas e valores⁴¹.

O caso base é de extrema importância, porque é com base nele que se pode extrair a TIR⁴² acionista, *v.g.* Esta corresponde a uma fórmula matemática que possibilita a aferição do ganho financeiro por parte do interessado em contratar com a Administração, mediante a comparação temporal entre o investimento a ser realizado e o fluxo de caixa gerado pelo empreendimento⁴³. É com base na TIR acionista⁴⁴, portanto, que o contrato se mostrará atrativo ou não para o particular, sendo absolutamente decisivo para os financiadores.

Historicamente elaborado por particulares como um documento de orientação, o caso base também vem sendo incluído pela Administração em programas do procedimento (edital), como anexo ao caderno de encargos (minuta do contrato), e, uma vez “contratualizado”, representará, de fato e de direito, o equilíbrio financeiro do contrato. Por isso é que se afirma que o equilíbrio se estabelece no momento em que o contraente público elabora o instrumento convocatório, mas só se perfectibiliza com a assinatura do contrato⁴⁵, já que, antes disso, existe apenas uma projeção. Note-se que a

³⁷ A lógica da proporção/equivalência impede, por certo, a formação de contratos excessivamente desproporcionados quanto às obrigações.

³⁸ Plano de negócios, no Brasil. Cf. Garcia, 2019, pp. 248-249.

³⁹ Alves, 2017, p. 83.

⁴⁰ Gonçalves, 2019, p. 329.

⁴¹ Alves, 2017, p. 88.

⁴² Existem, pelo menos, quatro funções diferentes para a TIR: (i) TIR acionista, já mencionada; (ii) TIR regulatória, que possibilita o cálculo do valor da tarifa a ser cobrada dos utentes; (iii) TIR reequilíbrio, que subsidia o cálculo de eventual reequilíbrio financeiro; (iv) TIR efetiva, que afere a rentabilidade concreta do contrato, após o advento do termo. Cf. Ribeiro & Sande, 2021, pp. 3-4.

⁴³ Martins, 2011, pp. 6 e 17.

⁴⁴ Doravante denominada de TIR.

⁴⁵ Justen Filho, 2016, p. 606.

perfectibilização do equilíbrio não depende necessariamente da contratualização do caso base, embora isso seja útil para se visualizar a equação que o representa⁴⁶.

Contratualizado ou não, o fato é que o caso base também possui outra utilidade, qual seja, a de identificar, previamente, os riscos envolvidos no negócio⁴⁷, os quais, por conta disso, vêm deixando de ser considerados como uma “externalidade/fatalidade”, para assumir a condição de *parte integrante do seu equilíbrio*.

É verdade que, em termos históricos, a doutrina do equilíbrio financeiro surgiu como um movimento reacionário da jurisprudência do *Conseil d'État* às vicissitudes contratuais, muitas vezes causadas pela Administração, no exercício de suas prerrogativas exorbitantes. Os tempos, contudo, são outros, tanto pela existência de limites jurídicos ao exercício dessas prerrogativas, quanto pela já mencionada lógica de planejamento, eficiência e economicidade que guia as partes no procedimento de contratação. Atualmente, portanto, a doutrina do equilíbrio financeiro não possui viés meramente reacionário, mas também preventivo, exsurgindo como um meio de se identificar e alocar *ex ante* os riscos envolvidos no (futuro) contrato, contribuindo para a sua estabilidade⁴⁸.

E, uma vez identificados e alocados os riscos, com a formação ou não da matriz contratual de riscos⁴⁹⁻⁵⁰, será menor o espaço da imprevisão ou pelo menos maior o ônus argumentativo pela sua ocorrência. Daí porque, em Portugal, se afirma que o risco recorta negativamente o caso imprevisto⁵¹, sendo certo que o “lesado” só terá direito de exigir a modificação do contrato ou uma compensação por equidade, se os prejuízos ultrapassarem os riscos que foram razoavelmente assumidos [CCP, 312.º, b); DLPPP, 6.º, i)].

Essa afirmação não fazia muito sentido no Brasil, principalmente porque o esquema de repartição dos riscos era estanque, com a imputação do caso imprevisto sempre ao contraente público, para efeito da recomposição do equilíbrio contratual (ALLC, art. 65, II, d)⁵². Todavia, antes mesmo do advento da LLC, a mesma já começou a se mostrar pertinente, à luz do que dispõe o art. 5.º, III, da LGPPP, no sentido da necessidade de “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a [...] álea econômica extraordinária”. Felizmente, esse raciocínio foi incorporado na LLC (arts. 22,

⁴⁶ Campos & Brandão, 2020, p. 102; Justen Filho, 2021, pp. RL-1.7.

⁴⁷ O poder de identificação e avaliação *ex ante* dos riscos é mitigado pelos limites da cognoscibilidade humana. Cf. Valle, 2005, p. 16.

⁴⁸ *Idem*, pp. 17-19; Guimarães, 2019, pp. 99-100.

⁴⁹ A matriz de risco representa visualmente (traçado ou tabela, v.g.) os riscos envolvidos no negócio, a partir da interseção dos seguintes critérios: (i) natureza do risco; (ii) possibilidade de sua ocorrência; (iii) alocação; (iv) mitigação em razão de transferência a subcontratantes ou seguradoras; (v) impacto financeiro. Cf. Cabral, 2018, pp. 85-86; Yescombe, 2007, pp. 245-247; Hopkin, 2017, pp. 21-23.

⁵⁰ No Brasil, a matriz de riscos é de elaboração obrigatória nas hipóteses listadas no art. 22, § 3.º, da LLC; já em Portugal, só em caso de PPP (DLPPP, art. 7.º, n.º 2).

⁵¹ Leitão, 2012, p. 06; Melo, 2011, p. 85; Correia, Torgal, & Sánchez, 2010, pp. 166-168.

⁵² Aragão, 2013, p. 59.

§§ 1.º a 3.º, 103, §§ 4.º e 5.º, e 124, II, d, parte final), aplicável a toda contratação pública, muito embora tal diploma pudesse ter avançado mais, no que se refere às consequências da configuração do caso imprevisto, como veremos no penúltimo capítulo.

De outro giro, o risco também se revela decisivo para a configuração do dever de repor o equilíbrio financeiro, o qual não representa uma “garantia de gestão equilibrada da empresa co-contratante”⁵³. Deveras, “qualquer contrato envolve, em condições normais, um risco para as partes que, procurando benefícios, poderão não os encontrar e, até, conhecer perdas”⁵⁴. É o que se infere dos arts. 282.º, n.ºs 2 e 6, do CCP e 22, §§ 1.º a 3.º, 103, §§ 4.º e 5.º, e 124, II, d, parte final, da LLC.

Uma vez relacionados a vicissitudes passíveis de ocorrer ao longo da execução do contrato, o caso imprevisto e o direito à reposição serão examinados adiante. Por ora, analisaremos o risco, enquanto elemento que, uma vez alocado às partes, integra o seu equilíbrio (LLC, art. 103, § 5.º, primeira parte). Pela sua relevância e polissemia⁵⁵, designamos-lhe um tópico específico.

3.2 O risco

O risco é uma constante em evidência na sociedade atual, cada vez mais assolada por incertezas que circundam o modo com que o homem produz e se relaciona⁵⁶. Embora sejam crescentes os estudos sobre o tema, no âmbito dos mais diversos ramos do direito (administrativo, civil, ambiental, etc), a verdade é que inexiste um conceito uniforme de risco⁵⁷ – talvez em razão da multiplicidade de tipos –, mas apenas um consenso de que se trata de figura pertencente ao campo das incertezas e das possibilidades.

A noção de risco é usualmente associada à de perigo⁵⁸, enquanto eventualidade danosa. Essa aproximação é criticada na esfera do direito do ambiente, por exemplo, ao fundamento de que tais figuras se distinguem pela “maior ou menor probabilidade/previsibilidade de ocorrência do evento lesivo”⁵⁹. Assim, se a chance de ocorrência do evento (necessariamente lesivo) for alta, ou seja, provável, haverá perigo; se baixa, ou seja, possível, mas incerta, ter-se-á o risco.

Pensamos que esse raciocínio faz sentido no âmbito do direito do ambiente, cujo escopo é o de proteger e “assegurar o aproveitamento racional de bens cuja progressiva escassez pode fazer perigar as condições de vida da espécie humana no planeta”⁶⁰.

⁵³ Correia, 1972, p. 33.

⁵⁴ Correia, 1972, p. 33.

⁵⁵ *Idem*, pp. 61-79; Santos, 2015, p. 15.

⁵⁶ Beck, 2011.

⁵⁷ Melo, 2011, pp. 61-79; Hopkin, 2017, pp. 15-16.

⁵⁸ *Ibidem*; Melo, 2011, p. 63.

⁵⁹ Gomes, 2007, pp. 152-157.

⁶⁰ Gomes, 2007, p. 109.

Contudo, já não faz quando a temática envolve o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, embora o caso seja mesmo de se criticar a aproximação entre as figuras.

Por um lado, porque, nesta seara, o risco desponta como fator que pode ensejar prejuízos e/ou benefícios, como exemplificam os arts. 341.º do CCP, 6.º, n.º 1, n), e 21.º do DLPPP e 5.º, IX, da LGPPP, ao preverem a obrigatoriedade de compartilhamento de ganhos/vantagens imprevistos obtidos pelo cocontratante em uma PPP. Assim, não é correto afirmar que o risco está inexoravelmente ligado a eventos negativos para quem o assume, já que talvez desemboque numa situação positiva⁶¹. Por outro, porque a circunstância de o risco ter sido antevisto e alocado pelas partes em dado contrato, torna, pelo menos a uma primeira vista, desimportante a análise sobre a possibilidade ou probabilidade de ocorrência do evento por ele abrangido.

Por isso é que discordamos de alguns doutrinadores, no ponto em que fazem uso de parte do raciocínio jusambientalista, para o fim de sustentar que o maior ou menor grau de previsibilidade (em abstrato) do evento é critério definidor do risco, sob pena de se transmutar no caso imprevisto⁶². De fato, existe uma fronteira entre essas figuras, consoante já apontamos supra. Entretanto, temos que a mesma não é demarcada pela previsibilidade em abstrato de ocorrência de um evento, mas pela ponderação/atribuição realizada em concreto pelas partes, sendo certo que imprevisível é diferente de imprevisto⁶³.

Logicamente, poderão surgir questões relacionadas à legitimidade dessa alocação ou até mesmo do enquadramento de um evento em uma determinada esfera de risco, principalmente quando as consequências destoarem dos parâmetros da razoabilidade⁶⁴. Porém, discussões como essas podem suceder tanto no que se refere a eventos possíveis, quanto prováveis.

Dessa forma, nesta reflexão, preferimos definir o risco como evento possível de ocorrer, com consequências positivas ou negativas e que, uma vez alocado um dos contraentes (ou repartido entre ambos), constitui parte integrante do equilíbrio contratual⁶⁵. Quanto aos riscos extracontratuais, isto é, aos não abarcados pelo clausulado, caberá ao intérprete encontrar uma solução às consequências de eventual materialização⁶⁶, que poderá envolver flutuações normais da avença, caracterização do *factum principis* ou do caso imprevisto, por exemplo.

3.2.1 Os diferentes tipos de risco

⁶¹ Hopkin, 2017, pp. 15-16; Melo, 2011, p. 72; Oliveira, 2016, p. 409.

⁶² *Idem*, p. 160; Leitão, 2012, p. 06.

⁶³ O caso imprevisto depende de outros requisitos, abordados no capítulo seguinte.

⁶⁴ Correia, Torgal, & Sánchez, 2010, p. 167.

⁶⁵ Justen Filho, 2021, pp. RL-1.36.

⁶⁶ Guimarães, 2019, pp. 108-109.

No capítulo 2, assinalamos que o risco é um elemento presente em todos os contratos administrativos, mas que, no bojo das concessões e PPP, assume particular importância. De fato, além de estar associado a vicissitudes contratuais – que podem ocorrer em qualquer tipo de contrato de colaboração subordinada –, o risco também se apresenta como elemento condicionante da remuneração auferida pelo concessionário, a qual variará, para mais ou para menos do que o esperado, consoante a sua performance no exercício do direito de exploração que lhe foi outorgado.

Neste cenário, revela-se de particular importância o conceito de risco de exploração, previsto nos arts. 413, n.º 1, do CCP e 5.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2014/23/UE⁶⁷, o qual implica que, “em condições normais de exploração, não há garantia de que [o concessionário] recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão”. Dois são os requisitos para sua verificação: (i) um positivo, traduzido na “exposição real à incerteza do mercado”; (ii) outro negativo, relativo à “inexistência de cláusulas contratuais de garantia suprimindo o grau mínimo de transferência de risco legalmente exigido”⁶⁸ (cláusulas de *break even*).

Esse é um instituto que representa o “aspecto qualificatório fundamental das concessões de atividade pública”, não se podendo legitimamente empregá-las se “a atividade desenvolvida pelo cocontratante não está exposta à incerteza do mercado ou se aquele é protegido nessa exposição por cláusulas de garantia que o salvaguardem da possibilidade de incorrer em perdas significativas”⁶⁹. No Brasil, também vigora esse entendimento, *ex vi* do art. 2.º, II e III, da LGC.

Sucedem que o risco de exploração não corresponde a um tipo específico de risco, porque, em rigor, está ligado a mais de um elemento, quais sejam, procura/demanda e/ou oferta/disponibilidade⁷⁰. De acordo com o Considerando n.º 20 da Diretiva n.º 2014/23/EU:

Por risco de procura deverá entender-se o risco associado à procura efetiva de obras ou serviços que são objeto do contrato. Por risco de oferta entende-se o risco associado ao fornecimento de obras ou à prestação de serviços que são objeto do contrato, em particular o risco de a prestação de serviços não corresponder à procura.

Feito esse registro, importa agora avançar na identificação dos tipos de risco, para, em seguida, discorrer sobre a respectiva distribuição. Essa é uma questão crucial, da qual

⁶⁷ A consolidação do risco como traço distintivo das concessões operou-se por meio da Diretiva 2014/23/UE, mas foi fruto da jurisprudência do TJUE. Cf. Acórdãos *Parking Brixen* e *Norma-Dekom*.

⁶⁸ Torgal, 2021, p. 683.

⁶⁹ Torgal, 2021, p. 683.

⁷⁰ Santos, 2015, p. 31.

pode depender o sucesso do negócio, na perspectiva de ambas as partes: (i) do contraente público, para aferição do *VfM*⁷¹⁻⁷²⁻⁷³; (ii) do privado, para a obtenção do lucro legitimamente buscado, sendo certo que o menor ou maior grau de transferência de risco releva para fins de precificação, o que deve ser ponderado, na avaliação da atratividade e sustentabilidade do projeto.

Pelo que podemos observar, não existe um critério único para se avaliar os riscos, em termos qualitativos⁷⁴. Encontramos:

- (i) doutrina que os divide em riscos *exógenos* (econômico, de força maior, meteorológico, financeiro e político-legislativo) ou *endógenos* (de projeto, construção, ambiental, exploração e manutenção, financiamento e regulatório) ao contrato⁷⁵;
- (ii) outra, que encontra três níveis: *macro*, exteriores ao projeto (político-legislativo, econômico, social e meteorológico); *meso*, internos ao projeto (implementação, procura, localização, *design*, construção, tecnologia, etc); e *micro*, no seio das relações entre os diferentes *stakeholders* do negócio (não apenas partes formais do contrato, como sócios, colaboradores, trabalhadores, etc)⁷⁶;
- (iii) uma terceira via, que discrimina os riscos em *políticos* (apoio ao projeto, guerras e distúrbios civis, expropriação/confisco, estabilidade governativa, rescisão contratual pelo poder público, etc); *localização* (aquisição do local, condições do solo, licenças de construção e ambientais, arqueologia, direitos de passagem, acesso a água, energia, estradas, etc); de *construção* (crédito/financiamento insuficiente, custos adicionais, insumos, mão de obra, empreiteiro/ subempreiteiro, mudança cronograma, defeitos latentes/sujeições imprevistas); de *conclusão* (instalação, atraso na construção/perda receita de operação, custos de financiamento); e de *operação* (uso, rede, pagamento, procura,

⁷¹ Geralmente associado às PPP, mas também aplicável às concessões comuns, o *VfM* corresponde a um juízo de custo/benefício entre a via contratual eleita e os “custos e despesas que o ente público teria que integralmente suportar se decidisse construir, operar ou manter a infra-estrutura desejada pelo método tradicional”. Cf. Cabral, 2018, pp. 75-83; Valaguzza & Parisi, 2020, p. 65; Yescombe, 2007, p. 243-266.

⁷² O cálculo do *VfM* envolve fatores de natureza quantitativa e qualitativa. Estes estão associados à inovação, eficiência e satisfação dos utentes; aqueles, ao comparador do setor público, resultante da análise do custo do projeto, caso fosse realizado mediante a contratação pública tradicional.

⁷³ Para o TC português, a omissão do estudo comparador público, exigido pelo DLPPP, para o lançamento de uma parceria enseja recusa de visto, por violar normas financeiras. Cf. Acórdão n.º 18/2020.

⁷⁴ A avaliação qualitativa dos riscos difere da quantitativa: esta visa definir o quanto de risco será transferido ao cocontratante, sendo certo que isso terá um preço; aquela, “identificar os tipos de riscos e decidir de que modo os distribuir e a quem”. Cf. Terrinha, 2011, pp. 113-114.

⁷⁵ Bockmann Moreira, 126 e ss *Apud* Oliveira, 2016, p. 414.

⁷⁶ Terrinha, 2011, pp. 116-117; Santos, 2015, pp. 21-22.

- disponibilidade, qualidade do serviço/obra, custos operacionais, manutenção, força maior, alteração na especificação do projeto, etc)⁷⁷;
- (iv) uma quarta, que classifica os riscos à luz do momento de sua ocorrência ao longo da vida do contrato, dividindo-os em *riscos políticos e econômicos* (oposição política, alterações legislativas, taxas de juros, câmbio, inflação), *riscos de concepção e construção* (aquisição de terrenos, licenças e alvarás, achados arqueológicos, atraso da obra, etc) e *riscos de funcionamento* (procura, manutenção, força maior, valor residual, etc)⁷⁸; e
- (v) uma última, considerando a “evolução temporal” da execução dos contratos, reparte os riscos em *de concepção/construção* ou *de operação/exploração*⁷⁹.

Como se percebe, os riscos são vários e das mais diversas gamas⁸⁰, razão pela qual seria impossível abordá-los exaustivamente. Discorreremos, então, brevemente, sobre três tipos específicos, sem tomar partido por qualquer critério de classificação.

Em primeiro lugar, destacamos o *risco político-legislativo*, o qual decorre de eventuais ações e/ou interferências estatais no contrato, por meio do executivo e legislativo, principalmente no que se refere ao enquadramento legal ou das normas legais aplicáveis⁸¹⁻⁸². Geralmente estão associados a instabilidades políticas, inconversibilidade da moeda local, inadimplemento do poder público, nacionalização/confisco de bens/ativos, rescisão contratual antecipada e alterações legislativas (fiscal, civil, etc), a respeito das quais cabe indagar se ostentam natureza geral ou especial, principalmente para efeito de configuração do *factum principis*, consoante abordaremos mais adiante.

Os riscos político-legislativos são relativamente pequenos em países desenvolvidos (embora haja possibilidade de sua implementação, tendo em vista que os contratos concessionais geralmente são de longa duração), mas são altamente temidos, e por isso custosos, nos que estão em desenvolvimento, muitas vezes devido ao fato de o próprio Estado descumprir a sua legislação. Nesses casos, mesmo a atuação do judiciário pode estar associada aos riscos políticos, no que se refere a aspectos formais de julgamento dos processos, à estabilidade de sua jurisprudência e à morosidade com que (não) atua⁸³.

Em regra, este risco fica alocado ao contraente público, embora seja plausível o argumento de que “deva ser suportado [em alguma medida] pelo parceiro privado, uma

⁷⁷ Yescombe, 2007, p. 242.

⁷⁸ Cabral, 2018, pp. 86-87.

⁷⁹ Melo, 2011, p. 146.

⁸⁰ Cabral, 2018, p. 85.

⁸¹ Melo, 2011, pp. 163-164; Terrinha, 2011, p. 124.

⁸² O contrato administrativo deve prosseguir o interesse público, o que também é feito pela Administração mediante a prática de atos fora do contrato.

⁸³ *Ibidem*.

vez que em abstrato essas alterações [ou alguma delas] são expectáveis”, sendo “irrealista pensar que o conjunto de disposições legais se vão manter inalteradas ad eternum”⁸⁴.

Outro risco digno de nota é o *risco ligado à localização* do projeto. Trata-se de um risco que compreende uma panóplia de fatores, desde a disponibilidade do terreno até a aptidão de o mesmo ser utilizado, o que inclui, designadamente, condições de acesso, geologia do local, possibilidade de achados arqueológicos, condições do solo, obtenção de licenças ambientais e urbanísticas, servidões e abastecimento de água e/ou energia⁸⁵. Esse risco também pode estar associado a outro, qual seja, o de realizar expropriações, notadamente quando a responsabilidade pela condução e realização do processo tenha sido delegada ao cocontratante⁸⁶. Logicamente, caberá ao poder público efetuar, previamente, a declaração de utilidade pública, sob pena de ser responsabilizado.

Por que ligado, em alguma medida, a circunstâncias pré-existentes, o risco envolvendo a localização do projeto pode ser mitigado tanto pelo Poder Público quanto pelo interessado em adjudicar, mediante a realização prévia de estudos e vistorias no local, embora possam surgir casos de sujeições imprevistas, isto é, de circunstâncias prejudiciais à execução do contrato, que, embora já existentes, não eram possíveis de se prever⁸⁷, antes de serem descobertas⁸⁸. A doutrina geralmente imputa ao contraente público o dever de arcar com os custos a mais nessa hipótese, o que, a depender do caso concreto – se a escolha do terreno foi sua ou não, *v.g.* –, faz sentido, desde que tal imputação não isente o cocontratante das perdas resultantes da má gestão, negligência ou imperícia na condução do negócio.

No que se refere à obtenção de atos autorizativos, tais como licenças urbanísticas ou ambientais, também se argumenta que tal risco deveria ficar a cargo do poder público, vez que estaria em melhores condições para ultrapassá-lo⁸⁹. Não obstante, importa ter em mente que a obtenção de tais atos pode estar associada a atitudes a serem tomadas pelo cocontratante, tal como o modo e as circunstâncias que o exercerá suas atividades⁹⁰, por exemplo, razão pela qual pensamos que não é possível apontar, *ex ante*, a quem tal risco deverá ser alocado⁹¹.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Yescombe, 2007, pp. 248-253; Terrinha, 2011, pp. 118-120.

⁸⁶ Argumenta-se que tal risco sempre seria do cocontratante, porquanto não se tem como precisar a duração do processo expropriativo e o valor da indenização. Cf. Melo, 2011, p. 153.

⁸⁷ Serão “imprevisíveis as situações que um empreiteiro medianamente diligente, colocado nas circunstâncias específicas daquela obra e daquele contrato, não devesse (não tivesse de) conhecer”. Cf. Oliveira, 2016, pp. 80-81.

⁸⁸ Em Portugal, esta questão coloca-se nas empreitadas e nas concessões com obras, no bojo das quais existe um regime dos erros e omissões que parece ter transferido quase todo o risco para os particulares (CCP, arts. 370.º e ss.).

⁸⁹ Terrinha, 2011, p. 119.

⁹⁰ Oliveira, 2016, pp. 75-76; Leitão, 2012, pp. 16-17.

⁹¹ Em contratos que envolvam obras, porém, já se sabe da necessidade de certos atos administrativos autorizativos, de modo que só o que for superveniente e imprevisível é que poderá receber tratamento diferente.

Finalmente, discorreremos sobre o *risco de procura ou demanda*. Também chamado de risco de mercado ou de tráfego (em concessões rodoviárias), esse é o risco distintivo da maioria⁹² dos contratos concessionais, definindo-se pela chance de a procura ou utilização do empreendimento divergir da inicialmente estimada, fazendo oscilar o lucro projetado. Existem fatores que influenciam, positiva ou negativamente, a demanda por um empreendimento, tais como surgimento de novos concorrentes, aparecimento de novas tecnologias, *marketing*, condições macroeconômicas ou políticas, os quais, contudo, podem ser avaliadas, em menor ou maior medida, para efeito de formulação do preço.

Trata-se de risco geralmente imposto ao cocontratante, ainda que não haja pagamento de tarifas pelos utentes (*shadow toll*⁹³), podendo, igualmente, ser partilhado com o ente público⁹⁴, mediante aportes financeiros, desde que não se torne insignificante ou inexistente⁹⁵. Esse é o tipo de risco cujas consequências, em circunstâncias usuais, podem redundar em perdas ou ganhos, os quais, se ultrapassarem o razoavelmente previsto, deverão ser compartilhados com o contraente público. Logicamente, não é possível estimar de forma precisa a demanda por um empreendimento, principalmente quando o prazo de duração do contrato for longo. Todavia, a projeção⁹⁶ deve ser feita da forma mais diligente e fidedigna possível⁹⁷, sob pena de ser quase certa a necessidade de renegociação do contrato⁹⁸.

3.2.2 Da alocação dos riscos

Constatada a existência de uma pluralidade de riscos, cumpre investigar como os mesmos se distribuem. Esse é um tema cuja abordagem pode variar, a depender se o contrato integra o *marché public* ou de concessões.

De fato, na contratação pública tradicional, o risco é um elemento com espaço reduzido, por uma série de fatores, designadamente: (i) o prazo de duração do contrato geralmente é menor; (ii) o espaço de autonomia decisória do cocontratante é pequeno, estando ligado às decisões normais do seu negócio, desde que obedecidos critérios pré-fixados pela Administração; (iii) a proposta é selecionada com preço certo, o qual, em

⁹² Nos demais, como concessões de abastecimento de águas e tratamento de resíduos sólidos, *v.g.*, pode-se dizer que será o risco de oferta ou disponibilidade.

⁹³ *Shadow toll* é um sistema de portagem virtual, de inspiração inglesa, em que não há pagamento de tarifa pelo utente, sendo a remuneração do concessionário paga pela Administração em função do volume de veículos e da disponibilidade da via.

⁹⁴ Terrinha, 2011, pp. 121-122.

⁹⁵ Esse risco também pode ser repassado aos utentes, mediante aumento/diminuição de tarifas. Cf. Cabral, 2018, p. 87.

⁹⁶ Nunca deixa de ser uma projeção e, portanto, de incorporar uma “álea”.

⁹⁷ O TC brasileiro já considerou inválida matriz contratual de riscos por não conter elementos mínimos “de alocação de responsabilidade pelos riscos identificados entre as partes contratantes, tampouco de definição da respectiva ação mitigadora sob a ótica de subscrever”. Cf. Acórdão n.º 2.628/2020.

⁹⁸ Santos, 2015, pp. 24-25.

circunstâncias normais, deve ser honrado; (iv) o risco está associado a vicissitudes da avença, cujas consequências estão previstas em lei, para efeito de reposição do equilíbrio ou de arbitramento de uma compensação equitativa, a depender do ordenamento. Assim, no *marché public*, não existe muita margem para se discutir sobre alocação dos riscos, os quais, via de regra, são imputados primordialmente ao contraente público⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Por outro lado, o risco é traço marcante nas concessões e PPP, tanto pelas diversas formas com que pode se manifestar, quanto pela necessidade de efetiva transferência ao setor privado. Nestes tipos de contrato, existe, portanto, amplo espaço para se debater sobre a respectiva alocação.

A propósito do tema, cabe-nos, inicialmente, falar sobre a situação do Brasil. Historicamente, a teoria das áleas era adotada (ALLC, art. 65, II, d), para fins de imputação dos riscos às partes, juntamente com as circunstâncias externas e imprevisibilidades que se verificassem ao longo da execução do contrato¹⁰¹. Partia-se de uma divisão apriorística e abstrata dos riscos, entre álea ordinária empresarial, álea extraordinária administrativa e álea extraordinária econômica, sendo que a primeira era atribuída ao cocontratante, porquanto atrelada às condições de desempenho da sua atividade empresarial; a segunda, ao contraente público, já que ligada à atuação estatal, dentro ou fora do poder de conformação da relação contratual; e a terceira, também ao contraente público, que teria o dever de suportar integralmente as consequências da incidência de circunstâncias exógenas sobre o contrato que o onerassem excessivamente. Esse era o entendimento que imperava, mesmo quando as partes decidiam alocá-los com base na sua autonomia contratual.

Havia quem defendesse que essa teoria não se aplicava às concessões comuns¹⁰² – a inaplicabilidade às PPPs era quase unânime, *ex vi* dos arts. 4.º, VI, e 5.º, III, da LGPPP –, mas o fato é que a racionalidade nela contida contaminava a forma como se imputavam os riscos também nesse tipo contratual¹⁰³. Felizmente, com o advento da LLC – aplicável a todos os contratos administrativos, ainda que subsidiariamente às concessões e PPP –, a teoria das áleas parece ter sido superada¹⁰⁴, em face do que dispõem os arts. 22, 103 e 124. Dissemos “felizmente”, porque a identificação e distribuição dos riscos nos contratos concessionais não devem estar limitadas ou orientadas por categorias genéricas, abstratamente concebidas, independentemente das características do negócio. Assim, tal como sucede em Portugal, pode-se afirmar que,

⁹⁹ Valle, 2005, p. 12.

¹⁰⁰ Sobre o esquema de divisão dos riscos nos diferentes tipos de contratação pública, Cf. Cruz & Sarmiento, 2021, pp. 1-3.

¹⁰¹ Garcia, 2019, pp. 42-43; Guimarães, 2019, pp. 100-101.

¹⁰² *Ibidem*; Natal, 2013, pp. 236-237, Dutra, 2017, p. 99.

¹⁰³ Di Pietro, 2020, pp. 168-170; Mello, 2015, p. 805.

¹⁰⁴ Justen Filho, 2021, pp. RL-1.36.

atualmente, no Brasil, é por meio de uma alocação detalhada que se imputam os riscos nos contratos concessionais, assim como as consequências advindas na materialização do evento por eles abrangido.

A transferência do risco é importante, pois está no cerne da aferição do *VfM* e da atratividade com que o empreendimento se mostrará para os operadores privados. Cumpre, então, tecer algumas considerações sobre o tema.

O primeiro aspecto a ser ressaltado consiste no sujeito responsável pela alocação. Muito embora programas do procedimento/editais possam ser objeto de debate público antes da sua publicação, o fato é que a distribuição dos riscos e respectivas consequências é realizada previamente pela Administração¹⁰⁵, quando da elaboração dos referidos documentos¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. O exercício dessa competência, contudo, não se dá – ou não deveria se dar – de maneira contingente, dependendo, antes, de uma *due diligence*¹⁰⁸ em realizar estudos sobre o projeto, avaliação dos riscos, atentando-se para experiência pregressa, relatórios de consultorias internas (em Portugal, destaque-se a UTAP) ou externa e entendimentos emanados pelo Tribunal de Contas. A elaboração de um caso base também auxilia no exercício dessa atividade, a qual também deve ser guiada pelo *princípio da eficiência*, *ex vi* dos arts. 7.º, n.º 1, do DLPPP e 22, § 1.º, da LLC.

A incidência do princípio da eficiência na espécie impõe que os riscos sejam alocados para a parte que melhor possa geri-los, o que “também implica que quem assume o risco deve ter a liberdade de tratá-lo como achar melhor”¹⁰⁹. A ideia é que os mesmos sejam distribuídos para aquela mais capaz de controlá-los ou minimizá-los, isso ao menor custo, observados fatores como (in)aptidões do operador privado, características de cada tipo de risco e repercussão no âmbito da economia do contrato dos custos de prevenção e de eventual ocorrência do evento nele abrangido. A adoção do princípio da eficiência no processo de alocação de riscos implica, portanto, que o processo de distribuição dos riscos seja orientado por critérios jurídicos e econômicos¹¹⁰.

Obedecendo à lógica da juridicidade que rege a Administração, outro princípio a ter em conta é o da razoabilidade, notadamente no que diz respeito a situações complexas ou riscos difíceis, em que nenhuma das partes esteja confortável para geri-los¹¹¹. Nesta hipótese, erro comum do setor público é forçar o cocontratante a aceitar muito risco, o

¹⁰⁵ Gomes, 2008, p. 522.

¹⁰⁶ Nas PPP, “a distribuição dos riscos e dos benefícios pode ser objecto de negociações no decurso do processo”, advertindo a doutrina que, nesse processo negocial, “não raramente, acaba por ser o melhor e mais experiente negociador a assumir a menor quantidade de risco”. Cf. Livro Verde das parcerias público-privadas (COM/2004/0327), p. 13; Terrinha, 2011, pp. 115-116.

¹⁰⁷ Também há situações em que a Administração deixa espaço aos concorrentes para completarem a equação, de acordo com o que foi posto à concorrência.

¹⁰⁸ Yescombe, 2014, p. 197.

¹⁰⁹ Yescombe, 2007, p. 243, Livro Verde das parcerias público-privadas (COM/2004/0327), p. 30; Terrinha, 2011, pp. 115-116.

¹¹⁰ Guimarães, 2019, pp. 105-108; Moreira, 2019, p. 98.

¹¹¹ Terrinha, 2011, pp. 115-116.

que, contudo, pode resultar em um preço exacerbado, tarifas altas aos utentes ou mesmo na necessidade de se renegociar o contrato posteriormente e, ainda, em custos de transação por eventuais litígios. Por certo, também deverá ser observada a existência de disposições legais imputando determinado risco a uma das partes, como sói ocorrer com o art. 9.º, § 3.º, da LGC, *v.g.*, que, ressalvado o imposto sobre a renda, aloca no contraente público o risco de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta.

Bem se vê, portanto, que o processo de alocação de riscos, malgrado regido por princípios jurídicos, deve ser guiado pela autonomia contratual das partes, sendo, por isso, sempre casuístico. Com efeito, não seria vantajoso para quaisquer delas seguir um esquema apriorístico de repartição – como sucedia quando vigorava a teoria das áleas, no Brasil –, uma vez que cada contrato possui suas especificidades¹¹². Essa é uma premissa de extrema importância, sendo certo que uma alocação ótima e bem detalhada dos riscos favorece a ideal modelagem do projeto, conduz ao *VfM*, cria um ambiente estável para as partes, possibilita que a obra e/ou serviço sejam executados adequadamente, auxilia no processo de eventual reequilíbrio e reduz eventuais custos de transação¹¹³.

3.3 Do equilíbrio do contrato caso observada a equação

Do que foi exposto, observa-se que o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos é composto por uma panóplia de fatores e variáveis, tais como riscos, carga tributária, custos de insumo e mão-de-obra, prazo de duração, forma e periodicidade de pagamento da remuneração, etc. A equação que representa esse equilíbrio é difícil de se visualizar em concessões e PPP, porquanto o contrato é complexo, não sendo o investimento privado realizável de imediato, nem mesmo no curto prazo, mas ao longo de vários anos. Daí se elaborar fórmulas para encontrar a TIR, VPL¹¹⁴, CMPC¹¹⁵, *v.g.*, a fim de auxiliar o operador privado não apenas na tomada da decisão de contratar, mas também no cotejo do seu investimento, à luz do futuro¹¹⁶.

Mas, uma vez formada a equação – o que se dá com a assinatura do contrato –, este será reputado estável/equilibrado, quando concretizadas as circunstâncias nela previstas (LGC, art. 10; LLC, art. 103, § 5.º). Convém, entretanto, que os elementos dessa equação sejam firmados com maleabilidade, a fim de se adequarem às conjunturas que poderão

¹¹² *Ibidem*, Guimarães, 2019, pp. 105-108; Melo, 2011, p. 85; Justen Filho, 2021, p. RL-1.7.

¹¹³ Garcia, 2019, pp. 226-231.

¹¹⁴ O VPL “converte valores de diferentes pontos no tempo em valores de hoje, ou seja, transforma valores de períodos de tempo distintos em valores de um mesmo período, permitindo a comparação entre fluxos de caixa de projetos distintos”. Cf. Barbosa, Guerra, & Sampaio, 2019, p. 92.

¹¹⁵ O CMPC consiste na média ponderada dos vários custos componentes. Cf. Garcia, 2019, p. 223.

¹¹⁶ Moreira, 2019, pp. 93-94.

ocorrer no curso do (longo) prazo de execução contratual. Trata-se do que a doutrina chama de *modelo dinâmico de equilíbrio financeiro*¹¹⁷ dos contratos concessionais, em contraposição ao modelo estático de contratos administrativos usuais. Moreira bem explica essa questão:

Durante o longo prazo da concessão comum haverá sucessão interdependente de picos, planícies e vales de ganhos ou despesas. Por isso é um equívoco tentar entender o que se passa na concessão analisando algumas de suas partes numa perspectiva estática, como se tratassem de fotografias, e não um filme de longa-metragem¹¹⁸.

Da compreensão desse dinamismo podem resultar diferentes consequências, como diferentes prazos de pagamento, TIR variável¹¹⁹ e até mesmo mecanismos de acompanhamento do contrato baseado em eficiência¹²⁰. O estabelecimento de revisões periódicas¹²¹⁻¹²² também é um resultado possível, afinal a preocupação em acautelar a equação não é importante só do ponto de vista do cocontratante, mas para o contraente público e coletividade como um todo, uma vez que concorre para um melhor desempenho do contrato.

Decerto, poderão existir controvérsias quanto ao que foi convencionado, mas, se os termos do contrato estiverem atendidos, o equilíbrio estará mantido. Logicamente, o clausulado até pode ser alvo de uma renegociação¹²³⁻¹²⁴, porém essa verdadeira hipótese de modificação ulterior do contrato por acordo das partes não pode alterar a natureza global das prestações principais que constituem o seu objeto – princípio da intangibilidade do objeto do contrato (item 4.4.2) – o que colocaria em crise a proteção à concorrência, transparência e igualdade de tratamento, princípios estruturantes da contratação pública (CCP, art. 313.º)¹²⁵.

3.4 Os diferentes fatores de desequilíbrio

¹¹⁷ Marques Neto & Loureiro, 2019, pp. 149 e ss; Aragão, 2013, p. 49.

¹¹⁸ Moreira *apud* Marques Neto & Loureiro, 2019, pp. 149 e ss.

¹¹⁹ Martins, 2011, p. 25.

¹²⁰ Moreira, 2019, pp. 96-98.

¹²¹ Revisão periódica difere de reajuste automático. Aquela consiste em um verdadeiro reequilíbrio financeiro pré-determinado pelos contraentes; este se destina a reajustar preços mediante índices gerais. Cf. Marques Neto & Loureiro, 2019, pp. 151-152; Campos & Brandão, 2020, pp. 100-101.

¹²² As cláusulas contratuais que assegurem revisões periódicas e/ou reajustes automáticos ao cocontratante devem ser claras, precisas e inequívocas quanto ao seu âmbito e condições de aplicação, devendo, a par disso, constar nos documentos iniciais do procedimento, sob pena de nulidade [CCP, arts. 96.º, n.º 1, j), 300.º e 312.º, a)].

¹²³ Renegociação envolve uma modificação contratual; reajuste ocorre sob um mecanismo definido no próprio contrato.

¹²⁴ Malgrado comuns em concessões e PPP, por conta da longevidade, a doutrina aponta que, por norma, a necessidade de se renegociar o contrato evidencia que o mesmo falhou. Cf. Cruz & Sarmiento, 2021, pp. 9-13.

¹²⁵ TJUE, Acórdão *Pressetext*, 2008; Carvalho, 2014, p. 227; Pereira & Machado, 2017, pp. 179-183.

Embora a contratualização dos riscos acarrete uma série de vantagens, dentre as quais se destaca a de conferir uma maior estabilidade à avença, tal modo de proceder não é suficiente para impedir a ocorrência de eventos que possam impactar no seu equilíbrio¹²⁶. Isso porque a previsibilidade dos fatores desestabilizantes não é absoluta, mormente no que se refere à amplitude de suas consequências, o que pode redundar em casos imprevistos. Ademais, é certo que o contrato administrativo possui uma condição especial de mutabilidade, porquanto sujeito a intervenções diretas ou indiretas do poder público, na condição de gestor e prossecutor do interesse público. São três, portanto, os fatores de desequilíbrio:

3.4.1 Caso imprevisto

O primeiro é o caso imprevisto (CCP, art. 312.º), consequência emblemática do reconhecimento da cláusula *rebus sic stantibus* como máxima relativizante do *pacta sunt servanda*¹²⁷. Os seus fundamentos repousam nos princípios gerais da boa-fé e da proteção à confiança legítima, os quais asseguram a manutenção das representações (de fato e de direito) em que cada parte razoavelmente fundou a sua decisão de contratar¹²⁸. Esse é o panorama que se passa no direito civil (CC português, art. 437.º; CC brasileiro, arts. 478 a 480), regime do qual se originou.

Sucedem que a teoria da imprevisão apresenta um caráter singular no âmbito do direito administrativo, dada a incidência de princípios juspublicistas, *maxime* o da continuidade dos serviços públicos¹²⁹, o qual restringe o direito do cocontratante de resolver unilateralmente a avença na hipótese do caso imprevisto – ressalvada a hipótese em que o mesmo se transmude em força maior [CCP, art. 332.º, n.ºs 1 a), e 2] –, devendo o mesmo recorrer à esfera judicial ou arbitral¹³⁰, diferentemente do que ocorre na esfera cível.

De fato, conquanto se reconheça que os contratos civis possuem uma função social, o direito privado não considera especialmente problemático que, diante de um caso imprevisto, o cocontratante opte pela mera extinção do vínculo. Esse cenário, por outro lado, seria assustador no âmbito dos contratos administrativos, mormente em concessões e PPP, porquanto voltados à prossecução de tarefas públicas, como obras,

¹²⁶ Garcia, 2019, p. 172.

¹²⁷ Segundo a cláusula *rebus sic stantibus*, a continuidade do contrato está sujeita à permanência das circunstâncias de fato existentes ao tempo de sua celebração, de modo que, uma vez alteradas por eventos supervenientes e imprevisíveis, o *pacta sunt servanda* pode ser relativizado. Cf. Garcia, 2019, p. 159; Cunha, 1995.

¹²⁸ Correia, Torgal, & Sánchez, 2010, p. 167; Almeida, 2010, pp. 830-831.

¹²⁹ Cadilha, 2016, pp. 7-8.

¹³⁰ Lado outro, o CCP previu, no art. 335.º, que o contraente público tem o direito de resolver o contrato diante do caso imprevisto, opção que entendemos assumir caráter residual, já que, por norma, o interesse público é pela manutenção do vínculo.

instalações ou serviços de utilidade geral, as quais não podem ser descontinuadas abruptamente. Porém, “se, de um lado, aquela desvinculação não pode em princípio ser admitida, tão-pouco pode, de outro lado, a manutenção rígida das condições contratuais ser autorizada”¹³¹, sob pena de ruína do cocontratante e subsequente incapacidade de cumprimento da avença. Assim é que o contraente público será chamado a auxiliá-lo, modificando o contrato¹³² ou compensando-o (CCP, art. 314.º, n.º 2), não porque provocou o prejuízo, mas para assegurar a manutenção de suas atividades.

O caso imprevisto, entretanto, pode ser invocado por quaisquer das partes¹³³, desde que preenchidos os seguintes requisitos¹³⁴: (i) imprevisibilidade e a anormalidade do evento; (ii) externalidade do evento face ao contrato; (iii) desarranjo significativo da economia do contrato, com prejuízo excessivo para uma parte em detrimento da outra; (iv) possibilidade de subsistência do vínculo.

Quanto ao requisito (i), é certo que durante a execução contratual podem decorrer eventos não previstos pelas partes, o que é até provável em contratos complexos e de longa duração. Todavia, há aqueles que escapam à lógica da normalidade, “que vão para lá dos cálculos que as partes podiam e deviam fazer no momento de celebração do contrato”¹³⁵. A imprevisibilidade e a anormalidade, portanto, podem estar ligadas ao evento propriamente dito ou à amplitude de suas consequências, devendo ser avaliadas, em concreto, à luz da boa-fé e da razoabilidade, consoante o nível de conhecimento existente e o grau de diligência empregado à época da formação do vínculo¹³⁶.

No que se refere ao (ii), o evento deve ser extrínseco ao contrato, mais precisamente à atuação das partes, enquanto contratantes. Por isso é que, em Portugal, o caso imprevisto é denominado de alteração objetiva das circunstâncias, já que recai de forma objetiva sobre o contrato, independentemente da vontade dos contratantes. Trata-se de um requisito cujo âmbito porque variar, mesmo em França¹³⁷, porque, excetuados fatos da natureza ou os imputados a uma coletividade, depende da concepção que se faça do *factum principis*, a saber, se essa última figura engloba toda a atuação extracontratual do poder público ou apenas os atos imputáveis ao contraente público, fora do exercício do seu poder de conformação da relação contratual.

Com relação ao (iii), é igualmente necessário que o caso imprevisto provoque um transtorno significativo no equilíbrio financeiro do contrato, causando onerosidade excessiva para uma parte em desfavor de outra. A onerosidade deve ser de tal ordem que

¹³¹ Sánchez, 2017, pp. 998-1002.

¹³² O caso imprevisto constitui, portanto, uma possível causa de modificação do contrato, a qual não pode se dar de maneira unilateral, mas por acordo das partes. Cf. Amaral, 2011, p. 644; Almeida, 2021, pp. 575-576.

¹³³ Fontoura, 2021, p. 459

¹³⁴ Cadilha, 2016, pp. 11 e ss; Oliveira, 2016, pp. 60 e ss.

¹³⁵ Oliveira, 2016, p. 64.

¹³⁶ Cadilha, 2016, p. 11.

¹³⁷ Sánchez, 2017, p. 1007.

abale substancialmente a economia do contrato¹³⁸, em patamar superior às oscilações decorrentes dos riscos que foram razoavelmente assumidos. Os “riscos normais” do negócio demarcam, portanto, a fronteira com a imprevisão, devendo ser aferidos consoante as circunstâncias do negócio e as cláusulas pactuadas¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Finalmente, quanto ao (iv), tem-se que o caso imprevisto, malgrado deturpe consideravelmente a economia do contrato por circunstâncias alheias à vontade das partes, não pode tornar impossível o seu cumprimento, sob pena de se transmutar em *caso fortuito ou força maior*¹⁴¹. Por serem inevitáveis e irresistíveis, essas duas últimas figuras representam uma causa de exclusão total da responsabilidade do lesado pelo descumprimento da avença, autorizando o desfazimento do vínculo em definitivo [CCP, arts. 330.º e 332.º, n.ºs 1, a), e 2]¹⁴²⁻¹⁴³. A “imprevisão”, por outro lado, pressupõe a viabilidade de manutenção do contrato, ainda que com esforços.

3.4.2 *Jus variandi*

O *jus variandi* consiste na prerrogativa que o contraente público possui de modificar unilateralmente o modo de execução ou o conteúdo da prestação assumida pelo cocontratante, independentemente de prévio acordo entre as partes ou de decisão judicial. Esse é um dos “poderes exorbitantes” mais notáveis¹⁴⁴ dentre os outros existentes [CCP, art. 302.º, c); LLC, arts. 104, I, 124, I], por se contrapor com a tradicional lógica de estabilidade de que se revestem os contratos (CCP, art. 286.º). Fundamenta-se, contudo, na necessidade de se compatibilizar o intuito lucrativo buscado pelo cocontratante com o interesse público que deve ser assegurado e prosseguido pela Administração, que, pela sua natureza, é dinâmico¹⁴⁵.

A *potestas variandi* constitui, assim, um desvio ao *pacta sunt servanda*¹⁴⁶, o que pode ocorrer em caso de “necessidades novas ou de uma nova ponderação das

¹³⁸ A onerosidade excessiva deve ser analisada em concreto, “pelo que é, à partida, de excluir, a referência a valores específicos ou critérios rígidos de definição do quantum do prejuízo”. Cf. Cadilha, 2016, p. 12.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Não seria admissível uma cláusula contratual que afastasse por completo a aplicabilidade da teoria da imprevisão no âmbito de um dado contrato administrativo, uma vez que tal instituto decorre de princípios estruturantes do ordenamento, servindo como verdadeira “válvula de escape” para a parte que se encontre excessivamente onerada em sua prestação. Cf. Cadilha, 2016, pp. 12-13; Correia, Torgal, & Sánchez, 2010, pp. 166-168.

¹⁴¹ Embora haja quem não os diferencie, o caso fortuito corresponde aos eventos da natureza (terremoto, furacão, raios, etc.); já o caso de força maior consiste em um fato de terceiro ou de uma coatividade de pessoas, pelo qual nenhuma das partes contratantes são responsáveis (ex: guerra, greve, etc.). Cf. Oliveira, 2016, p. 69; Meirelles, 2016, pp. 268-269.

¹⁴² Gomes, 2008, pp. 539-540; Carvalho, 2020, pp. 207-208.

¹⁴³ Durante o período de sua ocorrência, o caso fortuito e a força maior também têm o condão de autorizar a suspensão de eficácia do vínculo, *ex vi* do art. 297.º, a), do CCP.

¹⁴⁴ Sousa & Matos, 2008, p. 354; Gomes, 2008, p. 523.

¹⁴⁵ Fontoura, 2021, p. 438.

¹⁴⁶ Otero, 1996, pp. 925-928.

circunstâncias existentes” [CCP, art. 312.º, c)]¹⁴⁷⁻¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Trata-se de um poder-dever de caráter ancilar, irrenunciável e que independe de previsão no contrato, resultando, antes, do regime publicista que orienta a função administrativa¹⁵⁰. O seu exercício se dá através da prática de um ato administrativo [CCP, art. 307.º, n.º 2, b)] lícito¹⁵¹ no bojo do contrato, o qual deve ser fundamentado e tornado público (CCP, art. 315.º), a fim de possibilitar o controle do juízo de discricionariedade¹⁵²⁻¹⁵³ levado a cabo pela Administração.

O poder de modificação unilateral distingue-se de outro poder exorbitante, qual seja, o de direção, uma vez que este visa “colmatar eventuais lacunas de regulação ou densificação do modo de execução das prestações, evitando assim que o escopo do contrato seja diminuído ou mesmo desviado”; já aquele, definir soluções diferentes no que toca ao objeto contratual ou ao modo de sua execução¹⁵⁴. Trata-se do poder que melhor representa o estado de sujeição¹⁵⁵ assumido pelo cocontratante no momento da celebração de um contrato de colaboração subordinada, já que o mesmo fica obrigado a aceitar a variação de sua prestação, desde que observados certos *limites*.

Estes são de dupla natureza: (i) quantitativa, isto é, relacionado à quantidade e/ou percentual da prestação pactuada [CCP, art. 313.º, n.ºs 3 a 6; ALLC, art. 65, § 1.º; LLC, art. 125¹⁵⁶]; e (ii) qualitativa, relacionado ao objeto contratual, a qual não pode ser desconfigurada. De fato, “a modificação fundada em razões de interesse público não pode ter lugar quando implicar uma modificação substancial do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto” (princípio da intangibilidade do objeto do contrato – CCP, art. 313.º, n.ºs 1 e 2). Assim, o contraente público pode alterar a prestação do cocontratante no que respeita à quantidade, modelo, condições técnicas e

¹⁴⁷ As razões de interesse público que fundamentam o exercício do *jus variandi* podem ou não ser supervenientes, “e, quando o sejam, basta-se com esse[sic] superveniência, abstraindo-se dos critérios da anormalidade e imprevisibilidade”, os quais são exigidos somente para o caso imprevisto. Cf. Oliveira, 2016, p. 109; Antônio, 2015, pp. 6-7.

¹⁴⁸ O TCA-Norte já entendeu que “a ponderação de circunstâncias existentes, [...], deverá ter lugar, sempre e apenas, quando essas circunstâncias não existiam nem eram previsíveis na altura da preparação e celebração do contrato”. Cf. Acórdão de 05 de março de 2021.

¹⁴⁹ No caso das concessões, o CCP também prevê outras hipóteses de poder de modificação unilateral, consistente na prerrogativa de exigir a partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros e dos trabalhos a mais – arts. 420.º, d) e 420.º A, respectivamente.

¹⁵⁰ Oliveira, 2016, p. 109; Gomes, 2008, pp. 531-532.

¹⁵¹ O ato ilícito não é uma prerrogativa, mas uma falta cometida pela Administração, passível de penalização contratual.

¹⁵² Oliveira, 2016, p. 138; Gomes, 2008, pp. 532 e 542.

¹⁵³ O art. 20.º, n.ºs 1 a 3, do DLPPP exige que atos desse tipo sejam antecidos de parecer da UTAP, a fim de verificação da comportabilidade dos efeitos financeiros. Cf. Acórdão n.º 7/2019.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 527.

¹⁵⁵ Sánchez, 2017, pp. 991-992.

¹⁵⁶ No Brasil, há quem defenda que os limites quantitativos previstos na lei geral não se aplicam às concessões e PPP, cuja legislação é omissa. Cf. Garcia, 2019, p. 326.

jurídicas de execução, mas não de tal forma que “passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera”¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

Isso basicamente por conta dos princípios da concorrência, transparência e igualdade de tratamento entre os (potenciais) interessados em contratar com a Administração, os quais poderiam restar defraudados caso fossem introduzidas “alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado [...] a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas”¹⁵⁹.

Finalmente, outro limite ao exercício do *jus variandi* são as cláusulas que definem os direitos e deveres recíprocos das partes, máxime a remuneração do cocontratante, enquanto componente do equilíbrio contratual¹⁶⁰. Assim, caso a prestação do cocontratante seja onerada, este fará jus à reposição do equilíbrio (CCP, art. 314.º, n.º 1; ALLC, art. 58, I; LLC, art. 130; LGC, art. 9.º, § 4.º), sob pena de a atuação do ente público assumir alcance expropriativo ou viés de sacrifício¹⁶¹. Nesse caso, o contrato será objeto de duas modificações: uma primeira, unilateral, do seu objeto, por parte do contraente público; e outra, para fins de reposição, em favor do cocontratante.

3.4.3 *Factum principis*

O *factum principis* consiste em um terceiro tipo de vicissitude contratual, de âmbito historicamente controverso, porquanto assente em bases “construídas num tempo em que ainda não havia condições para proceder a diferenciações que, nos nossos dias, se impõe ou, pelo menos, se afigura ajustado introduzir”¹⁶², máxime no que toca à atuação multifacetada do Estado (*lato sensu*) – e multifederativa, no Brasil. Grosso modo¹⁶³, a sua definição depende da concepção ampla ou restrita que se adote a respeito da atuação do poder público fora do exercício do seu poder de conformação da relação contratual, mas que se projete negativamente sobre prestação assumida pelo cocontratante.

À luz da concepção ampla, adotada originalmente pela França e ainda atualmente pelo Brasil¹⁶⁴, o *factum principis* pode ser caracterizado como todo e qualquer ato lícito, geral ou concreto, do poder público gerador de uma situação que onere as condições de

¹⁵⁷ Estorninho, 2003, p. 134.

¹⁵⁸ Amaral, 2011, pp. 628-631.

¹⁵⁹ Em última instância, os limites do art. 313.º do CCP podem levar à extinção do contrato, ocasião em que estará autorizada a deflagração de um novo procedimento. Cf. Almeida, 2010, p. 838.

¹⁶⁰ Sánchez, 2017, p. 992; Fontoura, 2021, p. 447; Tácito, 1992, p. 91.

¹⁶¹ Almeida, 2010, pp. 825-826; Amaral, 2011, pp. 635-636.

¹⁶² Almeida, 2019, p. 12.

¹⁶³ Para um destrinche pormenorizado, Cf. Oliveira, 2016, pp. 330 e ss.

¹⁶⁴ Embora o legislador não tenha se preocupado em estabelecer um conceito para o instituto, esse é o entendimento que impera na doutrina brasileira. Cf. Garcia, 2019, pp. 185-186; Meirelles, 2016, p. 270. Contrariamente, embora com consequências idênticas, cf. Di Pietro, 2020, pp. 608-609.

execução do contrato, sem o ter por objeto, isto é, sem alterar diretamente o clausulado. Com este alcance, o *fait du prince* abrange praticamente todos os tipos de intervenção pública nas condições do contrato, tais como atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo, sejam do contraente ou de outra entidade pública.

Já à luz da concepção restrita, o *factum principis* abrange atos emanados apenas pelo contraente público, no seguimento das suas competências políticas e/ou administrativas extracontratuais. O critério aqui é subjetivo, pelo que também engloba atos do Legislativo, enquanto poder que compõe a sua estrutura, desde que se projetem específica e negativamente sobre a prestação assumida pelo cocontratante. Essa é a posição adotada pelo CCP [art. 314.º, n.º 1, a)], que remete para o caso imprevisto os atos que provenham de entidade pública diversa, cujos atos fogem à sua esfera de controle. Esse é o raciocínio mais sensato, sob pena de “onerar uma pequena autarquia local com os encargos inerentes à reposição do equilíbrio financeiro perturbado por alterações impostas pela Administração central”¹⁶⁵. Ademais, “é do contraente público, da entidade que celebrou consigo o contrato, que o cocontratante pode justificadamente esperar uma especial protecção da confiança que depositou no contrato”¹⁶⁶.

Em Portugal, os requisitos do *factum principis* são ainda mais rigorosos, porquanto o art. 314.º, n.º 1, do CCP exige, além do referido requisito subjetivo, que o mesmo: (i) provoque uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”¹⁶⁷; (ii) seja *imputável*¹⁶⁸ a uma decisão sua; e (iii) se repercuta de modo específico e negativo na situação contratual do cocontratante¹⁶⁹.

Embora a nomenclatura seja obsoleta, se considerarmos o Estado Constitucional de Direito vigente, a verdade é que o *factum principis* materializa a noção fundamental de que o Estado, apesar de contratar, não pode se ver tolhido no exercício das suas funções institucionais, mesmo que resulte um efeito negativo para um cocontratante¹⁷⁰. Logicamente, daí exsurgirão consequências, mormente a de assegurar o direito à

¹⁶⁵ Almeida, 2010, p. 827. Contrariamente, Sousa & Matos, 2008, p. 359.

¹⁶⁶ Oliveira, 2016, p. 366

¹⁶⁷ Trata-se de uma aproximação perniciosa com o caso imprevisto, sendo certo que, do ponto de vista do contraente público, a alteração pode ser normal e previsível. O art. 314.º, n.º 1, a) poderia ter definido o *factum principis* “através da expressão ‘modificação em virtude da alteração do enquadramento normativo relativo à categoria contratual em causa’ ou, pelo menos, ter evitado a qualificação da alteração como adveniente de circunstâncias ‘anormais e imprevisíveis’”. Cf. Gomes, 2008, pp. 544-545.

¹⁶⁸ Logo, deverá ser investigado o elemento volitivo, a fim de identificar se a medida, apesar de ter sido formalmente exarada pelo contraente público, foi feita na sequência de uma outra emitida por entidade diversa. Cf. Almeida, 2021, pp. 578-579.

¹⁶⁹ O ato, malgrado praticado fora da esfera contratual, deve atingir o cocontratante enquanto tal, não como membro indiferenciado da coletividade ou de um empresariado, provocando, por via reflexa, efeito idêntico ou semelhante ao que sucederia se implementado o *jus variandi*. Cf. Sánchez, 2017, pp. 1007-1010.

¹⁷⁰ Oliveira, 2016, p. 355; Garcia, 2019, p. 186.

reposição do equilíbrio financeiro, mas o fato é que não se pode pôr em causa a missão que o Estado tem de exarar atos visando à satisfação dos interesses da coletividade¹⁷¹.

O *factum principis* consiste, assim, em um *tertius genus*¹⁷² de vicissitude contratual, que abarca situações que não se enquadram rigorosamente nos outros dois institutos versados. A diferença com relação ao caso imprevisto reside em que este instituto: (i) pode decorrer de eventos da natureza ou de terceiro(s), que não uma entidade pública, ao passo em que aquele provém necessariamente desta (em ambas as concepções); (ii) pode ser invocado em contratos administrativos ou privados – embora com consequências diversas –, ao passo em que aquele só no plano administrativo; (iii) deve causar uma bagunça significativa no equilíbrio contratual, mas esse requisito é exigido com menos rigor quanto ao fato do príncipe.

Já com relação ao *jus variandi*, é verdade que importantes nomes da doutrina portuguesa o aproximam ao conceito de *fait du prince*¹⁷³. Contudo, são figuras distintas¹⁷⁴, porquanto aquele: (i) é uma prerrogativa exorbitante de que o contraente público dispõe no bojo de um contrato administrativo, ao passo em que este decorre de competências institucionais extracontratuais; (ii) sempre é implementado mediante a prática de um ato administrativo, individual e concreto, ao passo que este pode decorrer de uma lei, regulamento ou ato administrativo (emanado fora da relação contratual); (iii) tem por objeto imediato a modificação do clausulado, enquanto que este visa à promoção do interesse público em prol da coletividade ou de determinada categoria; (vi) está fundamentado no interesse público consistente na melhor forma de se executar o contrato, ao passo que o interesse público que fundamenta este é geral.

¹⁷¹ O STF já entendeu “ser inadmissível ingerência normativa de ente político em contrato de concessão se ela puder afetar o equilíbrio financeiro da relação jurídico-contratual firmada entre concedente e concessionário”. Cf. STP 111 AgR, 2019; ADI 4382, 2018.

¹⁷² Sánchez, 2017, pp. 1003-1007.

¹⁷³ Correia, 1972, p. 34.

¹⁷⁴ Freitas, 2007, pp. 115-116; Sánchez, 2017, p. 1003.

4. A tutela da equação consoante as diferentes causas de desequilíbrio

Vistos os três tipos de fatores que podem desestabilizar o equilíbrio do contrato administrativo, cumpre analisar as diferentes formas de que o Direito Administrativo dispõe para tutelar a equação financeira em prol da parte prejudicada.

4.1 Reposição do equilíbrio financeiro

A primeira e mais emblemática delas consiste na reposição do equilíbrio financeiro, que exsurge como um verdadeiro dever imposto ao contraente público, na sequência do exercício do *jus variandi* e/ou do *factum principis* (CCP, art. 314.º, n.º 1). De fato, a desigualdade jurídica existente entre as partes deve ser compensada por uma efetiva igualdade financeira, pelo que tal dever independe de previsão contratual explícita¹⁷⁵, por assentar raiz em normas de cunho constitucional, tais como: (i) direito de propriedade (CRP, art. 62.º, n.º 2)¹⁷⁶, por representar uma garantia que transcende a propriedade das coisas, abarcando quaisquer “direitos de valor” provenientes do patrimônio ou do trabalho do seu titular¹⁷⁷; (ii) princípio da boa-fé e tutela da confiança (CRP art. 266.º, n.º 1; CPA, art. 10.º), o qual proíbe o enriquecimento sem causa do contraente público às custas do privado¹⁷⁸; e (iii) princípio da isonomia [CRP, art. 9.º, d) e h)], sob o viés da justiça/igualdade (material e não formal) na repartição dos encargos públicos¹⁷⁹.

Tais fundamentos também são invocados no Brasil (CF, arts. 5.º, *caput*, XXII, XXIV, XXVI, e 37.º, *caput*)¹⁸⁰, muito embora, lá, seja mais comum citar o inc. XXI do art. 37.º, que assegura ao cocontratante da Administração a “manutenção das condições efetivas da proposta”. Tradicionalmente, entendia-se que esse dispositivo consagrava uma regra de proteção à equação financeira em todos os contratos administrativos¹⁸¹, mas essa ideia tem sido questionada, ao fundamento de que: (i) em causa estaria um princípio, o qual deveria submeter-se, como qualquer norma desta natureza, a um juízo de ponderação¹⁸²; (ii) tal dispositivo, ainda que corporificasse uma regra, não se aplicaria a concessões e PPP, cuja estrutura difere dos contratos de mero desembolso público, por envolver outorga de direito de exploração e pagamento de tarifas pelos utentes¹⁸³; (iii) a

¹⁷⁵ Gonçalves, 2003, p. 122.

¹⁷⁶ Otero, 1996, pp. 944-946; Amaral, 2011, pp. 632-635; Almeida, 2010, p. 826.

¹⁷⁷ As figuras restritivas do n.º 2 do art. 62.º “não esgotam as formas de privação forçada da propriedade”. Cf. Canotilho & Moreira, 2007, pp. 800-805; Miranda & Medeiros, 2005, pp. 626-630.

¹⁷⁸ Leitão, 2006, pp. 45-52; Otero, 2016, p. 198.

¹⁷⁹ Sánchez, 2017, pp. 993 e 1004; Amorim, 2021, p. 532.

¹⁸⁰ Mello, 1997, pp. 28-33; Justen Filho, 2016, pp. 604, 614 e 639-640; Loureiro, 2020, p. 114; Natal, 2013, p. 241.

¹⁸¹ Mello, 2015, pp. 660 e ss; Meirelles, 2016, pp. 243 e ss; STJ, RMS 15154 / PE, 2002.

¹⁸² Natal, 2013, pp. 240 e ss.

¹⁸³ Di Pietro, 2019, p. 177.

obrigação de respeito às condições efetivas da proposta nada diria “sobre se e em face do que deverá ser mantida a equação econômico-financeira original que dela deriva”¹⁸⁴; (iv) ao legislador teria sido delegado o estabelecimento dos critérios e metodologia para a manutenção das condições da proposta¹⁸⁵.

Discorreremos sobre o argumento (iii) no item seguinte, por relevar às consequências da imprevisão, mas, no tocante aos demais, concordamos com a ideia constante nos itens (i) e (iv), de que o art. 37, XXI, da CF não consagrou uma regra, e sim um princípio, cabendo ao legislador densificá-lo. Isso porque o mandamento nele contido é aberto, preponderando o elemento axiológico/finalístico de proteger o cocontratante contra eventuais interferências da Administração, em detrimento de um mandamento de definição. Ademais, ainda que admitida a existência de uma regra, vê-se que apenas o antecedente foi definido, tendo o constituinte delegado ao legislador, “nos termos da lei”, a delimitação das circunstâncias em que as condições da proposta deverão ser mantidas, bem com as consequências em face de eventual alteração.

Quanto ao argumento (ii), até faria sentido excluir as concessões e PPP do seu espectro de abrangência, uma vez que sua estrutura realmente difere dos demais contratos administrativos. Todavia, não vemos espaço para isso, porque o comando é abrangente, abarcando contratos cujo objeto consista em “obras, serviços, compras e alienações”. De toda forma, aplicável ou não a contratos concessionais, não se pode deixar de registrar que o art. 37, XXI, da CF se trata, em maior ou menor medida, de mais um preceito (princípio) importante do regime brasileiro da reposição do equilíbrio.

Fixadas essas premissas, cumpre destacar que a reposição não tem cabimento só aquando do exercício do *jus variandi* ou do *factum principis*, podendo igualmente advir de cláusulas contratuais pré-definidas pelas partes [CCP, art. 282.º, n.º 1, e 312.º, a)], como as que preveem revisões periódicas, v.g.. Essa hipótese é mais comum em concessões e PPP, tendo em vista o modelo de equilíbrio dinâmico que lhes marca, caso em que o dever de reposição não nascerá como imposição direta do ordenamento, mas como fruto do exercício da autonomia contratual das partes. Nada obstante, cláusulas dessa natureza devem ser claras, precisas e inequívocas quanto ao seu âmbito e condições de aplicação [CCP, art. 312.º, a)], não podendo o contraente público “assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados” (CCP, art. 281.º), sob pena de invalidade.

Quanto à natureza jurídica do instituto em comento, paira controvérsia a respeito. Inspirados nas lições de Labaudaire e Badaoui¹⁸⁶, Marcello Caetano, Augusto de Athayde,

¹⁸⁴ Dutra, Loureiro, & Oliveira, 2020, p. 28.

¹⁸⁵ Ribeiro, s.d., item III.5.2.1..

¹⁸⁶ Amorim, 2021, pp. 533-542; Gomes, 2008, p. 549; Oliveira, 2016, p. 455.

Carla Amado Gomes e Rodrigo Esteves de Oliveira consideram, grosso modo, que a reposição estaria enquadrada no âmbito da responsabilidade civil – com caráter eminentemente indenizatório, portanto –, uma vez que o cocontratante tem de ser remunerado consoante o preço estipulado no contrato. Já autores como Melo Machado, Sérvulo Correia, Mário Esteves de Oliveira e Tiago Amorim, amparados nas lições de Péguignot¹⁸⁷, entendem que se trata de um “mecanismo corrector destinado a assegurar ao particular co-contratante que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continuará a proporcionar satisfações de intensidade idêntica”¹⁸⁸. Ou seja, a reposição seria um instituto dogmáticamente autónomo, de restauração da equação inicial do contrato, com características próprias.

Essa última corrente, que parece ter sido adotada pelo legislador português (CCP, 282.º, n.ºs 3, parte final, e 5), faz sentido, sendo certo que, através da reposição, “rigorosamente, a Administração não indeniza: restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter”¹⁸⁹. Prova disso é que existem várias formas de se repor o equilíbrio (CCP, art. 282.º, n.º 3) que não demandam necessariamente o desembolso de valores, tais como prorrogação do prazo de vigência do contrato¹⁹⁰⁻¹⁹¹ ou de execução das prestações e revisão de preços ou de tarifas, sendo esse um assunto sujeito à autonomia contratual das partes¹⁹².

Contudo, caso a restauração da equação inicial não se revele suficiente para cobrir todo o prejuízo sofrido pelo cocontratante, faz-se necessário o pagamento de uma verba suplementar, a fim de assegurar a “equivalência honesta entre as prestações” – tal como decidido no emblemático caso que deu origem ao instituto, o *Compagnie Générale Française des Tramways de Marseille* (21.03.1910)¹⁹³. Daí porque adotamos uma posição intermédia¹⁹⁴, no sentido de que, caso o reequilíbrio não seja suficiente, caberá o pagamento de uma compensação para cobrir o restante dos prejuízos, sejam danos emergentes (efetivamente suportados) ou lucros cessantes (deixados de auferir). Essa também parece ser a posição dos tribunais brasileiros¹⁹⁵, a qual é importante conhecer, considerando que tal instituto não recebeu disciplina legislativa.

Lado outro, a reposição não pode colocar o cocontratante em situação mais favorável do “que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não

¹⁸⁷ Por todos, Amorim, 2021, pp. 533-542.

¹⁸⁸ Correia, 1972, p. 33.

¹⁸⁹ Machado, 1937, p. 270.

¹⁹⁰ Discute-se a possibilidade de prorrogação da concessão além do prazo máximo previsto em lei. Temos que sim, uma vez que essa prorrogação tem caráter corretor do equilíbrio, e não premial. A favor, Torgal, 2011, pp. 253-263; STJ, AgInt no AREsp 1320094 / SP, 2019. Contra, Amorim, 2013, p. 67.

¹⁹¹ Prorrogação difere de renovação. TC, Acórdão n.º 6/2013.

¹⁹² Martins & Silva, 2008, p. 361.

¹⁹³ Correia, 1972, p. 33; Tácito, 1992, pp. 92-93.

¹⁹⁴ Otero, 1996, pp. 940-944; Gonçalves, 2003, pp. 122-123.

¹⁹⁵ STJ, REsp 982909 / SP, 2009.

podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato” (CCP, art. 282.º, n.º 6). Esse último aspecto, aliás, é enfatizado pelo n.º 2. Por isso é que se tem adotado o caso base como ferramenta para o processo de reequilíbrio, a fim de observar os termos em que a equação foi pactuada. Malgrado intente-se evitar o enriquecimento sem causa do cocontratante, a doutrina alerta que tal modo de proceder deve ser visto com cautela, vez que pode desencadear a perpetuação da TIR inicialmente estimada, eliminando os riscos cujo escopo era justamente considerar¹⁹⁶.

O n.º 2 exige, como condição para configuração do dever de reposição, que “o facto invocado como fundamento [...] altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”. Com relação à necessidade de comprovação da alteração dos pressupostos que embasaram a proposta, não encontramos maiores dificuldades em aceitá-lo, já que se trata de requisito inerente à própria demonstração da quebra/ruptura da equação financeira. Todavia, com relação ao requisito de que o contraente público conheça ou não deva ignorar esses pressupostos, pensamos que essa disposição impõe um ônus probatório excessivo ao cocontratante, que, por ter de comprovar situação que transcende à sua pessoa, pode restar inviabilizado no seu direito de reposição¹⁹⁷.

Finalmente, o n.º 4 também exige que a fixação da compensação estabelecida em decorrência da reposição seja única, completa e final em face de um evento, sem prejuízo de poder ser paga de maneira parcelada. A doutrina, contudo, alerta que o atendimento a esse preceito pode se revelar complexo ou mesmo inviável em contratos complexos e de longo prazo, tendo presente que o cocontratante não pode ser compensado antes da quantificação do efetivo prejuízo¹⁹⁸.

4.2 Caso imprevisto: reposição, modificação ou compensação equitativa?

As consequências da imprevisão foram discutidas originalmente pelo *Conseil d'État*, quando do julgamento do *arrêt Compagnie du Gaz de Bordeaux* (30.03.1916)¹⁹⁹. A concessionária havia postulado uma indenização, em razão do aumento anormal e imprevisível do carvão causado pela 1.ª Guerra Mundial, principal insumo utilizado para prestação do serviço público de iluminação – a gás, na altura. Embora o Conselho de Estado tenha ressaltado, *a priori*, “o princípio da estabilidade dos contratos [...] e a ideia

¹⁹⁶ Alves, 2017, p. 23; Martins, 2011, pp. 20 e ss; Almeida, 2015, pp. 687-689.

¹⁹⁷ Sousa & Matos, 2008, p. 411; Amorim, 2021, p. 547.

¹⁹⁸ Alves, 2017, p. 13; Amorim, 2021, pp. 548-549.

¹⁹⁹ Cadilha, 2016, p. 6; Oliveira, 2016, pp. 55 e ss.

de que o risco da variação do preço das matérias-primas corre por conta do concessionário”, reconheceu, de seguida, que “a realidade havia superado as previsões possíveis”, pelo que se justificava o pagamento de uma compensação²⁰⁰. O valor, contudo, não deveria eliminar completamente o risco aceite com a assunção do direito de exploração, mas somente atenuar as circunstâncias excepcionais enfrentadas. Isso porque, se de um lado o aumento descomunal do preço do carvão não era imputável à Administração, por outro não poderia ela, nem a coletividade, enquanto destinatária final da função administrativa, se beneficiar com a ruína da concessionária, o que, ademais, colocaria em causa a própria continuidade do serviço.

O regime português de tutela da equação diante do caso imprevisto – o qual, consoante restou anotado no capítulo 3, tem seu espectro alargado em razão da concepção restrita que se adota quanto ao fato do príncipe – é de inspiração francesa, com a diferença de que foi prevista uma outra ferramenta para fazer face a esse tipo de vicissitude contratual, qual seja, a modificação do clausulado. Assim, uma vez configurada, a imprevisão pode desencadear tanto a modificação do contrato quanto o pagamento de uma compensação ao lesado, ambos, contudo, “segundo critérios de equidade” (CCP, art. 314.º, n.º 2).

A “equidade não é aqui tratada como critério integral e exclusivo de resolução de litígios”, tal como exsurge no art. 39.º, n.º 1, da LAV, mas como “critério de determinação da consequência jurídica prevista na estatuição da norma”²⁰¹, na perspectiva do julgador²⁰²⁻²⁰³, considerando que a Administração não goza de autotutela na espécie²⁰⁴. A equidade atua, portanto, para propiciar a justiça do caso concreto, o que se perfaz com a partilha do prejuízo entre as partes. Essa partilha não necessita ser salomônica²⁰⁵ – o que, por vezes, é até impossível, diante da complexidade do contrato, do evento, *etc.* –, mas deve considerar a regra básica de que não pode cobrir a totalidade ou grande parte do prejuízo²⁰⁶.

Há quem defenda que a modificação ou compensação por equidade não seja a solução mais justa, quando o evento imprevisto for imputável a entidade pública diversa do contraente público – em razão da concepção restrita que se adota do *factum principis*²⁰⁷. Porém, pensamos que aquele não pode ser demandado por atos que escapam à sua esfera de controle, equivalendo tal circunstância, de certa forma, à

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Amorim & Almeida, 2020, p. 29.

²⁰² O princípio da separação dos poderes limita o julgador na determinação da modificação do contrato. Cf. Amorim & Almeida, 2020, p. 33.

²⁰³ Também se discute a aplicabilidade dos limites do 313.º do CCP a tal hipótese de modificação. A favor, Leitão, 2012, p. 11. Contra, Gonçalves, 2010, p. 48.

²⁰⁴ Sousa & Matos, 2008, pp. 351-353.

²⁰⁵ Amorim & Almeida, 2020, p. 33.

²⁰⁶ Cadilha, 2016, p. 14.

²⁰⁷ Fontoura, 2021, pp. 461-464.

eliminação de parte dos riscos contratualmente assumidos. Ademais, no que superar o valor da compensação equitativa recebida em função do exercício ilegítimo da função político-legislativa por entidade pública diversa, sempre estará aberta ao cocontratante a via judicial ou arbitral para postular indenização²⁰⁸.

A ausência de imputabilidade é um dos motivos que nos leva a discordar da solução adotada no ordenamento brasileiro no que toca à consequência do caso imprevisto. É que os arts. 65, II, d, da ALLC e 124, II, d, da LLC consagraram o direito à reposição para tal hipótese, como que eliminando o risco pela álea extraordinária, comum a todos os tipos contratuais, administrativos e privados²⁰⁹⁻²¹⁰.

Para nós, tais artigos padecem de inconstitucionalidade, por violarem o princípio da isonomia²¹¹. Qual seria o fator de *discrimen* apto a justificar que o cocontratante da Administração não tivesse de arcar com as consequências (leia-se: prejuízos) do caso imprevisto se o Estado (*lato sensu*) também não foi chamado a fazê-lo em contratos de índole privada (cf. CC brasileiro, arts. 478-480)?

Nem se diga que o art. 37, XXI, da CF legitimaria a solução adotada, eis que o contraente público só pode ser obrigado a manter as condições efetivas da proposta com relação a questões de que tem controle. Entendimento em sentido contrário conferiria proteção ampla e indiscriminada àqueles que contratam com a Administração, violando também o ideal da justa repartição dos encargos públicos²¹². Impõe-se, assim, uma releitura do instituto, para que seja adotada a mesma solução prevista no CCP, mormente porque, no Brasil, já vigora uma concepção ampla do *factum principis*.

²⁰⁸ Almeida, 2021, p. 581; Gomes, 2008, p. 537.

²⁰⁹ O art. 124, II, d, da LLC inovou quanto à necessidade de observância da repartição do risco, mas ainda consagra o direito à reposição em razão do caso imprevisto.

²¹⁰ O art. 5.º, III, da LGPPP determina a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a [...] álea econômica extraordinária”, mas não afasta a previsão contida na lei geral, quanto às consequências do caso imprevisto.

²¹¹ Garcia, 2019, pp. 166-167.

²¹² O modo como direito brasileiro acolheu a imprevisão “(des)configurou-a em relação à sua formulação original, em favor de uma mais ampla proteção do concessionário”. Cf. Loureiro & Dutra, 2020, p. 2; Garcia, 2019, p. 165.

5. Conclusão

O tema da equação financeira suscita interesse nas concessões e PPP, em razão da presença do risco de exploração, a interferir na remuneração auferida pelo cocontratante, e da maior probabilidade de oscilação da avença, em razão do longo prazo de duração e da marca de exorbitância do regime substantivo aplicável. Ferramentas importantes para auxiliar na identificação da equação são o caso base e a matriz de riscos, os quais são uma variável presente em todos os contratos administrativos.

Antes apontados como externalidades, os riscos devem ser identificados e ponderados, *ex ante*, de forma a auxiliar na estabilidade contratual. Existem vários tipos de riscos, os quais devem ser alocados consoante as condições de cada negócio, não se podendo firmar um esquema apriorístico, em abstrato, por imperativo de eficiência, na perspectiva de ambas as partes. Regra básica, contudo, nas concessões e PPP é que exista efetiva transferência de risco ao cocontratante, sob pena de se desvirtuá-las.

A equação, enquanto instituto que exprime o equilíbrio, é difícil de se visualizar nesses contratos, eis que o (alto) investimento não é realizável no curto prazo. Mas, uma vez formada, o contrato será reputado estável/equilibrado, quando concretizadas as circunstâncias nela previstas. Cabe, contudo, pactuá-las com flexibilidade, a fim de se manter o contrato estabilizado diante das conjunturas que poderão ocorrer, em um verdadeiro *modelo dinâmico de equilíbrio financeiro*.

Embora a contratualização dos riscos seja importante, tal modo de proceder não é suficiente para impedir a ocorrência de vicissitudes contratuais, considerando que a previsibilidade dos eventos não é absoluta, mormente no que se refere às consequências, o que pode redundar em casos imprevistos. Ademais, os contratos administrativos estão sujeitos ao poder de modificação unilateral do contraente público e fatos do príncipe, o que igualmente pode desestabilizar o vínculo. Em casos tais, contudo, o direito tutela a equação em prol da parte prejudicada, mediante a reposição do equilíbrio, nas primeiras hipóteses, ou modificação do contrato ou fixação de uma compensação, na última, não podendo, em quaisquer delas, haver cobertura de perdas decorrentes dos riscos assumidos.

A reposição pode se dar de várias formas, mediante desembolso de valores ou não, devendo, pensamos, abranger tanto danos emergentes, quanto lucros cessantes, a fim de garantir a equivalência honesta das prestações. Já com relação ao caso imprevisto, considerando que tal evento não é imputável ao contraente público, a solução não deveria passar pela compensação de todos os prejuízos, tal como sucede no Brasil, sob pena de violar a isonomia, mesmo porque lá já se adota uma concepção ampla do *factum principis*.

6. Bibliografia

- ALMEIDA, M. A. (2010). Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos. In J. Miranda, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (pp. 811-846). Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, M. A. (2015). Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In A.A. VV., *Estudos em homenagem a Rui Machete* (pp. 679-692). Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, M. A. (2018). *O problema do contrato administrativo*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, M. A. (jan/abr de 2019). Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, pp. 5-14.
- ALMEIDA, M. A. (2021). Breve apontamento sobre alguns aspectos de regime do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril. In M. A. Raimundo (Ed.), *Concorrência e sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública. Atas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de setembro a 2 de outubro de 2020)* (pp. 421-431). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL.
- ALMEIDA, M. A. (2021). *Teoria geral do direito administrativo*. Coimbra: Almedina.
- ALVES, P. L. (2017). O Caso Base. In P. C. Gonçalves, & L. Torgal, *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (pp. 83-110). Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2011). *Curso de direito administrativo* (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2015). *Curso de direito administrativo* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- AMORIM, J. P. (2013). O princípio da temporalidade dos contratos públicos: Considerações sobre a duração máxima dos contrato e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. IV, pp. 19-77). Coimbra: Coimbra Editora.
- AMORIM, T. (2021). A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. In AA.VV., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (4.ª ed., Vol. II, pp. 531-549). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL.
- AMORIM, T., & ALMEIDA, F. (jan-abr de 2020). A equidade e a alteração das circunstâncias no contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, pp. 29-34.
- ANTÔNIO, I. (outubro de 2015). A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: “Ius Variandi”. *Revista Electrónica de Direito*, n.º 03. <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2015-nordm-3/a-proposito-do-poder-de-modificacao-unilateral-do-contrato-por-parte-contraente-publico-ldquoius-variandirdquo/>.
- ARAGÃO, A. S. (mai/ago de 2013). A evolução da proteção do equilíbrio económico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista De Direito Administrativo*, n.º 263, pp. 35-66.
- AZEVEDO, M. E. (2009). *As parcerias público-privadas: Instrumentos de uma nova governação pública*. Coimbra: Almedina.
- BARBOSA, F. d., GUERRA, S., & SAMPAIO, P. R. (2019). *Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível* (Vol. 32). (F. d. Barbosa, Ed.) Rio de Janeiro: FGV Projetos.

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30862/miolo_tir_03.04.19_completo.pdf?sequence=1.

- BECK, U. (2011). *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade* (2.^a ed.). São Paulo: Editora 34.
- CABRAL, N. d. (2018). *As Parcerias Público-Privadas* (Cadernos IDEFF, Vol. 9). Coimbra: Almedina.
- CADILHA, A. (14 de março de 2016). A teoria da imprevisão nos contratos administrativos: Génese e receção no direito português. *Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos*, n.º 2. <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Caderno-Servulo-de-Contratos-Publicos-022016/5499/>.
- CAMPOS, D. D., & BRANDÃO, J. (Jan-Jun de 2020). O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1-2, pp. 95-117. <https://portal.oa.pt/media/131417/diogo-duarte-de-campos.pdf>.
- CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada* (4.^a ed. revista, Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, R. (Jul/Set de 2014). As novas diretivas da contratação pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos. *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 19, pp. 225-251. https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR19_-_Raquel_Carvalho.pdf.
- CARVALHO, R. (2020). A força maior. In C. A. Pedro, *Direito administrativo de necessidade e de exceção* (pp. 195-215). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL.
- CAUPERS, J. (2010). O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia. In J. Miranda, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (Vol. II, pp. 415-431). Coimbra: Coimbra Editora.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. (30 de abril de 2004). *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. Bruxelas.
- CORREIA, J. A. (2017). *Contrato e poder administrativo – O problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Gestlegal.
- CORREIA, J. A. (setembro-dezembro de 2020). As patologias da declaração do estado de calamidade e os limites constitucionais do direito administrativo da pós-emergência. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 9, pp. 51-57.
- CORREIA, J. M. (1972). *Contrato administrativo* (Separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública). Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, J. M. (1987). *Legalidade e autonomia contratual*. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, S., TORGAL, L., & SÁNCHEZ, P. F. (2010). Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. III, pp. 149-200). Coimbra: Coimbra Editora.

- CRUZ, C. O., & SARMENTO, J. M. (2021). *The renegotiations of Public Private Partnerships in transportation: Theory and practice*. Cham, Suíça: Springer.
- CUNHA, T. A. (1995). A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 201, pp. 35-44. <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46566>.
- DI PIETRO, M. S. (2019). *Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada* (12.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- DI PIETRO, M. S. (2020). *Direito administrativo* (33.ª ed., Ebook). Rio de Janeiro: Forense.
- DUTRA, J., LOUREIRO, G. K., & OLIVEIRA, I. d. (2020). Tem mesmo base constitucional o equilíbrio económico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime económico das concessões de serviço público. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV. <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-protector-eef-formatado.pdf>.
- DUTRA, R. M. (2017). Dissertação de mestrado em Direito Administrativo. *Parcerias Público-Privadas: Alocação de riscos e equilíbrio económico-financeiro*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/41901/1/ulfd140965_tese.pdf.
- ESTORNINHO, M. J. (2003). *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina.
- FONTOURA, J. L. (2021). Modificação objetiva do contrato: Um (des)equilíbrio complexo? In AA.VV., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (4.ª ed., Vol. II, pp. 437-490). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL.
- FREITAS, L. V. (2007). *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL.
- GARCIA, F. A. (julho de 2019). Tese de doutoramento em Direito Público. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/90629/2/A%20Mutabilidade%20nos%20Contratos%20de%20Concess%C3%A3o%20no%20Brasil.pdf>.
- GOMES, C. A. (12 de fevereiro de 2007). Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente. *Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Administrativo)*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modific%C3%A7%C3%A3o.pdf>.
- GOMES, C. A. (2008). A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. I, pp. 519-567). Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. C. (1999). *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, P. C. (2003). *O contrato administrativo (Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo)*. Coimbra: Almedina.

- GONÇALVES, P. C. (2010). Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. III, pp. 5-49). Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. C. (2019). Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In E. B. Moreira, *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação* (2.^a ed., pp. 325-337). Belo Horizonte: Fórum.
- GONÇALVES, P. C. (2021). *Direito dos contratos públicos* (4.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- GUIMARÃES, F. V. (2019). O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: Formação e metodologias para recomposição. In E. B. Moreira, *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação* (2.^a ed., pp. 99-117). Belo Horizonte: Fórum.
- HOPKIN, P. (2017). *Fundamentals of risk management: Understanding, evaluating and implementing effective enterprise risk management*. Londres: KoganPage.
- JUSTEN FILHO, M. (2016). *Curso de direito administrativo* (4.^a ed. em e-book baseada na 12.^a ed. impressa). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- JUSTEN FILHO, M. (2021). *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (1.^a ed. em e-book baseada na 1.^a ed. impressa ed.). São Paulo: Thomson Reuters.
- LEITÃO, A. (2006). *O enriquecimento sem causa da Administração Pública* (2.^a ed.). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL.
- LEITÃO, A. (2012). O tempo e a alteração de circunstâncias contratuais. *Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O tempo e o Direito Público”*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf.
- LOUREIRO, G. K. (2020). *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão*. Londres: Laccademia Publishing.
- LOUREIRO, G. K., & DUTRA, J. (2020). As origens e os compromissos das figuras do equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviços públicos e da justa remuneração do capital empregado nas atividades de utilidade pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30040>.
- MACHADO, J. d. (1937). *Teoria jurídica do contrato administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES NETO, F. d., & LOUREIRO, C. d. (2019). O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: Dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In E. B. Moreira, *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação* (2.^a ed., pp. 135-156). Belo Horizonte: Fórum.
- MARTINS, A. (2011). Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) accionista: Uma perspectiva económica. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, pp. 5-25.

- MARTINS, L. L., & SILVA, J. N. (2008). Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. 3, pp. 339-394). Coimbra: Coimbra Editora.
- MEIRELLES, H. L. (2016). *Direito administrativo brasileiro* (42.^a ed.). (J. BURLE FILHO, & C. R. BURLE, Eds.) São Paulo: Malheiros.
- MELLO, C. A. (out/dez de 1997). O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 210, pp. 25-35.
- MELLO, C. A. (2015). *Curso de direito administrativo* (32.^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- MELO, P. (2011). *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obra públicas*. Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. (2005). *Constituição Portuguesa anotada* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, E. B. (2013). O contrato administrativo como instrumento de governo. In P. C. Gonçalves, *Estudos de contratação pública* (Vol. IV, pp. 5-18). Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, E. B. (2019). Contratos administrativos de longo prazo: A lógica de seu equilíbrio económico-financeiro. In E. B. Moreira, *Tratado do equilíbrio económico-financeiro: Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação* (2.^a ed., pp. 89-98). Belo Horizonte: Fórum.
- MOREIRA, E. B., & GUZELA, R. P. (2019). Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio económico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In E. B. Moreira, *Tratado do equilíbrio económico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação* (2.^a ed., pp. 421-441). Belo Horizonte: Fórum.
- NATAL, T. E. (2013). A divisão de riscos e o equilíbrio económico-financeiro dos contratos e concessão de serviço público no Estado regulador. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, n.º 67, pp. 218-249. <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA4Mg>.
- NIEBUHR, J. d. (2021). *Nova lei de licitações e contratos administrativos* (2.^a ed.). Curitiba: Zênite. https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf.
- OLIVEIRA, R. M. (agosto de 2016). Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público. *Tese de doutoramento em Direito-Direito Público*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/26707/9/O%20contrato%20administrativo%20entre%20a%20estabilidade%20e%20a%20instabilidade.pdf>.
- OTERO, P. (1996). Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras pública. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 56, pp. 913-958. <https://portal.oa.pt/upl/%7B518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32%7D.pdf>.

- OTERO, P. (2016). *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, P. M., & MACHADO, C. (set-fev de 2017). Modificação e resolução de contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10, pp. 179-188. https://www.telles.pt/xms/files/migrated/Manuais_2/Modificacao-e-resolucao-de-contratos.pdf.
- RIBEIRO, M. P. (s.d.). Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos? <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financei>.
- RIBEIRO, M. P., & SANDE, F. (15 de março de 2021). Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR – Taxa Interna de Retorno para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos: Um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo (Review of Brazilian Legal Literature on the Use of IRR in Concessions and PPP Contracts: Conceptual Mistakes and Misunderstandings). SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771770.
- SÁNCHEZ, P. F. (2017). Reequilíbrio financeiro, caso imprevisto e fait du prince: Autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos co-contratantes da administração. In P. C. Gonçalves, & L. Torgal, *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (pp. 989-1010). Coimbra: Almedina.
- SÁNCHEZ, P. F. (2021). *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos* (Ebook). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL.
- SANTOS, J. C. (2015). Concessões de obras e serviços: Risco e remuneração. *Tese de mestrado em direito*. Porto: Universidade Católica. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20458/1/Concess%C3%B5es%20de%20Obras%20e%20Servi%C3%A7os%20-%20Risco%20e%20Remunera%C3%A7%C3%A3o.pdf>.
- SOUSA, M. R., & MATOS, A. S. (2008). *Direito administrativo geral* (Vol. 3). Lisboa: Dom Quixote.
- TÁCITO, C. (1992). O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 187, pp. 90-93. <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44977>.
- TERRINHA, L. H. (2011). Parcerias Público-Privadas e alocação do risco. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 20, pp. 110-127. <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/979>.
- TORGAL, L. (jan-abr de 2011). Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, pp. 219-263.
- TORGAL, L. (2021). As concessões. In C. A. GOMES, R. PEDRO, T. SERRÃO, & M. e CALDEIRA, *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (Vol. II, pp. 669-696). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL.

- VALAGUZZA, S., & PARISI, E. (2020). *Public Private Partnerships: Governing common interests*. Cheltenham: Edward Elgar.
- VALLE, V. L. (out-dez de 2005). Repartição objetiva de riscos: desafios de modelagem das PPP's. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 22, pp. 11-23. <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/623>.
- YESCOMBE, E. R. (2007). *Public Private Partnerships - Principles of policy and finance*. Oxford: Elsevier.
- YESCOMBE, E. R. (2014). *Principles of project finance* (2ª. ed.). Oxford: Elsevier.

Jurisprudência a nível europeu

Acórdão de 05 de março de 2021. 01340/20.8BEPRT (TCA-Norte, 05 de março de 2021). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/daa03d03948e3b718025869900496a4c?OpenDocument>.

Acórdão n.º 18/2020. RO 2/2019 (TC, 01 de abril de 2020). Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2020/ac018-2020-1spl.pdf>.

Acórdão n.º 7/2019. 1131/2018 (TC, 25 de março de 2019). Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2019/ac007-2019-1spl.pdf>.

Acórdão n.º 6/2013. RO 03/2013 (TC, 09 de julho de 2013). Disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2013/ac006-2013-1spl.pdf>.

Acórdão Norma-Dekom. C-348/10 (TJUE, 10 de novembro de 2011). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0348&from=EN>.

Acórdão Parking Brixen. C-458/03 (TJUE, 13 de outubro de 2005). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0458&from=SK>.

Acórdão Priesetext. C-454/06 (TJUE, 19 de junho de 2008). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0454&from=PT>.

Jurisprudência a nível brasileiro

Acórdão n.º 2.628/2020. Relatório de Auditoria n.º 007.686/2019-6 (TCU, 30 de setembro de 2020). Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2628%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/o/%2520.

ADI 4382 / SC. (STF, 11 de outubro de 2018). Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393632/false>.

AgInt no AREsp 1320094 / SP. (STJ, Brasil 04 de abril de 2019). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801625493&dt_publicacao=04/04/2019.

Resp 1373292/PE. (STJ, 04 de agosto de 2015). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300681707&dt_publicacao=04/08/2015.

Resp 982909 / SP. (STJ, 24 de agosto de 2009). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702157022&dt_publicacao=24/08/2009.

RMS 15154 / PE. (STJ, 02 de dezembro de 2002). Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200898074&dt_publicacao=02/12/2002.

STP 111 AgR / BA. (STF, 04 de dezembro de 2019). Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416178/false>.

A condicionalidade dos fundos europeus
A vacina eficaz contra o ataque ao Estado de Direito?

Beatriz de Sá Coutinho Correia dos Santos

Sob a orientação do Professor
Doutor Miguel Poiares Maduro

Ao Projeto Europeu.

É dia 23 de abril* e acabo de escrever a minha tese. Faz hoje 35 anos que o Tribunal de Justiça proferiu o Acórdão Les Verts, em que declara, pela primeira vez, que a União Europeia se baseia no Estado de Direito e que nem as instituições nem os Estados-Membros se podem evadir à revisão da conformidade dos seus atos com os Tratados.

* 23 de abril de 2021. A presente tese foi elaborada e entregue no ano letivo de 2020/2021; porém, por impedimentos entretanto ultrapassados, pôde apenas figurar nesta edição do *Yearbook*.

Evil comes from a failure to think. It defies thought for as soon as thought tries to engage itself with evil and examine the premises and principles from which it originates, it is frustrated because it finds nothing there. That is the banality of evil.

Hannah Arendt,
Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil

Agradecimentos

Ao Gonçalo, pelo apoio inesgotável e por esperar sempre o melhor de mim.

À minha mãe, pela ajuda incansável. Ao meu pai, pela compreensão, sobretudo, do quão gosto do que faço. À Mimi, pela alegria e tempo que lhe não dei.

À minha família, por me acompanhar, desde sempre e até onde eu quiser ir, no meu percurso académico. Aqui, às minhas avós que, de formas tão diferentes, caminham comigo. Ao meu avô, que me fez olhar para a educação como uma das maiores riquezas inalienáveis.

Aos meus amigos, por se fazerem tão presentes, mesmo tendo de estar ausentes. Ao Sebastião que, sem o saber, foi sempre uma bússola. Ao Mário que, sem me conhecer, foi uma ajuda tão importante.

Ao Professor Miguel Poiares Maduro, pelo exemplo que para mim representa na defesa das duas realidades que aqui defendo: o Estado de Direito e a União Europeia. Agradeço o privilégio inestimável. A forma inigualável como me desafiou. O ter tornado o meu pensamento jurídico tão terreno, mas, simultaneamente, tão desamarrado e ambicioso, permitindo-me descortinar a sua real beleza.

Resumo

A União Europeia enfrenta, inquestionavelmente, a sua mais profunda crise, que corrói os alicerces sobre que se sustenta, dos quais se destaca o princípio do Estado de Direito. A sua destruição tem sido galopante, e os governos da Hungria e da Polónia têm assumido o papel de timoneiros. A vulnerabilidade do Estado de Direito acentua-se de dia para dia, desmoronando a sua fortaleza e tornando a sua reabilitação mais distante. É neste contexto que se irá analisar e problematizar acerca da resposta da União a um ataque tão frontal. Uma resposta eficaz é não só necessária, mas urgente.

Numa primeira instância, será confirmada a legitimidade da União para intervir em situações de violações do Estado de Direito que ocorram ao nível dos EM, recorrendo-se aos argumentos preponderantes. Veremos como a questão da legitimidade é transversal a toda a temática e nos remete para a interrogação final.

De seguida, pretende-se responder às seguintes questões: a proteção do Estado de Direito levada a cabo pelas instituições tem sido eficaz? Se não, onde reside *de facto* a sua ineficácia? Aqui, não se curando tratar todos os mecanismos existentes por limitações de extensão, serão trazidos os cinco mecanismos de proteção do Estado de Direito mais pertinentes, quer por se mostrarem os mais adequados, quer por fazerem emergir algum ponto relevante. Concluindo-se pela inoperabilidade do sistema, o passo lógico seguinte seria o da procura de alternativas.

A solução trazida pelas instituições materializa-se no Regulamento da Condicionalidade dos Fundos, cujo início de vigência data do primeiro dia do ano corrente. Naturalmente, a questão a pairar será a de saber se o novo mecanismo colmata a falha de eficácia existente. Deste modo, é avaliado o seu potencial e aferido se se revelará ser o *game changer* proclamado.

Fulcral e determinante assume-se a posição pela qual a União opta quando as duas crises se entrelaçam – a do Estado de Direito e a da COVID-19 –, simbolizando a direção para a qual a União Europeia caminha. Nesta linha, como último ponto, pretende-se auxiliar a União no traçar deste caminho, isto é, no crescimento e definição do projeto europeu enquanto projeto de valores.

Palavras-chave: Estado de Direito, União Europeia, condicionalidade dos fundos, fundo de recuperação, Hungria, Polónia

Abstract

There is no doubt that the EU is facing its most serious crisis to date, which is corroding its very foundations, of which we intend to highlight the Rule of Law. Its dilapidation has been swift, and the Hungarian and Polish governments have assumed the role of pilots. The vulnerability of the Rule of Law is increasingly obvious from day to day, its fortress is crumbling and its rehabilitation seems ever more distant. In this context, we will analyse and problematize about the Union's response to such frontal attack. An effective reply is not only necessary, but also urgent.

Firstly, we will confirm that the Union can legitimately intervene in situations of violation of the Rule of Law by Member States. We shall see how the question of legitimacy is a key factor that will lead us up to the final interrogation.

Next comes the question: has the protection of the Rule of Law carried out by the institutions been effective? If not, where has it been unsuccessful? Given the impossibility to mention all the available mechanisms due to the lack of space, we will consider the five most pertinent mechanisms – either due to their adequacy or to their relationship with a relevant question – for protecting the Rule of Law. The conclusion being that the system is inoperable, the following step is finding alternatives.

The solution brought by the institutions is incorporated in the Rule of Law Conditionality Regulation, which entered into force on the first day of the current year. The question, though, is whether the new mechanism will suppress its lack of efficacy. We will assess its potential to understand whether it is the proclaimed game changer.

The position adopted by the Union is crucial, and now that we have a double crisis – the Rule of Law and Covid-19 – this will determine its direction. Above all, the intention is to help the EU along this path, i.e., in the definition of the European project as a values-based project.

Keywords: Rule of Law, European Union, budgetary conditionality, recovery funds, Hungary, Poland

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Advogado-Geral
AIS	Ação por Infração Sistemática
Art.	Artigo
Art. 258	Artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
Art. 259	Artigo 259.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
Art. 260	Artigo 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
Art. 7	Artigo 7.º do Tratado da União Europeia
C.	Caso
CD	Conclusões de Dezembro
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
CEU	Central European University
CoE	Conselho Europeu
Comn.	Comunicação
Concl.	Conclusões
CUE	Conselho da União Europeia
DED	Diálogo do Estado de Direito
DRP	Decisão sobre os Recursos Próprios
DUE	Direito da União Europeia
EC	Editorial Comments
ED	Estado de Direito
EM	Estados-Membros / Estado-Membro
EPRS	European Parliament Research Service
FEI	Fundos Estruturais e de Investimento
I.V.	Início Vigência
MDE	Mandado de Detenção Europeu
MP	Ministério Público
MRR	Mecanismo de Recuperação e Resiliência
NGEU	Next Generation EU
OLAF	Organismo Europeu de Luta Antifraude
ONGs	Organizações Não Governamentais
Op.	Opinião
PAJ	Painel de Avaliação da Justiça
PDCRCA	Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs
PE	Parlamento Europeu

PG	Procurador-Geral
PI	Procedimento de Infração
PPE	Partido Popular Europeu
PR	Proposta Inicial da CE 2018 (quando utilizamos PR por vezes também nos referimos ao Regulamento durante o seu processo legislativo, e não concretamente à Proposta inicial).
Procs.	Processos
Pt.	Ponto
QED	Quadro do Estado de Direito
QFP	Quadro Financeiro Plurianual
RC	Reg. 2020/2092 do PE e do CUE, de 16 de dezembro 2020 (o Regulamento adotado, diferente de quando nos referimos só a “regulamento” onde será já em sentido abstrato, aludindo para o Reg.2020/2092 sem concretizar se está na sua fase de elaboração ou se já foi adotado).
RDC	Regulamento que estabelece as disposições comuns (Regulamento (UE) n.º 1303/2013)
Recom.	Recomendação
RED	Relatório do Estado de Direito
Res.	Resolução
TC	Tribunal Constitucional
TCC	Tradições Constitucionais Comuns
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

Prefácio

Numa nota lacónica, julgo que não conseguiria encontrar outro tema cujo circunstancialismo se transformasse em algo tão pessoal. Convictamente europeísta, não podia deixar de cuidar – e *cuidar* será mesmo o termo – de um *vírus* que gradualmente se instala no coração da União. A escolha da temática surge deste alarme, mas é corroborada por cada passo da investigação. A procura pelo conhecimento foi a melhor forma que encontrei de servir o projeto que olho como o maior garante da nossa democracia. Destarte, ainda que o tom que emprego pareça carregar um laivo de censura, a teleologia do que escrevo será sempre a de cuidar da União, orientando-a. A crítica não pretende apontar o dedo para o falhanço, mas apontá-lo na direção certa.

Índice

Introdução	11
1. Legitimidade	12
2. Status Quo	14
2.1. O artigo 7.º	14
2.2. Procedimento de infração	19
2.3. Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito	22
2.4. Diálogo do Estado de Direito	24
2.5. Relatório do Estado de Direito	25
3. Quo vadis?	25
3.1. O Regulamento	26
3.1.1. Análise descritiva	26
3.1.2. O impasse nas negociações	27
3.2. Vai suprir a falta de eficácia?	29
3.2.1. Contrapesos	29
3.2.2. Condicionalidade financeira	31
3.2.3. As Conclusões de Dezembro	33
3.2.4. Escopo	37
3.2.5. Alcance	39
3.3. Magis	43
Conclusão	47
Bibliografia	49
Notas	49
Anexos	57

Introdução

Esta reflexão urge particularmente no período em que vivemos, que testa a vigência do ED na União, pondo em causa a dignidade dos valores basilares que sustentam e orientam o projeto europeu, mas que vê a criação de um novo mecanismo que almeja a proteção de um desses valores: o ED. Não descurando a severidade das demais crises europeias, esta demarca-se por consubstanciar a primeira, que ataca a própria essência do projeto e que, por isso, se poderá revelar *mais perigosa*.¹ De berço na Hungria mas com ágil replicação na Polónia, a proliferação de tendências iliberais cada vez mais entranhadas representa, mais do que um grave *retrocesso no ED*, um *ataque*, levando autores a considerá-la como “um raro exemplo de uma *real* crise sistémica”.²

O estudo versará sobre a relação entre as duas robustas construções jurídicas, Estado de Direito e União Europeia. Ao *filho ideológico do Iluminismo*³ é atribuído um papel estruturante na *constelação pós-nacional*.⁴ Assim, será analisada a forma como a UE se mune e opera ao serviço do ED, e como o poderá fazer adiante. Concretamente, será tratada a interferência da UE no caso de violações do ED a nível dos EM.

Assegurada a legitimidade da UE para atuar, será posto a descoberto o *status quo*, i.e., os mecanismos existentes e porque se traduzem na ineficácia do sistema de proteção do ED. Somente compreendendo onde nos encontramos seremos capazes de responder à pergunta *quo vadis?* Mais do que perceber para onde caminhamos – aqui discorrendo sobre o *Reg. da Condicionalidade dos Fundos* e se este irá suprir a falta de eficácia do sistema –, e entendendo o projeto europeu como inacabado, esta pergunta integra a interrogação *para onde queremos ir?* Desta forma, a componente descritiva será conjugada com a normativa, apontando para o caminho a seguir.

¹ Kochenov, 2014, p. 3.

² Ibid.

³ Tridimas, em Konstadinides, 2017.

⁴ Konstadinides, 2017, p. 46.

1. Legitimidade

A UE vive num periclitante equilíbrio, em que, se é demasiado *ativista*, será acusada de se imiscuir na soberania nacional, mas, se é relativamente inerte, será suspeita de tornar o ED num princípio vazio. É nesta delicadeza que a legitimidade surge como condição *sine qua non* para que a UE possa atuar; porém, é ainda controversa.

Como argumento gerador de discussão, surge o respeito pelas identidades nacionais, inserido na *cláusula da identidade nacional* do art. 4, n.º 2 TUE. Todavia, não parece colher, uma vez que, derivando estes valores das TCC, é arguido pelo AG Poiares Maduro, como o art. 2 TUE expressa o respeito pelos valores constitucionais dos EM, garantindo-lhes que o DUE não os fere.⁵ Entendendo-se o constitucionalismo europeu como plural, a UE, ao invés de criar um conceito autónomo de ED, vai criá-lo a partir da herança legal dos EM, mas adiciona-lhes novas propriedades que, por sua vez, são internalizadas pelos próprios EM, originando um fenómeno de *fertilização cruzada*.⁶ Assim, a validação do ED reside não numa autoridade (estadual ou supraestadual), mas em valores que carregam em si uma forte legitimidade por serem (ou deverem ser) inerentes.

Um segundo argumento será o de que esta intervenção consubstancia uma ingerência nos assuntos internos do EM, ferindo a sua soberania. A rebater este ponto emergem duas ideias. A primeira, de que a vinculação à UE resulta precisamente de um ato soberano do Estado. A segunda assenta na distinção entre as situações em que a UE não deverá intervir – sob pena de usurpar a soberania estadual – e aquelas em que poderá e deverá atuar. A primeira categoria remete para casos que “constituem nada mais do que um uso descuidado do direito ou abuso do poder político”,⁷ devendo ser acometida a um tratamento a nível nacional. Porém, quando as salvaguardas nacionais do ED⁸ deixam de operar eficazmente, a UE pode – e deve – intervir. Contudo, a linha que demarca esta legitimidade pode parecer ténue. Para auxiliar no seu desenhar, Closa e Kochenov apontam três critérios como indiciadores. Segundo os autores, estaremos perante um caso que merece uma atuação a nível da UE, primeiramente, quando estiver em causa uma situação de “captura constitucional”⁹ ou de “constitucionalismo inconstitucional”, na expressão de Scheppele,¹⁰ i.e., quando, mediante meios perfeitamente legais, se dê uma substancial remodelação e abuso de poder.¹¹ É neste contexto que a autora nos remete para a figura do *Frankenstate*, a *monstruosa criação*

⁵ Concl. AG Caso C-127/07, para. 16.

⁶ Konstandinides, 2017, p. 12.

⁷ Closa, Kochenov & Weiler, 2014, p. 4.

⁸ COMN.2014.

⁹ Müller, 2016, p. 208.

¹⁰ Ver Scheppele, 2013.

¹¹ Closa, Kochenov & Weiler, 2014, p. 4.

gerada quando aglutinamos determinadas peças indubitavelmente legais e constitucionais.¹² O segundo indicador prende-se com a existência de um “geral desmantelamento ou de um profundo corromper do Estado liberal democrático”¹³ e *in fine* é dada como referência a perpetuação de corrupção sistémica.¹⁴

Será precisamente na sua natureza sistémica – entendendo-se a expressão como respeitando à “estrutura política, institucional e/ou jurídica de um EM, tal como à sua natureza constitucional, separação de poderes, independência ou imparcialidade do sistema judicial, ou ao seu sistema de controlo judicial, incluindo do TC, se este existir”¹⁵ – que residirá o seu carácter distintivo.

Inúmeros argumentos poderiam ser trazidos em defesa da legitimidade, porém, existe um que, derivado do carácter *sui generis* da UE, prevalece.

A forma incindível como o sistema europeu assenta nos pressupostos da confiança e reconhecimento mútuo e cooperação sincera vem evidenciar a interdependência e interpenetração que distingue o processo de integração europeu, fazendo com que a violação por um EM do ED não ponha em risco somente a conformidade desse EM em relação aos valores europeus, mas ameace a capacidade da UE de garantir esses valores no domínio da própria UE, v.g., no contexto do art. 19 TUE, a carência de imparcialidade do tribunal nacional vai fragilizar a aplicação do DUE, que é feita maioritariamente via tribunais nacionais. Um outro caso será o das eleições para o PE que, segundo o art. 14, n.º 3 TUE, devem ser livres, mas, inexistindo nesse EM, v.g., *media* plenamente livres, será a eleição, e consequentemente a própria composição do PE, a sair ferida na sua democraticidade. Deste raciocínio surge a conclusão de que, para além da democracia no EM, é a democracia na própria UE que é atacada. O mesmo raciocínio impende no que concerne ao CUE e à CE, cuja escolha se funda nos governos nacionais, o que implica, em última instância, que possamos ter legisladores nas instituições da UE carentes de legitimidade democrática.

Assim, fundamentalmente, a legitimidade de intervenção da UE assenta, não só no facto de uma violação num EM extravasar as metafóricas fronteiras territoriais, mas radica sim, de forma mais robusta, num nível profundo e inédito de integração¹⁶ que leva a que as repercussões dessa violação se tornem inerentes e corrompam a própria essência do projeto europeu e a sua legitimidade. Tal patamar de interpenetração torna os restantes EM em atores nestas violações, porquanto direta ou indiretamente efetivam tais violações ou mesmo porque estas fragilizam, em termos de legitimidade e de eficácia,

¹² Ver Scheppele, 2013.

¹³ Closa, Kochenov & Weiler, 2014, p. 4.

¹⁴ Ibid., pp. 4-5.

¹⁵ COMN.2014.

¹⁶ Maduro e Queiroz, 2020, pp. 368-369.

as decisões conjuntas.¹⁷ Como consta da Comn. de 2003, uma intervenção justifica-se pelo facto de que *as violações por um EM de valores fundamentais com a gravidade requerida pelo art. 7 poderão minar as próprias bases em que a UE assenta e a confiança dos seus membros*.¹⁸ Em causa está o próprio funcionamento da ordem jurídica da UE e a *efetividade dos valores europeus* porquanto este fenómeno *retira o suporte de legitimidade do EM quanto ao valor constitucional do ED*.¹⁹

2. Status quo

*A system must be ready to defend itself*²⁰

Confrontamo-nos com uma dualidade paradoxal: o Dilema de Copenhaga – o cumprimento do ED é critério vigente numa fase pré-adesão, mas, uma vez EM, estes valores são tidos por automáticos, parecendo este critério deixar de vigorar e a eficácia da sua obrigatoriedade evadir-se, e os casos da Hungria e Polónia têm sido exímios a prová-lo.

Inegavelmente, a resposta ao *ataque ao ED* tem-se mostrado ineficaz e é urgente escrutinar *o porquê*. A tendência, sobretudo política, tem sido a de justificar a inação com a alegação de que pouco pode ser feito à luz do atual enquadramento legal. Estaremos realmente perante a *inexistência de uma maquinaria que assegure o cumprimento deste princípio*?²¹

2.1. O artigo 7.º

A par com o procedimento de infração, o art. 7 representa o principal mecanismo de *hard law* que trata violações levadas a cabo pelos EM. Este é o mecanismo que, por excelência, se destina a acautelar o cumprimento dos valores fundamentais da UE. Curioso será notar que estava ausente da charneira legal da UE um mecanismo que cuidasse de proteger as bases sobre as quais assenta. É perante a antevisão do alargamento que a UE se vê receosa da adesão de novos membros onde estes valores não tinham lugar cativo. Hoje confirmamos como este receio não era vão.

Num tom de maturidade, a consagração do art. 7 vem desfazer parcialmente a inocência da imediatez destes valores. Assim, em 1997, é introduzido com o Tratado de Amesterdão.

Pelo supraexplanado, o seu escopo tem de ser bastante abrangente, cobrindo situações que extravasem áreas especificamente atribuídas à tutela da UE. Como

¹⁷ Ibid.

¹⁸ COMN.2003.

¹⁹ Castillo, 2019 citado pelo PDCRCA, 2019.

²⁰ Wilms, 2017, p. 18.

²¹ Kochenov, 2016, p. 305.

apontado na Comn. de 2003, *seria paradoxal restringir as possibilidades de ação da UE a áreas cobertas por DUE e pedir-lhe para ignorar violações graves nas áreas com jurisdição nacional*.²² Deste modo, abarca situações em que o EM age autonomamente,²³ mas que se destacam pelo seu cariz sistémico, não abrangendo violações específicas ou isoladas.

Apesar de conter três mecanismos (n.ºs 1, 2 e 3), dizemos que é composto, essencialmente, por 2 *braços*: o preventivo (7.º, n.º 1) e o reativo/sancionatório (7.º, n.ºs 2 e 3).

O n.º 1 estabelece o mecanismo preventivo, aplicando-se quando esteja em causa um *risco manifesto de violação grave* dos valores da UE por um EM. Visando determinar a existência deste *risco*, almeja, na sua essência, e mediante diálogo, evitar que uma verdadeira violação ocorra, i.e., que o *risco* se materialize e seja necessário o recurso ao n.º 2. Tratando-se de um *risco*, implica que permaneça no campo do potencial,²⁴ mas, como esclarece a Comn. de 2014, o adjetivo *manifesto* exclui riscos puramente contingentes.²⁵ No que toca ao conceito de *violação grave*, afigura-se lógica uma remissão para o n.º 2.

Curiosamente, o n.º 1 não constava da formulação original, sendo somente introduzido com o Tratado de Nice, em 2001. Esta introdução tardia prende-se, sobretudo, com a experiência do *Haider affair*, evento a partir do qual se passa a privilegiar medidas preventivas em detrimento de sancionatórias. De facto, *biting and barking são duas formas de responder a uma crise do ED*,²⁶ podendo o efeito *naming and shaming* saldar-se positivo,²⁷ pese embora não carregue efeito dissuasor equivalente ao das sanções.

O n.º 2 aplica-se ao *risco* já materializado, visando a determinação desta atuação como uma violação dos valores do art. 2.º. Autonomizando-se do n.º 1, integra o *braço reativo*, uma vez que a violação já ocorreu, e *sancionatório*, por abrir porta à ativação do n.º 3. Como dispõe, a violação deve ser *grave e persistente*, e nesta concetualização aludimos ao caráter sistémico referido em 1. e corroborado pela Comn. de 2003.²⁸

Dependente de prévia determinação ao abrigo do n.º 2, o n.º 3 prevê a opção de aplicação de sanções. A sanção pretende atacar os direitos inerentes à qualidade de EM, deixar o EM como que *de quarentena*,²⁹ talvez *mais para evitar que os demais sejam infetados por esse EM, do que para restaurar o cumprimento desse EM com os valores*

²² COMN.2003.

²³ COMN.2014.

²⁴ COMN.2003, 1.4.2.

²⁵ Ibid.

²⁶ Besselink, 2016, p. 15.

²⁷ Kochenov, 2017, p. 10.

²⁸ Ver COMN.2003.

²⁹ Müller, 2015, p. 144.

européus.³⁰ Refere-se a *certos direitos derivados da aplicação dos Tratados (...)* incluindo direitos de voto do representante do governo desse EM no CUE, mas é pouco claro quanto ao conteúdo das sanções, *deixando-o à especulação*.³¹ Inexistindo taxatividade, poderá ser imposta como sanção a suspensão dos fundos da UE.³² Por seu turno, a terminologia *direitos derivados* abrange direito secundário, como o é o MDE, cuja implementação poderá ser suspensa, e *certos* implica que nem todos os direitos possam ser suspensos.

Como se comprovará, os requisitos formais de ativação assumem um papel fulcral.

O mecanismo preventivo é iniciado por meio de uma proposta fundamentada por parte de 1/3 dos EM, PE ou CE, que será levada ao CUE, sendo exigida maioria de 4/5 desta instituição e aprovação do PE. Contudo, antes de tomar uma decisão, o Conselho deverá ouvir o EM e até dirigir-lhe recomendações. Por sua vez, o poder de iniciativa do n.º 2 é reduzido, pertencendo a 1/3 dos EM ou à CE, e o nível de exigência é elevado, passando a ser imposta unanimidade no CoE. De novo, a aprovação do PE é demandada e o EM poderá submeter observações antes da decisão. Por fim, determinada a existência de uma violação no âmbito do n.º 2, será o CUE que, agindo por maioria qualificada reforçada ao abrigo do n.º 3, terá o poder de impor sanções. Cumpre notar que o EM visado não entra para os cálculos de votação.³³

A UE confronta-se com um ataque aos seus valores basilares. Ao mesmo tempo, encontra-se munida deste instrumento que visa, precisamente, defendê-la deste tipo de agressões. No entanto, não vemos resposta cabal, nem suficiente. O que falha entre as duas premissas?

Prima facie, podemos invocar a elevada exigência dos requisitos formais, o que leva alguma doutrina a arguir que a necessidade de unanimidade ou *super-maioria* torna este artigo quase impossível de usar.³⁴ O requisito da unanimidade surge particularmente problemático no atual *status quo* em que temos dois EM com agendas iliberais, pois o resultado lógico será o veto cruzado de forma a bloquear a ativação do n.º 2. Mas, se o requisito da unanimidade é criticável,³⁵ os 4/5 exigidos pelo n.º 1 justificam-se plenamente pela necessidade de um consenso que garanta legitimidade à ação.³⁶

Também os requisitos substantivos, pela sua gravidade e indefinição, podem gerar incerteza na delimitação dos casos que impõem a sua aplicação, tendo já o PE pedido

³⁰ Scheppele, 2016.

³¹ Besselink, 2016, p. 6.

³² Kochenov, 2017, p. 11.

³³ O processo rege-se pelo art. 354 TFUE.

³⁴ Bugarič, 2016, p. 2.

³⁵ Kumm, 2012.

³⁶ Bugarič, 2016, p. 8.

maior elucidação.³⁷ Na falta desta, cabe aos demais elementos auxiliar na sua densificação. Aqui poder-se-ia, v.g., recorrer às Comunicações da CE e à jurisprudência do TJUE, mas dúvidas não deveria haver de que os casos *sub judice* são subsumíveis a este artigo. Aliás, estes casos têm contribuído para uma densificação do próprio conceito de ED.

Claro que o vasto alcance e efeitos gravosos que poderão advir deste processo sustentam a elevada exigência formal, mas também a gravidade e irreversibilidade de uma não resolução do problema devem motivar a procura incessante por soluções.

Como terceiro fator, temos a natureza eminentemente política do art. 7, revelada, v.g., no domínio do processo por atores políticos e que dispõem de uma alta discricionariedade, v.g., a plena liberdade do CUE no que toca à imposição de sanções. Este teor político encontra-se na génese da própria composição do CoE e do CUE, o que, por sua vez, move sensibilidades diplomáticas, interesses políticos, e gera o receio de que um dia o artigo possa ser aplicado contra o seu país. Esta posição ambígua é reflexo da *dupla face de Janus*³⁸ destas instituições que, por um lado, são instituições europeias, mas, por outro, são compostas por representantes dos EM. Do mesmo modo, foi a natureza política do PE que permitiu que o PPE *travasse* uma atuação tempestiva e assertiva contra o Fidesz. Durante demasiado tempo parece o oportunismo político ter escudado Orbán e ter vigorado a relutância dos EM em se criticarem, resultando numa *reação passiva acrítica*³⁹ que fez fechar os olhos até que o problema se tornasse incandescente.

Igualmente, não será de descurar como a experiência negativa do *Haider affair* contribuiu para acentuar a resistência quanto ao recurso ao art. 7.⁴⁰ Não tendo sido uma atuação da autoria da UE, é a primeira vez que medidas drásticas são impostas por líderes europeus contra um EM, gerando uma avalanche de criticismo que leva à discussão sobre uma *crise constitucional europeia*.

Neste contexto, a CE é extremamente cautelosa, atendo-se à ponderação dos possíveis cenários, i.e., como elucida Wilms, o risco de criação de um *falso positivo* ou *falso negativo*. Temos um *falso positivo* quando o processo é iniciado, mas não consegue o apoio das maiorias necessárias para prosseguir, situação que poderá representar uma aceitação da conduta do EM visado e reforçar a sua legitimidade, até encorajando outros a seguir o seu caminho. Por oposição, vemos um *falso negativo* quando o processo não é iniciado, apesar de o caso o merecer e as maiorias serem alcançáveis. Indubitavelmente,

³⁷ Wilms, 2017, p. 58.

³⁸ Roland, 2008 citado por Wilms, 2017, p. 65.

³⁹ Wilms, 2017, p. 30.

⁴⁰ Bugarič, 2016, p. 3.

a retração da CE quanto à ativação do art. 7 terá sido motivada pelo receio de criar um *falso positivo*.⁴¹

Corroborando estes receios, alguma doutrina defende que “o art. 7 seria catastrófico e iria desfazer a estrutura da União”.⁴² Nesta linha, com a sua *infeliz* denominação de *opção nuclear*,⁴³ fica eternamente estigmatizado como um mecanismo ao qual nunca se deverá recorrer por, seguindo a lógica, acarretar repercussões que aniquilariam o *mundo europeu*. Ademais, ativá-lo *seria demasiado penoso e impraticável* – mas há uma panóplia de atores que o podem fazer. Apesar de evidente que o n.º 1 vê simplificada a sua aplicação – 4/5 não soa a excentricidade –, todo o art. 7 é tido por *inutilizável*. A impraticabilidade que lhe é imputada faz com que também não surta qualquer efeito dissuasor. Enfatizar o seu carácter *excepcionalíssimo* apenas torna a sua aplicação ainda mais longínqua. No fundo, este artigo já é assumido como uma *não opção*, mas, na verdade, trata-se de “uma abordagem niilista que ignora a letra e o espírito dos Tratados”.⁴⁴ E todas as instituições parecem ter contribuído para o mito. A CE, recusando-se incessantemente em ativá-lo contra a Hungria, fazendo-o somente contra a Polónia e com alguma relutância, vem, ao invés, criar o seu próprio mecanismo, o QED. De forma idêntica, o CUE, em vez de se coordenar com as demais instituições para ativar o art. 7, desenha o seu, o DED. Também tardiamente o PE fará uso do seu poder de iniciativa, tendo canalizado as suas energias para a elaboração de uma proposta de um novo mecanismo.⁴⁵ Porém, deve ser frisado que o PE tem sido bastante interventivo, v.g., mediante elaboração de dezenas de recomendações. Aqui revela-se o reverso da medalha do facto de poder ser iniciado por vários atores, pois, se facilita o acesso, também pode criar maior descoordenação e ausência de sensação de responsabilidade, levando a que cada um possa pretender destituir-se da tarefa. Segundo Kochenov, o *mito nuclear* serve os que procuram um pretexto válido que justifique a inação.⁴⁶

Em sintonia, rotulado de *toothless tool*,⁴⁷ parece ser inexplorado e deficientemente interpretado, v.g., quando é encarado como se de um procedimento só se tratasse, tornando o n.º 1 em precedente obrigatório do n.º 2, o que acaba por *tornar mais pesada* a ativação de cada um dos números.

Não descurando que o art. 7 padece de debilidades intransponíveis sem alteração ao Tratado, é precocemente descartado e menosprezado o valor acrescentado da sua

⁴¹ Wilms, 2017, p. 1.

⁴² Williams, 2006 citado por Bugarič, 2016, p. 2.

⁴³ Barroso/State of the Union Address/2012, p. 10.

⁴⁴ Kochenov, 2017, p. 2.

⁴⁵ Ver EPRS, 2016.

⁴⁶ Kochenov, 2017, p. 2.

⁴⁷ Deutsche Presse-Agentur GmbH, 2020.

abordagem direta. Assim, mais do que por malformações legais, falha pela forma como é encarado e por falta de vontade política, desde logo, quando os atores se mostram reticentes em admitir *a dimensão do elefante dentro da sala*.⁴⁸ É precisamente aqui que reside a sua falta de eficácia. Mais do que no artigo *per si*, é na operabilidade, na mediação entre o artigo e o caso, que encontramos o fosso.

Sob pena de ser perpetuada a fantasia do *gigante adormecido*,⁴⁹ o art. 7 deveria ter sido ativado o mais cedo possível, demonstrando – como aliás, a retórica das instituições abundantemente frisa – que o ED não é vazio e ocupa um papel central no projeto europeu. Crise implica urgência, e esta relutância serviu somente para dar mais tempo aos dois EM para entranhar as suas reformas. E os dois trabalham incansavelmente para a destruição das fundações da UE.⁵⁰

Após a inconsistente e inocente utilização do QED, e perante a expectável falta de colaboração por parte das autoridades polacas ao abrigo deste mecanismo, em dezembro de 2017, a CE invoca o art. 7, n.º 1 contra o país.⁵¹ Porém, o CUE refugia-se hoje na declaração de que as audiências não podem ocorrer devido à pandemia. Passaram mais de 3 anos.

No que concerne à Hungria, que há uma década flagrantemente mina as estruturas do ED, a CE, após ter resistido a ativar o QED, recusa invocar o art. 7. Perante esta retração, o PE, em setembro de 2018, aprova uma proposta ao abrigo do n.º 1.⁵²

É verdade que temos hoje dois processos a correr ao abrigo do art. 7, n.º 1, mas porquê a demora em ativá-lo quando a crise era clara? E porque se encontram aqueles paralisados por necessitarem de mais *análises* e *consultas*? Não teremos já provas suficientes, inclusive, do TJUE?

2.2. Procedimento de infração

A assunção do art. 7 como inutilizável leva à busca por outros instrumentos. Assim, em detrimento de uma abordagem de teor político, é privilegiada uma *abordagem legalista*.⁵³

O escopo de aplicação deste procedimento será, *tradicionalmente*, muito mais limitado, abarcando somente situações em que ocorra uma violação concreta de DUE. Por se tratar de uma ordem jurídica autónoma, o TJUE não declara a invalidade da

⁴⁸ Ver v.g. Bugarič, 2016, p. 13.

⁴⁹ Martinico e Russo, 2015 citados por Wilms, 2017, p. 71.

⁵⁰ Kochenov, 2017, p. 12.

⁵¹ Proposta CE, art. 7, n.º 1, 2017; Deve ser notado que, apesar do desajustado recurso ao QED que apenas serviu para atrasar a ativação do art. 7, Frans Timmermans, enquanto Vice-Presidente da CE, foi bastante interventivo, tendo, aquando da clara constatação da inoperabilidade do QED, sido ágil na ativação do art. 7. Já a atual CE parece mais tímida.

⁵² Resolução PE, art. 7, n.º 1, 2018.

⁵³ Bugarič, 2016, p. 3.

norma, mas o incumprimento do EM por manter no seu ordenamento jurídico uma norma incompatível com o DUE.

Considerando a CE que um EM não cumpre uma das suas obrigações derivadas dos Tratados, abre diálogo com o EM, convidando-o a uma resolução informal. Inexistindo esforços satisfatórios, a CE formula um parecer fundamentado, que dará início ao procedimento formal do art. 258 TFUE. Caso o EM não cumpra o parecer no prazo fixado, a CE pode levar o caso perante o TJUE. Aqui, decidindo o TJUE pelo incumprimento do EM, este é requerido, segundo o art. 260, n.º 1, a adotar as medidas necessárias de forma a cumprir com o julgamento. Se o EM não o fizer, a CE poderá reenviar a questão para o TJUE e propor-lhe a adoção de sanções, nos termos do art. 260, n.º 2.

Por seu turno, o art. 259 dá aos EM a faculdade de, entendendo que a CE está a *falhar*, impulsionar o processo. Referimo-nos a *impulsionar* a CE a agir, pois, seguindo esta com o processo, o art. 259 *extingue-se*, dando lugar ao processo *standard* do art. 258.

A fragilidade central do PI prende-se com o seu escopo limitado, ou melhor, *com a limitação do seu escopo*. Sempre aplicado a violações específicas de DUE, carrega assim a assunção de que o EM é, na generalidade, cumpridor,⁵⁴ incorrendo somente em falhas pontuais. Esta caracterização opõe-se diametralmente ao problema com que a UE se depara, que se distingue pela sua natureza sistémica e em que assistimos a uma ação concertada. Ora, essa atuação é composta por específicas violações de DUE, que podem, sim, ser cobertas pelo PI. É aqui que nos deparamos com o fosso teleológico em que o seu *presumível* âmbito de aplicação é completamente desajustado da dimensão da questão de fundo. A resolução de um problema estrutural que ataca as fundações da UE nunca poderá ser feita com *remendos*, mas o *modus operandi* tem sido precisamente o de tratar problemas sistémicos como se de uma violação específica se tratasse.

Exemplo gritante é o caso Comissão/Hungria,⁵⁵ que tem por base a lei húngara da antecipação da reforma dos juízes e consequente afastamento de 10% destes que, naturalmente, são substituídos por juízes favoráveis ao Fidesz. Situando-se claramente o problema no campo da independência judicial, a CE vai recorrer à Diretiva sobre a igualdade de tratamento no trabalho,⁵⁶ alicerçando a sua argumentação na proibição da discriminação em razão da idade. O TJUE vem dar razão à CE, saindo esta, como tem sido seu apanágio, vitoriosa. Porém, esta abordagem vem reduzir drasticamente a gravidade da questão, o que se revela nos efeitos práticos, pois a maioria dos principais

⁵⁴ Scheppele, 2016, p. 108.

⁵⁵ Ac. de 6 de novembro 2012 *Comissão/Hungria* C-286/12, EU:C:2012:687.

⁵⁶ DIR. 2000.

juízes não regressa ao seu cargo.⁵⁷ Ademais, assistimos ao efeito perverso do cumprimento do julgamento em que aos *novos* juízes é garantido que ocuparão o cargo por mais tempo. Como argui Müller,⁵⁸ falhou-se a questão real. Como se de um *mero* caso de discriminação em razão da idade se tratasse – tinha de ser tratado como tal –, em virtude do julgamento, será oferecida uma compensação aos juízes agora aposentados, que a irão, na sua maioria, aceitar. A CE vence o caso, mas não trata a questão como um todo, cuidando somente da *ponta do iceberg*.

Não descurando o potencial do PI como mecanismo de *hard law*, estes *remendos* fomentam a ilusão de que o problema está a ser tratado – de facto, a argumentação legal trazida pela CE fê-la ganhar o caso; e o governo húngaro cumpriu com o julgamento do TJUE –, contribuindo para uma ainda maior procrastinação de uma solução cabal.

É neste contexto que somos alertados para as dificuldades de uma abordagem puramente legalista, com difícil poder de encaixe para casos de carácter político.⁵⁹ Limitando-se neste tipo de ações a jurisdição do TJUE a áreas em que o DUE esteja a ser implementado, tentarmos tratar problemas de natureza sistémica mediante ações com um escopo tão limitado soa a tarefa hercúlea. Neste enquadramento, a CE parece não entender o art. 2 como *justicável*.

Além desta limitação, a contribuir para a falta de eficácia do PI vem o escasso recurso a este, revelado nos números e sobretudo quanto à Polónia,⁶⁰ e a sua deficiente utilização. No que concerne à sua utilização, não parece fazer-se o seu uso pleno. Para além dos diversos casos deixados em *banho-maria* na fase de avaliação ou monitorização,⁶¹ há uma relutância em levá-los até às últimas consequências, i.e., perante a evidência de incumprimento do julgamento do TJUE, ativar o art. 260. Deve ser frisado que este julgamento é vinculativo, incumbindo o EM de o implementar, e tem efeito imediato.

Sem descurar que se trata de um passo positivo, também o pedido de medidas internas ao TJUE parece chegar tarde demais.⁶²

Nas palavras de Pech, vemos uma *guardiã* relutante em guardar os Tratados e cujo *modus operandi* é o *too little too late*. Quando, v.g., ao longo do último ano, os governos polaco e húngaro violam incansavelmente os julgamentos do TJUE,⁶³ a CE parece passiva.

⁵⁷ Ver Scheppele, 2016, nota 23.

⁵⁸ Müller, 2015, p. 148.

⁵⁹ Bugarič, 2016, p. 13.

⁶⁰ ANEXO A.

⁶¹ ANEXO B.

⁶² Pech, Sadurski & Scheppele, 2020.

⁶³ Despacho de 8 de abril de 2020, *Régime disciplinaire des juges*, C-791/19, EU:C:2020:277; Acórdão de 18 de junho de 2020, *LexNGO* C-78/18, EU:C:2020:476; Acórdão de 6 de outubro de 2020, *LexCEU*, C-66/18, EU:C:2020:792 e Acórdão de 17 de dezembro de 2020, *Accueil des demandeurs de protection internationale*, C-808/18, EU:C:2020:1029.

A passividade ou reação desajustada da CE é algo intangível perante tamanha clareza, gerando mesmo duras acusações, como a de que a ação relativa à *lei do açaimé* polaca foi por esta propositadamente atrasada de forma a ser usada como moeda de troca para facilitar as negociações quanto ao QFP.⁶⁴ Não se pretendendo dar cobertura infundada a tal opinião, razões mais fundas haverá do que a inocência de outrora.

As motivações que bloqueiam uma ação mais veemente da CE no que toca ao art. 7 devem ser *mutatis mutandis* aqui ponderadas, não se tratando do receio de um *falso positivo*, mas de ser acusada de ferir a soberania dos EM e de perder o caso no TJUE, o que motiva a sua interpretação muito técnica, restritiva. A CE age assim cautelosamente, recorrendo a bases legais seguras que lhe garantam vitória, mas que estão desfasadas do caso *sub judice*. Sustentando ainda, em parte, o *European way*,⁶⁵ a sua relutância em assumir uma posição assertiva mostra como pretende não hostilizar os EM, mas mantê-los ainda *parte*, receando que resvalam para outros polos de influência ou fortaleçam a aliança com Salvini. A verdade é que estas aproximações são já evidentes.

Contudo, o *criticismo* à CE deverá ser temperado pela dinâmica institucional, i.e., a posição das restantes instituições, sobretudo do CoE e do CUE, que, mais do que não darem um forte apoio, chegam a desincentivar, v.g., com as sucessivas opiniões do SL do CUE, que põem em xeque a autoridade da CE. Ainda assim, a CE deve ser capaz de privilegiar a lei sobre a política, cumprindo o seu papel de guardião dos Tratados.⁶⁶ Como argui Morijn, o PI não é um poder discricionário da CE, mas uma obrigação de resultado.⁶⁷

2.3. Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito

Perante os apelos ao fortalecimento da proteção do ED, a CE, entendendo a necessidade de uma alternativa ao *poder brando* da persuasão política e à *opção nuclear* do art. 7, e defendendo que *os mecanismos existentes à data não se mostraram sempre apropriados*, vem, em 2014, estabelecer um *Novo Quadro para Reforçar o ED*,⁶⁸ através do qual cria um novo mecanismo de *soft law*. Pretendendo preencher a lacuna entre o art. 7 e o PI,⁶⁹ situar-se-ia antes do art. 7, n.º 1, granjeando a denominação de *pré-artigo* 7.⁷⁰ Mediante o estabelecimento de um diálogo, visa tratar futuras ameaças de natureza sistémica ao ED antes que as condições de ativação do art. 7 estejam reunidas.⁷¹ Deste

⁶⁴ Pech, Sadurski & Scheppele, 2020.

⁶⁵ Pech & Scheppele, 2017, p. 19.

⁶⁶ Pech, 2017, p. 26.

⁶⁷ NL@Conversations, 2021.

⁶⁸ COMN.2014.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Reding, 2014.

⁷¹ COMN.2014.

modo, evita que se “construam trincheiras entre as instituições e os EM”⁷² ou serve de base à elaboração de uma proposta no âmbito do art. 7; contudo, o objetivo principal permanece o de não se ter de chegar ao ponto de a ele recorrer.

O QED é composto por três passos. Inicialmente, a CE faz uma recolha de informação, avaliação e abre um diálogo confidencial com o EM numa tentativa de resolução.⁷³ Não a havendo, a CE envia uma Opinião ao EM, explanando os seus receios e dando-lhe a possibilidade de responder. Caso a CE não considere a resposta satisfatória e entenda que há provas suficientes de uma ameaça sistémica, continuando o EM a atuar inadequadamente, dirige-lhe uma Recomendação que pode incluir medidas específicas a adotar. Por fim, a CE monitoriza o seguimento dado pelo EM à Recomendação. Se, dentro do tempo delimitado, não o considerar satisfatório, avalia a opção de ativar o art. 7.

Não desvalorizando como representa um *passo na direção certa*, este passo é *tímido*, não figurando uma opção eficaz perante a atualidade e gravidade da situação *sub judice*.⁷⁴ Desde logo, a sua abordagem reside no diálogo, e qual é o resultado a que se pretende chegar quando dialogamos com autocratas que deliberadamente violam o art. 2? Será um *diálogo construtivo*?⁷⁵ Dentro da mesma lógica, sendo o valor legal deste instrumento o de uma Comunicação,⁷⁶ será expectável uma cooperação sem coerção? Ainda assim, a CE foi muito cautelosa na utilização do *seu instrumento*.

Em 2016, perante a crise constitucional na Polónia, a CE ativa o QED, mas não o faz em relação à Hungria, tendo já o PE pedido que o fizesse.⁷⁷ A CE vem justificar a sua resistência em usar o mecanismo contra este EM com uma débil argumentação,⁷⁸ sobretudo quando invoca que a atuação da Hungria não figurava uma ameaça sistémica.⁷⁹ Esta posição é criticada pelo PE, que argumenta como a CE *tem focado sobretudo aspetos marginais e técnicos da legislação, enquanto ignora tendências, padrões, e o efeito combinado das medidas*.⁸⁰ Esta diferença de tratamento traz inconsistência à atuação, o que, tratando-se de uma estreia, poderá ter rotulado o mecanismo. Igualmente atuando sem consistência, a CE não vai seguir os passos por si traçados. Quando, após a sua Recomendação, a Polónia se recusa a cooperar, a CE, em vez de ativar o art. 7/1, vai redigir uma Recomendação *ad hoc*. Uma vez mais, o art. 7 é negligenciado. Na verdade, o QED soa desnecessário quando atentamos à natureza do

⁷² Wilms, 2017, p. 76.

⁷³ Kochenov & Pech (2015, p. 12) alertam como a confidencialidade do diálogo retira eficácia ao QED.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Timmermans, 2016.

⁷⁶ Ballin, 2016, p. 142.

⁷⁷ Res. PE 2015.

⁷⁸ Wilms, 2017, p. 79.

⁷⁹ EPRS, 2019, p. 116.

⁸⁰ Res. PE 2015.

art. 7, n.º 1 que, *afinal*, é utilizável e é um mecanismo de *hard law*, por oposição ao QED. Potencial *duplicação* do art. 7, n.º 1,⁸¹ sem descurar a sua pertinência em casos carentes de tratamento brando, o QED soa supérfluo na urgência do atual *status quo*, contribuindo para atrasar a ativação do art. 7 e podendo criar a ilusão de que o QED é uma fase procedimental essencial à sua ativação.

Nesta atuação, divergindo de Wilms,⁸² o recurso ao QED parece trazer implícita a ideia de que a situação polaca ainda não se constituía como grave o suficiente para ser tratada à luz do art. 7. Mas não figurava já o ataque ao TC uma situação suficientemente grave?

2.4. Diálogo do Estado de Direito

A iniciativa da CE é duramente criticada pelo CUE e pelo seu SL, que vêm defender a sua incompatibilidade com os Tratados, arguindo a falta de legitimidade da CE e, por conseguinte, de todo o instituto.⁸³ Esta questão releva porquanto reflete a ausência de consenso quanto à extensão das competências da UE, sobretudo da CE.

Quatro pontos devem ser marcados. O primeiro, e versando sobre o próprio QED, vimos como é isento de vinculatividade, permitindo apenas a abertura de diálogo. O segundo, sendo o recurso ao pr. da atribuição de competências irrebatível, este deve ser interpretado sistematicamente e não segundo uma visão restritiva, o que apela à invocação do art. 7, n.º 1, que *confere novos poderes de monitorização à CE*.⁸⁴ O art. 7 carrega assim o dever implícito de monitorização do respeito pelo art. 2. Seria absurdo exigir uma proposta fundamentada mas não permitir uma avaliação que forneça essa sustentação – como poderá a CE elaborar uma proposta fundamentada sem fundamentos?

Em terceiro lugar, como *guardião dos Tratados*, a CE deve assegurar a sua aplicação e cumprimento e, desta forma, supervisionar *a aplicação do DUE sob o controlo do TJUE*.⁸⁵ *In fine*, em sintonia com 1., quando o TJUE reitera que a estrutura legal da UE se baseia na assunção fundamental de que os EM partilham e reconhecem entre si um conjunto de valores nos quais a UE se funda, podemos inferir que as instituições da UE dispõem não só de um direito, mas de um dever de proteger o núcleo constitucional da UE mediante intervenção ao nível dos EM.⁸⁶

Discordando deste raciocínio, o CUE vem criar o DED. Realizado uma vez por ano em sessões temáticas, tem por base o modelo de *revisão de pares*. Tratando-se de um

⁸¹ Kochenov, 2017, p. 8.

⁸² Wilms, 2017, p. 79.

⁸³ Op. SL do CUE 2014, pp. 5-7.

⁸⁴ COMN.2003.

⁸⁵ Art. 17, n.º 1 TUE.

⁸⁶ Kochenov & Pech, 2016, p. 531.

instrumento isento de efeitos, e com os seus limites vincadamente estipulados, o CUE opta pelo nível mais baixo de monitorização,⁸⁷ cingindo-se a um diálogo⁸⁸ *amigável*. Se o carácter político do art. 7 o fragiliza, o que diremos neste caso? Assim, o CUE opta pela *opção mais fraca*,⁸⁹ por uma *fachada de ação*,⁹⁰ ineficaz,⁹¹ senão mesmo contraproducente.

2.5. Relatório do Estado de Direito

O primeiro Relatório é publicado em setembro de 2020. Composto por uma parte geral que sintetiza a situação do ED na UE no geral e por 27 capítulos específicos relativos a cada EM, debruça-se tanto sobre desafios, como sobre aspetos positivos, almejando promover uma cultura do ED. O primeiro relatório versa sobre 4 pilares do ED, olhados como vertentes interligadas: sistema judicial, combate à corrupção, pluralismo da comunicação social e equilíbrio de poderes. Trata-se de um instrumento preventivo, cujas conclusões, como afirmou Jourová, irão originar a abertura de diálogo.⁹² Auxiliando na concretização do pr. do ED, contribui para clarificar a pertinência do recurso aos demais mecanismos, servindo de base sólida à sua ativação, e permite, de ano para ano, avaliar as tendências.

Não se negando que se sagra uma mais-valia, não colmata a falha de eficácia existente. Em falta não está informação quanto aos casos flagrantes, mas sim ação perante as evidências. Ademais, parece denotar-se um particular cuidado por parte da CE em não individualizar os dois EM, mas sim em enfatizar que os problemas não são exclusivos destes EM. De facto, a preocupação em acautelar a crítica dos duplos *standards* perpassa por todo o mecanismo, e certamente, porém, não se deverá tentar minimizar a gravidade da realidade.

A UE dispõe de uma *caixa de ferramentas* que visa evitar o ruir do edifício do ED, mas a sua inoperabilidade é evidente. A acrescentar às referidas, poderíamos dar palco a outras, contudo, estas mostram-se menos relevantes para debate ou desajustadas, pois surgem inadequadas nas suas premissas, seja em virtude do seu *explícito* limitado escopo (Mecanismo de Cooperação e Verificação e Painel de Avaliação da Justiça), seja pela falta de vinculatividade (art. 70 TFUE e PAJ).

⁸⁷ Closa, 2018, p. 32.

⁸⁸ Besselink, 2016, p. 4.

⁸⁹ Closa, 2018, p. 31.

⁹⁰ Kochenov & Pech, 2016, p. 535.

⁹¹ Kochenov & Pech, 2015, p. 12.

⁹² Jourová, 2020.

3. Quo vadis?

Perante a ineficácia do sistema, urge a busca por respostas.

Diversas propostas surgem, v.g., a criação da Comissão de Copenhaga, todavia, a situação é de crise e uma alteração aos Tratados a curto prazo é ilusória. Assim, uma nova solução passaria pela existência de sanções ágeis e suficientemente dissuasivas, mas assegurando um tratamento igualitário entre EM.

Soa quase absurdo como é que temos o ED como premissa da UE, mas o seu cumprimento não é imposto para que se possa beneficiar do privilégio que os fundos representam. Assim, a ideia do novo RC surge da questão *porque terá a UE de financiar EM que descaradamente violam os seus valores mais basilares, tanto, que contaminam os restantes e a própria UE, pondo em risco os seus objetivos?*

Em maio de 2018, a CE vem propor, juntamente com o QFP 2021-2027, um novo mecanismo que visa relacionar a proteção do orçamento europeu com o respeito pelo ED. Concretamente, propõe a criação de um regulamento que faria depender o acesso aos fundos europeus do cumprimento do ED.⁹³

3.1. O Regulamento

3.1.1. Análise descritiva

Paradigmática da integração europeia, a condicionalidade vem tornar-se igualmente típica na sua política orçamental,⁹⁴ tendo sido já diversas condicionalidades *atreladas* aos fundos.

Estabelecido no Reg. 2020/2092, o novo mecanismo prevê um regime geral de condicionalidade financeira para a proteção do orçamento europeu, permitindo a suspensão do acesso aos fundos no caso de violações do ED por parte de um EM.

No que concerne aos requisitos substantivos, de acordo com o art. 4, n.º 1, para que sejam adotadas medidas, teremos de estar perante *violações dos prs. do ED* que afetem ou sejam *seriamente suscetíveis de afetar, de forma suficientemente direta, a boa gestão financeira do orçamento da União ou a proteção dos seus interesses financeiros*.⁹⁵ Este instrumento permite à UE adotar as *medidas adequadas*, que podem consistir, essencialmente, na *suspensão, redução ou restrição* do acesso aos fundos,⁹⁶ encontrando-se discriminadas no art. 5, n.º 1, als. a) e b).

De acordo com o procedimento previsto, constatando que existem motivos razoáveis para considerar que se verificam os requisitos do art. 4, a CE envia ao EM uma

⁹³ Proposta/CE/2018.

⁹⁴ Heinemann, 2018, p. 298.

⁹⁵ Doravante só *orçamento* ou *interesses financeiros*.

⁹⁶ Doravante só *suspensão*.

notificação com a sua fundamentação.⁹⁷ O EM tem o dever de fornecer as informações solicitadas pela CE, mas dispõe também da faculdade de formular observações e propor medidas corretivas, tendo a CE de levar estes pontos em consideração.⁹⁸ Julgando verificadas as condições do art. 4, a CE propõe ao CUE a adoção de medidas. Para que o CUE o possa fazer, é exigido que reúna maioria qualificada,⁹⁹ sem prejuízo da sua opção de alteração da proposta.¹⁰⁰

A garantir proporcionalidade surge a opção do levantamento de medidas, que incumbe a CE no dever de rever regularmente a sua adequação e permite ao EM pedir o seu levantamento. Se a CE considerar que a situação foi remediada, submete uma proposta ao CUE para que este decida por maioria qualificada.¹⁰¹

No que respeita à proteção dos beneficiários finais, o RC prevê com detalhe a substituição do governo aos fundos.¹⁰² Aqui será de ponderar se o governo terá os meios para o fazer, sobretudo quando se trata de um EM, em princípio, especialmente vulnerável.

Cumpre notar que as principais alterações fruto do longo processo legislativo se basearam na redução da discricionariedade da CE¹⁰³ – por receio da sua politização e incerteza jurídica, não devendo ser olvidado que os arts. 17/1 TUE e 317/1 TFUE atribuem à CE a competência de implementar o orçamento –, no aumento das garantias dos beneficiários finais e dos EM, e no fortalecimento donexo causal exigido. Mas, para uma compreensão profunda do novo mecanismo, é essencial que se olhe o contexto político que subjaz à sua adoção.

3.1.2. O impasse nas negociações

Em maio de 2020, a pedido do CoE, a CE apresenta o robusto plano de recuperação¹⁰⁴ para fazer face às consequências calamitosas da pandemia. Inserido no QFP 2021-2027, surge o novo instrumento de recuperação apelidado de *Next Generation EU* que almeja *reparar os danos e preparar o futuro para a próxima geração*.¹⁰⁵ O acordo quanto ao novo instrumento vai ser alcançado nas intermináveis negociações de julho do CoE, porém, trata-se de um mero acordo político, uma vez que a sua adoção como lei implicava a adoção do proposto RC. Ironicamente, os líderes iliberais vêm-se

⁹⁷ Art. 6, n.º 1.

⁹⁸ Art. 6, n.ºs 4, 5 e 6.

⁹⁹ Art. 16, n.º 3 TUE.

¹⁰⁰ Art. 6, n.ºs 9, 11.

¹⁰¹ Art. 7, n.º 2.

¹⁰² Art. 5, n.ºs 2, 4 e 5.

¹⁰³ V.g. art. 6, n.º 3 (por oposição ao art. 5, n.ºs 2 e 5 da PR).

¹⁰⁴ COMN.2020.

¹⁰⁵ Ibid., p. 1.

insurgir contra o RC, alicerçando a sua argumentação no respeito pelos Tratados – os Tratados que incessantemente pugnam por violar.

Na linha das alterações que o Regulamento foi sofrendo no decurso do processo legislativo, nas negociações de julho, o *grande ausente foi o ED*.¹⁰⁶ Com o foco na recuperação económica, os líderes europeus parecem relegar o ED para um plano distante. Assim, não obstante a presença de vozes dissonantes,¹⁰⁷ as negociações no CoE Extraordinário vêm somente desembocar no ponto A24 de 68 páginas, que declara que *os interesses financeiros da União seriam protegidos de acordo com os prs. gerais* dos Tratado e que *um novo regime de condicionalidade seria introduzido*.¹⁰⁸ Terá sido o *caráter excecional da situação económica e social decorrente da crise da COVID-19*¹⁰⁹ que, lamentavelmente, fez líderes europeus recuar na defesa do pr. do ED,¹¹⁰ desejando somente um célere acordo quanto ao QFP e NGEU e arguindo, para esse fim, que o RC fosse negociado numa fase posterior à do acordo quanto ao Fundo de Recuperação.¹¹¹

Este passo simbolizaria o privilegiar de opções a curto prazo em detrimento da sobrevivência, a longo prazo, do projeto europeu. Mostraria como, tantas vezes, ainda permanece a ideia da UE como uma *caixa multibanco* e não como um projeto político.

Ainda que não tenha sido este o caminho seguido, o “*acordo de minimis* que permitiu a ambas as partes salvar a cara”¹¹² chegado no CoE é motivo de satisfação para os governos polaco e húngaro por, em virtude da vaga referência ao ED, julgarem passível o novo RC estar nas mãos do CoE, implicando a necessidade de consenso – o que tornaria a sua aplicação materialmente impossível.¹¹³ Não se tendo a profecia de Orbán e Morawiecki cumprido, a solução que veremos como final parece, de facto, deixar a decisão nas mãos dos líderes dos EM e a carecer de unanimidade.

Perante a debilidade em que se parecia encontrar a PR, o PE vem reagir, v.g., através da redação de uma carta, dirigida a Merkel, então sentada na Presidência do CUE, e a von der Leyen, onde *lamenta fortemente que o CoE tenha enfraquecido significativamente os esforços da CE e do PE para promover o ED*. O PE mantém assim a sua *linha vermelha* de que *não pode haver descontos nos valores europeus*.¹¹⁴

Em setembro, as vagas Conclusões de julho vêm transformar-se num acordo ao nível do CUE quanto ao substrato do RC.¹¹⁵ Demonstrativa da posição do CUE será a

¹⁰⁶ Íñiguez, 2020.

¹⁰⁷ ECFR/30 de novembro 2020.

¹⁰⁸ Concl. CoE de julho 2020.

¹⁰⁹ Ibid. pt. A1.

¹¹⁰ DN/14 de julho 2020. Aqui, *Costa defende na Hungria que ED não deve ser associado à recuperação*.

¹¹¹ Não obstante se ter vindo a concluir que esta posição seria anterior à pandemia: ver *Expresso*/29 novembro 2020.

¹¹² Íñiguez, 2020, p. 195.

¹¹³ *Político*/23 julho 2020.

¹¹⁴ ANEXO E.

¹¹⁵ CUE/11322/20/setembro 2020.

alteração proposta quanto às condições materiais para aplicação do mecanismo, que reduz radicalmente o seu escopo, não permitindo que seja aplicável quando esteja em causa um risco, mas somente quando a violação **afete de forma suficientemente direta** o orçamento.¹¹⁶

Sem surpresa, Polónia e Hungria concretizam a sua ameaça de vetar o pacote inteiro, através da redação, em novembro, de uma declaração conjunta que reflete a sua oposição ao RC.¹¹⁷ O veto recaía não sobre o RC, que não carecia de unanimidade, mas sobre a adoção do QFP e NGEU, que se regem pelo processo legislativo especial, o que, de acordo com o art. 312, n.º 1 TFUE, implica unanimidade no CUE. Foram estes dois governos que arriscaram a recuperação de toda a UE. Curioso será notar que, se o art. 7, n.º 2 já tivesse sido acionado, este bloqueio não seria possível.

O alívio de uma Europa assoberbada pela pandemia chega, em dezembro, com o *compromisso* alcançado no CoE. Uma vez mais, é neste contexto que, entre a iniciativa da CE e as linhas vermelhas traçadas pelo PE, e a posição de alguns líderes europeus, se chega a um *acordo de minimis*.

3.2. Vai suprir a falta de eficácia?

3.2.1. Contrapesos

Prima facie, qualquer novo mecanismo deveria ser aplicado indiscriminadamente a países pobres e ricos. Este era precisamente o receio de Juncker, o do agravamento do fosso e as consequências que daí poderiam advir, acreditando que o RC poderia ser “veneno para o continente”.¹¹⁸ Tendo o orçamento da UE como um dos seus principais fins a redistribuição de riqueza, não faria sentido que agravasse ainda mais o fosso ou que afetasse desproporcionalmente regiões ou grupos vulneráveis. A neutralizar este argumento, recuperamos o já referido de como a condicionalidade do acesso aos fundos é já um elemento típico da sua gestão. Ainda assim, surgem duas legítimas preocupações.

A primeira, a de que os fundos suspensos seriam relevantes para investimentos estruturais e que, inexistindo, deteriorariam mais ainda a qualidade de vida desses cidadãos. Porém, devemos perguntar-nos: devemos confiar que governos iliberais levem a cabo reformas de capacitação da administração pública? Que melhorem a vida dos cidadãos a quem usurpam liberdades? Qual tem sido a preocupação de Orbán quanto aos fundos, senão a de os fazer chegar à sua conta bancária e à dos que lhe são próximos, quer por afinidade, quer por interesse?

¹¹⁶ Ibid., art. 3, n.º 1. Aqui é introduzida a expressão *suficientemente direta*.

¹¹⁷ Declaração conjunta/2020.

¹¹⁸ *Político*/1 junho 2017.

A segunda, a de que a população desse EM, sobretudo a parcela mais afetada pela suspensão, se revolte, não contra o governo, que poderá ver aumentado o seu apoio – o *rally around the flag effect*¹¹⁹ – mas contra a UE, gerando uma onda de euroceticismo. Este receio é perfeitamente legítimo, sobretudo quando em causa está um governo que terá capturado a maioria dos *media*. Ademais, há a preocupação de que estes EM resvalam para a esfera de influência de potências como a Rússia ou a China – simbolicamente, vemos a instalação de uma universidade chinesa na Hungria e a expulsão da sede da CEU.

Tomando os dados empíricos relativos às sanções económicas internacionais como indicadores, é facto que a sua aplicação pode conduzir a um acentuar da atitude autocrática, mas também o é que pode potenciar uma alteração do regime, quando, *v.g.*, o governo deixa de ter à sua disposição meios para comprar apoio,¹²⁰ seja interna ou externamente.

Parece ser merecedor o risco, representando não uma medida de curto prazo que contribui para o entranhar destes regimes, mas sim uma tomada de posição imperativa quanto ao cumprimento de ideais de longo prazo. Assim, este risco deve ser complementado por um esforço de tentar fazer chegar à população do EM a informação correta relativa às razões que motivaram a sanção e, se possível, os fundos que lhe são destinados, sem terem de passar pelo executivo como intermediário. Ademais, este esforço poderia aumentar a pressão da oposição e da sociedade civil contra o regime instalado e saldar-se num resultado eleitoral positivo, isto se o processo eleitoral ainda não estiver capturado. É duvidoso que as próximas eleições húngaras sejam livres e justas.¹²¹ Já no que à Polónia concerne, o risco de eleições fraudulentas é escasso, porém, aumenta fruto da envolvimento restante.¹²²

Para que as sanções possam surtir efeito a um nível mais profundo, é crucial que exista uma forte oposição, i.e., que ainda não esteja silenciada. Aqui, parece a oposição polaca ter ainda força; o mesmo não se pode dizer da abafada oposição húngara. Presente terá de estar sempre o nível de eficácia que estamos a considerar: serão alterações legislativas ou mutações profundas? Como sugere Lang, contando que se referia à PR, o primeiro caso poderá ser alcançável, mas parece um horizonte demasiado longínquo esperar que resolva problemas estruturais quando uma conexão direta com o orçamento é exigida.¹²³ É por isto que as medidas sancionatórias devem ser complementadas pela capacitação das estruturas internas e pela promoção de *uma cultura do ED*.

¹¹⁹ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 6.

¹²⁰ Heinemann, 2018, p. 299.

¹²¹ ANEXO D.

¹²² Adam Bodnar, CEU Democracy Institute, 2021.

¹²³ Lang, 2019.

A aceitação do RC por parte da população do EM em causa é um fator crucial, e aqui entra, de novo, a questão da legitimidade da UE para atuar, para que não seja olhada como uma imposição externa. De acordo com um estudo comissionado pelo PE de 2020, 77% dos cidadãos europeus apoiam que a *UE apenas deva atribuir fundos ao seu EM se este implementar* o ED e a democracia, e os cidadãos húngaros e polacos enquadram-se perfeitamente nestes valores.¹²⁴ Por outro lado, deve igualmente ser pesada a confiança na UE dos demais cidadãos europeus, sobretudo oriundos de países contribuintes líquidos, que veem os seus impostos usados na construção de regimes autocráticos.

Precisamente por existir uma relação tão evidente entre o ED e a corrupção é que surge o argumento de que o RC irá atacar os países mais pobres e, como tal, mais dependentes de fundos, o que, por sua vez, permite invocar outro argumento contra o mecanismo: o de que, apesar de ser, teoricamente, aplicável de forma paritária a todos os EM, na prática, revela-se como uma ameaça desproporcional, pois os países mais ricos estariam menos carentes de fundos e, assim, menos vulneráveis ao RC. A contrapor, parece defensável que não se ter optado por versar o RC só sobre os fundos de coesão ajuda no combate da tese de que é discriminatório e que os países mais ricos estarão mais receosos da sua reputação, não querendo ficar rotulados com tal conduta.

3.2.2. Condicionalidade financeira

*To hit offending nations in the wallet*¹²⁵

Este instrumento visa compelir os EM a aderir ao ED mediante a imposição de sanções. Ainda assim, não parece que, mesmo antes das alterações,¹²⁶ se tratasse de um mecanismo puramente *sancionatório*, pois deixam de estar disponíveis fundos que auxiliam na construção do regime iliberal. Uma grande parcela dos fundos vai para os novos oligarcas criados pelo governo de Orbán que ajudam a manter a sua rede corrupta.¹²⁷ Também na Polónia, os recursos estatais são usados como moeda em troca de apoio político.¹²⁸ No que toca à proteção do orçamento, a lógica é a mesma.

É legítimo ponderar se é correto o recurso ao dinheiro como forma de assegurar a vigência de valores. Não sendo eticamente ideal, será a forma capaz de dialogar com dois EM que se mostram indisponíveis para jogar segundo as regras do jogo democrático. Ademais, não constituindo a UE um Estado, carece do poder coercivo próprio desta forma de organização do poder político. É por isto que a sua abordagem reside grandemente no poder persuasivo. Simultaneamente, será ético que os fundos pagos

¹²⁴ ANEXO F.

¹²⁵ Heinemann, 2018, p. 297.

¹²⁶ Art. 4, n.º 3.

¹²⁷ Kelemen & Scheppele, 2018.

¹²⁸ Adam Bodnar, CEU Democracy Institute, 2021.

pelos contribuintes europeus sejam canalizados para a edificação de autocracias?¹²⁹ E estes fundos têm contribuído para tal.¹³⁰ Não será legítimo o recurso ao dinheiro como meio de promover um valor? Não será o dinheiro, afinal, um meio, e nunca um fim em si mesmo?

Sem o *fator adesão*,¹³¹ a maior alavanca da UE é financeira. Segundo oficiais da CE, a interrupção de pagamentos relacionados com os FEI costuma impulsionar os governos a adotar reformas.¹³²

Parte da eficácia do RC pode ser avaliada numa ótica de previsibilidade tendo por comparação precisamente a condicionalidade pré-adesão e as sanções económicas internacionais. Num primeiro ponto, estas têm-se mostrado mais eficazes quando permeáveis à alteração do comportamento do EM, i.e., se, v.g., preveem a opção do levantamento de sanções,¹³³ e aqui trazemos o art. 7 do RC. Como nos elucidam Blauburger e Hüllen, certos vetores foram identificados e poderão, na medida da analogia presente, ser úteis para discorrer sobre a possível eficácia do RC.¹³⁴

O primeiro refere-se à determinabilidade das condições,¹³⁵ i.e., à cognoscibilidade da norma pelos EM, de modo que sejam capazes de delimitar o conteúdo da previsão legal. *In casu*, enquanto temos uma definição robusta de ED, a primeira no DUE, o que reforça a ideia, que os dois EM tentam abalar, de que existe um entendimento europeu quanto ao ED,¹³⁶ a afetação, ainda que mais exigente do que na PR, pode deixar margem interpretativa.

O segundo, a dimensão e rapidez das sanções, impõe analisar se *os custos do não cumprimento excedem os do cumprimento*.¹³⁷ No que toca à dimensão, é defensável¹³⁸ que a dependência dos *novos EM* dos fundos faz com que a ameaça possa ser muito eficaz. De facto, estes EM são dois dos maiores beneficiários líquidos. A Polónia foi o EM mais beneficiado com os fundos estruturais 2014-2020, e a Hungria é o maior recipiente de fundos *per capita*¹³⁹ e depende da UE para beneficiar em 95% os seus investimentos públicos.¹⁴⁰ Sem descurar a exigência de proporcionalidade, o corte pode afetar cerca de 80% dos fundos (incluindo os FEI mais relevantes),¹⁴¹ afigurando-se esta sanção muito

¹²⁹ Bard, 2021.

¹³⁰ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹³¹ Kochenov & Pech, 2016, p. 531; Šelih, Bond e Dolan, 2017, p. 8.

¹³² Ibid., 2017, p. 6.

¹³³ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 5.

¹³⁴ Blauburger & Hüllen, 2021.

¹³⁵ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 4.

¹³⁶ Lang, 2019, p. 2.

¹³⁷ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 4.

¹³⁸ Halmai, 2018; Íñiguez, 2020.

¹³⁹ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁴⁰ Íñiguez, 2020, p. 198.

¹⁴¹ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 11.

mais elevada do que as impostas pelo TJUE.¹⁴² Assim, surge como uma ferramenta mais persuasiva¹⁴³ do que as restantes, que parecem não ter grande poder, desde que os fundos fluam.¹⁴⁴ Esta realidade é-o particularmente na Hungria, uma vez que, enquanto o processo de autocratização polaco tem por base uma forte ideologia, o motor de Orbán é financeiro.

Quanto à dimensão temporal, é um mecanismo que permite uma resposta ágil – tem datas-limite precisas e curtas v.g. *dentro de um mês* –, porém, a avaliação deste elemento terá de ser complementada pelo 3.2.3.

O terceiro, a credibilidade, i.e., a probabilidade da aplicação do RC, interliga-se com os dois anteriores. Na sua figuração mais clara, prende-se com a facilidade da aplicação do RC no que toca aos seus requisitos formais.¹⁴⁵ Aqui entra, fundamentalmente, a alteração da maioria exigida no CUE para a adoção de medidas, que, de maioria qualificada invertida¹⁴⁶ (uma mais-valia para a eficácia do RC¹⁴⁷ que ultrapassaria os obstáculos inerentes às maiorias exigidas pelo art. 7, n.ºs 1 e 2, sendo que bastariam 4 EM a representar mais de 35% da população da UE para a medida ser adotada, acrescentando a isto o curto prazo de um mês) passa a maioria qualificada, reforçando o papel do CUE como decisor final. Curiosamente, a maioria agora exigida para a adoção destas sanções é a mesma que para o art. 7, n.º 1, que não impunha quaisquer sanções, e constatamos como era ilusória a sensação de um art. 7 inutilizável. Vimos como a questão da credibilidade se mostrou determinante para a ineficácia do art. 7, cabendo aqui a predisposição das instituições para atuar. Sinais para esta avaliação podem ser detetados nas Conclusões de dezembro.

3.2.3. As Conclusões de Dezembro

O CoE anuncia por ventriloquismo¹⁴⁸

O pacote de recuperação assenta em 4 instrumentos: o Regulamento que estabelece o QFP 2021-2027 (2020/2093) – adotado; o RC (2020/2092) – adotado; o Regulamento que prevê o Mecanismo de Recuperação e Resiliência (Reg. 2021/241) – adotado; e a Decisão do Sistema de Recursos Próprios da UE (Decisão 2020/2053). Também esta última foi já adotada, mas, para que o dinheiro possa fluir, terá de ser

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Fisicaro, 2020, p. 696.

¹⁴⁴ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁴⁵ Blauburger & Hüllen, 2021, p. 5.

¹⁴⁶ Art. 5, n.º 7 PR.

¹⁴⁷ Cf. Fisicaro, 2020, pp. 709-10.

¹⁴⁸ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

ratificada por todos os EM em conformidade com as suas Constituições,¹⁴⁹ o que, à data, ainda não ocorreu.

Mas afinal qual foi a solução milagrosa que fez os dois EM desistir do veto? Claro que quanto à adoção do RC, o seu voto foi contra; porém, como vimos, isso não impede a sua adoção.¹⁵⁰

Uma opção sugerida foi a de avançar com uma cooperação reforçada, permitindo que os EM que optassem por não entrar, a qualquer altura, o pudessem fazer, e passando a mensagem certa aos cidadãos.¹⁵¹ Todavia, não parece ter sido seriamente considerada.¹⁵²

Nas negociações pairava o receio de que o acordo incluísse fechar os processos do art. 7. Felizmente, não é o plano.¹⁵³

Para resolver o impasse, o CoE adota uma *declaração interpretativa*, incorporada nas suas Conclusões da reunião de 10-11 de dezembro. Versando, naturalmente, sobre o RC, o ponto chave, o acordo espelhado nas CD contém dois elementos essenciais.

O primeiro é o momento em que o CoE acomete à CE a tarefa de desenhar diretrizes quanto à forma como o RC será aplicado.¹⁵⁴ Essencialmente, instrui a CE a não iniciar a aplicação do RC antes da adoção das diretrizes. A existência de diretrizes é permitida,¹⁵⁵ porém, o RC não padece de ambiguidade que o justifique.¹⁵⁶ Crucialmente, está ausente do RC qualquer menção de tais diretrizes.

O segundo é a introdução da possibilidade de questionar a validade do RC perante o TJUE, dispondo que este não poderá ser aplicado até uma decisão deste último, caso tenha sido introduzida uma ação de anulação.

Estes dois elementos traduzem-se fatalmente numa procrastinação da aplicação do RC, o que, por sua vez, se traduz na perpetuação de impunidade e na cada vez mais árdua regressão da autocratização. O atraso é ainda mais gritante porquanto as diretrizes só *deverão* ser finalizadas aquando do julgamento do TJUE. Assim, apesar do processo ser, na generalidade, ágil, as CD vêm desprovê-lo desta qualidade. Apesar de o RC poder ser aplicado desde 1 janeiro 2021,¹⁵⁷ só deverá ser aplicado passados dois anos. Por se tratar de um orçamento de resposta rápida para enfrentar os efeitos da pandemia, o seu adiamento será ainda mais grave porquanto é verosímil que as alocações nacionais sejam gastas precisamente durante os dois anos que o TJUE deverá levar até à decisão.¹⁵⁸

¹⁴⁹ Art. 311 TFUE.

¹⁵⁰ CoE/Votação/2020.

¹⁵¹ Scheppele, 9 dezembro 2020.

¹⁵² EC, 2020, p. 1104.

¹⁵³ Confirma Jourová na conferência *The Future of Democracy in EU Member States* de 24 de janeiro 2021.

¹⁵⁴ Pt. 2 c).

¹⁵⁵ Tridimas, 2020, p. 17.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Com I.V. ao 12.º dia após a publicação no jornal oficial da UE.

¹⁵⁸ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

Grande parte dos fundos estarão já possivelmente alocados antes que o RC se possa estreitar. A comprová-lo, 70% das subvenções ao abrigo do MRR (a maior parcela do NGEU) destinam-se a ser autorizadas em 2021-22.¹⁵⁹ E a *absorção antecipada* é o *modus operandi* de Orbán.¹⁶⁰

Claro que o RC pode visar retroativamente situações desde 1 janeiro, mas subsiste o efeito perverso da proteção reforçada dos beneficiários finais,¹⁶¹ pois vai ser esta a assegurar que as relações de Orbán são pagas, e que o são, especialmente, até às eleições.

O atraso na sua aplicação apenas dá mais tempo aos dois EM para se prepararem para a evasão. Como alerta Scheppele, Orbán já pôs o seu plano em prática ao propor a introdução de uma emenda constitucional.¹⁶² Trata-se de *uma linha muito técnica* que propõe a alteração do significado de *fundos públicos*.¹⁶³ Este detalhe vai permitir canalizar fundos públicos (incluindo os europeus) para as *fundações públicas* (entidades introduzidas em 2019) e, se a emenda for aprovada, logo que o dinheiro chegue a estas entidades, deixa de poder ser seguido. Estas entidades foram já criadas no ramo dos *media*, universidades e do banco nacional.¹⁶⁴

Ademais, as CD desvirtuam o RC quando exigem que a relevância e uso de provas a demonstrar a ocorrência da violação *seja determinado exclusivamente à luz do objetivo do RC de proteger os interesses financeiros*, teste que se afigura uma *probatio diabólica*.¹⁶⁵ Contudo, o CoE não detém o poder de interpretar autenticamente o DUE.¹⁶⁶

Não deverá ser olvidada a referência ao respeito pelas identidades nacionais, que é não só desnecessária, como perturbadora. Um apaziguar de autocratas, garantindo-lhes que a Constituição que incessantemente violam e subvertem será respeitada ao fazê-los respeitar o ED.¹⁶⁷

Como tem sido seu apanágio, o SL do CUE elabora uma opinião rebatível quando entende que *nenhum elemento das CD conflitua, contradiz ou emenda o RC*.¹⁶⁸ Divergindo, Alemanno e Chamon explanam como desrespeitam o DUE, arguindo que o CoE atuou *ultra vires* e violou o pr. do equilíbrio institucional.¹⁶⁹

Ultra vires uma vez que, com a premissa de que as *instituições devem agir dentro dos limites conferidos pelos Tratados e mantêm entre si uma cooperação leal*,¹⁷⁰ o art. 15, n.º 1 TUE dispõe que o CoE não detém funções legislativas, estando estas acometidas

¹⁵⁹ Concl. CoE dezembro 2020 pt. A15.

¹⁶⁰ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Scheppele, 9 dezembro 2020.

¹⁶³ Ver *Hungarian Helsinki Committee*, 2020.

¹⁶⁴ Scheppele, 9 dezembro 2020.

¹⁶⁵ EC, 2020.

¹⁶⁶ Tridimas, 2020, p. 16.

¹⁶⁷ Pt. 2.

¹⁶⁸ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁶⁹ Alemanno e Chamon, 2020.

¹⁷⁰ Art. 13, n.º 2TUE.

ao PE ou CUE, dependendo da base legal,¹⁷¹ *in casu*, o art. 322, n.º 1 TFUE que impõe o processo legislativo ordinário. Destarte, ao impor os dois elementos, o CoE altera *de facto* o RC, não só no que toca ao processo de imposição de medidas, mas quanto à data a partir da qual pode ser aplicado – elemento essencial da lei.¹⁷² Afinal, contrariamente ao enfatizado pela CE,¹⁷³ esta data já não será 1 de janeiro.

A violação do pr. equilíbrio institucional¹⁷⁴ dá-se porque, cabendo a decisão legislativa quanto ao início de vigência da lei ao PE e ao CUE, com a sua atuação, o CoE viola as prerrogativas destas duas instituições.¹⁷⁵ Adicionalmente, o CoE fá-lo relativamente ao TJUE quando atribui à ação efeito suspensivo, decisão que apenas pode ser tomada pelo próprio TJUE, violando assim o art. 278 TFUE.¹⁷⁶ No que concerne ao momento em que “o Conselho Europeu instrui a Guardiã dos Tratados a não os aplicar”,¹⁷⁷ também esta atuação desrespeita o DUE, que acomete à CE a função de assegurar a aplicação da lei sob os Tratados e estipula no art. 17, n.º 3 TUE que a *CE exerce as suas responsabilidades com total independência*.

O nível de eficácia comprometido com as formalmente não vinculativas CD dependerá da reação das instituições.

É improvável que a CE vá contra a posição do CoE. De facto, segundo o Comissário Reynders, as diretrizes já começaram a ser redigidas,¹⁷⁸ e a Comissária Jourová já declarou que o RC não pode ser usado até uma decisão do TJUE.¹⁷⁹ Porém, enquanto a CE parece complacente, o PE surge indignado com o carácter ilegal das CD. Mas, como aponta Alemanno, também este dá sinais de abdicar do ED ao não desafiar a legalidade das CD, firmando-se no receio legítimo de que os dois EM vetem a DRP na Opinião *parcial e incompleta* do seu SL,¹⁸⁰ que será mais política do que legal, antecipando as consequências – políticas – que adviriam de uma ação do PE, mas negligenciando as *já existentes consequências do mundo real*¹⁸¹ que tornam as CD passíveis de serem levadas perante o TJUE, diferentemente do que entende o SL.

Num tom positivo, recentemente, o PE mostra como permanece um defensor acérrimo do ED, agindo não mediante uma ação de anulação versada sobre o RC (263 TFUE), mas mediante uma ameaça de uma ação contra a CE por *falhar em agir* (265 TFUE).¹⁸²

¹⁷¹ Art. 14, n.º 1 e 16, n.º 1 TUE.

¹⁷² Alemanno e Chamon, 2020.

¹⁷³ Reynders, CEU Democracy Institute, 25 janeiro 2021.

¹⁷⁴ Art. 13, n.º 2 TUE.

¹⁷⁵ Alemanno e Chamon, 2020.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁷⁸ Reynders, CEU Democracy Institute, 25 janeiro 2021.

¹⁷⁹ Confirma Jourová na conferência *The Future of Democracy in EU Member States* de 24 de janeiro 2021.

¹⁸⁰ Para aprofundar: Alemanno, 2021.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² ANEXO C.

A ilegalidade vertida nas declarações que pretendem reescrever o RC deveria acarretar a sua desconsideração, permitindo uma aplicação do RC efetiva desde 1 de janeiro. Mas impende a pressão para que não haja um verdadeiro confronto com o CoE, o receio de ricochete, mas, sobretudo, o medo do veto da DRP.

O *pecado original* das Conclusões foi “partir da premissa de que democracias devem fazer compromissos com autocracias”.¹⁸³ E este compromisso parece ter ido demasiado longe. Adaptando a expressão de Íñiguez, a redução *deste mecanismo enviou uma mensagem perigosa: a de que os arts. 2 e 3 são negociáveis*.¹⁸⁴

Prima facie há a reafirmação da proteção do ED por se ter alcançado o acordo, mas, na prática, esta torna-se débil, quase translúcida, deixando o RC *praticamente inutilizável*.¹⁸⁵

As CD assumem-se assim indissociáveis da eficácia do RC. Perante a estratégia de dois EM em que o *tempo é tudo*, ao suspenderem *de facto* a sua aplicação¹⁸⁶ deixam que o elemento temporal abale grandemente o seu potencial.

A comprová-lo, a 11 de março de 2021, Hungria e Polónia introduzem, perante o TJUE, duas ações de anulação contra o RC.¹⁸⁷ Dispondo de 60 dias para o fazer, surgem propositadamente quase no limite temporal, permitindo-se ganhar ainda mais tempo.

3.2.4. Escopo

Conhecido o contexto e como foi promovida pelas instituições, parece lógico que o fim desta criação é, primordialmente, a proteção do ED e que esta proteção é feita mediante a ameaça da suspensão dos fundos. Porém, esta ilação foi ficando gradualmente mais irreal, aproximando-se do objetivo formalmente declarado. Hoje, o ED nem sequer consta do seu nome, simbolizando a erosão da sua proteção, ocorrida desde a proposta até à sua possível aplicação.

A sua base legal radica no art. 322 TFUE, que prevê o estabelecimento de regras financeiras que regulem a adoção e implementação do orçamento da UE. O objetivo formalmente declarado do RC relaciona-se intrinsecamente com a necessidade de atribuição de legitimidade. Assim, é esta carência que explica a opção pela base legal. Vejamos como.

A legitimidade do RC é atacada pelo SL do CUE, que elabora uma Opinião¹⁸⁸ em que advoga que os Tratados não permitem a criação de outro mecanismo que sancione violações do ED, considerando-o incompatível com o art. 7. De novo, o argumento trazido

¹⁸³ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁸⁴ Íñiguez, 2020, p. 201.

¹⁸⁵ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Procs. C-156/21 Hungria/PE e CUE e C-157/21 Polónia/PE e CUE.

¹⁸⁸ Op. SL CUE, 2018.

pelo SL do CUE não parece válido,¹⁸⁹ tendo sido, inclusive, usado pela Polónia contra a criação do RC.¹⁹⁰ Primeiramente, não há nada no art. 7 que proíba a criação de outro mecanismo de proteção do ED, nem deve ser defendida a tese simplista de que o seu efeito sancionatório o torna uma mera duplicação deste.¹⁹¹ Em segundo lugar, o SL entende que para ser compatível com o art. 7, o mecanismo terá de assentar em diferentes bases legais e ter um fim diferente.¹⁹² Também aqui, o argumento parece não singrar, pois, apesar de ambos pretenderem proteger o ED, “para o art. 7, a preservação dos valores contidos no art. 2 é o único propósito e alvo, enquanto para o RC, a proteção do ED é o fim a ser alcançado através de meios financeiros”.¹⁹³

Como vimos em 2., é defensável que se possa incluir nas sanções abrangidas pelo art. 7, n.º 2 a suspensão dos fundos. *Ipsa facto*, é perante a evidência de que o RC vê a sua aplicação simplificada quando comparado com o art. 7 que as críticas surgem. Não sendo o argumento do SL validado, isso não implica que o art. 2 *per se* possa servir de base à criação de um novo mecanismo.¹⁹⁴ É por isto que a CE vai escolher uma robusta base legal.

Se é verdade que a existência de legitimidade surge irrefutável, também o é que foi a escolha deste artigo que acabou por, fruto da evolução legislativa, viabilizar a limitação do alcance do RC. Não se pretende criticar a opção da CE, mas alertar para como esta base legal vai ser aproveitada para comprimir ao máximo o escopo do RC, desvirtuando-o da sua *ratio* de proteção do ED. Mas será que esta opção condena o escopo do mecanismo?

Parece que não. Como decorre da jurisprudência do TJUE, a escolha de uma base legal “pode não depender somente da convicção da instituição quanto ao objetivo perseguido, mas deve ser baseada em fatores objetivos suscetíveis de controlo judicial”.¹⁹⁵ Será este o raciocínio formal seguido pela CE. De facto, objetivamente, a CE propõe-se a *proteger o orçamento*,¹⁹⁶ parecendo o ED um meio para atingir este fim. De facto, o ED opera como meio, mas carrega um ideal em si mesmo que deverá suplantiar os interesses financeiros. Nesta linha ideológica, quando olhamos a proposta no seu contexto, vemos como a UE a integra indiscutivelmente na estratégia de defesa do ED,¹⁹⁷ tendo sido o ED *o ponto original de todo o esforço*.¹⁹⁸ Ademais, tratando-se de uma condicionalidade de

¹⁸⁹ Kelemen, Pech & Scheppele, 2018.

¹⁹⁰ Fisicaro, 2020, nota 87.

¹⁹¹ Para aprofundar: Lang, 2019.

¹⁹² Op. SL CUE, 2018, para. 17.

¹⁹³ Lang, 2019.

¹⁹⁴ Vemos como no ac. de 27 fevereiro 2018 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, o art. 2 é suportado pelos arts. 19 TUE e 47 CDFUE.

¹⁹⁵ Ac. de 11 junho 1991, *Dióxido de Titânio*, C-300/89, EU:C:91:244, para. 10.

¹⁹⁶ Memorando PR, p. 2.

¹⁹⁷ V.g. *Blueprint for Action*, pp. 15 e 16, e COM.2018, p. 1.

¹⁹⁸ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

gastos, esta tipicamente “explora o potencial do orçamento como uma ferramenta para incentivar o comportamento dos EM no sentido de encorajar a sua convergência em direção aos objetivos desenhados pelas políticas da UE”.¹⁹⁹ A corroborar, o TJUE tem vindo a defender que “os valores devem integrar o conjunto de objetivos e princípios que devem ser alcançados pelas políticas e ações da UE”.²⁰⁰ Neste sentido, Lang defende que a formulação do RC como essencialmente de matriz financeira se trata de uma opção pragmática.²⁰¹ Assim, ainda que seja clara a conexão que une os dois elementos, o verdadeiro propósito do RC será, tal como no relevante precedente de suspensão dos fundos à Hungria em 2012/3,²⁰² a defesa do ED. Todavia, hoje parece duvidoso se a sua teleologia inicial se manterá.

O que acabou por poder condenar o RC foi o entendimento da utilização desta base legal escolhido pelos atores que pretendiam uma menor abrangência, i.e., as adições ao art. 4.

Esta alteração terá surgido, em parte, pela pressão exercida no seio do CUE, refletida na opinião do seu SL que, mais do que averiguar a compatibilidade com o art. 7, pretenderia descortinar se a PR não seria um *mecanismo do ED disfarçado*,²⁰³ e pelo receio de uma ação judicial *ex post* que questionasse a força da ligação existente entre a violação e a afetação.²⁰⁴ Não obstante, o que se veio acordar foi não a *possibilidade* de uma ação a versar sobre a concreta existência de uma ligação – e assim, trazer ao de cima a questão da legitimidade –, mas de uma ação que versasse sobre o RC como um todo, o que demonstra como a motivação não será a de aferir a sua legitimidade, mas de o afrontar e *ganhar tempo*.

O desvirtuar do seu fim culmina com a severa redução do seu escopo nas negociações de julho, que introduz a exigência de uma ligação inequívoca entre a violação e a afetação do orçamento, dificultando de forma extrema a prova. Fruto da alteração, o art. 4, n.º 1, que na PR previa a adoção de medidas quando *uma deficiência generalizada no que diz respeito ao ED afetasse ou fosse suscetível de afetar*,²⁰⁵ passará a exigir que a violação do ED *afete ou seja **seriamente** suscetível de afetar, de forma suficientemente direta, o orçamento da UE*. O PE e a CE batalharam por um recuo nesta redução, mas apenas lhes foi permitido voltar a incluir *suscetibilidade de*

¹⁹⁹ Fisicaro, 2020, p. 705.

²⁰⁰ EC, 2020, p. 1103.

²⁰¹ Lang, 2019.

²⁰² É após a promulgação da 4.ª Emenda à nova Lei Fundamental húngara – que finaliza o desmantelamento do TC e dos *checks and balances* – que a CE impõe a suspensão. Será precisamente esta atuação a motivar a decisão da CE, pese embora a razão oficial comunicada contender com irregularidades na gestão dos subsídios.

²⁰³ Lang, 2019.

²⁰⁴ Fisicaro, 2020, p. 713.

²⁰⁵ Art. 3, n.º 1 PR.

afetação,²⁰⁶ i.e., o campo do potencial, mas que se viu forçada a ser acompanhada do advérbio *seriamente*. É desta forma que, mediante introdução de palavras subtis, o RC vê o seu campo de aplicação amputado, limitado a situações onde o nexo de causalidade é gritante. Por sua vez, a evidência da ligação faz com que os EM presumivelmente alvos se possam antecipar e preparar uma evasão à sua aplicação. Afinal, se a conexão tem de ser assim tão óbvia, não parece que dois EM que executam meticulosamente a sua estratégia deixem escapar este tipo de situações, sobretudo, quando têm tempo para o fazer.

Pretendemos, uma vez mais, um mecanismo inoperável?

3.2.5. Alcance

De facto, o RC *carece dos longos tentáculos da proposta inicial*.²⁰⁷ Mas terão de tal forma sido amputados que não nos seja permitido considerá-lo polvo?

Para que o RC possa ser aplicado têm de estar preenchidos dois pressupostos: ter ocorrido uma violação dos prs. do ED e que essa violação afete, ou seja suscetível de afetar, de forma suficientemente direta, os interesses financeiros da UE.

No que concerne à primeira condição, quando comparada com a PR, *deficiência generalizada*, é discutível se a evolução foi negativa. De facto, o termo *deficiência generalizada*, por oposição a *violação*, é mais vago, não sendo necessário que se ultrapasse o limite da ilegalidade.²⁰⁸ Porém, como enuncia a PR, *deficiência generalizada* implica que tenhamos de estar perante um padrão, o que, face ao nexo causal, se traduz numa árdua tarefa em termos probatórios. Já o RC, apesar de recorrer ao plural *violações*, como nos mostra Tridimas,²⁰⁹ não retira violações individuais do seu campo de aplicação, ainda que uma *prática administrativa* possa não bastar. Assim, sugere que a avaliação da pertinência da violação seja feita de forma qualitativa, por oposição a quantitativa, e que esta pode consubstanciar tanto legislação, como normas administrativas.²¹⁰ Por sua vez, o cariz restrito do art. 4, n.º 1 é contrabalançado pela abertura do art. 3.

O art. 4, n.º 2 elenca as áreas com as quais a violação deve contender para que possa cair dentro do escopo do RC. A taxatividade da lista, ausente na PR, parece reduzi-lo altamente, porém, esta ideia é artificial, uma vez que é acrescentada a alínea h), que

²⁰⁶ Que tinha sido retirado no esboço de setembro do CUE/11322/20/setembro 2020.

²⁰⁷ Tridimas, 2020, p. 21.

²⁰⁸ Ibid., p. 13.

²⁰⁹ Ibid., p. 14.

²¹⁰ Ibid.

permite a inclusão de *outras situações ou condutas*. Mais um ponto que parece ignorado pelas CD.²¹¹

Relativamente à segunda condição, a avaliação crucial será a de descortinar qual a força que a relação precisa de ter. Recuperando a jurisprudência do TJUE, *de forma suficientemente direta* implica, *a contrario*, que não esteja em causa uma *conexão mesmo muito ténue*.²¹² O TJUE esclarece ainda *mutatis mutandis* que não é exigível que *a afetação ou o risco de afetação dos interesses financeiros deva ser imputado especificamente à violação do ED, nem que a CE seja obrigada a demonstrar que esse risco resulta precisa e diretamente dessa violação*.²¹³

Esta questão acaba por cair no ciclo vicioso que interliga a corrupção com a falência do ED, o dilema de *quem vem primeiro*?

Incansavelmente, a CE defende que o ED está intimamente relacionado com a execução *eficiente do orçamento da UE*.²¹⁴ Não descurando que nem todas as violações do ED são subsumíveis a esta relação causal, perante uma premissa tão consolidada a advogar esta relação inextrincável, parece já dado o primeiro passo para a verificação do nexu exigido. Em sintonia com a ambiciosa solidariedade inerente à mutualização da dívida, Tridimas entende que a ideia subjacente é a da “forte ligação entre o respeito pelo ED, e a confiança mútua e solidariedade financeira entre EM e entre a UE e EM”, fazendo com que o segundo requisito se possa dar por verificado quando *a violação for suscetível de afetar diretamente a confiança mútua*.²¹⁵

Com este mote, que situações poderemos ver cobertas pelo RC?

O art. 4, n.º 2, al. a) remete para o *correto funcionamento das autoridades que executam o orçamento (...) em particular no contexto da contratação pública ou de concessão de subvenções*. Ponto assente é o de que uma boa gestão financeira apenas será assegurada se as autoridades agirem de acordo com a lei e que onde há uma violação sistemática do pr. da separação de poderes facilmente encontraremos um utilitarismo da contratação pública. É inverosímil que uma administração pública corrompida adjudique contratos públicos baseados na meritocracia, i.e., na eficiência e real produção de riqueza. De facto, o número de concursos públicos ganhos por relações de Orbán aumentou significativamente desde 2011 e a corrupção parece ser ainda maior nos contratos financiados pela UE.²¹⁶ Contudo, estas assunções *per si* poderão ser consideradas *mesmo muito ténues*, a não ser que casos mais específicos possam ser demonstráveis, v.g., se a sugestão da *lista negra* vigorasse. Uma conexão mais concreta,

²¹¹ Pt. f).

²¹² Ac. de 7 de setembro de 2006, *Heger*, C-166/05, EU:C:2006:533, paras. 23 e 24.

²¹³ Ac. de 19 de abril de 2013, *Itália/CE*, T-99/09, EU:T:2013:200, para. 50.

²¹⁴ V.g. pt. 13 Preâmbulo RC.

²¹⁵ Tridimas, 2020, p. 16.

²¹⁶ Scheppele, Pech & Platon, 2020.

mesmo que potencial, já poderá ser encontrada se olharmos esta alínea conjugada com a g), que invoca o dever de cooperação com o OLAF. O OLAF limita-se a fazer a investigação que, concluída, será transferida para a tutela do EM que, com a essa informação, irá (deverá) dar seguimento ao processo. Mas, se as estruturas estão corrompidas, nomeadamente, o cargo de PG – na Polónia, o PG é simultaneamente Ministro da Justiça, servindo-se frequentemente do seu cargo de forma política –, será verosímil que o processo prossiga e haja condenação? De facto, provas existem de que é uma questão real. Invocando estas alíneas, ou só a g), ou mesmo a c), referente ao *correto funcionamento dos serviços de investigação do MP*, parece a falta de independência e imparcialidade do PG ser abrangida pelo RC.

Ademais, ao abrigo da alínea a) poderiam ser exploradas as *sérias dúvidas quanto à capacidade das autoridades locais de distribuir de forma justa os fundos europeus entre as ONGs* apontadas no RED da Polónia.²¹⁷

Crucial surge a alínea d), referente à *fiscalização jurisdicional efetiva, por tribunais independentes, das ações ou omissões das autoridades referidas nas alíneas a) b) c)*. Ainda que estas alíneas possam aludir a jurisdições específicas que talvez não estejam corrompidas *per si*, é imperativo que se lembre que os tribunais se organizam hierarquicamente, o que implica que a falta de independência ou imparcialidade dos tribunais no topo da hierarquia corrompa todo o sistema, atingindo as áreas contempladas no art. 4, n.º 2. De facto, os tribunais Supremo e Constitucional dos dois EM têm sido assoberbados com ataques, se não mesmo capturados, devendo esta natureza sistémica e fundamental ser olhada como a fortalecer o carácter *suficientemente direto* da conexão.²¹⁸

Violação do ED igualmente impactante em todo o sistema judicial mostra-se a recente Câmara Disciplinar polaca. Considerada como não independente²¹⁹ e atuando como última instância em casos disciplinares, dispõe do poder (bastante usado) de levantar a imunidade dos juízes quando sejam trazidas ações criminais contra eles, sancionando-os pelas suas decisões, inclusive, pelo pedido de reenvio prejudicial. Isto põe sérias dúvidas quanto ao cumprimento do DUE. A corroborar a inclusão desta situação no âmbito de aplicação do RC, aludimos ao carácter potencial por este permitido.

Como caso mais óbvio a caber nesta alínea trazemos o controlo judicial não independente de operações financiadas pelo orçamento da UE.

No que à alínea e) concerne, poderá ser problematizado o que envolve a *prevenção... de fraude, corrupção ou de outras violações do DUE*. Parece que deverá

²¹⁷ RED Polónia, p. 18.

²¹⁸ Tridimas, 2020, p. 16.

²¹⁹ RED Polónia, notas 33 e 34.

implicar um quadro legislativo forte, mas também *media* livres e alerta, que exponham os casos de corrupção e nepotismo, promovendo um clima de transparência, dissuasor de condutas contrárias ao ED.

Por fim, a alínea h) consubstancia uma cláusula indeterminada, recordando-nos como a situação deverá ser olhada de forma holística. Como argui Tridimas, a violação ser capaz de afetar outras áreas que não sejam relativas aos interesses financeiros não implica que não os afete diretamente.²²⁰

Na linha do já arguido, o RC parece ter subjacente uma forte componente qualitativa. Assim sendo, não deverá implicar a garantia da qualidade na aplicação dos fundos, v.g., contribuir para a capacitação das estruturas internas? Uma boa aplicação dos fundos aos *media* seria um ponto importante, sobretudo quando se verifica a instrumentalização de *media* que fazem campanha contra a UE, ideia corroborada pelo Regulamento que estabelece a Procuradoria Europeia quando se refere à *ameaça ao crédito das instituições da UE e confiança dos seus cidadãos*.²²¹

Neste sentido, a expressão *interesses financeiros* permitirá alguma interpretação, entrelaçando-se com a ambição das políticas da UE. Este entendimento parece transparecer do DUE quando elucida que, no que respeita à proteção dos interesses financeiros, poderão estar em causa medidas que ameacem lesar os ativos *na medida em que essas medidas sejam relevantes para as políticas da EU*, e que constitui fraude lesiva desses interesses *a aplicação para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos*.²²² Aqui, patenteamos o caso concreto dos fundos de coesão que, por visarem um fim tão específico, o desvio da sua utilização desvirtua por completo o seu propósito, afigurando-se “a condicionalidade não só justificável, mas inevitável”.²²³

Fulcral será também que, caso a referida emenda constitucional húngara seja aprovada, deverá ser alvo de aplicação do RC.

Um último caso a ponderar será o de saber se a não ratificação da DRP pelos dois EM, por *entenderem* que vai contra a sua Constituição, não poderá ser objeto de aplicação do RC, considerando que a decisão é politicamente motivada. Naturalmente, esta decisão tomada em violação do ED tem implicações astronómicas para o orçamento da EU, que fica em *check* se inexistirem os recursos próprios para financiar o NGEU.

A vigência do ED é, inegavelmente, premissa de uma economia fértil, que inspire confiança e atraia investimento, opondo-se a um clima de incerteza política e negocial,²²⁴ decorrente do falhanço do ED. Esta realidade assume um carácter ainda mais evidente

²²⁰ Tridimas, 2020, p. 16.

²²¹ REG.2017, para. 59.

²²² DIR.2017, para. 1 e art. 3, n.º 2, al. iii).

²²³ Heinemann, 2018, pp. 300-301.

²²⁴ World Bank Group, 2016, p. 2.

quando em causa está um nível de integração tal que impõe um reconhecimento mútuo assente nas liberdades de circulação e ambiciona uma maior convergência. O ED chega mesmo a ser considerado “a melhor garantia a longo prazo de convergência económica entre EM”.²²⁵ Onde o ED não reina, os fundos perdem-se na corrupção.

Para que este novo mecanismo não padeça do mesmo vírus de ineficácia, deverá ser olhado de forma holística.

3.3. *Magis*

Urge notar que, divergindo de Tridimas,²²⁶ o RC é de carácter subsidiário e este encontra-se vertido no corpo do texto que enuncia que a CE envia a notificação ao EM *a menos que considere que existem outros procedimentos previstos no DUE que lhe permitiriam proteger mais eficazmente o orçamento da União*.²²⁷

De facto, antes da entrada em vigor do RC já parecia existir a possibilidade de suspender os fundos (FEI) em caso de deficiências do ED ao abrigo do RDC.²²⁸ Esta hipótese é possível, como teorizam Scheppele e Kelemen, se o art. 142, para. 1a) do RDC for lido à luz do art. 47 da CDFUE e da jurisprudência do TJUE.²²⁹

Perante isto, será que não podemos (devemos) ir por esta opção? Talvez o RC, como subsidiário, nos faça olhar para esta possibilidade já existente que se mostra menos exigente, tanto em termos substantivos como procedimentais.

Perante a controvérsia quanto à legalidade do RC, não parece que a CE pretenda navegar por *terra incognita*. De novo, o problema que assola a eficácia de uma resposta não é a carência de bases legais, mas de falta de vontade política, uma vez que existia já uma opção perfeitamente legítima para cumprir este papel.

O mesmo sucede com três abordagens fundamentais, legítimas e exequíveis que há muito se mostram por explorar.

A primeira, a de que, afinal, o art. 7, a *letra morta*,²³⁰ *pode ser tal qual Lázaro*, ressuscitado. Isto será possível se o interpretarmos à luz do pr. do *effet utile*, i.e., uma sua leitura conjunta (n.ºs 1 e 2) que imponha que nenhum EM *sob este processo possa proteger outro da sua aplicação*, eliminando o veto cruzado.²³¹

A segunda, proposta por Kochenov, pretende *reinventar* o art. 259. Entendido como um mecanismo usado politicamente ou para causas perdidas²³² às quais a CE não

²²⁵ Šelih *et al.*, 2017, p. 2.

²²⁶ Cf. Tridimas, 2020, p. 19

²²⁷ Art. 6, n.º 1 RC.

²²⁸ Todavia, há autores que entendem que é uma interpretação demasiado extensiva: cf. Fisicaro, 2020, p. 707.

²²⁹ Kelemen & Scheppele, 2018.

²³⁰ Greer & Williams, 2009 citados por Bugarič, 2017, p. 13.

²³¹ Pech & Scheppele, 2017, p. 24.

²³² *Ibid.*, p. 33.

se quer associar, a sua percepção poderá sofrer uma metamorfose, passando a ser olhado como uma forma de resposta eficaz ao ataque ao ED.²³³ Esta opção surge algo inesperada porquanto figura uma exceção ao pr. da proibição de autoajuda que traz os EM a intervir em substituição das instituições, porém, como argui o autor, o “art. 259 não é um luxo, é uma necessidade”.²³⁴ Recentemente, de inesperada passa a realista. Vimos já os Países Baixos a ponderá-la, no entanto, não viram ainda apoio de outros EM.

Conjugável com a opção anterior,²³⁵ a construção de Scheppele – *ação por infração sistémica* –, devia desempenhar um papel preponderante. Assentando num “método familiar, mas com um propósito mais ambicioso”,²³⁶ adapta o PI à crise *sub judice*. Assim, a CE deveria, por oposição ao seu típico *modus operandi*, numa só ação, juntar várias violações distintas, demonstrando a existência de um padrão, i.e., de um problema sistémico que surge da conjugação de pontos estratégicos. Sempre com base nos arts. 258 ou 259, a ação seria trazida ao abrigo de uma de três bases: do pr. da cooperação leal (art. 4, n.º 3 TUE), i.e., que as “leis e prática de um EM interferem sistematicamente com a operabilidade do DUE na jurisdição desse EM e que, por isso, viola a sua obrigação de lealdade”;²³⁷ da junção de violações de DUE ordinário e da CDFUE, elevando a gravidade da atuação; e do art. 2 diretamente, afinal, “os princípios são, e devem ser, as normas fundamentadoras das decisões”²³⁸ e a supervisão da UE não está limitada a situações onde esteja em causa a aplicação do DUE,²³⁹ não excluindo o direito primário da sua supervisão o art. 2.º, nem restringindo a jurisdição do TJUE quanto a este artigo.²⁴⁰ Vimos já como o art. 19 TUE foi considerado justificável e o mesmo poderia ser feito com o art. 2.²⁴¹ Ademais, se tal intervenção é permitida ao abrigo de um mecanismo político (art. 7), não deveria ser *a fortiori* permitida mediante um legal?²⁴² Todavia, a CE não parece disposta a dar este passo audaz.

Positivamente, violações sistémicas acarretariam a exigência de *cumprimento sistémico*, i.e., de uma correção abrangente, proporcional à gravidade, e não superficial.

O caráter cabal da AIS é completado pela sugestão da suspensão dos fundos como sanção do art. 260, que não parece vedar a opção.²⁴³ Uma vez mais, vemos como o RC vem permitir o que já o era e figura, aliás, uma versão reduzida do que já era possível. A dissuasão inerente ao RC estará lá, mas fortalecida, primeiro, pela abrangência e

²³³ Kochenov, 2015.

²³⁴ Kochenov, 19 fevereiro 2021.

²³⁵ Pech & Scheppele, 2017, p. 33.

²³⁶ Scheppele, 2016, p. 108.

²³⁷ RED Polónia, p. 119.

²³⁸ Silveira, 2011, p. 12.

²³⁹ COMN.2003, p. 7.

²⁴⁰ EC, 2015, p. 622.

²⁴¹ Kochenov, 19 fevereiro 2021.

²⁴² Pech & Scheppele, 2017, p. 19.

²⁴³ Ibid., p. 36.

adequação do escopo e, segundo, porque o fim primordial será o de restaurar o cumprimento do ED de forma adequada e substancial, não sendo deixada à discricionariedade do tão já discricionário governo. Novamente, a tempestividade da sua aplicação teria sido fundamental.

Para além de consubstanciar uma abordagem holística, vem permitir ao TJUE cumprir a sua função de *guardião do ED* e, simultaneamente, garantir a imparcialidade da atuação.²⁴⁴ Passa a ser uma questão de prova, e não uma limitação do olhar do TJUE como premissa. De facto, O TJUE tem-se posicionado neste sentido, almejando mais, mas precisa que a CE o permita e com ele ambicione. A verdade é que “os casos principais costumam parecer impossíveis na altura em que se criam”²⁴⁵ e se, por um lado, o TJUE desempenha um papel ativo, por outro, é inacabado, cabendo-lhe densificar o DUE, Direito inexplorado, mas com um potencial imenso.

*O futuro da EU é aquele para o qual a jurisprudência do TJUE já nos
preparou*²⁴⁶

Num tom positivo, 2021 está a dar sinais de pretender assumir o ED como valor basilar que é. A par com o ativismo dos Países Baixos, assistimos à recente ativação do art. 260 contra a Hungria pela infração do julgamento no caso *LexNGO*²⁴⁷ e à saída do Fidesz do PPE.

Quo Vadis?

²⁴⁴ Imparcialidade que é, inclusive, validada pelos dois EM quando exigem que a legitimidade do RC seja decidida pelo TJUE, mas, ironicamente, são os mesmos EM que flagrantemente violam os seus julgamentos – não deveria isto chegar para nos levar à conclusão de que a importância que os dois EM atribuem à validação do RC pelo TJUE é artificial?

²⁴⁵ Jakab, 2016, p. 201.

²⁴⁶ Sarmiento, 2004 citado por Silveira, 2011, p. 12.

²⁴⁷ A 18 de fevereiro. Caso *LexNGO* referido supra 63.

Conclusão

Patenteámos como a União de valores se tem mostrado incapaz de assegurar a sua proteção cabal quando confrontada com uma crise, e, de facto, as crises axiológicas tendem a estar associadas a uma falta de sensação de urgência.

As razões subjacentes a esta ineficácia puderam ser identificadas, entre elas, a falta de consistência, cooperação e exploração dos mecanismos, ou até a sua deficiente interpretação, e a sobreposição do receio das consequências que poderiam resultar de uma atuação ao receio do que poderia causar uma omissão. Ademais, a delicadeza inerente ao carácter político de certos instrumentos abre caminho a uma discricionariedade que, ora orientada por interesses políticos, ora pelo receio de enfrentar a dura e incógnita realidade, se mostra determinante. A agravar, não existe uma metodologia, mas uma panóplia de mecanismos que se encontram dispersos e não como parte de um sistema, levando a um caminho sinuoso.

Estas razões desembocam, fundamentalmente, em duas, por sua vez interligadas: na carência de suficiente vontade política, e na forma como os mecanismos são encarados e aplicados.

Esta deriva e retração na atuação encontra grande parte do seu sustento no ponto tratado em 1., o que resulta num desinteresse, ou mesmo bloqueio, por parte de alguns atores numa crescente atribuição de competências à UE, receando a usurpação da sua soberania estadual, o que, por sua vez, contribui para a hesitação das instituições, que temem as repercussões de um passo mais assertivo.

Toda esta problemática radica na (falta de) perceção da UE enquanto projeto de dimensão constitucional. Destarte, a UE e o ED vivem em constante mútuo fortalecimento. A existência de um constitucionalismo substantivo afigura-se crucial para que o projeto europeu não seja minado por dentro, i.e., para que não replique os erros da República de Weimar, regida por uma *Constituição neutra*.²⁴⁸ Similarmente, também o Constitucionalismo europeu necessita de assentar numa base valorativa que seja capaz de defender, sob pena de se vir a revelar retórica insipiente. Com esta lógica subjacente, se, por um lado, o ED enquanto pr. constitucional sai reforçado, por outro, é instrumento – sem nunca (dever) ser instrumentalizado – do reforço da UE enquanto sistema constitucional. Aqui, se por um lado assistimos à incerteza quanto à sua legitimidade, urge lembrar que a ineficácia de resposta da UE acaba por afetar a sua própria legitimidade, que assenta, em parte, no seu *output*.

O RC surge como a *salvação* para a proteção eficaz do ED, contudo, é inverosímil que o seja. Desde logo, apesar de, em termos corretivos, quando aplicado, enfraquecer o

²⁴⁸ Wilms, 2017, p. 13.

regime iliberal porquanto lhe retira meios de granjear poder e cobrir certas situações relevantes, o seu escopo restrito deixa de fora inúmeras violações do ED e faz da prova um grande obstáculo. Em termos dissuasivos, não descurando que a suspensão é *per si* um forte fator, as ações passíveis de dissuasão são limitadas e bem delimitadas pela exigência do nexos causal, o que facilita a sua evasão que, por sua vez, beneficia também do elemento temporal. Por fim, este elemento debilita o caráter corretivo do RC na medida em que adia a regressão do processo autocrático, ou até a veda quando perante um *fait accompli*.

Do exposto, concluímos como, apesar de concretizar a opção de suspensão de fundos, o RC não traz nada de novo, aliás, vem contemplar uma versão restrita do que já era possível. Na verdade, os meios para um combate eficaz e tempestivo já estavam à disposição, porém, a “existência de mecanismos que garantam o cumprimento não basta, é também necessária a virtude das instituições responsáveis em usá-los”.²⁴⁹

A sensação de incapacidade por parte das instituições será mesmo isso, uma sensação, porque pode ser superada uma vez que esta impotência radica não tanto na inexistência de mecanismos eficazes, mas na falta de eficácia dos mecanismos existentes. Mais pode ser feito à luz do atual enquadramento legal e, perante a urgência da situação, a UE tem de se defender com os meios de que dispõe, que deverão ser usados na sua plena extensão e potencial e integrados numa metodologia que coordene opções horizontais de monitorização e verticais coercivas, quando exigível.

Em virtude do retardar de uma atuação assertiva quando perante uma estratégia deliberada que pretende minar o núcleo da UE, a infiltração destas tendências torna-se mais profunda, permitindo que se entranhem e consolidem. Assim, a passividade torna-se contribuinte direta do corromper da UE.

Fundando-se a UE no ED, tem de ser capaz de o tornar *justicável*, mas, mais do que isso, como rege a sua própria génese, de o ver *aplicado e cumprido*.²⁵⁰

O *game changer* não será o RC, mas a vontade política.

Aqui, apela-se à Presidência portuguesa para não adiar as audiências do processo do art. 7 para *quando o COVID permitir*. Sabemos que não o vai permitir até junho. E aí, já nos destituímos da responsabilidade.

²⁴⁹ Wilms, 2017, p. 17.

²⁵⁰ Konstandinides, 2017, p. 16.

Bibliografia

- ALEMANNO, A. & CHAMON, M. (2020). To save the Rule of Law you must apparently break it. *VerfBlog*, 2020/12/11. <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/>.
- ALEMANNO, A. (2021). The EU Parliament's abdication on the Rule of Law (regulation). *VerfBlog*, 2021/2/25. <https://verfassungsblog.de/the-eu-parliaments-abdication-on-the-rule-of-law-regulation/>.
- BALLIN, E.H. (2016). Mutual trust: The virtue of reciprocity – Strengthening the acceptance of the Rule of Law through peer review. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BESSELINK, L. (2016). The bite, the bark and the howl – Article 7 TEU and the Rule of Law initiatives. *Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper* n.º 2016-01.
- BLAUBERGER, M. & VAN HÜLLEN, V. (2011). Conditionality of EU funds: An instrument to enforce EU fundamental values? *Journal of European Integration*, vol. 43, n.º 1, pp. 1-16.
- BUGARIČ, B. (2016). Protecting democracy inside the EU: On Article 7 TEU and the Hungarian turn to authoritarianism. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CEU DEMOCRACY INSTITUTE (2021). Review of democracy podcasts com Dimitry Kochenov (19 de fevereiro 2021). Adding bite to the Member States' Rule of Law bark? <https://democracyinstitute.ceu.edu/articles/adding-bite-member-states-rule-law-bark>.
- CEU DEMOCRACY INSTITUTE (24 de janeiro 2021). The future of democracy in EU Member States. <https://www.facebook.com/CEUDemInst/videos/1108940579529151>.
- CEU DEMOCRACY INSTITUTE (25 de janeiro 2021). Debate on the Rule of Law in the European Union. <https://www.facebook.com/114943677083178/videos/109045187740938>.
- CEU DEMOCRACY INSTITUTE. (2021). Review of democracy podcasts com Petra Bard (8 de fevereiro de 2021). Rule of Law conditionality: The sharpest new tool in the box? <https://democracyinstitute.ceu.edu/articles/rule-law-conditionality-sharpest-new-tool-box>.
- CLOSA, C. & KOCHENOV, D. (2016). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CLOSA, C. (2016). Reinforcing EU monitoring of the Rule of Law: Normative arguments, institutional proposals and the procedural limitations. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CLOSA, C., KOCHENOV, D. & WEILER, J.H.H. (2014). Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union. *EUI Working Papers*, n.º 25.
- DE GRUYTER, C. (30 de novembro 2020). A fundamental fight: the frugal four and the rule of law. *European Council on Foreign Relations* (ECFR). <https://ecfr.eu/article/a-fundamental-fight-the-frugal-four-and-the-rule-of-law/>.

- DECLARAÇÃO conjunta do Primeiro-Ministro da Hungria e do Primeiro-Ministro da Polónia (26 de novembro 2020). <https://www.gov.pl/web/eu/joint-declaration-of-the-prime-minister-of-poland-and-the-prime-minister-of-hungary>.
- DN/LUSA (14 de julho 2020). Costa defende na Hungria que Estado de Direito não deve ser associado à recuperação. *Diário de Notícias*. <https://www.dn.pt/poder/costa-defende-na-hungria-que-estado-de-direito-nao-deve-ser-associado-a-recuperacao--12421857.html>.
- EDER, F. (1 de junho 2017). Juncker: German plan to link funds and rules would be “poison”. *Politico*. <https://www.politico.eu/article/juncker-german-plan-to-link-funds-and-rules-would-be-poison/>.
- ENYEDI, Z. (24 março 2021). Is there still “Rule of Law” in Poland and Hungary? <https://democracyinstitute.ceu.edu/articles/zsolt-enyedi-rule-law-poland-and-hungary>.
- EPRS | European Parliamentary Research Service (2016). *An EU mechanism on democracy, the Rule of Law and fundamental rights*. Study. PE 579.328.
- EUROPEAN PAPERS. (2020). Editorial: Neither representation nor values? Or, Europe’s moment – Part II. *European Papers*, vol. 5, n.º 3, pp. 1101-1104.
- FISICARO, M. (2019). Rule of Law conditionality in EU funds: The value of money in the crisis of european values. *European Papers*, vol. 4, n.º 3, pp. 695-722.
- HALMAI, G. (2019). The possibility and desirability of Rule of Law conditionality. *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, n.º 1, pp. 171-188.
- HEGEDÜS, D. (23 de julho 2020). What EU leaders really decided on Rule of Law. *Politico*, vol. 6, n.º 28. <https://edition.pagesuiteprofessional.co.uk/html5/reader/production/default.aspx?pubname=&edid=dfacde3f-5606-4f36-b4fb-2c288fc63228>.
- HEINEMANN, F. (2018). Going for the wallet? Rule-of-Law conditionality in the next EU multiannual financial framework. *Intereconomics*, vol. 53, n.º 6, pp. 297-301.
- HILLION, C. (2016). Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal mandate and means. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE (12 de novembro 2020). Flash report: What happened in the last 48 hours in Hungary and how it affects the Rule of Law and human rights.
- ÍÑIGUEZ, G. (2020). El Estado de derecho y la condicionalidad del fondo de recuperación: Bloqueo institucional o falta de voluntad política? *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n.º 45, pp. 185-205.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. (2016). The investment climate. *Issue Brief Series*, World Bank Group.
- JAKAB, ANDRÁS (2016). The EU Charter of Fundamental Rights as the most promising way of enforcing the Rule of Law against EU Member States. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.

- JOUROVÁ, V. (2 de outubro de 2020). Entrevista: Fomos ingênuos ao acreditar que o Estado de Direito era eterno. <https://pt.euronews.com/2020/10/02/vera-jourova-fomos-ingenuos-ao-acreditar-que-o-estado-de-direito-era-eterno>.
- JOYNER, E. (30 de setembro 2020). Disputed EU tool to sanction democratic backsliding clears key hurdle. *Deutsche Presse-Agentur GmbH*. <https://www.dpa-international.com/topic/disputed-eu-tool-sanction-democratic-backsliding-clears-key-urn%3Anewsml%3Adpa.com%3A20090101%3A200930-99-772273>.
- KELEMEN, R.D. & SCHEPPELE, K.L. (2018). How to stop funding autocracy in the EU. *VerfBlog*, 2018/9/10. <https://verfassungsblog.de/how-to-stop-funding-autocracy-in-the-eu/>.
- KOCHENOV, D. & PECH, L. (2015). Monitoring and enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and reality. *European Constitutional Law Review*, vol. 11, pp. 512-540.
- KOCHENOV, D. & PECH, L. (2015). Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's "Pre-Article 7 procedure" as a timid step in the right direction. *EUI Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-164*, RSCAS 2015/24.
- KOCHENOV, D. (2014). Europe's crisis of value. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, n.º 15/2014.
- KOCHENOV, D. (2015). Biting intergovernmentalism: The case for the reinvention of Article 259 TFEU to make it a viable Rule of Law enforcement tool. In Weiler, J.H.H. & de Burca, G. (dirs.). *The Jean Monnet Program*. Jean Monnet Working Paper Series n.º 11/2015, NYU School of Law.
- KOCHENOV, D. (2017). Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU. *EUI Working Papers, Department of Law*, LAW n.º 2017/10.
- KONSTADINIDES, T. (2017). *The Rule of Law in the European Union – The internal dimension*. Col. "Modern studies in European law". Portland, Oregon: Hart Publishing.
- KUMM, M. (2012). Rescue package for fundamental rights: Comments by Mattias Kumm. *VerfBlog*, 2012/3/01. <https://verfassungsblog.de/rescue-package-for-fundamental-rights-comments-by-mattias-kumm>.
- LANG, I.G. (2019). The Rule of Law, the force of law and the power of money in the EU. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*.
- MADURO, M.P. & QUEIROZ, B.M. (2020). A hard law approach to States' systemic violations of Article 2 of the Treaty of the European Union – Reasons and means. In Fisher, E., King, J. & Young, A.L. (eds.). *The foundations and future of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MÜLLER, JAN-WERNER (2016). Protecting the Rule of Law (and democracy!) in the EU: The idea of a Copenhagen Commission. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MÜLLER, J-W. (2015). Should the EU protect democracy and the Rule of Law inside Member States? *European Law Journal*, vol. 21, n.º 2, pp. 141-160.
- NL@EU CONVERSATIONS (22 de fevereiro de 2021). Enforcing the Rule of Law. <https://www.pscp.tv/w/1jMJgpYMWwWxL?s=o8>.

- PDCRCA (Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs), Directorate General for Internal Policies of the Union. *The EU framework for enforcing the respect of the rule of law and the Union's fundamental principles and values*. European Parliament 608.856, 2019.
- PECH, L. & SCHEPPELE, K.L. (2017). Illiberalism within: Rule of Law backsliding in the EU". *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*.
- PECH, L. (2010). A Union founded on the Rule of Law: Meaning and reality of the Rule of Law as a constitutional principle of EU Law. *European Constitutional Law Review*, vol. 6, pp. 359-396.
- PECH, L., SADURSKI, W. & SCHEPPELE, K.L. (2020). Open letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law". *VerfBlog*, 2020/3/09. <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>.
- REDING, V. (11 de março 2014). Discurso: A new Rule of Law initiative. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_14_202.
- Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening? [Editorial comment]. *Common Market Law Review*, vol. 52, pp. 619-628.
- SCHEPPELE, K.L. (2013). The Rule of Law and the Frankenstate: Why governance checklists do not work. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 26, no. 4, pp. 559-562.
- SCHEPPELE, K.L. (2016). Enforcing the basic principles of EU Law through systemic infringement actions. In Closa, C. & Kochenov, D. (eds.). *Reinforcing Rule of Law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHEPPELE, K.L., LAGODINSKY, S. & KOKOTT, L. (2020). LawRules #12: We need to talk about financial sanctions. *VerfBlog*, 2020/12/09. <https://verfassungsblog.de/lawrules-12-we-need-to-talk-about-financial-sanctions>.
- SCHEPPELE, K.L., PECH, L. & KELEMEN, R.D. (2018). Never missing an opportunity to miss an opportunity: The Council legal service opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism. *VerfBlog*, 2018/11/12. <https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/>.
- SCHEPPELE, K.L., PECH, L. & PLATON, S. (2020). Compromising the Rule of Law while compromising on the Rule of Law. *VerfBlog*, 2020/12/13. <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>.
- ŠELIŠ, J., BOND, I. & DOLAN, C. (2017). *Can EU funds promote the Rule of Law in Europe?* Centre for European Reform.
- SILVEIRA, A. (2011). *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e jurisprudência*, 2.^a Edição. Col. Erasmus, Ensaios e Monografias. Lisboa: Quid Juris?

TIMMERMANS, F. (1 junho 2016). Opening remarks of First Vice-President Frans Timmermans – Press Conference on Rule of Law in Poland. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_16_2023.

TRIDIMAS, T. (2020). Editorial note: Recovery plan and Rule of Law conditionality: A new era beckons? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n.º 16.

WILMS, G. (2017). *Protecting fundamental values in the European Union through the Rule of Law – Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*. European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

Legislação, documentos oficiais e não oficiais

CoE / CONCLUSÕES (Concl. Julho). Assunto: Reunião extraordinária do Conselho Europeu (17, 18, 19, 20 e 21 de julho de 2020) – Conclusões / Bruxelas, 21 de julho de 2020 (OR. en) / EUCO 10/20 / CO EUR 8 CONCL 4.

COMISSÃO EUROPEIA / COMUNICAÇÃO (COM.2014). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Um Novo Quadro da União Europeia para Reforçar o Estado de Direito. / COM/2014/0158 final.

COMISSÃO EUROPEIA / COMUNICAÇÃO (COM.2020) / COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. A hora da Europa: Reparar os danos e preparar o futuro para a próxima geração / Bruxelas, 27.5.2020 COM(2020) 456 final.

COMISSÃO EUROPEIA / COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU sobre o artigo 7.º do Tratado da União Europeia. Respeito e promoção dos valores em que a União assenta (COM.2003) / Bruxelas, 15.10.2003 COM(2003) 606 final.

COMISSÃO EUROPEIA / COMUNICAÇÃO (RED) “COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito: Situação na União Europeia/ Bruxelas, 30.9.2020 COM(2020) 580 final.

COMISSÃO EUROPEIA / PROPOSTA DE REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO sobre a proteção do orçamento da União em caso de deficiências generalizadas no que diz respeito ao Estado de direito nos Estados-Membros (PR) / Bruxelas, 2.5.2018 COM(2018) 324 final / 2018/0136 (COD).

COMISSÃO EUROPEIA / PROPOSTA FUNDAMENTADA AO ABRIGO DO ARTIGO 7.º, N.º 1, DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA RELATIVA AO ESTADO DE DIREITO NA POLÓNIA / Proposta de decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do Estado de Direito / Bruxelas, 20.12.2017 / COM(2017) 835 final / 2017/0360(NLE).

CONCLUSÕES do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, apresentadas em 21 de maio de 2008, no Caso C-127/07 EU:C:2008:292.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA / FICHEIRO INTERINSTITUCIONAL 2018/ 0136 (COD)/
 Assunto: Quadro Financeiro Plurianual (QFP) 2021-2027 e Pacote de Recuperação –
 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre um regime geral de
 condicionalidade para a proteção do orçamento da União / Bruxelas, 30 de setembro 2020
 (OR.en) / 11322/20.

CONSELHO EUROPEU / CONCLUSÕES Bruxelas, 11 de dezembro 2020 (OR. en) / EUCO 22/20
 / CO EUR 17 CONCL 8.

CONSELHO EUROPEU / VOTAÇÃO Bruxelas, 14 de dezembro 2020 (OR. en) 14020/20 /
 Ficheiro Interinstitucional: 2018/0136 (COD) / VOTE 68 INF 220 PUBLIC 85 CODEC
 1337.

DECISÃO (UE, Euratom) 2020/2053 do Conselho de 14 de dezembro de 2020 relativa ao sistema
 de recursos próprios da União Europeia e que revoga a Decisão 2014/335/UE, Euratom
 (DRP).

DESPACHO de 8 de abril de 2020, *Régime disciplinaire des juges*, C-791/19, EU:C:2020:277.

DIRETIVA (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017 relativa
 à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.

DIRETIVA 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro
 geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.

PROPOSTA DE REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO sobre a
 proteção do orçamento da União em caso de deficiências generalizadas no que diz respeito
 ao Estado de direito nos Estados-Membros / Bruxelas, 2.5.2018 COM(2018) 324 final
 2018/0136 (COD) (PR).

REGULAMENTO (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma
 cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia.

REGULAMENTO (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de
 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

REGULAMENTO (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro
 de 2013, que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de
 Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo
 Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos
 e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de
 Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo
 Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, e que revoga o Regulamento (CE) n.º
 1083/2006 do Conselho.

REGULAMENTO (UE, Euratom) 2020/2093 do Conselho de 17 de dezembro de 2020 que
 estabelece o quadro financeiro plurianual para o período de 2021 a 2027.

RELATÓRIO de 2020 sobre o Estado de Direito Capítulo relativo à Polónia que acompanha o
 documento Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité
 Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Relatório de 2020 sobre o Estado
 de Direito Situação na União Europeia / Documento de trabalho dos Serviços da Comissão
 / Bruxelas, 30.9.2020 SWD(2020) 320 final.

RESOLUÇÃO do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2018, sobre uma proposta solicitando ao Conselho que, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, verifique a existência de um risco manifesto de violação grave pela Hungria dos valores em que a União se funda (2017/2131(INL)).

RESOLUÇÃO do Parlamento Europeu, de 16 de dezembro de 2015, sobre a situação na Hungria (2015/2935(RSP)).

SERVIÇO LEGAL DO CONSELHO / OPINIÃO de 25 de outubro de 2018 (Op.SL CUE/2018) – “Assunto: Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção do orçamento da União no caso de deficiências generalizadas relativas ao estado de Direito nos Estados-Membros – Compatibilidade com os Tratados” / Bruxelas / doc.13593/18.

SERVIÇO LEGAL DO CONSELHO EUROPEU / OPINIÃO (Op. CoE) 1 Assunto: “Commission’s Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law: - compatibility with the Treaties” / Bruxelas, 27 de maio 2014 (OR. en) / 10296/14 LIMITE / JUR 321 JAI 368 POLGEN 75 FREMP 104.

Jurisprudência

Acórdão de 11 junho 1991, *Dióxido de Titânio*, C-300/89, EU:C:91:244.

Acórdão de 19 de abril de 2013, *Itália/CE* T-99/09, EU:T:2013:200.

Acórdão de 27 fevereiro 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

Acórdão de 7 de setembro de 2006, *Heger*, C-166/05, EU:C:2006:533.

Acórdão de 17 de dezembro de 2020, *Accueil des demandeurs de protection internationale*, C-808/18, EU:C:2020:1029.

Acórdão de 18 de junho de 2020, *Transparency Act*, C-78/18, EU:C:2020:476.

Acórdão de 6 de novembro de 2012, *Comissão/Hungria*, C-286/12 EU:C:2012:687.

Acórdão de 6 de outubro de 2020, *LexCEU*, C-66/18 EU:C:2020:792.

NOTAS

- Quando se refere os Estados-Membros, Hungria e Polónia, trata-se de uma simplificação da escrita de modo a não a tornar cansativa, uma vez que o que se pretende é aludir concretamente aos governos em exercício nesses dois Estados-Membros e não aos países.

- Em toda a análise são focados os casos dos governos da Hungria e Polónia, daí recorrermos a expressões como “EM em princípio alvos de aplicação do Regulamento”.

- Para além da sua utilização mais tradicional, por motivos de fluidez, recorreu-se ao itálico para identificar expressões curtas ou adaptadas de autores (sempre indicando o autor a quem pertencem), excertos de instrumentos legais ou documentos oficiais das instituições, estrangeirismos e expressões de autores deslocadas do corpo do texto.

- Fruto da frequência com que se referem estes artigos – artigo 2.º do TUE, artigo 7.º do TUE e artigos 258.º, 259.º e 260.º TFUE –, optou-se por se utilizar somente “art. 2”, “art. 7”, “art. 258”, “art. 259” e “art. 260”.

- No Capítulo 3, excetuando os artigos supramencionados, sempre que se refere um artigo, este será sempre relativo ao Regulamento da Condicionalidade dos Fundos.

- As traduções foram feitas pela autora.

- Cumpre notar, por último, que a possível falta de qualidade na escrita e os sucessivos recursos a abreviaturas, siglas e acrónimos se deveram à obrigatoriedade de redução do tamanho da dissertação, originalmente bastante mais extensa.

ANEXOS

European Commission's Rule of Law Rhetoric ("full respect for the rule of law ... is at the heart of Commission priorities"/"We have opened many infringement procedures") v. European Commission's Rule of Law Enforcement Record

- **Less than 1 rule of law related infringement action per year on average** since the start of Poland's rule of law crisis at the end of 2015
- **Only 1 new infringement action to defend judicial independence launched in 2019** (re Poland's disciplinary regime for judges) out of a total of 797 new actions launched in the year 2019
- **Only 1 new infringement action to defend judicial independence launched in 2020** (re Poland's muzzle law) which is however yet to be lodged with the ECJ...
- **Only one action under Article 260 TFEU** in relation to the three ECJ Art 2 TEU values-related infringement judgments not complied with by Hungary (Case C-66/18; Case C-78/18 and Case C-808/18 with Article 260 only activated on 18 February 2021 after 8 months of flagrant disregard)
- **Grand total of 3 infringement actions on judicial independence grounds** lodged with ECJ to date when national courts have lodged more than 40 (desperate) requests for a preliminary ruling regarding judicial independence issues since rule of law backsliding was acknowledged by the Commission in 2012-13
- **No infringement actions** in relation to multiple rule of law issues identified by the Commission itself in its Article 7(1) reasoned proposal of December 2017 (unlawfully composed "Constitutional Tribunal", unconstitutional ENCI suspended Polish NCJ, "extraordinary chamber" which is not a court established by law) and subsequent violations of EU law (identified by the European Parliament and CoE PACE (secret troll farm; special disciplinary unit and special prosecutorial unit responsible for coordinated harassment of judges and prosecutors; etc.)
- **No public reaction** to the indirect nullification of ECJ judgment of 19 November 2019 in Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 (AK) by the unlawfully composed "Constitutional Tribunal" of Poland on 20 April 2020
- **No public reaction** to the "decision" by ECJ-suspended and unconstitutional "disciplinary chamber" on 23 September 2020 which formally denies any binding legal force to the ECJ judgment of 19 November 2019 in Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 (AK)
- **Public denial** that the ECJ order of 8 April 2020 is violated notwithstanding all contrary evidence including sitting ECJ judge publicly stating ECJ order is violated
- **Persistent refusal to activate** pre-Article 7 procedure or Article 7(1) TEU in relation to Hungary, Romania or Malta
- **70% decline in the overall total number of infringement actions** per year since 2004... (see forthcoming paper by Dan Kelemen and Tommaso Pavone)

@ProfPech 18 Feb 2021

ANEXO A

Retirado de: <https://twitter.com/ProfPech/status/1362437366670123009/photo/1>

@ProfPech 2 January 2021



* In June 2015, the European Parliament urged "the Commission to activate the first stage of the EU framework to strengthen the rule of law". The Commission never did and similarly persistently refused to activate Art 7 TEU.



MOTION FOR A RESOLUTION

to wind up the debate on the statement by the Commission

pursuant to Rule 132(2) of the Rules of Procedure

on the application of Regulation (EU, Euratom) 2020/2092, the rule-of-law
conditionality mechanism
(2021/2582(RSP))

Petri Sarvamaa
on behalf of the PPE Group
Eider Gardiazabal Rubial
on behalf of the S&D Group
Katalin Cseh, Moritz Körner
on behalf of the Renew Group
Terry Reintke, Daniel Freund
on behalf of the Verts/ALE Group
Younous Omarjee
on behalf of The Left Group

ANEXO B

Retirado d

Boom: Parliament’s resolution “urges the Commission to avoid any further delay in the application” of the new rules — and “requests that, if the Commission deems such guidelines necessary, they are adopted as soon as possible and no later than 1 June 2021.” Parliament also wants to be consulted prior to adoption. “In case the Commission does not fulfil its obligations under this Regulation and does not provide Parliament with information as mentioned above by 1 June 2021, Parliament will consider this to constitute a failure to act and subsequently shall take action under Article 265 TFEU against the Commission,” says the draft resolution.

TABLE 1: TOP-10 AUTOCRATIZING COUNTRIES, 2010–2020

		CHANGE	LDI 2010	LDI 2020	REGIME TYPE 2010	REGIME TYPE 2020
1	Poland	–0.34	0.83	0.49	Liberal Democracy	Electoral Democracy
2	Hungary	–0.32	0.68	0.37	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
3	Turkey	–0.29	0.40	0.11	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
4	Brazil	–0.28	0.79	0.51	Electoral Democracy	Electoral Democracy
5	Serbia	–0.27	0.51	0.24	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
6	Benin	–0.26	0.55	0.29	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
7	India	–0.23	0.57	0.34	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
8	Mauritius	–0.23	0.73	0.50	Liberal Democracy	Electoral Democracy
9	Bolivia	–0.18	0.41	0.231	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
10	Thailand	–0.17	0.34	0.17	Electoral Autocracy	Closed Autocracy

The classification of regime type is not only based on the LDI score but also the Electoral Democracy Index, as well as the extent to which elections overall have been free and fair. See [Lührmann et al. \(2018\)](#) for details.



renew europe.



To Mrs. Angela Merkel
Chancellor of the Federal Republic of Germany, Presidency of the Council of the EU

To Mrs Ursula von der Leyen
President of the European Commission

Brussels, 26/08/2020

Dear Chancellor Merkel, dear President von der Leyen,

In the previous mandate, our three institutions had entered into constructive and result-oriented negotiations on the *regulation on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States* (2018/0136 (COD)). The European Parliament has always strongly advocated for such a conditionality mechanism because we cannot allow that the values enshrined in Article 2 TEU are systemically threatened or violated by any of the 27 Member States while EU funds continue to be received by the responsible governments. At the same time, it is evident that the core tools available to the EU to protect these values, including democracy, the rule of law and fundamental rights are limited in scope, inadequate and insufficient. It is our position that the Commission, as guardian of the EU treaties, needs to be empowered, including through this Regulation, to hold Member States to their commitments on these values.

Against this background, we strongly regret that the European Council in its extraordinary meeting of 17-21 July 2020 significantly weakened the efforts of the Commission and Parliament to uphold the rule of law, fundamental rights and democracy in the framework of the multiannual financial framework 2021-2027 (MFF) and the Next Generation EU (NGEU) instrument. It is our deep conviction that there can be no rebates on European values.

We therefore reiterate our commitment, as mentioned in the Parliament's resolution on the extraordinary European Council meeting conclusions from 23 July 2020, to complete the legislator's work on the proposed rule of law conditionality regulation in a constructive and collaborative manner, and we urge the German Council Presidency to resume technical and political meetings in close cooperation with the Parliament's Co-Rapporteurs without undue delay. At the same time, we have to stress that in line with Parliament's first reading position, there are a number of key demands for our political groups in particular on the need to

- **incorporate the Annual Monitoring Report on Union values**, to
- **maintain the "reverse qualified majority" rule**, to
- **preserve the institutionalised procedural role for the Parliament** and to
- **foresee safeguards for final beneficiaries and recipients.**

At this point, our political groups feel the need to underline once more that the above-mentioned rule of law regulation will be adopted by co-decision, and that the adoption of the

new Multiannual Financial Framework 2021-2027 (MFF) also fully depends on Parliament's consent. Without formal conclusion (closure) by the Council and the European Parliament of this file, it will be impossible for us to advance on the MFF.

The time has come to accelerate the fight against the erosion of democracy, the rule of law and fundamental rights in the very heart of the EU and to underline that electoral victories do not constitute a mandate for heavy-handedness and a departure from European values. We strongly believe that the creation of such a conditionality mechanism, which builds primarily on the Commission's Annual Monitoring Report on Union values, represents the most effective, proportionate and dissuasive response to the existing challenges. It is important that this addresses the core problem, and that violations are targeted in such a way that does not work to the detriment of European citizens and communities, in the interest of upholding the rule of law.

We therefore urge the German Council Presidency to close ranks and join Parliament's efforts to uphold democracy, the rule of law and fundamental rights by finalising the adoption of this proposal without undue delay.

Yours sincerely,

Manfred Weber
President of the European People's Party Group

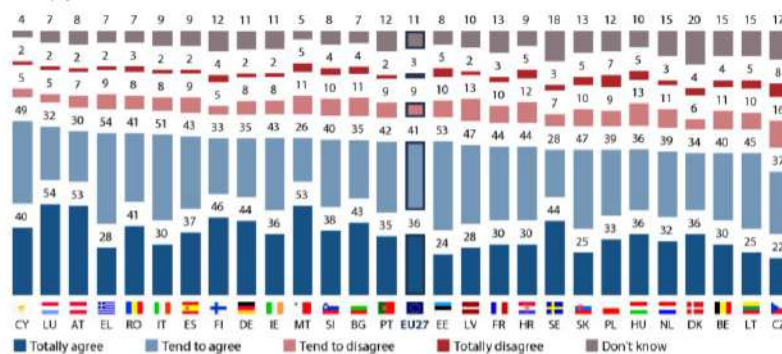
Iratxe García Pérez
President of the Socialists and Democrats Group

Dacian Cioloș
President of the Renew Europe Group

Ska Keller
Philippe Lamberts
Co-Presidents of the Greens/EFA Group

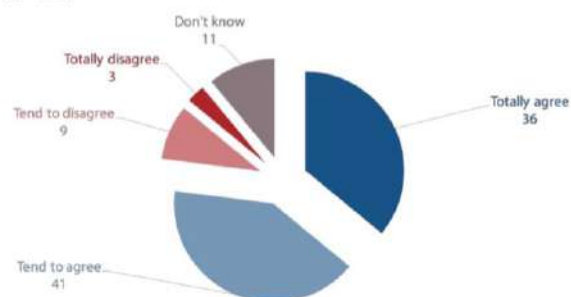
At least seven in ten respondents agree with this statement in all EU Member States but Czechia - more than half «totally agree» in LU, AT and MT

Q11 To be part of the European Union, Member States agree to share and respect common values including the rule of law (which includes press freedom, independence of justice, fight against corruption, protection of individual rights, etc.). Do you agree or disagree with this statement: The EU should only provide funds to Member States conditional upon their government's implementation of the rule of law and of democratic principles? (%)



More than three out of four respondents agree: EU funds should be made conditional upon the national government's implementation of the rule of law and of democratic values

Q11 To be part of the European Union, Member States agree to share and respect common values including the rule of law (which includes press freedom, independence of justice, fight against corruption, protection of individual rights, etc.). Do you agree or disagree with this statement: The EU should only provide funds to Member States conditional upon their government's implementation of the rule of law and of democratic principles? (% - EU27)



**Garantia autónoma: limites da autonomia e limites da
automaticidade**
**Limites à invocação do abuso do direito de crédito do
beneficiário da garantia**

Carla Relva Pinto

Sob a orientação da Professora
Doutora Daniela Farto Baptista

À minha Mãe, Maria de Lurdes,
Porque no teu abraço voltei a encontrar-me tantas vezes.

“Eis o homem sentado à mesa
Diante da folha branca.
Um longo, longo caminho,
Da vida para a palavra.
Decantação, purificação
Para chegar ao pássaro.

O homem que está à mesa
Atravessou muitos desertos
Virou do avesso a certeza
Naufragou nos mares do sul.

Entre ditongo e ditongo
Para chegar ao pássaro
Tu próprio terás de ser
Cada vez mais substantivo.
(...)”

“O Homem Sentado à Mesa” de Manuel Alegre

Resumo

Os limites dos créditos dos beneficiários das garantias autónomas têm sido campo fértil de produção doutrinal no último meio século, para além de ser em torno dos mesmos que se centra a maior parte da litigância relativa a contratos de garantia autónoma.

Pretendemos, nesta investigação, refletir sobre os limites da autonomia e da automaticidade das garantias autónomas, com particular destaque para o estudo dos limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia (debruçando-nos, com maior atenção, sobre a prova da falta de fundamento material da solicitação).

Palavras-chave: garantia autónoma; garantia bancária; abuso de direito; solicitação da garantia; limites da autonomia; limites da automaticidade; prova líquida.

Abstract

The limits on the claims of the beneficiaries of autonomous guarantees have been a fertile field of doctrine over the last half century, and it is around these limits that most of the litigation regarding autonomous guarantee contracts is centred.

In this research, we intend to reflect critically on the limits of the autonomy and automaticity of autonomous guarantees, with particular emphasis on the study of the limits to the invocation of abuse of the beneficiary's right to credit (focusing, with greater attention, on the proof of the lack of material basis of the request).

Keywords: autonomous guarantee; bank guarantee; abuse of right; request of guarantee; limits of autonomy; limits of automaticity; net proof.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
Cfr.	Conferir
CPC	Código do Processo Civil
DL	Decreto-Lei
N.º	Número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
Proc.	Processo
p.(p)	Página(s)
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	Veja-se
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
1. Noções preliminares	9
2. A função da garantia autónoma	11
3. A estrutura da operação. Posições jurídicas resultantes do contrato de garantia autónoma	12
3.1. Autonomia versus automaticidade. Finalidade e consequências da aposição da cláusula <i>on first demand</i> ao contrato de garantia	13
4. Execução da garantia autónoma: o princípio da inoponibilidade analisado	16
5. Limites da autonomia e limites da automaticidade: revisão literária e análise jurisprudencial	16
5.1. Doutrina maioritária	17
5.2. Análise jurisprudencial	19
6. Limites da autonomia e limites da automaticidade: posição adotada	20
6.1. Limites da autonomia	21
6.2. Limites da automaticidade	24
6.2.1. Limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário	26
6.2.1.1. Revisão literária e análise jurisprudencial	26
6.2.1.2. Posição adotada	31
Conclusão	36
Bibliografia	37

Introdução

Apesar de toda e qualquer divergência doutrinal que possa surgir no âmbito do estudo da garantia autónoma, ponto assente e não controvertido é que a garantia autónoma (também conhecida como garantia bancária)¹, prestada ao beneficiário da garantia (credor do contrato base) por uma entidade, comumente um banco, designada de garante, a pedido de um terceiro, designado de dador da ordem de garantia (devedor do contrato base), conhece como característica essencial – como o próprio nome, aliás, indica – a autonomia da relação de garantia face à relação de base (existente entre credor beneficiário e devedor dador da ordem) e à relação de cobertura (existente entre garante e devedor dador da ordem).

O recurso a este tipo de garantia pessoal despertou na Alemanha do século XX (sendo o autor alemão Rudolf Stammler² considerado o pai da garantia autónoma, devendo-se a si a teorização primeira do contato de garantia autónoma). Contudo, ainda hoje, volvidas largas décadas desde o seu surgimento, se reconhece existirem razões mais do que suficientes para entender a eleição da garantia autónoma como “um dos meios disponíveis mais adequados a assegurar ao credor a célere satisfação do seu interesse patrimonial”³: com o recurso à mesma, ultrapassa-se não só o lento funcionamento das garantias reais (que, normalmente, necessitam de execução judicial, implicando custos elevados de transação para o beneficiário), como também a relativa debilidade da fiança (uma vez que a acessoriedade é da essência da fiança, conforme resulta do disposto no artigo 627.º, n.º 2 do Código Civil, sendo a obrigação do fiador acessória da do afiançado – obrigação principal –, com ela se achando numa relação de dependência). Superam-se, também, as limitações do aval – que, apesar de constituir uma obrigação autónoma, conhece limites, alguns próprios da sua natureza – e contorna-se a existência de elevados custos de oportunidade acarretados pela possibilidade alternativa de imobilização de dinheiro em depósito a favor do credor.

Todavia, apesar da maior proteção conferida ao beneficiário como consequência da autonomia desta garantia pessoal e conquanto esta última favoreça o tráfico jurídico, pela segurança que imprime aos direitos, correlativamente estará o garante

¹ A garantia autónoma é, não raras vezes, apelidada de garantia bancária, apesar de os bancos prestarem tantas outras garantias como o aval cambiário ou a fiança bancária. Tal sucede uma vez que são, quase sempre, entidades bancárias a desempenhar o papel de garanties, devido à solidez patrimonial e solvabilidade reconhecidas de forma universal aos bancos, bem como ao menor custo que a garantia emitida por estes acarreta. Contudo, assiste-se também – embora com menos frequência – à prestação de garantias autónomas por sociedades de seguros (Romano Martinez, 2002; Jardim, 2002).

² Rudolf Stammler fazia assentar esta teorização numa categoria geral de contratos de garantia e numa categoria especial de contratos autónomos, percebidos, nas palavras de Galvão Telles, como “acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar” (Galvão Telles, 1988, p. 281).

³ Brito Bastos, 2010, p. 525.

numa posição mais frágil ao assumir riscos consideravelmente maiores quando comparados com os riscos suportados pelo fiador. O devedor da relação garantida (dador da ordem de garantia, por norma) encontrar-se-á, também ele, numa posição mais fragilizada, dados os perigos de conduta abusiva do beneficiário da garantia, que poderá exigir indevidamente a soma objeto de garantia, facilitando o seu enriquecimento sem causa (o que poderá colocar em causa a operacionalidade da figura).

Estes riscos veem-se aumentados com a – bastante frequente – estipulação de uma cláusula de pagamento *on first demand* ou à primeira solicitação, através da qual o direito ao pagamento da soma objeto de garantia se constitui na esfera jurídica do beneficiário ante a mera interpelação do garante, isto é, assim que o beneficiário interpela o garante, nasce na esfera jurídica deste último um – correlativo – dever de pagamento à primeira solicitação (dispensando, esta cláusula, a indagação do estado da relação de base e afastando a necessidade de prova da verificação do caso material de garantia⁴). A garantia autónoma à primeira solicitação é, neste sentido, uma garantia incondicional, absoluta e potestativa, exigível ao garante ante a sua mera interpelação pelo beneficiário.

Tornar-se-ão, portanto, aspeto nevrálgico do nosso estudo da garantia autónoma os limites dos créditos dos beneficiários das garantias autónomas, sendo, aliás, em torno deste aspeto que se centra a maior parte da litigância relativa a contratos de garantia autónoma⁵.

Embora seja a figura da garantia autónoma campo de produção doutrinal bastante fértil, persistem, ainda hoje, aspetos pouco claros. O texto que se segue procurará responder, ainda que de forma, por vezes, incompleta, a algumas questões (resultantes da pouca clareza dos tais aspetos), a saber:

Qual entendemos ser a função da garantia autónoma? Em que consiste o princípio da inoponibilidade no âmbito da execução das garantias autónomas? A proibição de invocação de exceções, fundada na autonomia privada das partes, é absoluta ou, em certas circunstâncias, justificar-se-á a consideração de alguma vicissitude das relações de base e de cobertura na paralisação do direito do beneficiário ao pagamento da soma objeto da garantia? Poderá o pagamento da soma objeto de garantia ser recusado ao beneficiário? Qual a fundamentação dos limites à invocação do abuso de direito, isto é, qual a natureza da evidência da falta de fundamento material da solicitação? Exigir-se-á, como aponta a maioria da doutrina,

⁴ Assim, “caso a solicitação seja materialmente infundada, o garante mantém-se obrigado a entregar a soma objeto da garantia, não por força da obrigação de garantia, mas sim pela sua vinculação ao cumprimento da obrigação decorrente da cláusula de pagamento à primeira solicitação” (Trindade, 2013, p. 65).

⁵ Brito Bastos, 2010.

para que seja o abuso considerado “abuso evidente”, prova pronta e líquida? Será compatível essa exigência de prova pronta e líquida com o regime probatório geral?

Foram estas as principais questões que motivaram e guiaram a nossa investigação e será sobre as mesmas que refletiremos criticamente.

Para tal, dividiremos o nosso trabalho em várias partes. Depois de apresentadas algumas noções preliminares, avançaremos para considerações referentes à função da garantia autónoma, à determinação das posições jurídicas resultantes do contrato de garantia autónoma, à distinção entre autonomia e automaticidade e à análise do princípio da inoponibilidade e suas consequências.

De seguida, tendo em conta a forma como a doutrina nacional tem encarado estas questões e o sentido no qual os tribunais as têm decidido, refletiremos e adotaremos posições sobre os limites da automaticidade, os limites da autonomia e os limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia (refletindo criticamente, sobretudo, sobre o caráter *evidente* do abuso e a exigência de *prova pronta e líquida* como restrição probatória).

1. Noções preliminares

A garantia autónoma assume-se como um instrumento jurídico-económico destituído de regime legal próprio, assim como acontece em muitos outros países.⁶ Embora atípica, trata-se, a nosso ver⁷, de uma figura *nominada* na lei portuguesa – *v.g.*, art. 114.º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (DL 18/2008 de 29 de janeiro) e art. 4.º, n.º 1, c) do Regime Jurídico do Papel Comercial (DL n.º 69/2004 de 25 de março, alterado pelo DL 77/2017 de 30/06). Reconhece Galvão Telles que “para lhe servir de apoio basta o princípio da liberdade contratual, consagrado entre nós no artigo 405.º do Código Civil”.⁸

Note-se, contudo, que, apesar da sua atipicidade legal no ordenamento jurídico pátrio, a garantia autónoma, principalmente a automática, esteve no último meio século no centro das atenções, ocupando lugar de destaque em congressos, colóquios, reuniões nacionais e internacionais, sendo igualmente referida em disposições normativas internacionais. Assim, face à crescente utilização da figura, principalmente nas relações económicas a nível global, e com vista a combater incertezas que, compreensivelmente, estas relações acarretam, as instituições

⁶ Martinez, 2002.

⁷ Em sentido contrário, apelidando-a de contrato inominado, *vide* Ac. TRP de 13/10/2000 (Emérico Soares), definindo a garantia bancária como “um contrato inominado em que uma parte, normalmente uma instituição financeira, assegura à outra a obtenção de determinado resultado ou assume a responsabilidade por um risco ligado a um empreendimento, respondendo pelos danos causados pela não verificação do resultado ou pela atuação do risco”.

⁸ Galvão Telles, 1988, p. 290.

internacionais sentiram a necessidade de redigir diplomas com o intuito de harmonizar juridicamente este tipo de contratos. Falamos, assim, de uma figura objeto de regulação internacional. Atentemos, desde logo, nas *Uniform Rules for Contract Guarantees* de 1991, elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional (atualizadas em 2010 com a publicação n.º 758, fruto da aceitação que tiveram no mercado internacional). Estas regras são aplicáveis por via dos usos bancários, não assumindo carácter obrigatório, e, por isso, as partes podem optar pela sua não aplicação. É, também, o caso da *Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito stand-by* de 1995.⁹

Na falta de regulamentação própria no ordenamento jurídico pátrio, o regime jurídico das garantias autónomas é determinado pelas cláusulas acordadas e pelas regras gerais dos negócios jurídicos (artigos 217.º e seguintes do Código Civil) e dos contratos (artigos 405.º e seguintes do mesmo diploma).

Quanto à controvertida questão de saber se é a garantia autónoma um negócio jurídico causal ou, por outra, como um negócio jurídico abstrato¹⁰, entendemos que, na abordagem a esta questão, o conceito de autonomia é, por vezes, confundido com o conceito de abstração – o que conduz à incorreta classificação da garantia bancária como um negócio jurídico abstrato.¹¹ A nosso ver, a obrigação de garantia e a obrigação derivada da cláusula *on first demand* são causais face ao contrato de garantia e à cláusula *on first demand*, respetivamente, uma vez que a eficácia da obrigação de garantia depende da subsistência do contrato de garantia, sendo causal face a este último, e os efeitos da cláusula *on first demand* dependem da validade da cláusula que os origina.

Afirma-se, também, como uma garantia cujo documento negocial representa título executivo.

⁹ Portugal não aderiu a esta Convenção apesar do parecer favorável do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (parecer n.º 1001391996), de 07/11/1997.

¹⁰ De acordo com o Direito português, não existem negócios jurídicos sem causa: o que por vezes sucede é que a causa do negócio jurídico não é relevante para o regime jurídico criado pelo legislador, ou seja, não necessita a causa de estar expressa ou implícita nos negócios ou não necessita de ser invocada para que o mesmo seja válido na medida em que o legislador se tenha abstraído da causa do negócio quando estabeleceu o regime jurídico (por exemplo, os negócios cambiários como o aceite, o aval, o endosso, *etc.*) – só neste último sentido poderemos falar de negócios “abstratos” admitidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Dito de outro modo, as obrigações serão abstratas se subsistirem independentemente do facto jurídico que as originou (lei, contrato, negócio jurídico unilateral), ao passo que as obrigações causais têm a sua subsistência dependente da verificação da sua fonte (Menezes Cordeiro, 2005).

¹¹ “É como que uma obrigação sem causa, cuja validade já, por isso mesmo, foi posta em dúvida, tendo em conta a proibição genérica do negócio abstrato, que se deduz do teor do art. 458.º, CC” – aqui, classificando-a como um negócio jurídico abstrato, “uma obrigação sem causa”, veja-se o Acórdão do STJ 21/11/2002 (Quirino Soares). Para mais desenvolvimentos sobre a questão da natureza causal ou abstrata da obrigação de garantia, veja-se Cortez, 1992, p. 568.

2. A função da garantia autónoma

Partilhamos do mesmo entendimento que Fátima Gomes¹², Ferrer Correia¹³ e Cláudia Trindade¹⁴ ao defender que, com a constituição de uma garantia autónoma, o garante assegura a satisfação do interesse económico do beneficiário da garantia, responsabilizando-se pelo risco da não produção de um resultado (eliminando-se um risco comercial através de uma intermediação de tipo financeiro). Só por isso é que “apenas nas situações em que o interesse económico do beneficiário não seja satisfeito pelo devedor-dador da ordem poderá o beneficiário excutir a garantia”.¹⁵

A obrigação própria que o garante assume é uma obrigação de resultado na medida em que o banco garante a produção de determinado resultado, assumindo a responsabilidade pela sua não verificação, obrigando-se a pagar uma determinada quantia a favor do beneficiário da garantia.

Assim sendo, como obrigação própria que é, tem autonomia total em face das obrigações assumidas pelo dador da ordem de prestação de garantia e, porque autónomas, estas duas relações não podem influenciar o destino uma da outra. Acontece que o contrato de garantia alude sempre à relação fundamental, mas esta alusão apenas permite às partes estabelecer qual o resultado que o banco assegura que se produzirá (o cumprimento de um contrato, a subsistência de uma proposta contratual, a devolução de determinadas quantias, *etc.*) e, a partir daqui, será possível determinar qual o pressuposto que condicionará a responsabilidade do garante pela não verificação do resultado garantido.

Em síntese, a função da garantia autónoma é, a nosso ver, a de assegurar a cobertura de um determinado resultado (objeto da garantia), assumindo o garante o risco da sua não verificação com a consequente possibilidade de apelo à execução da garantia. Através da celebração do contrato, o garante aceita correr um risco (que de outro modo seria suportado pelo credor beneficiário): o risco de a contraparte contratual deste último não cumprir as suas obrigações contratuais, com os prejuízos económicos daí decorrentes.

¹² A obrigação própria que o garante assume “pode ser qualificada como obrigação de resultado: o banco garante que determinado resultado se verificará, assumindo a responsabilidade pela sua não verificação, obrigando-se a pagar uma determinada quantia a favor de um sujeito: o beneficiário” (Gomes, 1994, p. 204).

¹³ Ferrer Correia esclarece: “Através da celebração do contrato, o dador da garantia aceita correr um risco que de outro modo seria suportado pelo beneficiário: o risco de a contraparte contratual deste vir a colocar-se na situação de inadimplência, com os prejuízos económicos daí decorrentes” (Correia, 1982, p. 249).

¹⁴ Cláudia Trindade afirma, apoiando-se no autor italiano Giovanni Barillà, que “a garantia autónoma tem uma função de cobertura dos riscos comerciais do beneficiário, que podem ser diversos do risco típico do incumprimento do devedor” (Trindade, 2013, pp. 49-50).

¹⁵ Trindade, 2013, p. 50.

3. A estrutura da operação. Posições jurídicas resultantes do contrato de garantia autónoma.

Quanto à estrutura da operação, a garantia autónoma estabelece-se mediante contrato, sendo a figura da garantia autónoma, normalmente¹⁶, uma *figura triangular*, uma vez que supõe três relações contratuais entre sujeitos diversos: o contrato principal, o contrato entre o devedor e o garante (em regra, e como já se disse, um banco) e o contrato de garantia autónoma em si.¹⁷

Do primeiro, celebrado entre credor garantido e devedor dador da ordem, emergem as obrigações garantidas. Deverá notar-se que, independentemente da obrigação garantida, a obrigação assumida pelo garante se traduz sempre na obrigação de pagamento ao beneficiário de uma determinada soma em dinheiro, não se constituindo o garante no dever de cumprir uma dívida alheia do garantido – mais que garantir o cumprimento da obrigação do devedor, pretende assegurar-se, dizemos de novo, *o interesse económico do credor beneficiário da garantia*.^{18 19}

O segundo é o contrato²⁰ pelo qual o garante se vincula, mediante uma remuneração (comissão), a celebrar com o credor da obrigação garantida – o beneficiário da garantia – o contrato de garantia autónoma. No contrato celebrado entre devedor e garante prevê-se, normalmente, o dever de reembolso²¹ do garante, em caso de execução da garantia, bem como as condições em que tal se fará, por um lado, e, por outro, as garantias desse eventual futuro direito do garante perante o dador da ordem, pelo qual o garante tutela a sua posição.

¹⁶ Sublinha Francisco Cortez que nem sempre podemos reduzir a garantia autónoma a este simples esquema, uma vez que, por vezes, intervém uma quarta entidade: o banco intermediário do país do beneficiário da garantia (Cortez, 1992). Porém, não entraremos em pormenores por os considerarmos desnecessários ao cerne da questão que se pretende desenvolver no presente trabalho.

¹⁷ Galvão Telles, 1988. Para mais desenvolvimentos e implicações da estrutura triangular, ver o Acórdão do STJ de 21/06/2018 (Hélder Almeida).

¹⁸ A este propósito, Pedro Romano Martinez nota que “a garantia não pressupõe a existência de uma assunção de dívida de outrem, nos termos previstos nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil” (Martinez, 2002, p. 266), uma vez que, como já foi referido, se constitui na esfera jurídica do garante uma obrigação própria.

¹⁹ Sobre esta questão, sublinha Galvão Telles que “a obrigação do garante autónomo, como a do fiador, é sempre uma obrigação de pagamento em dinheiro, mesmo quando a obrigação garantida não seja uma obrigação pecuniária, mas de prestação de facto” (Galvão Telles, 1988, p. 288).

²⁰ Quanto à qualificação jurídica do contrato celebrado entre garante e dador da ordem de garantia, com Ferrer Correia e também com Almeida Costa e Pinto Monteiro, consideramos este contrato um contrato de mandato (art. 1157.º CC), mais concretamente um mandato sem representação (Ferrer Correia, 1982; Costa, Almeida & Monteiro, Pinto, 1986).

²¹ Para mais desenvolvimentos sobre o fundamento deste dever de reembolso, consulte-se Vasconcelos, 2019, p.140; para um estudo atento sobre os pressupostos que deverão estar observados para podermos falar num dever de reembolso, veja-se Jardim, 2002, p. 313.

Já o terceiro contrato consiste no contrato de garantia autónoma em si. Celebrado entre garante e credor beneficiário, é neste contrato que, entre outras condições contratuais (como, por exemplo, saber qual o prazo findo o qual a garantia cessa), são acordadas as circunstâncias que determinam a cominação da obrigação de pagamento da soma objeto da garantia, isto é, no qual se determina qual o *caso material de garantia* (facto futuro e incerto quanto à sua verificação). Entendemos que da mera celebração do contrato de garantia não resulta qualquer direito de crédito para o beneficiário²²: a obrigação de garantia depende da materialização da esfera de riscos assumida pelo garante (a verificação do caso material de garantia). Assim, no período que medeia a celebração do contrato e a ocorrência do caso material de garantia apenas existe um estado de vinculação jurídica, não correspondente a uma prestação, mas sim à mera possibilidade de constituição da obrigação de pagamento da soma objeto de garantia, caso se verifique o facto futuro e incerto, determinado contratualmente. Com a materialização do risco contratualizado no contrato de garantia, nasce na esfera jurídica do garante a obrigação de pagamento da soma objeto de garantia e na esfera jurídica do beneficiário, por sua vez, surge o correlativo direito ao pagamento da soma objeto de garantia.

3.1. Autonomia *versus* automaticidade. Finalidade e consequências da aposição da cláusula *on first demand* ao contrato de garantia.

Como já referimos, será possível, às partes, apor a chamada cláusula de pagamento *on first demand* ou à primeira solicitação ao contrato de garantia autónoma em si.

Entendemos que a automaticidade, conferida pela aposição de uma cláusula *on first demand*, não se confunde com a autonomia da garantia. Vejamos:

A autonomia é uma característica essencial do contrato autónomo de garantia e implica não só a independência genética como também funcional da obrigação de garantia relativamente à obrigação principal.²³ Em virtude da autonomia da garantia

²² Posição semelhante é a assumida por Cláudia Trindade (2013).

²³ Significa, isto, que a validade do contrato de garantia não depende da validade do contrato garantido – são contratos geneticamente independentes – e o garante não pode opor ao beneficiário os meios de defesa que competem ao devedor-ordenante face ao beneficiário – são contratos funcionalmente independentes. Como a obrigação do garante se extingue e a garantia caduca quando se cumpre o contrato-base (uma vez

(com maior rigor, do contrato autónomo de garantia), constituindo-se o direito ao pagamento na esfera jurídica do beneficiário, o garante não poderá opor-lhe quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o dador da ordem como da relação jurídica cujo cumprimento garante. Deste modo, uma vez verificados os pressupostos acordados entre beneficiário da garantia e garante para o funcionamento da garantia, o garante deverá proceder ao pagamento de uma quantia pecuniária ao beneficiário credor, não podendo opor a este último – como sucede, por exemplo, na fiança – os meios de defesa decorrentes da relação jurídica existente entre o próprio e o devedor da obrigação garantida ou da relação entre o devedor e o credor da obrigação garantida. Sobre este ponto, Pestana de Vasconcelos refere que, em sede de garantias autónomas, o garante “somente pode recorrer aos meios de defesa emergentes da relação de garantia”.²⁴ Poderá, assim, afirmar-se que o garante deve ser neutro no que concerne aos litígios ou às controvérsias que se geram em torno da relação comercial de base.²⁵

Já a automaticidade é uma característica eventual do contrato autónomo de garantia e leva a que o pagamento da soma objeto de garantia dependa apenas da solicitação do beneficiário e não já da verificação do fundamento material da solicitação: ainda que a solicitação do beneficiário seja materialmente infundada, por não se verificarem as circunstâncias que determinam a cominação da obrigação de pagamento da soma objeto da garantia ou do surgimento de exceções²⁶ relativas ao contrato de garantia que impeçam ou extingam o direito do beneficiário ao pagamento da soma objeto da garantia, o garante está obrigado a proceder ao pagamento da referida soma ao beneficiário. Deste modo, a obrigação do garante que resulta da inserção no contrato de garantia de uma cláusula à primeira solicitação apenas releva em caso de não verificação do fundamento material da solicitação, pois se a solicitação for materialmente fundada o garante encontrar-se-á vinculado pela própria obrigação de garantia. Dito de outro modo, caso a solicitação não conheça fundamento material, o garante mantém-se obrigado a proceder ao pagamento da soma objeto da garantia pela sua vinculação ao cumprimento da cláusula *on first demand* e já não por força da obrigação de garantia.

Entendemos que, ao inserir uma cláusula *on first demand*, as partes pretendem conferir liquidez, aceleração e segurança ao pagamento da soma objeto da garantia,

que o interesse económico do credor-beneficiário é satisfeito), não entendemos que a independência extintiva dos contratos seja absoluta. No mesmo sentido, entende Cláudia Trindade (2013).

²⁴ Vasconcelos, 2019, p. 136.

²⁵ Valendo, em sede de execução de garantias autónomas, o princípio da inoponibilidade, desenvolvido no capítulo 4.

²⁶ Falamos, aqui, da nulidade do contrato de garantia (arts. 280.º e 294.º), os vícios da vontade negocial relativos ao contrato de garantia (arts. 240.º e ss.), a caducidade do contrato de garantia (art. 298.º, n.º 2) ou a verificação da condição resolutiva aposta ao contrato de garantia (artigo 270.º).

assegurando a satisfação imediata do interesse económico ao credor-beneficiário, uma vez que, com a inserção de uma cláusula deste tipo, o risco da incerteza da verificação do fundamento material da solicitação se aloca à esfera jurídica do garante, sendo este obrigado a proceder ao pagamento à primeira solicitação²⁷. Com a sua aposição, difere-se a invocação das exceções (incluído as derivadas no próprio contrato de garantia) para momento posterior ao da solicitação, eliminando-se, assim, a possibilidade de controvérsia extraprocessual do fundamento do direito de crédito do beneficiário e o resultante atraso na satisfação do interesse económico do credor beneficiário.

Resta-nos afirmar que não concordamos com a fração doutrinária²⁸ que entende que a aposição da cláusula de pagamento eleva a autonomia da garantia ao seu expoente máximo uma vez que dispensa a indagação do estado da relação base (por afastar a necessidade de prova da verificação do *caso material de garantia*). Não entendemos que a distinção entre a garantia autónoma simples e a garantia autónoma automática se situe ao nível da exigibilidade do direito do beneficiário, isto é, não entendemos que a distinção entre uma e outra se faça pelo facto de a garantia autónoma simples só ser “exigível verificado o caso material de garantia, enquanto esta [a garantia autónoma à primeira solicitação] é exigível a todo o tempo”²⁹: os efeitos da cláusula *on first demand* não se prendem com o tempo de cumprimento da obrigação de garantia. Destacamo-nos, nomeadamente, da posição defendida pela Autora Mónica Jardim, que entende que “a automaticidade só introduz alterações na estrutura tradicional da garantia autónoma ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada”.³⁰

Atente-se, contudo, que tal não significa que a aposição da cláusula de pagamento *on first demand* crie uma obrigação abstrata: a alegação da não verificação do fundamento material da solicitação poderá ser posteriormente realizada, em ação de repetição do indevido – que poderá ser intentada pelo garante na hipótese de não se ter verificado o caso material de garantia, como ensina Claus Wilhelm Canaris.³¹ Entendemos, assim, com Giuseppe Portale, que terão legitimidade processual para intentar essa ação, baseada em excussão abusiva da garantia, o garante e o devedor-ordenante³².

²⁷ Trindade, 2013.

²⁸ Vejam-se, a título de exemplo, as posições defendidas por Francisco Cortez e Mónica Jardim (Cortez, 1992; Jardim, 2002).

²⁹ Brito Bastos, 2010, p. 529.

³⁰ Jardim, 2002, p. 85.

³¹ Brito Bastos, 2010.

³² Trindade, 2013.

4. Execução da garantia autónoma: o princípio da inoponibilidade analisado

Ressalvamos, antes de mais, que a solicitação de pagamento da quantia pecuniária determinada previamente no contrato deverá ser feita, pelo beneficiário, corretamente e de acordo com os requisitos enunciados no contrato de garantia autónoma em si.³³ Com esta solicitação passar-se-á do mero plano da garantia para o plano de execução desta última.

Em virtude da autonomia da garantia autónoma, o garante não poderá, perante uma solicitação do beneficiário, opor exceções derivadas da relação de base e da relação de cobertura³⁴. Menezes Cordeiro, a este propósito, afirma que poderemos opor “ao beneficiário as exceções literais que constem do próprio texto da garantia: nunca as derivadas da relação principal”.³⁵

A obrigação presente na esfera jurídica do garante é, assim, independente³⁶, abstraindo da culpa do devedor do contrato base, das controvérsias relacionadas com a relação jurídica de base, bem como do dano efetivamente sofrido pelo beneficiário da garantia. Seguindo a lógica discursiva de Mónica Jardim, valerá aqui, como consequência da própria independência ou autonomia das garantias automáticas, quanto às relações beneficiário–dador da ordem e quanto às relações dador da ordem–garante, o princípio da inoponibilidade: é o que resulta, precisamente, da vontade manifestada pelas partes, ao abrigo da sua autonomia privada – art. 405.³⁷

5. Limites da autonomia e limites da automaticidade: revisão literária e análise jurisprudencial

Cabe referir, antes de mais, que na doutrina pátria consultada – e a seguir explanada – quase não se opera a distinção entre os limites da autonomia e os limites da automaticidade da garantia autónoma e, por isso, nesta primeira fase de análise doutrinal e jurisprudencial, não a teremos em conta. Contudo, abordaremos os limites da autonomia e os limites da automaticidade separadamente mais adiante.

³³ Para mais desenvolvimentos acerca dos termos nos quais a solicitação da garantia deve ser realizada a fim de colocar o garante na posição de devedor da soma objeto da garantia e o beneficiário na de titular do correspondente direito de crédito, cf. Jardim, 2002, pp. 247-249.

³⁴ Brito Bastos, 2010.

³⁵ Menezes Cordeiro, 2016, p. 657.

³⁶ Sendo que esta independência se verifica quer quanto aos pressupostos de exigibilidade, quer quanto ao objeto da relação base.

³⁷ Jardim, 2002.

5.1. Doutrina majoritária

Ferrer Correia considera que, acima da regra da inoponibilidade das aludidas exceções, se encontram aqueles preceitos do ordenamento jurídico que fazem parte do seu *ius cogens* e que, assim o sendo, poderá o garante opor ao credor a “exceção de invalidade do negócio causal por ofensa aos bons costumes”, bem como a exceção de “ter sido o crédito garantido considerado inexistente”³⁸.

Calvão da Silva³⁹ afirma que, em casos excepcionais de excussão manifestamente abusiva ou fraudulenta da garantia, recai sobre o “garante conhecedor da situação o dever de bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento”.⁴⁰ O autor afirma que estas exceções ao princípio da inoponibilidade são *válvulas de ventilação de justiça*, mas alerta para a “dificuldade de encontrar o ponto ótimo da dialética com a segurança que justifica a notável difusão da cláusula”.⁴¹

Os Professores Mário Júlio de Almeida Costa e António Pinto Monteiro⁴² reconhecem também a existência de situações em que deverá o direito de crédito do beneficiário ser paralisado, apontando como razão para tal a existência de “princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados”.⁴³ Os Autores dão como exemplo o caso de o beneficiário solicitar a garantia de execução do contrato, tendo o banco em seu poder o certificado de desalfandegamento da mercadoria no país de destino.

Mónica Jardim entende que, sendo a solicitação do beneficiário abusiva, conformando uma situação de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário, deverá considerar-se lícita a recusa, por parte do garante, de proceder ao pagamento da soma objeto da garantia: vai até mais longe, afirmando que decorre mesmo, para o garante, enquanto mandatário do dador da ordem, um verdadeiro dever jurídico de

³⁸ Ferrer Correia, 1982, p. 253.

³⁹ O Autor admite, também, a possibilidade de o devedor lançar mão de um procedimento cautelar que iniba o garante do pagamento da garantia, afirmando que esta tutela cautelar inibitória só deverá proceder no mesmo caso e dentro dos mesmos limites da oponibilidade da exceção de abuso evidente ou fraude manifesta ao beneficiário em sede de recusa de pagamento – isto é, será necessário, para que sejam decretadas as medidas inibitórias cautelares em causa, prova líquida de excussão abusiva ou fraudulenta e não apenas a *sumaria cognitio* da *probabilidade séria* ou *verosimilhança* da sua existência, justificando-se esta exigência, a seu ver, em nome da segurança e da certeza visadas com a cláusula de pagamento à primeira solicitação. Refere, ainda, que será também perfeitamente possível ao devedor principal intentar procedimento cautelar inominado contra o beneficiário (Calvão da Silva, 1996).

⁴⁰ Calvão da Silva, 1996, p. 343.

⁴¹ Ibidem, p. 344.

⁴² Admitem, também, a possibilidade de o devedor tentar impedir o pagamento ou execução da garantia através de medidas instauradas em sede judiciária ou arbitral, cujo êxito final dependerá de prova inequívoca do comportamento manifestamente fraudulento ou abusivo do beneficiário. Serão medidas de natureza cautelar, intentadas pelo devedor, a fim de impedir o banco de proceder ao pagamento da soma objeto de garantia. Poderão, ainda, ser mesmo dirigidas contra o beneficiário, obstando a que este receba a garantia.

⁴³ Almeida Costa & Pinto Monteiro, 1986, pp. 20-21.

proceder a essa mesma recusa⁴⁴. Segundo a Autora, este dever jurídico (*dovere di omissioni*) de o garante recusar o pagamento resulta do dever de proteção dos interesses do mandante – dever jurídico que se funda no princípio da boa-fé e completa o conteúdo da relação de mandato entre dador da ordem e garante, “impondo a este a tutela da esfera jurídica do mandante, onde se repercute o sacrifício económico da entrega da soma objeto da garantia”.⁴⁵ Para a Autora, o direito do beneficiário face ao garante terá sempre origem num evento relacionado com o contrato base garantido (*v.g.*, o não cumprimento do devedor) e apenas quando esse tal evento ocorre é que o beneficiário “se torna titular do direito potestativo de solicitar a soma objeto da garantia que, depois de exercido, faz nascer na sua esfera jurídica um direito de crédito face ao garante”.⁴⁶ Caso não ocorra o evento previsto no contrato, não se torna o beneficiário titular do direito de solicitar o pagamento e, se, ainda assim, o beneficiário o fizer, não tendo ocorrido o evento previsto no contrato, viola a proibição do abuso de direito e o dever (que deriva para ele do contrato de garantia) de se comportar com correção e lisura de acordo com a boa-fé.⁴⁷

Simões Patrício, por seu turno, fala em “dolo, má-fé ou abuso de direito”⁴⁸ verificados no recurso à garantia pelo beneficiário como fundamentos para que o garante possa recusar proceder ao cumprimento do seu dever de pagar o montante acordado a título de garantia.

Manuel Castelo Branco afirma que a “fraude ou má-fé manifesta”⁴⁹ do beneficiário da garantia legitimarão o garante a recusar proceder ao pagamento da soma objeto de garantia.

Fátima Gomes considera que o banco, “em face de um comportamento fraudulento do beneficiário ao executar a garantia”⁵⁰, deverá recusar o seu pagamento, falando, a Autora, em *abuso e má-fé*.

Conclui-se, do exposto, que a maioria dos autores consultados entende que, em casos excecionais de “fraude manifesta” ou “abuso evidente”, é legítima e lícita a recusa do garante em proceder ao pagamento do montante garantido ao beneficiário – sendo que se entende de forma quase unânime que essa recusa é um verdadeiro dever jurídico do garante.

⁴⁴ Mónica Jardim, 2002. Note-se que a este dever jurídico, a cargo do garante, de recusar o pagamento (dever de omissão) corresponde, entendem os autores que o reconhecem como existente, um direito do dador da ordem (devedor do contrato-base) a ser judicialmente protegido.

⁴⁵ Jardim, 2002, p. 298.

⁴⁶ Jardim, 2002, p. 299.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Simões Patrício, 1983, p. 710.

⁴⁹ Castelo Branco, 1993, p. 79.

⁵⁰ Gomes, 1994, p. 181.

5.2. Análise jurisprudencial

Veja-se, desde logo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves), no qual é afirmada a existência de limites à autonomia e ao carácter automático da garantia impostos por “princípios basilares da ordem jurídica portuguesa” que formam – tal como se lê no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldês) – uma “estreita faixa integrada pelas regras da boa-fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos”.

Delimitam-se, comumente, na jurisprudência, estes casos excepcionais como casos de “fraude manifesta ou abuso evidente”, tal como se pode ler no Ac. do STJ de 14-10-2004 (Rel. Araújo Barros), restringindo-se o abuso a “casos extremos de manobras tendentes a enganar o garante ou de procedimento abusivo do beneficiário, designadamente exigindo a garantia em caso de cumprimento pontual da obrigação do devedor”. No Acórdão do STJ de 12/09/2006 (Sebastião Póvoas) fala-se em “fraude ostensiva, clamorosa, evidente”.

Na jurisprudência são também comuns as expressões “manifesta má-fé patente”, tal como se pode ler no Ac. do STJ de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldês) e “má-fé patente, fraude evidente, clara, sem contestação, a tal ponto que o abuso do beneficiário fere a vista”, como refere o coletivo de juízes no Ac. do STJ de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves) – nos termos deste Acórdão, pode ler-se que está em causa a “conjugação de forças antijurídicas que o nosso sistema jurídico não pode corroborar e a constituir um abuso de direito”, sendo que na última parte da citação (“o abuso do beneficiário fere a vista”) se espelha o critério da jurisprudência francesa, que terá sido colhido das obras de Michel Vasseur.⁵¹

Na jurisprudência europeia, para Yves Pouillet “existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efetivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário”.⁵²

⁵¹ Almeida Costa & Pinto Monteiro, 1986.

⁵² Simões Patrício, 1983, p. 711.

6. Limites da autonomia e limites da automaticidade: posição adotada

Entendemos que entre os princípios e exigências valorativas que podem limitar o exercício dos direitos encontram-se a boa-fé, os bons costumes e o fim económico-social do direito e “quando um direito seja exercido em contrariedade com um (ou mais) desses valores, esse exercício constitui abuso de direito à luz do artigo 334.º do CC”.⁵³ O exercício do direito ao pagamento por parte do beneficiário, não será exceção, havendo a considerar limites máximos com os quais a garantia autónoma - mesmo quando automática – não poderá colidir.

Existirão, assim, entendemos, situações em que a autonomia e a automaticidade da garantia poderão ver-se limitadas, podendo haver decisão judicial que reconheça como lícita a anterior recusa do garante em proceder ao pagamento (ou podendo haver decisão judicial que imponha tal paralisação do direito do beneficiário).⁵⁴

Antes de avançarmos com tomadas de posição em sede de limitação da autonomia e limitação da automaticidade das garantias bancárias, entendemos ser oportuno esclarecer dois pontos.

No que diz respeito às situações em que se entende ser lícita a recusa de pagamento, quase toda a doutrina por nós consultada⁵⁵ se refere indistintamente ao abuso de direito e à fraude. Também nas expressões utilizadas comumente pela jurisprudência⁵⁶, como tivemos oportunidade de ver, se equipara frequentemente a fraude ao abuso de direito. Calvão da Silva chama a atenção para este mesmo facto afirmando que a maioria da doutrina tem equiparado a fraude (*fraud in the transaction*) – de origem anglo-saxónica, correspondente ao dolo, própria da *common law* (que não conhece a teoria geral do abuso de direito) – ao abuso de direito.⁵⁷ Giuseppe Portale veio afirmar que a jurisprudência europeia tem insistido nesta equiparação da fraude ao abuso, “com o claro fim de fazer excluir a subordinação da oponibilidade da exceção à existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante”.⁵⁸ Entendemos, contudo, que esta identificação entre os institutos não é correta e dever-se-á falar tão somente em abuso do direito. A

⁵³ Trindade, 2013, p. 52.

⁵⁴ Nomeadamente, dada a possibilidade, que admitimos, de o devedor-garantido ou o garante requererem medidas inibitórias de natureza cautelar. Não entraremos em considerações sobre a tutela cautelar do devedor-ordenante e do garante, porém remetemos o estudo desta questão (nomeadamente a questão da admissibilidade da restrição probatória no campo das providências cautelares) para Trindade, 2013, pp. 90 e ss.

⁵⁵ Com exceção de Calvão da Silva, Miguel Brito Bastos e Cláudia Trindade (Calvão da Silva, 1996; Brito Bastos, 2010; Trindade, 2013).

⁵⁶ A título de exemplo, no Supremo Tribunal de Justiça, há treze anos, a 21 de abril, afirmou-se que a fraude “em direito positivo português se reconduz à figura do abuso do direito, previsto e sancionado no artigo 334.º do Código Civil” – cf. Ac. STJ 21/04/2010 (Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza).

⁵⁷ Calvão da Silva, 1996.

⁵⁸ Cortez, 1992, p. 600.

fraude é um instituto equivalente à *fraud in the transaction* do direito anglo-saxónico, que não só desconhece a figura do abuso do direito como “reconduz os comportamentos fraudulentos à utilização de artifícios com intenção de prejudicar a outra parte contratual”.⁵⁹ A evidência da fraude refere-se, portanto, à existência de um estado subjetivo doloso por parte do agente que não conhece paralelo com o abuso de direito (uma vez que este limita o exercício objetivamente anormal do direito, sendo irrelevante o estado subjetivo de quem exerce a posição jurídica).

Acrescentamos, ainda, que, a nosso ver, será indiferente se o beneficiário tem ou não consciência de que está a executar ilicitamente a garantia. O nosso ordenamento jurídico adota a conceção objetivista do princípio da proibição do abuso de direito que proclama a não obrigatoriedade de demonstração do *animus nocendi* do beneficiário da garantia. Assim sendo, não se procura qualquer elemento subjetivo referente à conduta do beneficiário, bastando que a mesma exceda de forma evidente os limites prescritos no preceito. Desde modo, mesmo que o beneficiário não tenha noção da falta de fundamento manifesto da sua pretensão, a mesma será passível de ser excecionada com base neste mecanismo.⁶⁰

6.1. Limites da autonomia

Como acima se referiu, o sistema jurídico conhece princípios e exigências valorativas que podem limitar o exercício dos direitos: de entre estes, encontram-se a boa-fé, os bons costumes e o fim económico-social do direito. Quando um direito seja exercido em contrariedade com um (ou mais) desses valores, esse exercício constitui abuso de direito à luz do artigo 334.º do CC.

Contrariamente ao entendimento firmado pelo Autor Francisco Cortez⁶¹, não consideramos que a verdadeira *ratio* para que o abuso de direito seja invocável como limite da autonomia de uma garantia bancária passe pela existência de um dever de atuação do beneficiário segundo a boa-fé, derivado do contrato de garantia, o qual impõe ao beneficiário normas de conduta perante o garante: a este propósito, relembramos os ensinamentos de Carneiro da Frada ao defender a autonomia da boa-fé no contexto do artigo 334.º face à boa-fé como regra de conduta, para afirmar que a boa-fé não atuará, no âmbito do abuso de direito, como regra de conduta, mas sim como “corretivo do resultado de uma aplicação meramente formal de normas jurídicas”.⁶²

⁵⁹ Trindade, 2013, p. 52.

⁶⁰ Menezes Cordeiro, 2017. Também este sentido, veja-se o Ac. do STJ de 28/06/2007 (Gil Roque).

⁶¹ Cf. Cortez, 1992, p. 598.

⁶² Carneiro da Frada, 2004, p. 852.

Firmamos este entendimento no seguinte raciocínio: como o sabemos, o direito ao pagamento da soma objeto da garantia afirma-se como um direito de crédito que, uma vez verificado o caso material de garantia, se constitui na esfera jurídica do beneficiário. Deste modo, a aludida verificação é o pressuposto que deverá estar preenchido para que o exercício do direito ao pagamento se enquadre numa permissão dada por uma norma jurídica (norma, aqui, utilizada no seu sentido mais lato, enquanto preceito auto-regulamentador de interesses⁶³). Todavia, embora possa haver uma perfeita subsunção do caso concreto à norma permissiva, o sistema poderá impor que esse exercício seja realizado de uma determinada forma (ou, por outra, que o não seja de determinada forma), sob pena de contrariar o sistema e o exercício do direito afirmar-se disfuncional.

Deste modo, mesmo o direito ao pagamento existindo validamente, o seu exercício poderá originar situações de injustiça objetiva na relação entre o beneficiário e o garante, sendo, nesses casos, necessário proceder à correção do resultado da aplicação da norma permissiva que confere o direito ao pagamento – correção justificada pelo princípio da boa-fé.⁶⁴ Este exercício abusivo não violará uma norma jurídica que imponha um dever ou proíba uma conduta, não sendo ilícito; é, sim, disfuncional face a um princípio ou valor fundamental do ordenamento jurídico.

Entendemos, com Cláudia Trindade, que uma conduta contrária a um princípio ou valor fundamental do ordenamento jurídico será, então, uma conduta proibida, pelo que, encontrando-se em curso, deverá cessar⁶⁵.

Podemos concluir que o abusivo exercício do direito de crédito, por parte do beneficiário, é proibido e, estando em curso, deverá ser paralisado: apesar de existir, este direito não produz os seus efeitos jurídicos habituais, não se realizando a transferência da soma para a esfera jurídica do beneficiário.

O que se verifica, assim sendo, não é uma falta de direito – porque ele existe – mas sim uma ineficácia do direito.

Entendemos que o pagamento da soma objeto da garantia deve⁶⁶ ser recusado pelo banco ou paralisado em sede judiciária se se revelar um exercício abusivo do direito de crédito do beneficiário, por contrariedade à boa-fé enquanto expressão de uma justa composição de interesses entre o garante e o beneficiário da garantia. Mais

⁶³ Para mais esclarecimentos sobre a opção por este significante, veja-se Trindade, 2013, p. 53.

⁶⁴ Carneiro da Frada, 2004; Menezes Cordeiro, 2005.

⁶⁵ Trindade, 2013.

⁶⁶ Consideramos que este dever jurídico (*dovere di omissioni*) de o garante recusar o pagamento resulta do dever de proteção dos interesses do mandante – dever que completa o conteúdo da relação de mandato entre dador da ordem e garante, impondo a este a tutela da esfera jurídica do mandante, onde se repercute o sacrifício económico de tal pagamento. Remetemos para a nota (20) da presente investigação acerca da qualificação jurídica do contrato celebrado entre garante e dador da ordem de garantia como um contrato de mandato.

do que um poder, o banco tem um verdadeiro dever jurídico de recusar o pagamento em casos de abuso do direito de execução da garantia, sob pena de não lhe assistir o direito a ser reembolsado pelo mandante.⁶⁷ Este “dever de bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento para evitar uma iniquidade”⁶⁸ pressupõe, a nosso ver, e também como nota o Autor agora citado, não só um dever de o garante informar o devedor do pedido de pagamento da garantia, como também uma obrigação de este último fornecer ao garante prova de que a solicitação é abusiva ou fraudulenta. Assim, não existe, a cargo do banco, qualquer dever de investigação: este tem apenas o dever de examinar a conformidade formal da solicitação face ao previsto no contrato.⁶⁹ A somar a isto, a autonomia da obrigação, assumida pelo garante, impede-o de qualquer investigação sobre a fundamentação do pedido. Posto isto, o banco só dificilmente estará em condições de se dar conta da conduta abusiva do beneficiário. Desta forma, incapaz de discernir, por si só, o caráter abusivo da solicitação, o garante deverá, como começámos por referir, avisar o dador da ordem que o beneficiário solicitou o pagamento da quantia acordada a título de garantia (assegurando, deste modo, a efetividade do princípio da proibição do abuso de direito).

Julgamos, por último, ser necessário proceder ao esclarecimento e tomada de posição relativamente ao seguinte ponto:

Com José de Oliveira Ascensão entendemos que se confunde gravemente abuso do direito com falta de direito mas quem *exerce* um direito sem o ter “não abusa do direito, porque não tem direito de que abusar”⁷⁰, havendo autores que reportam existir abuso de direito quando o beneficiário solicita o pagamento antes da verificação do caso material de garantia – ora, nestes casos, entendemos que o beneficiário está simplesmente a pedir algo a que ainda não tem direito, não se podendo falar em abuso de direito.

Autores há, ainda, que, já depois da verificação do caso material de garantia, apontam casos de solicitação abusiva que, a nosso ver, não o são. Referimos, por exemplo, o caso de o beneficiário proceder à solicitação da soma objeto da garantia quando o devedor-ordenante já cumpriu integralmente o contrato-base⁷¹ – nestes casos, em que o devedor-ordenante cumpre a obrigação a que está vinculado, extinguindo-se essa obrigação e caducando a obrigação de garantia, o garante não

⁶⁷ Veja-se, por exemplo, neste sentido, o Ac. STJ de 14-10-2004 (Rel. Araújo Barros).

⁶⁸ Calvão da Silva, 1996, p. 343.

⁶⁹ Jardim, 2002.

⁷⁰ Oliveira Ascensão, 2006, p. 610.

⁷¹ Vejam-se, nomeadamente, os exemplos apontados pelo Autor Alexandre Mota Pinto como casos de execução abusiva de garantia bancária: “nas garantias de pagamento, a existência de uma prova líquida à disposição do banco de que o pagamento foi efetuado” ou “nas garantias de cumprimento relativas à entrega de um bem (...) a existência de prova líquida de que o bem foi entregue, no local e data acordados” (Mota Pinto, 2018, p. 236)

paralisa o direito do beneficiário, uma vez que este nem sequer existe, não podendo falar-se, nesse caso e noutros semelhantes, da exceção de abuso de direito⁷².

Em síntese, em sede de limites da autonomia, jugamos que os verdadeiros casos de abuso do direito ao pagamento do beneficiário da garantia são “aqueles em que a obrigação de garantia existe e o caso material de garantia se verifica (...) mas a solicitação se traduz num exercício inadmissível do direito do beneficiário à excussão da garantia, por o pressuposto da norma permissiva se verificar de modo *formal*, mas o exercício do direito não merecer a tutela da ordem jurídica”.⁷³ Já será uma questão de interpretação de contrato saber que casos consubstanciam uma falta de um direito de crédito na esfera jurídica do beneficiário e que situações se reconduzem a um verdadeiro exercício abusivo do direito subjetivo do beneficiário.⁷⁴

Assim, na garantia autónoma simples, o garante apenas terá de pagar a soma objeto da garantia se, cumulativamente, a obrigação de garantia existir, se verificar o caso material de garantia e o exercício do direito à excussão da garantia não for abusivo. Estes três pressupostos terão de estar preenchidos para que a solicitação conheça fundamento material, caso contrário será materialmente infundada e a obrigação de garantia não é devida.

6.2. Limites da automaticidade

Como já se explanou anteriormente, o garante, tendo sido aposta uma cláusula de pagamento à primeira solicitação ao contrato de garantia, ante mera interpelação pelo beneficiário, deverá proceder, de imediato, ao pagamento (a este último) da soma objeto da garantia, ainda que não se verifique o fundamento material da solicitação. Através da cláusula de pagamento *on first demand*, as partes procedem a um alargamento do leque de situações em que nasce na esfera jurídica do beneficiário um direito ao pagamento da soma objeto da garantia: aos casos em que se verifica o fundamento material da solicitação, acrescentam-se as situações em que não é certo que esse fundamento não se verifique.

Existirão casos em que a recusa, por parte do garante, de pagamento da soma objeto da garantia é lícita? O carácter imediato de tal pagamento deve ser absoluto ou

⁷² Acompanhamos aqui a posição de Miguel Brito Bastos e Cláudia Trindade ao defender que o cumprimento integral do contrato base acarreta a caducidade da obrigação de garantia (Brito Bastos, 2010; Trindade, 2013). Caducando a obrigação de garantia, o garante deixa de estar obrigado a qualquer prestação perante o credor-beneficiário, assim como o credor-beneficiário deixa de ter um direito ao pagamento da soma objeto da garantia: inexistente, portanto, qualquer direito e correspondente obrigação que fundamente a solicitação. O garante não paralisa o direito do beneficiário, uma vez que este nem sequer existe, não podendo, portanto, falar-se de invocação da exceção do abuso de direito (Menezes Cordeiro, 1985).

⁷³ Trindade, 2013, p. 58.

⁷⁴ Brito Bastos, 2010.

poderá ceder perante alguma norma que imponha que a não verificação do fundamento material da solicitação torna lícita a recusa do garante? *Quid iuris?*

Na sequência do que foi inicialmente referido neste subcapítulo, com a inserção de uma cláusula *on first demand* pretendem as partes conferir uma maior proteção à posição jurídica ocupada pelo beneficiário através da aceleração da satisfação do seu interesse económico – conseguida, essa tutela, através da assunção, pelo garante, de uma obrigação que aloca à sua esfera jurídica os riscos da incerteza da verificação do fundamento material da solicitação. Assim, caso seja discutível, não evidente ou incerto que o fundamento material da solicitação não se verifica, terá o garante de proceder ao pagamento.

Entendemos que nos casos em que não se mantenha uma incerteza sobre a pertinência da solicitação e a falta de fundamento material da solicitação se revele evidente, não deverá admitir-se a continuação da vinculação do garante à obrigação de pagamento que nasce com a interpelação do banco por parte do beneficiário. O contrário seria conferir ao beneficiário da garantia uma atribuição patrimonial adicional que não foi desejada pelas partes.

As situações de certeza e evidência da não verificação do fundamento material da solicitação ultrapassam a finalidade que se quer prosseguir com a assunção da obrigação derivada da cláusula de pagamento à primeira solicitação (cobrir a incerteza da verificação do fundamento material da solicitação). Cobrir os casos de evidente não verificação do fundamento material da solicitação “violaria os limites impostos pela função económico-social do direito à entrega das unidades monetárias”.⁷⁵

Assume-se a função económico-social do direito como um dos princípios fundamentais do sistema jurídico e a sua violação consubstancia, entendemos, um exercício inadmissível de uma posição jurídica, à luz do art. 334.º CC – há uma contradição, no fundo, entre a função do direito ao pagamento do montante garantido e a conduta do beneficiário da garantia: o exercício do direito, por preterir a função deste último, é disfuncional.^{76 77}

⁷⁵ Trindade, 2013, p. 70.

⁷⁶ Note-se que alguns autores, nomeadamente o Professor António Menezes Cordeiro, não reconhecem a função económico-social do direito nem os bons costumes como critérios de aferição do abuso de direito e reconduzem o inadmissível exercício das posições jurídicas à disfuncionalidade da conduta face ao princípio da boa-fé, concretizado nos seus subprincípios materialidade subjacente e tutela da confiança (Menezes Cordeiro, 1985). Entendemos, contudo, com Cláudia Trindade, que, neste caso, “o princípio da materialidade subjacente é absorvido pela função económico-social do direito – e não o contrário – já que a conformidade da conduta com aquele princípio depende da sua consonância com esta função” (Trindade, 2013, p. 70). Dito de outro modo, se for o exercício do direito ao pagamento contrário à função económico-social, será também contrário ao princípio da materialidade subjacente, uma vez que a conformidade material da conduta dependerá do seu respeito pela função atribuída ao direito pelo ordenamento jurídico.

⁷⁷ O prolema da (in)certeza da falta de fundamento material da solicitação situa-se ao nível dos limites ao direito e não dos limites do direito. Não concordamos, assim, com o apregoado no Ac. do STJ de 12/09/2006

Sendo o exercício do direito de crédito correlativo à obrigação de pagamento do montante garantido disfuncional quando equacionada a função económico-social, o exercício é proibido e deverá ser paralisado. Assim, quando não se tenha verificado o fundamento material da solicitação – nos casos em que essa falta seja evidente – entendemos lícita a recusa do banco em cumprir a sua obrigação de entrega da soma objeto de garantia – o direito correlativo a esta obrigação, embora existente e vencido com a solicitação, não produz os seus efeitos e é eficaz.

Dito de outro modo, quando se afigurar evidente que não se verifica o fundamento material, consubstancia a solicitação de pagamento um exercício abusivo do direito correspondente, pois, nessa situação, estamos perante um verdadeiro pagamento suplementar. Poderá, assim, o garante invocar contra o beneficiário a exceção de abuso do direito (art. 334.º) como válida exceção ao cumprimento, devendo ser paralisado o exercício do direito subjetivo do beneficiário originado pela inserção de uma cláusula de pagamento *on first demand*, dada a contrariedade ao fim económico-social desse mesmo direito (e ao princípio da materialidade subjacente).

6.2.1. Limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário

6.2.1.1. Revisão literária e análise jurisprudencial

Procurámos, neste ponto, aferir o modo como têm a doutrina maioritária e a jurisprudência respondido às seguintes questões: qual a fundamentação dos limites à invocação do abuso de direito, isto é, qual a natureza da evidência da falta de fundamento material da solicitação? Exigir-se-á, como aponta a maioria da doutrina, para que seja o abuso considerado “abuso evidente”, prova pronta e líquida? Será compatível essa exigência de prova pronta e líquida com o regime probatório geral?

Ferrer Correia afirma que, em sede de execução de garantia automática, valerão sempre os princípios gerais da boa-fé e do abuso do direito, ressalvando que “o apelo ao segundo daqueles princípios”⁷⁸ só permitirá ao garante recusar o pagamento à primeira solicitação nos dois casos seguintes: 1.º – se existirem condições que permitam provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber que não se verificou incumprimento contratual algum (por exemplo, o beneficiário ter sido já satisfeito pelo principal obrigado, ainda que através de uma dação em cumprimento); 2.º – sendo difícil ao banco provar de modo cabal que o beneficiário não ignora que o pagamento não é devido, entende o Autor que a não verificação do

(Sebastião Póvoas) – acórdão no qual se relaciona abuso de direito com “quebra, por parte do beneficiário, dos deveres acessórios de conduta como a boa-fé”.

⁷⁸ Ferrer Correia, 1982, p. 257.

evento é um facto, por si, evidente ou notório. Parece ser do entendimento deste autor que o garante apenas poderá opor ao credor a exceção de ter sido o crédito garantido considerado inexistente por sentença com transito em julgado.

Calvão da Silva exige, para que seja lícita a recusa do garante em pagar ao beneficiário o montante garantido, que esteja aquele em posse de uma prova “líquida, uma prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abusiva do credor, que a doutrina maioritária requer documental”⁷⁹, estando o dador da ordem obrigado a fornecer essa prova ao banco.

No mesmo sentido, entendem os Professores Júlio de Almeida Costa e António Pinto Monteiro que se estará perante um caso de “fraude manifesta”, de “abuso evidente” por parte do beneficiário, “quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos”.⁸⁰ Nesses casos, entendem estes Autores que o banco, tendo em seu poder prova “líquida e inequívoca da má-fé patente, da fraude evidente, clara, sem contestação, a tal ponto que o abuso do beneficiário fere a vista”,⁸¹ poderá e deverá recusar-se a pagar a soma objeto de garantia ao beneficiário. Estes autores, citando uma decisão estrangeira, afirmam que “não há abuso ou fraude manifestos (...) se se mostra necessário, para estabelecer a má-fé do beneficiário, requerer a produção de provas suplementares, de proceder a medidas de instrução ou de chamar terceiros à causa”.⁸²

Mónica Jardim entende que deverá o garante ter em sua posse prova pronta e líquida de que a solicitação do beneficiário é abusiva para que se considere lícita a sua recusa em pagar a soma objeto da garantia (decorrendo para o garante, enquanto mandatário do dador da ordem, um verdadeiro dever jurídico de proceder a essa mesma recusa). Para a Autora, a prova será líquida e inequívoca quando permita a perceção segura e imediata do abuso ou da fraude, isto é, quando os torna óbvios, e será pronta quando não se mostrar necessário requerer a produção de provas suplementares, proceder a medidas de instrução ou ouvir terceiros a fim de estabelecer o abuso ou a fraude do beneficiário. Corresponderá, a seu ver, à apresentação de prova documental, nomeadamente sentença transitada em julgado. Em síntese, esta Autora entende que o carácter não fundado da solicitação deve ser claro e não contestável, fazendo-se depender a possibilidade de invocação do abuso de direito da apresentação de prova pronta e líquida.⁸³

⁷⁹ Calvão da Silva, 1996, p. 343.

⁸⁰ Almeida Costa & Pinto Monteiro, p. 22.

⁸¹ Ibidem, p. 22.

⁸² Almeida Costa & Pinto Monteiro, p. 27.

⁸³ Jardim, 2002.

José Simões Patrício afirma a necessidade – a fim de ser levantada a autonomia da garantia – de existência de prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário, como por exemplo a “afirmação do beneficiário de que a mercadoria não chegou, dispondo, porém, o garante dos documentos de consignação ou, na garantia de reembolso, o facto de o garante poder demonstrar a restituição pelo mandante da quantia adiantada”.⁸⁴

Também Manuel Castelo Branco, num sentido semelhante ao defendido pelos autores acima referidos, entende que a recusa, para ser considerada lícita, carece de prova documental que não ofereça a menor dúvida sobre a existência de fraude.⁸⁵

A Professora Fátima Gomes entende como admissível a possibilidade de recusa, por parte do garante, de pagamento da quantia acordada a título de garantia ao beneficiário da garantia se e só se aquele primeiro dispuser de prova líquida (prova inequívoca e imediata) de que o pressuposto determinante da sua responsabilidade não se verifica, “sobretudo prova documental”.⁸⁶

Por seu turno, o Autor Alexandre Mota Pinto entende que a maior exigência no que concerne ao resultado probatório (a seu ver, é necessário que seja a demonstração efetiva do abuso “líquida”, “inequívoca” ou irrefutável, demonstrando o mandante em termos muito próximos da certeza a veracidade da sua afirmação de que o pedido de execução da garantia é abusivo) refletir-se-á nos meios de prova que o tribunal deve aceitar. Entende que estes meios de prova, “de acordo com a doutrina dominante, devem restringir-se à maior certeza da prova documental”⁸⁷ e o tribunal poderá, ainda, formar a sua convicção com base em factos notórios (art. 412.º, n.º 1 do C.P.C). Parece ao Autor que, em princípio, “o tribunal não deve aceitar outros meios de prova, nomeadamente, prova pericial ou testemunhal”,⁸⁸ pois se o abuso for realmente evidente não devem ser necessários outros meios de prova. Em todo o caso, em situações em que os factos relevadores do abuso assumirem contornos mais complexos (por exemplo, em situações de extorsão ou de burla) entende o Autor que não deve “excluir-se *a priori* a possibilidade de recurso a prova testemunhal e pericial, como meio de complementar e confirmar a prova documental”.⁸⁹

Também Miguel Brito Bastos defende a admissibilidade da prova testemunhal e pericial sob pena de passarem em branco os abusos mais censuráveis, por serem mais requintados e ocultos.⁹⁰

⁸⁴ Simões Patrício, 1983, p. 710.

⁸⁵ Castelo Branco, 1993.

⁸⁶ Gomes, 1994, p. 180.

⁸⁷ Mota Pinto, 2018, 241.

⁸⁸ Ibidem, p. 241.

⁸⁹ Ibidem, p. 241.

⁹⁰ Brito Bastos, 2010.

Como pudemos constatar, a tese mais difundida a nível nacional (e nos ordenamentos continentais) em sede de determinação dos critérios de aferição da evidência do abuso (leia-se, critérios de aferição da não verificação dos pressupostos que atribuem ao beneficiário o direito ao cumprimento da obrigação de garantia ou critérios de aferição da ausência de fundamento material da solicitação) vê na necessidade de evidência uma restrição dos meios de prova a que o garante poderá recorrer para demonstrar a falta de cabimento material da pretensão do beneficiário. Concretiza-se esta restrição dos meios de prova admissíveis, como pudemos ver, na exigência de que o garante demonstre a tal ausência de fundamento material da solicitação exclusivamente através de provas líquidas.⁹¹

Esta tese tem sido abraçada não apenas no seio doutrinal pátrio, como também tem sido fortemente acolhida pelos tribunais superiores portugueses. Vejam-se os Acórdãos do STJ de 21/04/2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de 14-10-2004 (Araújo Barros), de 28-09-2006 (Afonso Coreia), de 22-03-2007 (Silva Salazar), de 30/10/2002 (Joaquim de Matos), nos quais se afirma que a possibilidade de invocação do abuso de direito depende de “prova pronta e líquida” da falta de fundamento material da solicitação. No Ac. de 23/03/1995 (Miranda Gusmão) é referida a necessidade de “provas inequívocas de abuso evidente”. O mesmo acolhimento desta tese é feito pelos Tribunais da Relação – veja-se, por exemplo, o Ac. TRP de 02-10-2008 (Deolinda Varão) ou de 04-11-2008 (Cândido Lemos) ou, ainda, o Ac. TRL de 12-11-1998 (Evangelista Araújo).

Questão altamente controvertida é a de saber o que se entende por “meios de prova líquidos”, tratando-se, aliás, de um conceito que o Código de Processo Civil desconhece e ao qual apenas se recorre neste contexto. Alguns autores defendem que a prova líquida é exclusivamente a prova documental⁹²; outros admitem, ainda, a prova pericial – debatendo-se “acerca da liquidez da prova testemunhal e da possibilidade de valoração dos depoimentos das partes”.⁹³ Autores há, ainda, que consideram ser admissível ao garante apenas o recurso a provas pré-constituídas.⁹⁴

Podemos, portanto, concluir que a evidência do abuso é comumente identificada doutrinal e jurisprudencialmente, por um lado, com uma restrição aos meios probatórios⁹⁵ (leia-se, com a escolha dos meios de *prova pronta e líquida* como os únicos admissíveis na prova do abuso do direito de crédito do beneficiário da

⁹¹ Ibidem, 2010.

⁹² Nomeadamente, Galvão Telles (1988) ao afirmar que para ser patente, a má-fé deve decorrer com absoluta segurança de prova documental.

⁹³ Brito Bastos, 2010, p. 547. A este respeito, o Autor apoia-se não só nos escritos do autor grego Vagias Panagiotopoulos (que admite a prova testemunhal como prova líquida) como também no trabalho de Stefan Arnold (que admite a prova pericial, mas já não admite a prova testemunhal como prova líquida).

⁹⁴ Brito Bastos, 2010.

⁹⁵ Identificando a evidência com uma restrição probatória, veja-se Jardim, 2002; Pinheiro, 1992.

garantia) e, por outro, como uma alteração da medida da prova, ou seja, da força probatória dos meios admissíveis (enumerando, a doutrina maioritária, como já vimos, como prova pronta e líquida o documento, nomeadamente a sentença transitada em julgado, que é um documento autêntico, uma vez que é exarada pelos Tribunais nos limites da sua competência – art. 363.º, n.º 2, 1.ª parte do CC). Entendem que só assim se respeita o fim de liquidez da garantia autónoma à primeira solicitação, pois só assim se permitirá ao beneficiário uma rápida obtenção da soma de garantia – entendem, portanto, que a admissão de todos os meios de prova na demonstração da evidência da falta de fundamento material tornaria a oposição à solicitação *on first demand* demasiado fácil, “comprometendo as funções de aceleração da satisfação do interesse económico do beneficiário, de atribuição de liquidez à garantia e de segurança no comércio internacional, acabando por levar à perda da utilidade económica das garantias autónomas à primeira solicitação”.⁹⁶ Além deste *argumento de utilidade*, alega-se frequentemente, também, que admitir todos os meios de prova na demonstração do exercício abusivo seria permitir ao garante esquivar-se ao carácter imediato da prestação, uma vez que este tem a obrigação de proceder ao pagamento imediatamente.⁹⁷

Antecipando a posição por nós adotada e o que a seguir se defenderá, entendemos que, por um lado, no que diz respeito ao argumento da perda de utilidade económica da garantia autónoma *on first demand*, não se afigura sensato defender uma utilidade económica absoluta, em derrogação de limites impostos, de modo imperativo, pela proibição do abuso de direito. Aqui, entendemos, com Cláudia Trindade, que “a utilidade económica da prestação autónoma *on first demand* apenas releva até ao ponto em que o direito resultante da cláusula de pagamento à primeira solicitação seja exercido de forma contrária às exigências do sistema”.⁹⁸ Por outro lado, contrapomos ao segundo argumento – o argumento de que o garante, se admitidos todos os meios probatórios na prova do abuso, poder esquivar-se ao carácter imediato da prestação – o facto de uma restrição probatória poder dificultar gravemente a sua demonstração –, o que poderá, em certos casos, possibilitar ao beneficiário esquivar-se à paralisação do exercício abusivo do seu direito, implicando tal um efeito semelhante ao afastamento da invocação da exceção.

⁹⁶ Trindade, 2013, p. 75.

⁹⁷ Trindade, 2013.

⁹⁸ Trindade, 2013, p. 76.

6.2.1.2. Posição adotada

Entendemos que o apelo, preconizado pela doutrina majoritária, às citadas derrogações do regime probatório geral esbarra em sólidos contra-argumentos.

α) Como se afirmou até então, tem-se identificado, comumente, a evidência da ausência de fundamento material da solicitação com uma restrição probatória ao nível dos meios de prova admissíveis na demonstração do abuso e da força probatória desses meios. Tem-se entendido, conseqüentemente, sem grande indagação, como uma questão-de-facto⁹⁹ a evidência da falta de fundamento material da solicitação.

Consideramos que a qualificação da evidência do abuso de direito como uma restrição probatória assenta numa invulgar confusão entre o “preenchimento da previsão normativa do abuso e a demonstração desse preenchimento”.¹⁰⁰ Uma coisa são os limites que o fim económico-social do direito coloca ao exercício de uma posição jurídica (e que, ultrapassados, fazem do exercício do direito inadmissível) – aqui, estar-se-á no campo dos pressupostos que deverão estar verificados para que exista o abuso, isto é, encontrar-nos-emos ao nível do preenchimento da previsão normativa; coisa distinta é a demonstração de que determinada situação esbarra nos limites impostos pelo fim do direito – algo que é relativo à prova desse abuso, isto é, à demonstração do preenchimento dessa mesma previsão.

O que julgamos estar em causa é saber se da aplicação do Direito aos factos que demonstram a evidência da falta de fundamento material da solicitação resulta uma solução jurídica evidente e não que meios poderão ou não ser utilizados para provar esses factos.¹⁰¹ Assim, será evidente a ausência de cabimento material da solicitação quando, da aplicação do Direito aos factos provados, apenas se puder concluir que a solicitação é materialmente infundada – nesses casos, sendo evidente o carácter materialmente infundado da solicitação, o exercício do direito do beneficiário da garantia tem-se como exercido de forma abusiva. De outro modo, se dessa aplicação resultar discutível a qualificação jurídica dos factos e puder o caso ser decidido de mais que uma forma, não sendo nenhuma das soluções possíveis evidentes, falta a evidência da ausência de cabimento material da solicitação e o beneficiário exerce o seu direito dentro dos limites impostos pelo fim económico-social do direito.

⁹⁹ Relembre-se, com António Castanheira Neves (1993, p. 164), que a questão-de-facto é respeitante “à determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática e à compensação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos”, ao passo que a questão-de-direito se refere “à determinação do critério jurídico que haverá de orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo e o próprio juízo concreto que há-de decidir esse caso”.

¹⁰⁰ Trindade, 2013, p. 77.

¹⁰¹ Uma solução jurídica será evidente se “dos factos provados resultar uma e uma só solução jurídica e se os factos provados só puderem ser qualificados de uma forma, nos termos de uma norma jurídica”, ou seja, “a solução é evidente quando não resta margem de dúvida sobre a qualificação jurídica dos factos e sobre a forma de decisão do caso” (Trindade, 2013, pp. 78-79).

Defendemos que ao nível do litígio processual, o garante ou o devedor-ordenante poderão apresentar todos os meios probatórios que permitam demonstrar os factos que sustentam a ausência de fundamento material da solicitação e a evidência da mesma, sejam eles documentos, testemunhos ou outro meio probatório. O juiz indagará, uma vez dado como provado um conjunto de factos, não só da falta de cabimento material da solicitação como também da sua evidência, isto é, verificará se da aplicação do Direito aos factos provados resulta ou não resulta, de forma clara, que a solicitação era, efetivamente, materialmente infundada.¹⁰²

Entendemos, assim, com Miguel Brito Bastos (apoiando-se, aqui, este Autor, em Peter Mülberty e Peter Bydlinkski) que a evidência da falta de fundamento material necessária a que a solicitação do beneficiário seja abusiva por contrariedade ao fim do económico-social do direito ao pagamento da quantia acordada não terá, portanto, nada que ver com questões de facto. O Autor adverte, com razão, que a posição inversa poderá, aliás, levar a “resultados facilmente consideráveis como absurdos”¹⁰³, dando o exemplo da condenação do garante em indemnização por incumprimento da obrigação decorrente da cláusula de pagamento *on first demand* quando, sendo a falta de fundamento material da solicitação do garante evidente para qualquer pessoa com um conhecimento superficial da execução da operação de base, o garante não esteja, por não dispor de provas líquidas, “em condições de provar essa falta de cabimento material no momento em que recusa a prestação mas o consiga demonstrar posteriormente quando se discute o incumprimento definitivo das suas obrigações”.¹⁰⁴ Consideramos que a evidência constitutiva do carácter abusivo do exercício do direito decorrente da aposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação é uma evidência exclusivamente relativa a questões de direito.

Em síntese, entendemos que a evidência da falta de fundamento material da solicitação se coloca como um problema de valoração, relativo à clareza da solução jurídica – sendo, portanto, qualificável como uma questão-de-direito. A evidência não se identificará, pois, com a exigência de prova pronta e líquida dado que esta última se assume já como um problema de demonstração dos factos que sustentam a evidência, leia-se, uma questão-de-facto. A evidência é um pressuposto normativo do abuso de direito do beneficiário, ao passo que a prova pronta e líquida é um meio de demonstração dos factos que se subsumem à previsão normativa do direito. Considerar a exigência de prova pronta e líquida como um pressuposto normativo do abuso de direito do beneficiário “seria acrescentar um elemento à previsão normativa

¹⁰² Trindade, 2013; Brito Bastos, 2010.

¹⁰³ Brito Bastos, 2010, p. 549.

¹⁰⁴ Brito Bastos, 2010, p. 550.

do abuso de direito de crédito do beneficiário, descaracterizando o instituto e levando, no limite, a afastar o mesmo como fundamento da oposição à solicitação”.¹⁰⁵

Note-se, também, que é a falta de fundamento material da solicitação que é ou não evidente e não o próprio abuso de direito. Havendo evidência da falta de fundamento, haverá abuso do direito do beneficiário.¹⁰⁶

β) Em segundo lugar, não encontramos qualquer norma de onde se retire (ou possa retirar) a exigência de uma suscetibilidade de demonstração de certos factos ou situações através de provas líquidas: a este propósito, Peter Bydlinski afirma que “deve simplesmente deixar-se cair a exigência da suscetibilidade de prova líquida – ou seja lá como é chamada – a qual não encontra qualquer apoio legal!”.¹⁰⁷ Para além de notarmos que a exigência de prova pronta e líquida se assume como uma restrição probatória desconhecida no direito processual civil português, não se encontrando nem no CPC nem no CC qualquer preceito normativo que restrinja os meios de prova a prova pronta e líquida, julgamos, também, que é incompatível essa exigência com o regime probatório geral.

No nosso entendimento é, portanto, uma exigência, propugnada pela jurisprudência e pela doutrina maioritária somente na área da garantia autónoma *on first demand* e sem qualquer preceito normativo geral ou especial que a suporte ou alicerce.¹⁰⁸

Não existe qualquer norma probatória, nem geral, nem mesmo específica da garantia autónoma que admita apenas o documento ou a sentença transitada em julgado, excluindo todos os restantes, pelo que, ao identificar a evidência da falta de fundamento material da solicitação com a exigência de prova pronta e líquida, entendida como prova documental ou sentença transitada em julgado, afasta-se, sem qualquer apoio legal, todos os restantes meios probatórios, mesmo aqueles admitidos por lei¹⁰⁹.

Para além do acima referido, entendemos, com Cláudia Trindade que “a exigência de prova pronta e líquida cria uma hierarquização do valor dos meios de

¹⁰⁵ Trindade, 2013, p. 81.

¹⁰⁶ Esta confusão entre o carácter manifesto do abuso e a evidência da ausência de cabimento material da solicitação advirá, eventualmente, como também equaciona Cláudia Trindade, do facto de o preceito normativo geral relativo ao abuso de direito (artigo 334.º) conter a expressão “exceda manifestamente os limites impostos” (Trindade, 2013).

¹⁰⁷ Brito Bastos, 2010, p. 548.

¹⁰⁸ Trindade, 2013; Brito Bastos, 2010.

¹⁰⁹ Segundo o art. 345.º, n.º 2 serão admissíveis todos os meios de prova não proibidos pela lei, nomeadamente meios de prova atípicos (não regulamentados pela lei processual). Poderá haver lugar a um contrato probatório que estipule meios probatórios diversos dos legais (desde que o litígio não seja sobre um direito indisponível e a admissão do meio atípico não dificulte especialmente o exercício de um direito a uma das partes). A apresentação de meios de prova atípicos é perfeitamente compatível com as regras probatórias alicerçantes do processo civil: basta que os meios de prova sejam livremente apreciados pelo juiz (art. 655.º do CPC) – terão valor de prova livre uma vez que o seu valor probatório não se encontra estabelecido por lei.

prova, ou seja, da sua força probatória¹¹⁰, diferente da determinada pela lei”.¹¹¹ Como nota a Autora, legalmente, o documento particular assinado¹¹² (art. 363.º, n.º 2, *in fine*) e o documento particular autenticado (artigo 363.º, n.º 3) têm um valor probatório material de prova plena¹¹³ (artigo 376.º, n.º 1 e artigos 377.º e 371.º, respetivamente), podendo ser ilididos através de prova em contrário. Ora, com a restrição probatória criada a nível doutrinal e jurisprudencial, passam a sentença transitada em julgado e quaisquer outros documentos a ser considerados prova líquida. Sendo a prova líquida entendida, como também já se referiu, como a prova que afasta a necessidade de produção de outras provas no accertamento de um direito, é-lhe atribuído o valor de prova pleníssima, afastando-se a possibilidade de esta ser ilidida através de contraprova ou prova do contrário. Podemos, assim, concluir, que “é atribuído à prova documental que se destine a demonstrar os factos que sustentam a evidência da falta de caso material de garantia um valor probatório diferente daquele que é normativamente estabelecido pela lei”.¹¹⁴

Por fim, consideramos que a restrição dos meios de prova admissíveis se assume como uma restrição do direito fundamental à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao direito (nos termos dos artigos 20.º, n.º 1 e 4 da CRP) e, por isso, análogo aos direitos, liberdades e garantias, artigo 17.º da CRP.¹¹⁵ Sabemos que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só poderão ser realizadas nos casos previstos na CRP e apenas na estrita medida necessária a salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais.¹¹⁶ Entendemos que “a salvaguarda da utilidade económica da garantia autónoma à primeira solicitação não é um interesse constitucionalmente protegido nem pode considerar-se implícito em qualquer direito ou interesse com proteção constitucional ou fundando num princípio constitucional paralelo aos que alicerçam as restrições expressas”.¹¹⁷

Mesmo que uma tal restrição do direito à prova fosse materialmente admissível, porque estamos perante matéria sujeita à reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º al. b) e art. 17.º da CRP), só poderia ser realizada através de lei geral e

¹¹⁰ Relembremos, com Ana Prata, que a força probatória se refere ao “grau de certeza com que as provas demonstram a realidade dos factos a que se referem, isto é, a eficácia de um meio de prova” (2008, p. 682).

¹¹¹ Trindade, 2013, p. 84.

¹¹² Não nos esqueçamos que nos termos do art. 363.º, n.º 2, 1.ª parte, a sentença transitada em julgado é um documento autêntico.

¹¹³ Um meio probatório poderá ter valor legal de: prova bastante, só podendo ser contrariado por meio de contraprova (art. 346.º), a qual torna duvidosa ou incerta a realidade do facto; prova plena, apenas cedendo perante prova do contrário (art. 347.º), isto é, perante prova de que o facto não é verdadeiro; prova pleníssima, a qual não cede nem perante contraprova nem perante prova do contrário.

¹¹⁴ Trindade, 2013, p. 87.

¹¹⁵ Gomes Canotilho, 2018.

¹¹⁶ Miranda, 2008, p. 372.

¹¹⁷ Trindade, 2013, p. 88.

abstrata, no caso, Lei ou Decreto-Lei¹¹⁸: ficará, portanto, excluída, neste campo, não somente a produção legislativa do Governo não autorizada pela Assembleia da República, mas ainda a regulação por qualquer fonte que não atos legislativos. Assim, se fosse materialmente admissível, tal restrição do direito à prova poderia ser conduzida pela Assembleia da República ou pelo Governo – devidamente autorizado – mas nunca pelos Tribunais¹¹⁹.

Y) Entendemos que a identificação da evidência da ausência de cabimento material da solicitação com a exigência de prova pronta e líquida não resulta de um aprofundado estudo da garantia autónoma *on first demand*, mas sim, e antes pelo contrário, de uma não verificação de suficiente dogmatização da figura em apreço: a este propósito, Francisco Cortez fala, precisamente, de uma “indefinição dogmática da figura”.¹²⁰ Consideramos que a exigência de prova pronta e líquida surgiu, precisamente, para, perante a insuficiência dogmática da figura, evitar que o abuso do direito do beneficiário fosse invocado demasiadas vezes pelo garante, banalizando-se a recusa de cumprimento (e ficando comprometidas as finalidades de celeridade e liquidez da cláusula de pagamento à primeira solicitação). A exigência de prova pronta e líquida foi introduzida, indubitavelmente, para garantir a utilidade económica e a segurança jurídica da garantia automática, porém tal foi levado a cabo pela maioria da doutrina e pela jurisprudência “sem que se procedesse a uma concomitante análise dogmática da figura que permitisse avaliar a admissibilidade e utilidade daquela restrição probatória, bem como dos efeitos prejudiciais”.¹²¹

¹¹⁸ Gomes Canotilho, 2018.

¹¹⁹ Os Tribunais, em virtude do próprio princípio da sujeição dos Tribunais à lei, não poderão nem extrapolar a força probatória abstrata dos documentos a partir da sua força probatória concreta nem alterar o valor probatório legalmente estabelecido para os documentos.

¹²⁰ Cortez, 1992, p. 517.

¹²¹ Trindade, 2013, p. 103.

Conclusão

Concluimos que, verificando-se o caso material de garantia, isto é, frustrando-se o interesse económico do credor-beneficiário, o pagamento da soma objeto da garantia deve ser recusado se se revelar um exercício abusivo do direito de crédito do beneficiário, por contrariedade à boa-fé enquanto expressão de uma justa composição de interesses entre o garante e o beneficiário da garantia. Assim, na garantia autónoma simples, o garante apenas terá de pagar a soma objeto da garantia se, cumulativamente, a obrigação de garantia existir, se verificar o caso material de garantia, e o exercício do direito à excussão da garantia não for abusivo.

Pareceu-nos que, quando esse exercício se revelar contrário ao fim económico-social do direito e ao princípio da materialidade subjacente, a evidência da falta de fundamento material da solicitação paralisa o exercício do abuso do direito de crédito do beneficiário resultante da cláusula *on first demand*.

Como se averiguou, a evidência da falta de fundamento material da solicitação tem sido identificada com uma restrição probatória ao nível dos meios de prova admissíveis na demonstração do abuso e da força probatória desses meios. Consideramos que essa evidência apenas se afigura referente a questões-de-direito e, portanto, a oposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação não conhece qualquer consequência a nível probatório, nomeadamente, não devendo nem restringir os meios de prova disponíveis ao garante nem alterar a medida exigida para a prova da ausência de cabimento material da solicitação feita pelo beneficiário.

Concluimos, por fim, que, salvo melhor entendimento, além de materialmente inconstitucional, a restrição da prova dos factos que demonstram a evidência da não verificação do fundamento material da solicitação é formal e organicamente inconstitucional.¹²² Esta restrição resulta não de um aprofundado estudo da garantia automática, mas antes de uma ausência de suficiente dogmatização da figura jurídica em apreço.

¹²² Trindade, 2013.

Bibliografia

- ALMEIDA COSTA, M.J. & PINTO MONTEIRO, A. (1986). Garantias bancárias. *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo V, pp. 15-34.
- BRITO BASTOS, M. (2010). A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma *on first demand*. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, pp. 525-555. Coimbra: Coimbra Editora.
- CALVÃO DA SILVA, J. (1996). Garantias acessórias e garantias autónomas. In *Estudos de direito comercial (pareceres)*, pp.331-361. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO DA FRADA, M. (2004). *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- CASTANHEIRA NEVES, A. (2013). Metodologia jurídica – Problemas fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CASTELO BRANCO, M. (1993). A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 61-83.
- CORTEZ, F. (1992). A garantia bancária autónoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 513-609.
- FERRER CORREIA, A. (1982). Notas para o estudo do contrato de garantia bancária. *Revista de Direito e Economia*, vol. VIII, pp. 247-258.
- GALVÃO TELLES, I. (1988). Garantia bancária autónoma. *O Direito*, pp. 275-293.
- GOMES CANOTILHO, J.J. (2018). *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- JARDIM, M. (2002). *A Garantia Autónoma*, Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (1985). *Da boa fé no direito civil*, vols. I e II. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2016). *Direito bancário*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2005). *Tratado de direito civil português – Parte geral I*, Tomo I, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MORAIS GOMES, M. F. (1994). Garantia bancária autónoma à primeira solicitação. *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, pp. 119-210.
- MOTA PINTO, A. (2018). Proteção cautelar contra execução abusiva de garantia bancária autónoma: Entre a certeza de uma garantia forte e a verosimilhança da tutela cautelar. *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, n.º 49, pp. 231-242.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2002). Garantias bancárias. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, pp. 265-268. Coimbra: Almedina.
- SIMÕES PATRICIO, J. (1983). Preliminares sobre a garantia “on first demand”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 677-718.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2019). *Direito das garantias*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- PINHEIRO, J. D. (1992). Garantia bancária autónoma. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 417 a 465.
- PRATA, A. (2008). *Dicionário Jurídico*, vol. I, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.

TEIXEIRA DE SOUSA, M. (1984). A livre apreciação da prova em processo civil. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, n.ºs 187-188.

TRINDADE, C. (2013). Limites da autonomia e da automaticidade da garantia autónoma: Em especial da prova da falta de fundamento material da solicitação. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça:

Ac. 23-03-1995 (Miranda Gusmão), Proc. 086426

Ac. 30-10-2002 (Joaquim de Matos), Proc. 02B2818

Ac. de 21-11-2002 (Quirino Soares), Proc. 02B3453

Ac. 14-10-2004 (Araújo Barros), Proc. 04B2883

Ac. de 12-09-2006 (Sebastião Póvoas), Proc. 06^a2211

Ac. 28-09-2006 (Afonso Correia), Proc. 06^a2412

Ac. 22-03-2007 (Silva Salazar), Proc. 07A377

Ac. de 28-06-2007 (Gil Roque), Proc. 07B1964

Ac. 21-04-2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), Proc. 458/09.2YFLSB

Ac. 05-07-2012 (Abrantes Geraldês), Proc. 219/06.06TVPRT.P1.S1

Ac. de 06-03-2014 (Silva Gonçalves), Proc. 20900/01.0TVLSB.L1.S1

Ac. de 21-06-2018 (Hélder Almeida), Proc. 19051/10.0YYLSB-A.L1.S1

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. de 12-11-1998 (Evangalista Araújo), Proc. 0048756

Tribunal da Relação do Porto

Ac. de 03-10-2000 (Emérico Soares), Proc. 0020907

Ac. de 02-10-2008 (Deolinda Varão), Proc. 0835046

Ac. de 04-11-2008 (Cândido Lemos), Proc. 0825539

A distribuição de energia elétrica em baixa tensão
Em busca do melhor modelo de gestão à luz da Lei n.º 31/2017,
de 31 de maio

Catarina Branco Ribeiro

Sob a orientação do
Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Agradecimentos

Não obstante a presente dissertação de mestrado ter resultado da minha maior dedicação ao tema selecionado, certo é que o resultado final que ora apresento não teria sido possível sem o incondicional apoio e constante incentivo de várias pessoas que desempenharam um papel fundamental neste meu trajeto, pelo que se impõe manifestar a minha mais sincera gratidão.

Desde logo, ao Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, orientador desta tese, por nortear todo o trabalho efetuado a título de pesquisa, bem como pela sua disponibilidade e eterna paciência no desenvolvimento, gestão e conclusão deste projeto.

Agradeço também ao corpo docente da Universidade Católica pelo papel que desempenharam durante o Mestrado que ora termina, incentivando o meu desenvolvimento pessoal e académico.

Dirijo um especial agradecimento a todos aqueles que, gentilmente, dispuseram do seu tempo para rever este texto, tornando-o num trabalho melhor e, ainda, mas não em último, um sentido agradecimento àqueles que, através do seu amparo constante e compreensão amiga, o tornaram possível.

Por fim, à Raquel, por me ensinar o valor e o desvalor das coisas e pelo apoio verdadeiramente incondicional sem motivo aparente.

Resumo

A presente dissertação ocupa-se do estudo da atividade de distribuição de energia elétrica em baixa tensão, mormente dos seus aspetos jurídicos.

Atendendo ao *terminus* do prazo de vigência da generalidade dos contratos de concessão municipal, é este o momento azado para que os municípios ponderem a possibilidade de optar por um novo modelo de gestão que assegure a otimização da exploração desta atividade.

Partindo de uma reflexão crítica acerca das diferentes soluções organizativas juridicamente admissíveis (incluindo a até aqui vigente), procuraremos, nesta análise, oferecer um contributo para a identificação daquela que melhor permitirá prosseguir o interesse público em presença, aferindo das vantagens e inconvenientes de cada uma, numa lógica comparativa que se espera sem perda de objetividade.

Palavras-chave: Distribuição BT; modelos de gestão; concessões municipais; gestão direta; empresa local.

Abstract

The present dissertation focuses on the activity of low voltage distribution system, mainly of its legal aspects.

Due to the expiry of the term of validity of municipal concession contracts, this is the right moment for Counties to consider the possibility of opting for a new management model that ensures the optimization the exploitation of this activity.

Starting from a critical reflection of the different legally admissible organizational solutions (including the one currently in force), we will seek, in this analysis, to offer a contribution to the identification of the one that will best allow the pursuit of the public interest in question, assessing the advantages and disadvantages of each one, in a comparative logic that is expected without loss of objectivity.

Keywords: BT distribution; management models; municipal concessions; direct management; local company.

Lista de siglas e abreviaturas

ANMP	Associação Nacional de Municípios Portugueses
AP	Administração Pública
BT	Baixa Tensão
CA	Código Administrativo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
DA	Direito Administrativo
DGEG	Direção-Geral de Energia e Geologia
DUE	Direito da União Europeia
EA	Entidades Adjudicantes
EDP	Energia de Portugal
EM	Estados-Membros
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
INESC TEC	Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores, Tecnologia e Ciência
RND	Rede Nacional de Distribuição
RNT	Rede Nacional de Transporte
SEN	Sistema Elétrico Nacional
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

Índice

I. Introdução: objeto, metodologia e sequência	6
II. Breve enquadramento histórico-legislativo do setor elétrico em Portugal	7
III. Em especial: a distribuição de energia elétrica em baixa tensão	12
IV. Os diferentes modelos de gestão à luz do novo quadro legislativo resultante da Lei n.º 31/2017, de 31 de maio	17
A. Gestão privada: concessionada a empresas privadas	20
B. Gestão pública direta: através de serviços municipais ou municipalizados	27
C. Gestão pública indireta: constituição de uma empresa (inter)municipal	29
V. Conclusão	36
VI. Referências bibliográficas	37

I. Introdução: objeto, metodologia e sequência

Na presente dissertação pretende levar-se a cabo uma abordagem jurídica, necessariamente perfunctória, da temática da distribuição de energia elétrica em baixa tensão.

Visaremos, primordialmente, antolhar a questão de saber como será assegurado o exercício desta atividade no futuro, matéria que assume, hoje, particular acuidade e relevância, tendo presente o fim concomitante do prazo de vigência da generalidade dos contratos de concessão municipais de distribuição de eletricidade em BT.

Mais especificamente, e em esforço de circunscrição, dir-se-á que pretendemos proceder a uma (necessariamente breve) análise jurídica desta matéria à luz da mais recente legislação relevante neste âmbito, nomeadamente atento o quadro legal instituído pela Lei n.º 31/2017, de 31 de maio, e pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 5/2018, datada de 11 de janeiro do mesmo ano.¹

Para o efeito, e como pressuposto inicial do tema vindo de enunciar, importará proceder a uma adequada introdução do contexto em que vem sendo instituído o quadro legal de referência do setor elétrico em Portugal, com especial enfoque na atividade de distribuição em BT, e à explicação do estado hodierno da questão que subjaz a esta nossa reflexão.

Uma vez percorrido tal périplo, estaremos (assim se espera) em condições de enunciar e descrever criticamente os principais modelos de gestão com os quais se deparam, por ora, os municípios com vista à prestação desta atividade. Pretendemos, assim, através de uma análise crítica e juridicamente sustentada, identificar as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos, de forma a contribuir para a identificação da opção que permita prosseguir o interesse público em presença, concretizando o princípio da boa administração, bem como a prossecução da democracia do poder local.

¹ A Lei 31/2017, de 31 de maio, aprovou os princípios e as regras gerais relativos à organização dos procedimentos concursais para atribuição, por contrato, das concessões destinadas ao exercício, em exclusivo, da atividade de exploração das redes municipais de distribuição de eletricidade em baixa tensão. Este diploma foi, posterior e sequencialmente, complementado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/2018, de 11 de janeiro, que aprovou o programa de ações e estudos a desenvolver pela ERSE nesta matéria.

II. Breve enquadramento histórico-legislativo do setor elétrico em Portugal

O setor elétrico é um dos sistemas mais complexos que o homem logrou desenvolver e do qual se vem servindo ao longo do tempo, para seu benefício e conforto, assumindo um papel incontornável no nosso quotidiano.

Em concreto, é possível descrever, sinteticamente, o sistema elétrico como um conjunto de subsistemas “compostos pelos elementos essenciais ao funcionamento seguro e regular do setor elétrico”.² Assim, a montante, este sistema é composto por um agregado de electroprodutores com recurso a grandes centrais térmicas (alimentadas a carvão, petróleo ou gás natural) ou a recursos naturais inesgotáveis (de fonte eólica, fotovoltaica, hídrica ou a biomassa) com vista à produção de energia.

Por outro lado, e numa lógica sequencial, a energia produzida por estes recursos energéticos é injetada e conduzida através de uma rede de transporte de eletricidade em muito alta e alta tensão, sendo que esta vai diminuindo à medida que a rede se aproxima dos centros de consumo, passando pela rede nacional de distribuição em média e alta tensão, até chegar à rede municipal de distribuição em BT.

É esta última componente do sistema que permite a comercialização da energia elétrica, isto é, o fornecimento da eletricidade a clientes finais que dela retiram as mais diversas utilidades.³

Em face do descrito, é possível identificar as quatro grandes atividades que compõem o SEN: a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de eletricidade – conforme estabelece o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro.

Ora, este setor encontra-se marcado por diversas particularidades que estão na origem de problemas próprios que se devem, em grande medida, ao facto de a eletricidade constituir um produto energético secundário, produzido a partir de fontes primárias, e de ser um bem não armazenável em quantidades consideráveis – o que significa que, em cada momento, é necessário garantir um bom nível de harmonização entre a produção e o consumo.

² Adotamos a formulação de Pedro Gonçalves do SEN como um conjunto de subsistemas, em contraposição com o consagrado no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, de acordo com o qual o SEN é constituído pelo “conjunto de princípios, organizações, agentes e instalações elétricas relacionados com as actividades abrangidas pelo presente decreto-lei no território nacional”. Cfr. Gonçalves, 2008, p. 91. Esta noção foi mantida pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que revogou o Decreto-Lei n.º 29/2006 a que se refere o autor, correspondendo, atualmente, à alínea mmm) do artigo 3.º do mesmo.

³ Na expressiva metáfora de Filipe Matias Santos, a relação entre as atividades de transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica assemelha-se àquela estabelecida entre as estradas e as autoestradas, na medida em que os operadores e os distribuidores cobram aos comercializadores tarifas pelo acesso às suas infraestruturas, tal como os operadores das redes cobram uma portagem aos seus utilizadores. Assim se pretende evidenciar que os operadores de rede de distribuição em BT não compram nem vendem energia, sendo uma atividade completamente distinta da de comercialização. Cfr. Santos, 2019, p. 20.

Tais características condicionam, de forma determinante, o comportamento dos atores do setor elétrico no desenvolvimento das diferentes atividades que o integram, bem como a gestão das próprias infraestruturas que compõem a indústria de rede. Com efeito, são estas propriedades da eletricidade que justificam que determinadas atividades, como o transporte e a distribuição, se apresentem como monopólios naturais, isto é, atividades onde a duplicação da rede elétrica num mesmo território se afigura económica, ambiental e urbanisticamente não recomendável, vigorando uma exigência de unicidade territorial das redes elétricas.⁴

Em Portugal, o desenvolvimento deste setor presenciou um momento determinante de expansão a partir da década de 50 do século XX, no período pós-guerra, tendo sido marcado pela construção de grandes centrais térmicas e de centros electroprodutores de energia hídrica e, ainda, pela construção de uma RNT responsável pela interligação dos diferentes centros produtores de energia elétrica.

Nessa senda, a autonomização do setor elétrico no nosso país associa-se à aprovação da Lei n.º 2002, em 26 de dezembro de 1944,⁵ que estabeleceu os princípios da produção, transporte e distribuição de energia elétrica, assumindo o projeto da eletrificação como um empreendimento da responsabilidade do Estado que visa, no essencial, assegurar o “novo serviço público” de eletricidade.⁶

Todavia, é hoje pacífico que o trabalho fundamental na eletrificação de todo o território foi desenvolvido apenas após o 25 de abril de 1974.

Como tal, o modelo português assentava, até ali (1974), e na esteira da tradição europeia, na repartição vertical do setor, num modelo de distribuição de papéis entre o Estado e os municípios.⁷ Vale isto por dizer que até à liberalização do setor, o mercado era composto por empresas verticalmente integradas,⁸ que controlavam todas as atividades que compõem o SEN, sendo que o conjunto destas atividades era explorado, diretamente, em parte pelo Estado, em parte pelos municípios.

Sucede que esta realidade veio a sofrer uma alteração relevante com a aprovação do Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de abril, que procedeu à nacionalização das empresas exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia elétrica – incluindo a distribuição em baixa tensão –, ao determinar a transferência das

⁴ Gonçalves, 2008, pp. 81 e 82.

⁵ O primeiro diploma normativo referente à produção e fornecimento de energia elétrica do nosso país remonta, na verdade, a 1911, com a aprovação da Lei da Organização dos Correios, Telégrafos, Telefones e Fiscalização das Indústrias Elétricas, de 24 de maio.

⁶ Sobre o fornecimento de energia elétrica como um “serviço público essencial”, *vide* Gouveia, 2001, pp. 59-68.

⁷ Cfr. Gonçalves & Esteves de Oliveira, 2011, pp. 19-24.

⁸ De acordo com a alínea y) do artigo 3.º do Decreto-Lei 15/2022, são consideradas empresas verticalmente integradas aquelas que “[de]têm o direito, direta ou indiretamente, a exercer o controlo e em que a empresa ou grupo de empresas exerce, pelo menos, uma das atividades de transporte ou distribuição e, pelo menos, uma das atividades de produção ou comercialização de eletricidade”.

respetivas instalações “para a entidade económico-jurídica que resultasse da reestruturação das empresas nacionalizadas” – cfr. n.º 2 do artigo 12.º do supramencionado diploma.⁹

Nessa senda, em 1976, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de junho, assistimos à criação de uma empresa pública única e monopolista, encarregue da exploração do serviço de produção, transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica no território do Continente, em regime de exclusividade – a Eletricidade de Portugal – Empresa Pública (EDP).

Neste modelo – de cariz fortemente ideológico e tido como um instrumento de implementação de políticas económicas mais vastas, então a condicionar e a percorrer a quase integralidade do aparelho produtivo nacional – o Estado apresentava-se em múltiplos e desdobrados papéis simultâneos: como acionista, aprovisionador, operador e, ainda, regulador.¹⁰

Concomitantemente, com a revisão constitucional de 1982, foi aditada uma alínea ao artigo 81.º da CRP – que corresponde, na sua atual redação, à alínea m) – na qual se estipula, como incumbência prioritária do Estado, a adoção de “uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional”, numa clara evidência da energia enquanto recurso essencial para a economia.¹¹

Este modelo, assente nos já mencionados monopólios verticalmente integrados, veio, por fim, e também fruto de um novo “ar do tempo” então já prevalecente no nosso país, a ser ultrapassado na década de 90, com a introdução do processo de liberalização e privatização do setor elétrico, impulsionado, primordialmente, pela Comunidade Económica Europeia – hoje União Europeia –, de que o país passou a fazer parte desde 1986.

Com efeito, não apenas o direito da energia se afigura como um ramo jurídico particularmente exposto aos efeitos da europeização, como, também, com o Tratado de Lisboa,¹² foi a energia eleita como política principal da União, sendo reconhecida enquanto serviço de interesse económico geral, bem como instrumento de implementação de um mercado único europeu.¹³

⁹ Suzana Tavares da Silva refere-se a este fenómeno como uma manifestação do “processo de estatização dos sectores energéticos”, consequência da integração de alguns produtos e serviços energéticos no “cabaz do bem-estar essencial das populações”. Cfr. Tavares da Silva, 2011, p. 17.

¹⁰ Cfr. Gonçalves, 2008, pp. 70-91.

¹¹ Moreira & Gomes Canotilho, 2007, p. 972.

¹² Sobre a ausência de referência a uma “política da energia” nos anteriores tratados, *vide* Amado Gomes, 2010, pp. 225-228.

¹³ A energia surge atualmente no elenco das competências partilhadas, referidas na alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º do TFUE, desenvolvida nos artigos 194.º e ss. (a este respeito, *vide* Cameron, 2007).

No fundo, o projeto político-legislativo na Europa, como na generalidade do mundo desenvolvido, tem sido o de procurar sujeitar progressivamente o setor elétrico à concorrência, de forma a, nas palavras da doutrina, “terminar com situações monopolistas e abrir o mercado a ‘entrantes’, quer nacionais, quer provenientes de outros Estados-Membros, por forma a concretizar o mercado interno (europeu), criar competitividade e, nessa medida, melhorar as condições para os consumidores”.¹⁴

Com vista a implementar tal política europeia, a UE emitiu um conjunto de diretivas que compõem a regulamentação do mercado energético europeu: a Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro, a Diretiva 2003/54/CE, de 23 de junho e a Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho.

Da análise concatenada dos diplomas *supra* identificados ressalta uma clara intenção e preocupação pela separação (*unbundling*) contabilística e jurídica das atividades que compõem o setor, impondo a fragmentação dos monopólios tradicionais e ainda a garantia de acesso de terceiros às redes. Estas diretivas estabelecem que os EM devem assegurar um mercado de eletricidade competitivo, seguro, ambientalmente sustentável e não discriminatório.¹⁵

Sem prejuízo do exposto, importa, no entanto, ter presente as particulares características deste setor, que mencionamos *supra*, e que impedem a total liberalização das atividades de intermediação entre a produção e o consumo de eletricidade. Referimo-nos, naturalmente, às atividades de transporte e de distribuição que constituem os supramencionados monopólios naturais e que, por essa razão, estão necessária e primitivamente excluídas do funcionamento de uma lógica concorrencial *tout court*.¹⁶

No nosso ordenamento, este processo de privatização e liberalização do setor foi implementado pelo “pacote legislativo” de 1995, que incluía, entre outros diplomas, o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, que estabelecia as bases da organização do SEN, o Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de julho, que disciplinava o regime jurídico de produção de energia elétrica, e o Decreto-Lei n.º 184/95, de 27 de julho, que regulava a distribuição de energia elétrica.¹⁷

Nesta mesma onda normativa, foi também aprovado o Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho, que criou a entidade reguladora do setor elétrico,¹⁸ visando dar resposta às exigências, também elas impostas pela UE,¹⁹ de implementação de uma regulação

¹⁴ Cfr. Santos, 2019, p. 18.

¹⁵ Para uma análise aprofundada da influência da UE no setor elétrico, consulte-se Vilhena de Freitas, 2012, pp. 27-42 e, ainda, Gonçalves & Esteves de Oliveira, *op. cit.*, pp. 13-19.

¹⁶ Vide Marques & Marques Mendes, 2021, pp. 56-57.

¹⁷ Sobre as influências do processo de liberalização em Portugal, veja-se Vasconcelos, 2006, pp. 124 e ss.

¹⁸ Os estatutos desta entidade foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, tendo passado a denominar-se Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril.

¹⁹ Nos termos do disposto nos artigos 35.º a 37.º da Diretiva 2009/72/CE as decisões de regulação energética, designadamente as relativas à definição dos tarifários a aplicar, devem obedecer a um princípio de

independente pró-concorrencial, sendo expressão da adoção de um modelo de “regulação por agência”.²⁰

Com efeito, afigura-se de elementar percepção que as características particulares deste setor reclamam uma regulação específica.²¹ De facto, atendendo às aludidas dimensões de monopólio natural deste setor, facilmente se intuem os perigos de conferir às próprias empresas monopolistas de transporte e distribuição o poder para fixarem livremente as tarifas que cobram aos utilizadores pelo acesso às suas infraestruturas, sob pena de, por exemplo, e além das demais distorções possíveis, discriminarem positivamente os agentes utilizadores pertencentes ao mesmo grupo económico.

Com vista a combater tais efeitos nefastos, optou-se por confiar à ERSE a determinação de um valor único de tarifa de acesso, de forma a, ao menos tentativamente, evitar abusos de posição dominante e preços excessivos.²²

Como bem se alcança, é também à ERSE que compete proteger os direitos dos consumidores e utilizadores das redes, mediante a aprovação dos regulamentos para o setor e, ainda, da efetiva fiscalização do seu cumprimento, podendo, aliás, aplicar sanções em caso de incumprimento do ali determinado.

Retomando a descrição cronológica que vimos tecendo da evolução do SEN, merece destaque o Decreto-Lei n.º 29/2006, e suas posteriores alterações, que adaptou o quadro organizativo do SEN à evolução do panorama comunitário, tendo, juntamente com o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, definido os princípios e principais orientações deste setor.

Sucedem que estes e outros diplomas legais referentes à organização e funcionamento do sistema elétrico foram recentemente revogados pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de fevereiro, que assume como uma das suas principais finalidades a concentração dessas matérias, até agora dispersas em tais diplomas. Nesse sentido, este Decreto-Lei não altera, na sua grande maioria, o conteúdo dos diplomas antecedentes, optando, antes sim, por concentrá-los num documento único, numa melhor técnica de sistematização legislativa.

Tendo presente o enquadramento legal descrito, resta, por ora, aludir, resumidamente, ao modo como atualmente são exploradas as diferentes atividades que compõem o SEN.

desgovernamentalização. Releva, igualmente, o Regulamento (CE) n.º 713/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia.

²⁰ “A regulação por agência, significa que os Estados instituem reguladores independentes, incumbidos das tarefas de regulação do setor elétrico, ao invés do que sucede noutros setores, em que a regulação se concretiza através do cumprimento de contratos celebrados que estipulam as obrigações que incumbem aos agentes de mercado”. Cfr. Gonçalves, 2010, pp. 92-128.

²¹ Sobre as dificuldades regulatórias na implementação das direttrizes europeias, *vide* Tavares da Silva & Vicente, 2017, pp. 330-336.

²² *Vide* Santos, 2021.

Assim, fundada no princípio da liberdade de exercício da atividade, a produção de eletricidade processa-se em regime de livre concorrência, encontrando-se, atualmente, dependente da atribuição de uma licença, cujos motivos de recusa foram previamente definidos pelo legislador.²³

Por outro lado, a atividade de transporte é exercida mediante a exploração da RNT, a qual é gerida pela REN – Rede Elétrica Nacional, S.A., que resultou de uma cisão de parte do património da EDP, a quem foi concedido o direito exclusivo à gestão desta rede, de acordo com o n.º 3 do artigo 111.º do Decreto-Lei 15/2022.

Por sua vez, a atividade de distribuição integra uma componente nacional, a RND, que é atualmente gerida pela EDP Distribuição – Energia, SA, titular da concessão da mesma pelo período 35 anos. Por seu turno, esta atividade integra, ainda, uma componente municipal, concessionada pelos municípios a empresas de distribuição.

Por fim, a comercialização de eletricidade é exercida em regime de livre concorrência, estando sujeita a registo nos termos dos artigos 134.º a 137.º do diploma legal sob escrutínio.

III. Em especial: a distribuição de energia elétrica em baixa tensão

Aqui chegados, e tendo presente a breve descrição do SEN que levámos a cabo, cumprirá, por ora, atentar, com maior detalhe, na atividade de distribuição de energia elétrica, mais especificamente naquela que ocorre em baixa tensão, nas redes municipais, atendendo a que é essa a temática na qual se centra a nossa análise.

Como enunciámos brevemente no capítulo precedente, a atividade de distribuição de eletricidade encontra-se verticalmente repartida entre, por uma banda, a chamada RND e, por outra, as redes municipais de distribuição em baixa tensão.

Como tal, e ao nível da transmissão local, cada município detém a sua própria rede, operada através de infraestruturas de menor capacidade, ligadas num determinado ponto da RND – as quais incluem, atualmente, a rede de iluminação pública –, sendo responsável pela captação de energia elétrica e sua distribuição até ao cliente final.

Contrariamente ao que se verifica na RND, que viu a sua gestão ser atribuída a uma única empresa, a REN, as redes em BT não gozam de uma gestão centralizada,²⁴ sendo que cabe a cada responsável que detém a exclusividade territorial, leia-se, a cada

²³ Cfr. Gonçalves, 2008, p. 76.

²⁴ Cfr. Gonçalves, 2008, p. 128.

município ou associação de municípios, a exploração, manutenção e desenvolvimento da rede em BT.²⁵

Como tal, é aos municípios que compete garantir que a rede funciona eficazmente, isto é, que veicula energia suficiente para satisfazer os consumos e que escoar a produção, sempre cumprindo os níveis de qualidade de serviço impostos pela ERSE, sendo esta uma das atividades que integram o seu leque de atribuições.

Cumprir referir que já a Lei n.º 2002, em 26 de dezembro de 1944, fazia uma ténue referência à dualidade de papéis assumidos pelo Estado e pelos municípios no desenvolvimento do processo de eletrificação do país, identificando a “produção, o transporte e a grande distribuição” como atribuição estadual, em contraposição com a “pequena distribuição” enquanto atribuição municipal.^{26 27}

Este binómio conheceu uma curta interrupção em 1975 aquando da *supra* descrita nacionalização das empresas exploradoras das atividades que integram o SEN e a sua concentração numa empresa pública única e monopolista – a EDP.²⁸

Contudo, e antes mesmo de ter lugar a liberalização e privatização do setor, o legislador veio reconhecer um “direito originário” dos municípios à “distribuição de energia elétrica em baixa tensão”, mediante a aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/82, de 14 de julho.

Esta resolução veio a obter concretização específica no Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de setembro, vigente ainda hoje, estipulando, em termos gerais, as condições a que deve obedecer a exploração desta atividade pelos municípios portugueses.

Nesse sentido, estipula o n.º 1 do artigo 1.º deste diploma legal que “a distribuição, no Continente, de energia elétrica em baixa tensão compete aos municípios, os quais podem exercê-la em regime de exploração direta ou em regime de concessão”. Conforme o n.º 2 do mesmo preceito, a gestão direta compreende a gestão por serviços autárquicos ou por associações de municípios. Por outro lado, de acordo com o n.º 3, a exploração em regime de concessão reporta-se ao exercício desta atividade pela EDP [alínea a)]²⁹ ou por empresas públicas de âmbito local ou regional [alínea b)].

²⁵ ERSE (2018). *Guia sobre a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*, recurso disponível em www.erse.pt.

²⁶ Note-se que já o CA de 1940 previa, no artigo 164.º, a possibilidade de as Câmaras explorarem os serviços de produção transporte e distribuição de energia elétrica. Cfr. Gonçalves & Esteves de Oliveira, *op. cit.*, p.19.

²⁷ O mesmo binómio encontra reflexo no ordenamento jurídico francês, no qual, de acordo com o artigo 1.º da Lei 2000-108, o serviço público da eletricidade é organizado pelo Estado e pelas “comunas”, sendo que a maioria dos serviços públicos municipais de distribuição de energia elétrica se encontra concessionado ao operador económico, EDF, desde 1946. Cfr. Hamon, 1998, pp. 851 e ss., *apud* Gonçalves & Esteves de Oliveira, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Numa situação semelhante à que ocorreu no ordenamento jurídico francês, Nadia Chebel-Horstmann refere uma liberdade contratual confiscada aos municípios. Cfr. Chebel-Horstmann, 2006, p. 183.

²⁹ Esta norma deve hoje ser interpretada no sentido de abranger qualquer empresa privada de distribuição de energia elétrica. Nesse sentido, *vide* Magalhães, 2019, pp. 79-82.

Foi neste seguimento que surgiu a Portaria n.º 148/84, de 15 de março, que veio estabelecer as regras que deviam ser observadas pelos contratos de concessão. Nessa sequência, com exceção de oito, a grande maioria dos mais de 300 municípios de Portugal Continental celebrou contratos de concessão com a EDP pelo prazo de 20 anos.³⁰

Por seu turno, sopesando as subseqüentes alterações legislativas e inovações tecnológicas, surgiu a Portaria n.º 454/2001, de 5 de maio, com o fito de adaptar e ajustar as cláusulas dos contratos-tipo de concessão ao novo modelo liberalizado do setor da eletricidade.

Nesse sentido, e em conformidade com o regime legal da altura, a Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, instituiu, no n.º 1 do artigo 17.º, como competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão e a realização de investimentos no domínio da distribuição de energia elétrica em BT.

Por outro lado, a alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º do diploma que atualmente regula o regime jurídico das autarquias locais – a Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro – inclui a energia no leque de atribuições municipais, enquanto elemento de promoção e salvaguarda dos interesses próprios e das respetivas populações, materializada na competência da Câmara Municipal para criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviço e redes de circulação de energia, nos termos da alínea ee) do n.º 1 do artigo 33.º, da mesma lei.

Perante o antedito, quer por constituir uma importante fase do circuito do serviço público essencial em causa, quer pela sua histórica titularidade na esfera municipal através de serviços municipais ou municipalizados – titularidade essa provinda já da anterior ordem constitucional – a distribuição de energia elétrica em BT integra o núcleo essencial das atribuições autárquicas.

Apesar de ser este o entendimento da maioria da nossa doutrina,³¹ esta posição não pode ter-se, ainda assim, por totalmente pacífica, atendendo a que Suzana Tavares da Silva³² defende que a atribuição municipal em matéria de distribuição de energia elétrica não deve ser reconduzida a um elemento caracterizador, entre nós, do núcleo da autonomia do poder local.

Como bem se intui, a discussão centra-se no princípio da autonomia local, segundo o qual o Estado, *latu sensu*, deverá respeitar a independência decisória e política das autarquias locais, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º e no n.º 2 do artigo 235.º da CRP.

³⁰ Cfr. ERSE (2019). *Concessões de distribuição de eletricidade em BT, Propostas para as peças tipo dos procedimentos de atribuição das concessões ao abrigo da Lei n.º 31/2017*, recurso disponível em www.erse.pt.

³¹ Por todos, *vide*, Pacheco de Amorim, 2019, pp. 34 e ss., e ainda, Guimarães, 2019, pp. 29-32. Também Vital Moreira inclui a eletricidade nos serviços públicos locais. Cfr. Vital Moreira, 2004, pp. 557 e ss.

³² Tavares da Silva, 2018, 33-46, e ainda, Tavares da Silva, 2009.

Seguindo os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira³³, este princípio “significa designadamente que as autarquias locais são formas de administração autónoma territorial, de descentralização territorial do Estado, dotadas de órgãos próprios, de atribuições específicas correspondentes a interesses próprios e não meras formas de administração indireta ou mediata do Estado. O que não exclui, em certos termos, a tutela estadual (art. 242.º)”.

Sem prejuízo de tal descrição, e ainda que contracorrente, sustenta esta autorizada voz doutrinal que o processo liberalizador e de privatização do SEM, que teve como consequência a qualificação do serviço de abastecimento de energia elétrica às populações como um serviço de interesse económico geral, prestado em regime de mercado regulado, apartou-o, agora, da defesa do interesse público subjacente ao serviço, na medida em que o mesmo é antes confiado a uma entidade reguladora independente e já não aos municípios.

Deste modo, na senda da tese da aludida autora, “o princípio da autonomia do poder local não pode ser invocado pelos Estados (nem por entidades administrativas ou político-administrativas intraestaduais) como limite à implementação das regras europeias do mercado interno da energia, designadamente para permitir que os municípios continuem a exercer a atividade de fornecimento de energia elétrica às populações”.³⁴

Acresce que a referida autora procura ainda encontrar fundamento para a sua posição por recurso a um argumento histórico, pretendendo, assim, ver desvalorizado o papel dos municípios na eletrificação de todo o território continental, argumentando que o mesmo foi, na verdade, levado a cabo pela então empresa pública, EDP, Distribuição.

Em suma, conclui a autora que o enquadramento atual desta atividade como competência municipal não é mais que o fruto de uma verdadeira opção legislativa e não já de uma exigência constitucional, apontando uma séria crítica à “opção do legislador” por, ainda assim, atribuir a titularidade desta atividade aos municípios.

Não é, todavia, esta, conforme aliás já referimos, a posição da doutrina maioritária a qual defende, *v.g.*, na pessoa de Pacheco de Amorim,³⁵ que é necessário distinguir entre a atividade económica objeto de reserva de empresa pública local e a tarefa da respetiva regulação. Com base em tal distinção, é possível concluir que as transposições das normas europeias nesta matéria não passam por uma obrigatória transferência para a esfera estadual da responsabilidade pela atividade económica de distribuição de energia elétrica em BT, mas tão somente da respetiva regulação.

³³ *Op. cit.*, p. 234.

³⁴ Tavares da Silva, 2018, p. 108.

³⁵ Pacheco de Amorim, 2019, pp. 36 e 37.

Também Pedro Gonçalves³⁶ realça que a defesa deste entendimento “não se encontra em contradição com o processo de liberalização, nem tão-pouco se revela uma medida desadequada nesse contexto. De facto, (...) a existência de um serviço público municipal, associado a um exclusivo de exploração de rede, não deturpa a filosofia do novo modelo nem parece que perturbe a construção do mercado”.

Acresce que, no limite, e como aponta Pacheco de Amorim³⁷, o argumento invocado por Suzana Tavares da Silva, da “escala maximamente eficiente”, determinaria, no limite, a assunção pelo Estado de todos os domínios da Administração Pública, em total contradição com o princípio da descentralização, na noção constitucionalmente consagrada de que o abastecimento às populações de serviços essenciais como os de iluminação pública, recolha e tratamento de resíduos e abastecimento e saneamento de água – integra o conjunto mínimo nuclear de atribuições próprias das autarquias reservadas ao poder local.³⁸

Ademais, este binómio autonomia/eficácia encontra-se cristalinamente refletido no n.º 3 do artigo 4.º da Carta Europeia da Autonomia Local, nos termos do qual “o exercício da responsabilidade pública deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos”.

Ante o exposto, tendemos a acompanhar o entendimento maioritário segundo o qual o nosso legislador deve manter integral respeito pelo tradicional monopólio público local na prestação do serviço em causa, por força do princípio da autonomia local e da garantia constitucional de preservação do respetivo núcleo essencial inerente àquele princípio.

Sem prejuízo dos argumentos que se acentuem em sentido contrário, tendo presente que a lei mais recente nesta matéria – a Lei n.º 31/2017 – se refere expressamente à competência dos municípios para figurarem como entidades adjudicantes nos procedimentos concursais que se avizinham, afigura-se-nos claro que também o legislador partilha do entendimento de que esta é uma competência municipal.

³⁶ Cfr. Gonçalves, 2008, p. 17.

³⁷ Pacheco de Amorim, 2019, p. 41. No mesmo sentido, *vide* Duarte de Campos, Brandão & Pinto, 2019, p. 49.

³⁸ Sobre a delimitação do conteúdo essencial da autonomia local, *vide* Gomes Canotilho, 1980, pp. 407-550.

IV. Os diferentes modelos de gestão à luz do novo quadro legislativo resultante da Lei n.º 31/2017, de 31 de maio

Com o intuito de facilitar e sincronizar³⁹ este que é, assumidamente, tido como um período de transição, a Lei n.º 31/2017 aprovou os princípios e as regras gerais relativas à organização dos procedimentos concursais para atribuição, por contrato, das concessões destinadas ao exercício, em exclusivo, da exploração das redes municipais de distribuição de eletricidade em baixa tensão.

A este respeito refira-se que grande parte dos contratos de concessão (228) atingiram já o término da sua vigência, tendo os respetivos prazos sido prorrogados “pelo período necessário para o lançamento sincronizado de novo procedimento de concessão”, em conformidade com o disposto no artigo 8.º do mencionado diploma legal.

Na mesma linha, é sabido que a vigência dos demais contratos desta tipologia irá cessar nos próximos anos,⁴⁰ por se esgotar o respetivo prazo contratual. É o caso, especificamente, de 29 concessões, cuja vigência cessará no corrente ano de 2022, 9 em 2023 e de 10 outras entre 2024 e 2026.

Ora, a Lei n.º 31/2017 veio a ser complementada pela Resolução do Conselho de Ministros de 5/2018, que incumbiu a ERSE de elaborar um conjunto de estudos e propostas (o que veio a suceder em 2019) em estreita articulação com a DGEC e a ANMP, de forma a ver assegurados os princípios gerais subjacentes ao vertido no artigo 2.º da Lei n.º 31/2017, sendo de destacar os princípios da salvaguarda da neutralidade financeira para os consumidores de eletricidade e para o orçamento do Estado e, bem assim, os referentes à salvaguarda da uniformidade tarifária no país e à própria eficiência económica do sistema objeto da concessão.

Desde já se diga que esta restrição do âmbito de aplicação da lei aos procedimentos de concurso público para atribuição de contrato de concessões tem sido alvo de repetidas críticas por parte da doutrina que ao assunto tem dedicado atenção.

Com efeito, autorizadas vozes têm denunciado a sua discordância com a opção do legislador por, ao não regular outras formas de gestão da rede de distribuição de energia elétrica em BT, assumir, na prática, uma clara preferência pelo recurso à figura da concessão, obnubilando os restantes modelos de gestão presentes no nosso ordenamento jurídico – com o inerente condicionamento da livre escolha por parte dos municípios, em

³⁹ Sobre a dupla ressonância desta ideia base de “sincronização” – temporal e geográfica – vide Guimarães, *op. cit.*, pp. 29-32.

⁴⁰ De acordo com os dados apurados pela ERSE os primeiros contratos de concessão terminaram em 2016 (São João da Madeira) e 2017 (Lisboa). Cfr. ERSE (2019). *Concessões de distribuição de eletricidade em BT, Propostas para as peças tipo dos procedimentos de atribuição das concessões ao abrigo da Lei n.º 31/2017*, recurso disponível em www.erse.pt.

termos tais que poderão permitir, inclusivamente, que tal opção legislativa venha a ser sindicada do ponto de vista da sua constitucionalidade.⁴¹

Por outro lado, cumpre referir que a concretização, por meio dos sobreditos procedimentos, do escopo de renovação e revisitação da forma de contratualização da matéria aqui em causa tem vindo a ser confrontada com inúmeras dificuldades intrínsecas, de cariz técnico, económico-financeiro e jurídico, agravadas pelo facto de a cessação dos anteriores contratos se afigurar geradora de potenciais obrigações que perdurarão muito além da sua vigência estrita.

Ademais, encontra-se, atualmente, em curso um período de mudança de paradigma no que ao mercado de produção de energia elétrica diz respeito – inclusive do ponto de vista tecnológico –, traduzido no acesso a serviços e equipamentos cada vez mais inovadores e de maior eficiência energética.

Estas e outras dificuldades parecem ter conduzido à suspensão do processo de atribuições das (novas) concessões em BT por parte do Governo, sendo que o respetivo processo – que deveria, tentativamente, concluir-se em 2019 – se encontra verdadeiramente “congelado”, a aguardar o resultado de um novo estudo encomendado a um grupo de trabalho⁴² coordenado pelo Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e da Energia, sendo constituído por representantes da ANMP, das entidades intermunicipais com competências delegadas na matéria, da ERSE, da DGEG e do INESC TEC.

Ora, é neste novo cenário que os municípios vão ter de decidir sobre a solução mais adequada para os seus interesses, que são, naturalmente, os das suas populações, no que à matéria de distribuição da energia elétrica em BT diz respeito.

Nesse sentido, refira-se que os municípios cumprem a sua função de prestação de serviços às populações por três formas distintas que analisaremos nos capítulos subsequentes: (i) através da denominada gestão privada, concessionando a exploração da atividade a empresas privadas; (ii) diretamente, através das suas estruturas administrativas indiferenciadas (*régie directe*); ou (iii) por intermédio de estruturas com autonomia administrativa e financeira de tipo empresarial, dotadas ou não de personalidade distinta da dos municípios (*régie indirecte*).

Conforme refere António Montalvo,⁴³ “a opção por cada uma dessas formas de prestação de serviços depende do tipo de serviço em causa e do grau de eficácia e

⁴¹ Por todos, *vide* Duarte de Campos, Brandão & Pinto, *op. cit.*, p. 38, Magalhães, *op. cit.*, pp. 71-85.

⁴² Este grupo de trabalho foi criado pelo Despacho n.º 11814/2020, em 30 de novembro, tendo o prazo para a elaboração dos projetos de peças do procedimento e a minuta de contrato de concessão tipo prorrogado pelo Despacho n.º 3759/2021, de 13 de abril.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 177 e 178.

economia que elas permitam”, tendo como vetor nuclear o conceito de boa administração.⁴⁴

Ora, no que à exploração da atividade de distribuição de eletricidade em BT diz respeito, tem vindo a doutrina⁴⁵ incessantemente a alertar para o facto de não serem de excluir outros modelos de gestão municipal desta atividade, ainda que não previstos expressamente na legislação especificamente aplicável ao tema, para além do da exploração direta pelo município ou o da concessão de serviço público a uma empresa privada, únicos expressamente reconhecidos pelo legislador,

De facto, posição diversa mostrar-se-ia incongruente e espúria com um ordenamento jurídico como o nosso, onde se multiplicam os exemplos paralelos de serviço económicos de interesse geral com um quadro consolidado de alternativas de gestão diferenciado.

Com especial interesse, atendendo às provas dadas que este modelo tem revelado noutros setores de serviços públicos essenciais, como o da água, do saneamento e dos resíduos urbanos⁴⁶, deve realçar-se o modelo de gestão com recurso a uma empresa do setor empresarial local.

Assim, e em esforço de circunscrição, a gestão da atividade sobre a qual se debruça a nossa análise – distribuição de energia elétrica em BT – poderá ser assegurada pelos municípios através de um dos seguintes modelos de gestão: i) gestão direta, através de serviços municipais, municipalizados ou intermunicipais; ii) gestão indireta através de empresas locais, municipais ou intermunicipais, empresas essas que podem, em ambas as hipóteses, ter capitais exclusivamente públicos ou capitais mistos; iii) gestão concessionada, através de celebração de contrato de serviço público com entidade privada.⁴⁷

Perante o antedito, e brevemente enunciados os diferentes modelos de gestão à disposição dos municípios⁴⁸ com vista a assegurar a prestação da atividade em causa, será a estes que cumprirá determinar a solução economicamente mais vantajosa e financeiramente mais racional, que se coadune com o interesse público das suas

⁴⁴ Sobre a adoção de um conceito amplo de boa administração, *vide* Aroso de Almeida, 2012, pp. 62-78.

⁴⁵ Nesse sentido, *vide* Pacheco de Amorim, 2019, pp. 45-51, Magalhães, *op. cit.*, e ainda, no mesmo sentido, Gonçalves, 2019, pp. 62-65.

⁴⁶ Nestes setores foi o próprio legislador que elencou a panóplia de modelos de gestão que podem ser usados pela entidade gestora destes serviços (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), sendo que, como refere Ana Luísa Guimarães, a opção pela concessão é a que tem merecido menor preferência pelos municípios, verificando-se um muito maior número de empresas locais do que de concessionárias privadas. Cfr. Guimarães, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁷ Seguimos a esquematização de Marques & Marques Mendes, *op. cit.*, p. 21, e de Guimarães, *op. cit.*, p. 29, ambos por referência a Gonçalves & Esteves de Oliveira, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁴⁸ Cumpre fazer uma breve referência à posição de Suzana Tavares da Silva, de acordo com a qual nada impede que, caso o legislador assim entenda, as redes de distribuição em BT venham a ser integradas na RND. Cfr. Tavares da Silva, 2018, p. 112. No mesmo sentido, Peças Lopes, 2019, pp. 99-103. Contudo, esta alternativa não dispõe (por enquanto) de suporte legal.

populações, em conformidade com as exigências impostas pelas normas nacionais e europeias nesta matéria.

A. Gestão privada: concessionada a empresas privadas

Como vimos referindo ao longo da nossa exposição, a Lei n.º 31/2017 limitou-se a aprovar o regime jurídico relativo à organização dos procedimentos que têm de ser desencadeados com vista à atribuição das concessões destinadas ao exercício da atividade de distribuição de eletricidade em BT, mantendo em vigor a disciplina horizontal das concessões municipais que, até há bem pouco tempo, era regida pelo Decreto-Lei n.º 29/2006 e pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, sendo que tais diplomas se encontram, atualmente, condensados no recentemente aprovado Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro.

Também este diploma reforça a preferência do legislador, já patente nos anteriores normativos, pelo regime da concessão, procedendo, inclusivamente, à criação da figura de um “gestor integrado” de todas as redes de distribuição, – o qual exercerá a atividade em regime de concessão, atribuída mediante prévio procedimento concorrencial – visando, naturalmente, garantir a coerência e coordenação da gestão técnica dos operadores das várias redes.

Como tal, e para o que por ora releva, prescreve o n.º 1 do artigo 116.º do Decreto-Lei 15/2022, que corresponde ao disposto no anterior n.º 2 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, que “A atribuição da concessão é efetuada pelos órgãos competentes de cada município ou de associações de municípios, sendo precedida da realização de concurso público”.

Assim, e acompanhando a didática exposição de Francisco Paes Marques e João Marques Mendes⁴⁹, “por meio da técnica concessória, os municípios garantem o financiamento por parte de privados – os concessionários – dos equipamentos e serviços necessários à prossecução das atividades, assegurando em contrapartida a exclusividade temporária de um serviço que, por natureza, está subtraído à concorrência num quadro de remuneração que assenta no sistema tarifário fixado por uma entidade reguladora independente”.

Ora, a concessão administrativa enquanto modalidade de gestão de um serviço público económico – denominada gestão privada, “*gestion déléguée*” na doutrina francesa⁵⁰ – é uma aplicação clássica da figura concessória, definida, pela doutrina, como o ato que cria uma relação jurídica administrativa⁵¹ caracterizado pela “transferência de

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 18, seguindo a exposição de Santos, 2019, p. 54.

⁵⁰ Cfr. Chapus, 1997, p. 154.

⁵¹ Sobre o conceito de “relação jurídica administrativa” *vide*, entre outros, Colaço Antunes, 2016, pp. 499 e ss., e Cabral de Moncada, 2009.

poderes próprios de uma pessoa administrativa para um particular, a fim de que este os exerça por sua conta e risco, mas no interesse público”.⁵²

É esta transferência, temporária e parcial, do exercício de poderes de uma pessoa coletiva pública para (em regra) um particular, por sua conta e risco, que consubstancia a linha comum da generalidade das concessões.⁵³

Destarte, e enquanto modalidade de concessão, a concessão de serviços públicos pode ser definida como um “ato constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual a pessoa titular de um serviço público atribui a outra pessoa o direito de esta, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir um serviço público”.⁵⁴

Assim, através desta figura, o concessionário adquire um direito novo – o direito de gerir em seu próprio nome (e não em nome da Administração) um serviço público, por um determinado prazo, sendo que o ente público concedente conserva a titularidade de tal serviço e, por isso, os poderes de controlo e de fiscalização da atuação do concessionário.⁵⁵

A este respeito, preceitua a mais autorizada doutrina que o serviço público corresponde à “organização de pessoas e bens instituída pelo Estado ou por outra pessoa coletiva de Direito Público para o desempenho das suas atribuições mediante emprego de meios de autoridade”.⁵⁶ Mais especificamente, podem ainda autonomizar-se os serviços públicos económicos⁵⁷ de carácter industrial ou comercial, que se referem “a atividades que podem ser alvo de faturação detalhada e que são usualmente financiados por um preço (ou taxa) pago pelos utentes desse serviço”.⁵⁸

No caso que subjaz à nossa análise, essa tarefa reconduz-se à distribuição de energia elétrica em BT, atribuída por lei aos municípios. Nesse sentido, gozam os mesmos da possibilidade de transferir para o concessionário (o exercício) de exploração e gestão dos serviços públicos municipais de distribuição de eletricidade em BT.⁵⁹

Este modelo de gestão integra os sistemas de parceria ou de colaboração entre o sector público e privado, tendo sido acolhido e regulado pelo direito comunitário.⁶⁰ Com efeito, é hoje consensualmente aceite que a celebração de contratos de concessão (tanto de obras como de serviços públicos) está sujeita às disposições pertinentes dos Tratados da EU, bem como aos princípios gerais aplicáveis à contratação pública.

⁵² Caetano, 1974, p. 92.

⁵³ Freitas do Amaral & Torgal, 2002, p. 471. Tal ponto era já assumido pela doutrina francesa, berço geográfico da figura da concessão. Por todos, *vide* Courivaud, 2004, pp. 395-434.

⁵⁴ Cfr. Gonçalves, 1999, pp. 102 e ss.

⁵⁵ Cfr. Gonçalves, & Lopes Martins, 2004, pp. 247 e ss.

⁵⁶ Cfr. Caetano, 1974, pp. 94-96.

⁵⁷ Cfr. Gonçalves, 1999, pp. 653 e ss.

⁵⁸ Cfr. Gonçalves, & Lopes Martins, 2004, pp. 173-317.

⁵⁹ Cfr. Gonçalves, & Lopes Martins, 2004, p. 248.

⁶⁰ Sobre a distribuição dos riscos entre o parceiro do setor público e o parceiro do setor privado, veja-se Lopes Martins, 2014, pp. 374-389.

Desde logo, merece destaque a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014,⁶¹ relativa à adjudicação de contratos de concessão, que consagrou um regime jurídico geral harmonizado para a formação e execução dos contratos de concessão, de obras e de serviços, de relevo transfronteiriço, que as entidades adjudicantes venham a celebrar com operadores económicos nos setores de atividades classificadas.⁶²

Nesse âmbito, procedeu o DUE à definição do conceito de concessão de serviço público, esclarecendo, na análise b) do n.º 1 do artigo 5.º, que o mesmo se reporta a “um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento”.

Com a adoção desta noção, e por influência da jurisprudência do TJUE,⁶³ o elemento distintivo do contrato de concessão de serviços públicos passou a residir, de acordo com aquele texto legal, precisamente, na transferência, para o concessionário, do risco da exploração associado.⁶⁴

Tendo presente tal conceito, e submetendo-o ao caso em análise, esclarece Pedro Gonçalves⁶⁵ que “caberá ao concessionário desempenhar a atividade concedida de acordo com as exigências de um regular, contínuo e eficiente funcionamento do serviço, devendo adotar, para o efeito, os melhores meios e tecnologias geralmente utilizados no setor elétrico”.

Pois bem, a relação estabelecida entre o ente público concedente e o concessionário privado é, então, regulada pelo contrato de concessão celebrado, sendo ambos titulares de posições ativas e passivas.

Ora, estes contratos atualmente em vigor foram celebrados pelos municípios na sequência do reconhecimento, aquando da aprovação do Decreto-Lei n.º 344-B/82, do direito de propriedade sobre as infraestruturas que compõem as redes de distribuição em BT – concretamente nos termos do n.º 2 do artigo 6.º –, impondo-se o direito dos

⁶¹ Para uma análise do processo conducente à adoção das novas Diretivas e seus principais objetivos, consulte-se Arrowsmith, 2015, pp. 197 e ss., e Caranta, 2015, pp. 391 e ss.

⁶² Esta temática encontra-se devidamente desenvolvida em Moura Ramos, 2016, pp. 105-138.

⁶³ O TJUE vinha até então defendendo que só se está perante uma concessão quando são transmitidos o direito de exploração e o risco de exploração – nesse sentido, consulte-se os acórdãos Stadler, Eurawasser, e ainda, com especial relevo, as conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, apresentadas a 27 de outubro de 2009, Caso C-91/08, *Wall AG*, nas quais o mesmo aponta como característica distintivas entre os contratos de concessão de serviço público e de prestação de serviço público a transferência, no primeiro caso, do risco associado à exploração do serviço para o concessionário (pontos 44 e 48).

⁶⁴ Caranta, 2015, pp. 429 e ss., e ainda Moura Ramos, 2016, p. 114.

⁶⁵ Gonçalves, 2008, p. 154.

mesmos a receberem uma renda, por parte do concessionário, enquanto contrapartida remuneratória pela fruição dos bens municipais afetos à exploração do serviço.⁶⁶ Como referimos, na grande maioria dos contratos de concessão atualmente em vigor celebrados com os municípios portugueses, figura como concessionária a EDP, Distribuição.

Cumprе igualmente referir que a delimitação desta renda é feita nos termos do Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de novembro, tendo em consideração a dimensão de cada município, em termos de consumo e de número de clientes de eletricidade, e, bem assim, um fator de solidariedade territorial, que bonifica a renda dos municípios com menor densidade populacional, sofrendo atualizações anuais que refletem não apenas a inflação, mas também a variação do consumo nos municípios.

A tais contratos, em respeito pelo disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, atual 116.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, foi estipulado um prazo de vigência de 20 anos, contados a partir da data da celebração do mesmo, em conformidade, aliás, com o que havia sido estabelecido no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de setembro, nos termos do qual “os contratos de concessão referidos no artigo anterior serão celebrados pelo prazo de 20 anos, renováveis por iguais períodos de tempo, e a sua denúncia, no termo do prazo ou das suas prorrogações, deverá ser manifestada com uma antecedência mínima de 18 meses”. De acordo com o preceito transcrito, a grande maioria destes contratos foram objeto de renovação automática, encontrando-se próximo, ou até já concluído, um novo prazo de vigência.

Como facilmente se atinge, a inclusão de uma renovação automática – vulgo, direito a uma prorrogação –⁶⁷ tem sido um aspeto bastante criticado pela doutrina,⁶⁸ que aponta, desde logo, a desconformidade deste regime com as normas europeias.

De facto, e sem prejuízo de o diploma legal referido ter sido aprovado em 1982 (antes, portanto, da adesão de Portugal à Comunidade Europeia), é hoje manifesta a incompatibilidade do regime de duração dos contratos aí estabelecido com aquela que vem sendo a posição adotada pelas instituições europeias com vista à implementação de um mercado único, instituições essas que não se mostram, em geral, favoráveis ao prolongamento (ou à excessiva duração) de contratos atribuídos pelos poderes públicos.

E isto porque, como salientam Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira⁶⁹, “a renovação das concessões corresponde a um novo contrato administrativo” que, como tal, deve ser submetido à concorrência do mercado único, sob pena de se verem infringidos os mais elementares princípios da UE, *maxime*, o princípio da concorrência.

⁶⁶ Cfr. Duarte de Campos, Brandão & Pinto, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁷ Adotamos a noção de Freitas do Amaral, de acordo com a qual a prorrogação equivale à ampliação, por um certo período, do prazo de validade do título originário (Freitas do Amaral, 1965, p. 204).

⁶⁸ Torgal, 2011, pp. 219-263.

⁶⁹ Cfr. Gonçalves & Esteves de Oliveira, *op. cit.*, p. 56.

Com efeito, afigura-se de elementar perceção que a imposição de uma denúncia “formal” para fazer cessar a vigência do contrato (sob pena da sua prorrogação automática), sem um prazo limite estipulado, equivale à indeterminabilidade desse mesmo prazo. Como tal, na ausência de um ato expresso e tempestivo de qualquer uma das partes, contratos como aqueles com os quais nos deparamos irão perdurar indeterminadamente no tempo, sem qualquer possibilidade de antecipação do seu *terminus* efetivo.

A este respeito, reveste-se de particular relevância o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da comumente referida Diretiva das concessões (2014/23/UE), de acordo com o qual “Para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos”.

Em conformidade com o ali disposto, tem a doutrina referido que “deve dar-se ao co-contratante tempo suficiente para que ele possa amortizar e remunerar justamente, em condições normais de exploração, o capital investido na realização dos seus encargos”.⁷⁰

Ainda assim, é imperativo referir que a jurisprudência europeia não proíbe a celebração de contratos sem prazo determinado, sendo certo que o TJUE afirmou já, perentoriamente, que “o direito comunitário, no seu estágio atual, não proíbe a celebração de contratos públicos por tempo indeterminado”.⁷¹

Contudo, a celebração de um contrato administrativo sem um qualquer limite temporal revela-se, a nosso ver, incompatível com o princípio da concorrência – comunitário e nacional – bem como, no direito administrativo português, com o princípio da prossecução do interesse público. O mesmo é, aliás, expressamente assumido no considerando (52) da aludida Diretiva, nos termos do qual “A fim de evitar o encerramento do mercado e a restrição da concorrência, importa limitar a duração da concessão”.

Trata-se, de resto, de uma mesma ideia-força expressamente veiculada no exato aresto do TJUE, de acordo com o qual “a prática que consiste em celebrar um contrato por tempo (absolutamente) indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e finalidades das regras comunitárias em matéria de contratos públicos”.⁷²

⁷⁰ Torgal, *op. cit.*, p. 246.

⁷¹ Acórdão Pressetext do TJUE, de 19 de junho de 2008, proc. C-454/06, n.º 74, p. 15.

⁷² Acórdão Pressetext, p. 14. No mesmo sentido, consulte-se o Acórdão Hermul Muller do TJUE, proc. C-451/08, de 25 de março de 2010.

De facto, bem se entende que não pode ficar nas mãos da Administração Pública a possibilidade de inscrever nos contratos por si celebrados uma durabilidade indefinida, pois se assim fosse bastaria o acordo dos contraentes “para se eternizarem as relações contratuais constituídas e se afastar, dessa forma, tão simples, a ‘indesejável’ concorrências dos ‘outros’”.⁷³

Perante o antedito, cumpre realçar que, em nossa opinião, e contrariamente ao que parece estar a preparar-se para acontecer, os contratos de concessão atualmente em vigor não devem prorrogar-se por tempo indeterminado, em face da incerteza e insegurança que tal situação origina na ordem jurídica.

Por outro lado, e perante o atual enquadramento legal da questão, bem se entende que os “novos contratos de concessão” que venham a ser adjudicados deverão omitir a atual referência à prorrogação automática da respetiva vigência, devendo o normativo onde a mesma se encontra preceituada ter-se por revogado pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, porquanto o mesmo já não inclui qualquer referência a essa renovação – cfr. artigo 116.º.

Sem prejuízo do exposto, cumpre rememorar que tais contratos foram objeto de prorrogação, a título excecional, até à entrada em vigor dos novos contratos de concessão – cfr. artigo 8.º da lei n.º 31/2017, de 31 de maio –, sendo que o Decreto-Lei n.º 15/2022 reforça essa intenção no seu artigo 285.º, nos termos do qual “são prorrogados, sem necessidade de ulteriores termos, os contratos de concessão das redes de distribuição de eletricidade em BT, incluindo aqueles para os quais já haja transcorrido o seu prazo” (n.º 1), e, ainda, de acordo com o n.º 2, “A prorrogação operada pelo número anterior tem a duração necessária à efetiva entrada em operação do adjudicatário na operação da concessão, na sequência de concurso público para a sua atribuição”.

Acresce que, enquanto serviço público, as concessões municipais devem ser exercidas em conformidade com um regime de serviço público, cabendo-lhe regulamentar “as vicissitudes da relação contratual, em aspetos como as cauções, a responsabilidade por incumprimento, as multas contratuais, as causas de alteração e de extinção dos contratos, a transmissão e a oneração da concessão e as regras de composição de litígios entre as partes contratuais”,⁷⁴ o que amplifica a sua relevância.

Por seu turno, como contrapartida desta exploração, os concessionários têm direito a uma remuneração, fixada nos termos do Regulamento Tarifário, que assegure o respetivo equilíbrio económico-financeiro nos termos de uma gestão eficiente.⁷⁵

Por outro lado, como contrapartida remuneratória da atribuição do direito de exploração, os municípios gozam do direito a uma renda paga, naturalmente, pelo

⁷³ Pacheco Amorim, 2013, p. 23. No mesmo sentido, precisamente a respeito dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica em BT, Marques & Marques Mendes, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ Cfr. Gonçalves, 2008, p. 158.

⁷⁵ Cfr. Marques & Marques Mendes, *op. cit.*, p. 58.

concessionário. Sucede que, na medida em que se trata de um valor repercutido nos preços da eletricidade, a sua determinação encontra-se sujeita à intervenção da entidade reguladora.⁷⁶

Quanto à questão de saber o que acontece aos bens da concessão na transição entre concessionárias, cumpre referir que o Decreto-Lei n.º 334-B/82 determina que o concedente fica obrigado a pagar ao concessionário o valor líquido do património próprio das entidades concessionárias, sendo constituída uma Comissão a quem cumpre fixar o *quantum* indemnizatório – cfr. n.º 2 do artigo 7.º.

Note-se que os bens afetos às concessões de distribuição de eletricidade em BT não se reconduzem apenas aos ativos físicos localizados na respetiva área da concessão, e, de resto, muitos destes bens são comuns a outras atividades de distribuição em média e alta tensão, pelo que desde já se adivinha que esta transferência é suscetível de gerar dificuldades acrescidas na relação entre o concedente e o concessionário quando surgir a necessidade de “liquidação da concessão”, situação que se estende também a trabalhadores e contratos de prestação de serviços, tendo, aliás, sido público e notório o recorrente protesto por parte dos municípios sobre a falta de informação da concessionária quanto a estes ativos.⁷⁷

Não se olvide que a falta de informação impede os concedentes de decidirem informadamente sobre qualquer das opções de que dispõem, sendo que, sem o reporte dos respetivos ativos, é impossível efetuar uma avaliação técnica e económica fidedigna da correspondente concessão.

Tendo assentado os traços gerais do modelo concessório aplicável a esta tarefa pública, cumpre reforçar que ao mesmo se associam, a nosso ver, benefícios evidentes que devem ser apreciados e devidamente ponderados pelo ente público a quem foi confiada esta atribuição.

Com efeito, a concessão da grande maioria das redes de distribuição a uma mesma empresa – à semelhança do que se verifica atualmente num mercado como o da distribuição de eletricidade (caracterizado, recorde-se, pela existência de monopólios naturais que impedem a duplicação de infraestruturas) – permite a implementação de um modelo de economia de escala, com os benefícios advenientes e que não podem ser desconsiderados.

Por outro, adivinham-se os elevados custos financeiros relacionados com esta atividade, não apenas pela necessidade de adaptar a rede vigente a soluções mais eficientes e energeticamente mais amigas do ambiente⁷⁸, como, também, de amortizar o

⁷⁶ Cfr. Gonçalves, 2008, p. 158.

⁷⁷ Sobre esta falta de informação, *vide* Pacheco de Amorim, 2019, pp. 47 e 48.

⁷⁸ Conforme refere a Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2020, pp. 96 e 97, e ainda Vasconcelos, 2018, p. 7.

investimento do anterior concessionário. E isto, naturalmente, tendo presente a proibição vigente de repercussão de tais custos nas tarifas da eletricidade cobradas aos consumidores.

A esta exigência financeira acresce a elevada complexidade técnica, que é colmatada pela posse, pelos atuais concessionários privados, de um *know-how* que permite fazer (muito) mais, como (muito) menos recursos, *know-how* esse que não se afigura partilhável pelos municípios, e que passa desde logo, pela experiência na gestão de uma atividade da qual as autarquias estiveram apartadas nas últimas décadas.

E isto porque, como referimos na breve descrição deste modelo de gestão, a celebração de um contrato de concessão tem como principal vantagem a transferência do risco associado à exploração desta atividade para um privado que explora o serviço às suas próprias custas, sendo a remuneração garantida pela cobrança de uma taxa paga pelos utentes do mesmo serviço. A lógica é, pois, a de obter ganhos de escala e eficiência económica, ao mesmo tempo assegurando a equidade e coesão territorial.^{79 80}

É evidente que estes são aspetos de curial importância que devem ser ponderados pelos municípios aquando do momento azado para a escolha do modelo de gestão a adotar.

B. Gestão pública direta: através de serviços municipais ou municipalizados

A Lei n.º 31/2017 inclui referências expressas a um a outro modelo de gestão, concretamente, a opção pela gestão direta desta atividade por parte do próprio município, como é o caso do veredito no n.º 1 do artigo 4.º e no n.º 8.º deste diploma.

Como sabemos, tal liberdade optativa resultava já anteriormente do disposto no Decreto-Lei n.º 344/82, que, no seu artigo 1.º, preceituava que “A distribuição no continente de energia eléctrica em baixa tensão compete aos municípios, os quais podem exercê-la em regime de exploração directa ou em regime de concessão”.

Ante o exposto, resulta claro que dispõem os municípios de discricionariedade no que se prende com a opção pelo melhor modelo de gestão a adotar. Posição diversa, insiste-se, não apenas brigaria com o texto legal, como se afiguraria violadora, *inter alia*, do já aludido princípio da autonomia do poder local.

⁷⁹ Marques & João Marques Mendes, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰ Resulta do estudo da ERSE quando à delimitação das áreas territoriais dos concursos para a atribuição de concessões de distribuição de eletricidade em baixa tensão, que a esmagadora maioria dos EM dispõem apenas de um único operador das redes de distribuição de energia em BT – recurso disponível em www.erse.pt.

Ora, a gestão direta reporta-se, assim, à atividade que é diretamente desenvolvida pela própria pessoa jurídica do município ou da associação de municípios, através de serviços municipais ou municipalizados.⁸¹

A possibilidade de recurso a serviços municipalizados com vista à distribuição de energia elétrica em BT encontra-se expressamente prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o RJAEI.

Conforme dispõe o n.º 2 do artigo 8.º deste diploma, tais serviços integram a estrutura organizacional do município, sendo que a sua criação se encontra dependente da prossecução, por parte dos mesmos, de atribuições municipais que fundamentem a respetiva gestão sob a forma empresarial – cfr. n.º 3 do artigo 10.º.

Neste caso é ao próprio município que passa a caber atuar como operador de rede em BT, assumindo, naturalmente, todos os direitos e obrigações associados a tal qualidade, incluindo o relacionamento com a ERSE, devendo, como tal, garantir a prestação de todos os serviços de rede definidos na lei e nos regulamentos, podendo, ainda assim, subcontratar serviços a terceiros.

Por seu turno, nada obsta a que mais do que um município opte por convergir os seus serviços, internalizando a atividade em apreço e optando pela atribuição da mesma a serviços intermunicipalizados, autónomos, mas comuns a vários municípios.

Bem se entende que tal exercício conjunto permitiria alcançar vantagens evidentes ao nível da eficiência económica na prossecução de uma atividade como aquela sobre a qual incide a presente análise, ao estender um esforço de gestão conjunta a um mais amplo território.

Como facilmente se intuirá, um dos aspetos que condicionam, de forma determinante, a opção pela gestão direta desta atividade prende-se com a ausência, nesse caso, do recebimento de uma renda anual. Com efeito, correspondendo a renda a uma remuneração da concessão de distribuição de eletricidade em BT, deixando de haver concessionário a beneficiar de bens municipais, deixa de haver pagador e, consequentemente, também motivo para o respetivo pagamento. Tal raciocínio encontra, aliás, expressa consagração legal no ponto 7 da Resolução de Ministros n.º 5/2018.

A doutrina tem referido algumas desvantagens associadas à prossecução desta concreta atividade através dos próprios serviços (inter)municipais, que se prendem com

⁸¹ A principal diferença reporta-se, primordialmente, ao grau de autonomia administrativa e financeira reconhecida a estes serviços, que é mais elevado no caso dos serviços municipalizados em comparação com os serviços municipais – isto sem prejuízo de ambos se incluírem nos serviços integrados no respetivo município. Para maior desenvolvimento desta matéria, *vide* Caetano, 1980, pp. 347 e ss.

o elevado esforço ao nível do investimento económico que a gestão destas redes implica e, bem assim, a já identificada ausência de *know-how*.⁸²

Acresce, outrossim, como desvantagem, o encargo decorrente da obrigação de absorção, pelos municípios, dos trabalhadores do concessionário ligados, até aqui, à exploração destes serviços, com salvaguarda dos respetivos direitos laborais constituídos.⁸³ Ainda assim, e em contraponto a esta linha argumentativa, tem alguma doutrina realçado que, “relativamente à falta de preparação técnica, importa reportarmo-nos ao estudo apresentado pela ERSE, que menciona que os trabalhadores da EDP têm vindo a diminuir e que a empresa tem vindo progressivamente a sustentar-se nesta matéria em *outsourcing*. Estas empresas, que têm vindo a ser contratadas pela EDP, não vão acabar com as concessões. Estas empresas vão continuar no mercado e poderão colmatar qualquer deficiência, em termos de conhecimentos técnicos que os municípios possam ter”.⁸⁴

Ainda assim, e sem prejuízo do que vem de referir-se a tal respeito, o certo é que os dados partilhados pelo principal concessionário permitem afiançar que, ainda que juridicamente possível, a opção por este modelo de gestão se antevê como financeiramente inviável.⁸⁵ De facto, em face dos elevados níveis de consumo exigidos para garantir algum tipo de eficiência e racionalidade económica, face aos custos de exploração associados a esta atividade, impõe-se concluir que este modelo não oferece, tudo visto e ponderado, vantagens reais consideráveis que permitam caracterizá-lo como um modelo de gestão alternativo e viável à exploração da atividade que aqui nos ocupa.

C. Gestão pública indireta: constituição de uma empresa (inter)municipal

Uma vez analisados os dois modelos de gestão merecedores de referência expressa no diploma legal sob escrutínio – a Lei n.º 31/2017 – cumprirá, agora, aferir a possibilidade jurídica de optarem os municípios pela atribuição desta tarefa pública a uma empresa local.

Por outras palavras, pretendemos aquilatar da conformidade com o regime legal vigente da constituição de uma empresa municipal ou intermunicipal cujo objeto social se prenda, essencialmente, com a distribuição da energia elétrica em BT, garantindo, em nome e em estrita dependência dos municípios acionistas, a prestação deste serviço.

⁸² Pires, 2019.

⁸³ Tavares da Silva, 2018.

⁸⁴ Pinto de Almeida, 2019, p. 70.

⁸⁵ Macedo, 2019, pp. 63-70.

Como bem aponta a doutrina que vimos acompanhando⁸⁶, a opção por constituir uma empresa (inter)municipal incumbida de prestar a tarefa em causa decorre, primeiramente, da própria Constituição, na qual se encontram ínsitos os princípios da livre iniciativa económica municipal e da autonomia de organização das autarquias locais, mas também da legislação nacional que concretiza tais princípios, ali tão genericamente enunciados, como sejam a lei das autarquias locais e o regime jurídico do setor empresarial local.⁸⁷

Contudo, eximiu-se o legislador ordinário de incluir referência expressa a este modelo de gestão, limitando-se a contrapor à possibilidade de concessionarem o desenvolvimento desta atividade a um privado a assunção da mesma pelos próprios serviços internos do município através de um modelo de gestão direta ao qual nos reportámos já *supra*.

Ora, em sentido rigoroso, o modelo de exploração com recurso a uma empresa municipal ou intermunicipal reporta-se a uma modalidade de gestão indireta, na medida em que se afasta daquela que é assegurada e desenvolvida pela própria pessoa jurídica do município.

Como tal, referimo-nos, agora, aos casos em que gestão do serviço público é confiada a entidades empresariais públicas, pessoas coletivas de direito público de tipo institucional e de substrato empresarial, de gestão predominantemente submetida ao direito privado.⁸⁸

Nesse sentido, assumem Francisco Paes Marques e João Marques Mendes⁸⁹ não ter dúvidas sobre a possibilidade de serem “criadas empresas locais que tenham por objeto a distribuição de energia elétrica em baixa tensão nos termos do regime do setor empresarial local (alínea g), artigo 45.º da Lei 50/2012, de 31 de agosto)”. Em conformidade se pronuncia, também, Pedro Costa Gonçalves⁹⁰, entendendo que o facto de a Lei n.º 31/2017 apenas referir como alternativa ao concurso público a gestão direta, não pode, ainda assim, ser considerada como uma limitação implícita à modalidade de gestão por empresa local.

De acordo com o artigo 6.º do RJAEEEL, a constituição de empresas locais implica a correspetiva fundamentação na melhor prossecução do interesse público e, bem assim, na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta face à especificidade técnica e material da atividade a desenvolver.

⁸⁶ Cfr. Pacheco de Amorim, 2019, p. 46; Magalhães, *op. cit.*, pp. 80 e ss.

⁸⁷ Referimo-nos, naturalmente, ao CCP, bem com o à Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, revogando as Leis n.ºs 53-F/2006, de 29 de dezembro, e 55/2011, de 15 de novembro.

⁸⁸ Gonçalves, 2007, p. 82. Sobre as vantagens à gestão económica das empresas públicas, concretamente à sua economicidade, eficácia e planeamento, *vide*, Cabral de Moncada, 1988, pp. 23-27.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 21, e ainda Magalhães, *op. cit.*, p. 81.

⁹⁰ No sentido da possibilidade de gestão por empresa local, cf. Pacheco de Amorim, 2019, pp. 45 e ss.

Como é consabido, a constituição de uma empresa local mostra-se compatível com diferentes soluções, adotando uma “geometria variável”⁹¹, que comporta modelos distintos de organização à disposição dos municípios.⁹²

De facto, não nos cingimos tão somente à possibilidade de constituir uma empresa municipal cujo objeto se prenda com a assunção da tarefa de distribuição de energia elétrica em BT à população municipal, devendo, antes sim, contemplar a possibilidade de associações de municípios ou as áreas metropolitanas participarem na atividade empresarial local – nesse sentido, confira-se o artigo 2.º do RJAEL.

Perante o antedito, é nosso entendimento que nada impede que os municípios se associem num dos diferente modelos previstos e regulados por este diploma, RJAEL, sem prejuízo da lacuna em que parece ter incorrido o legislador na Lei n.º 31/2017, ao omitir qualquer referência a este modelo de gestão, constituindo uma empresa cujo objeto social se veja necessariamente circunscrito à exclusiva exploração de uma atividade de interesse económico geral (*in casu*, a distribuição de energia elétrica em BT no espaço territorial dos municípios participantes), ou à promoção do desenvolvimento local e regional, de forma tendencialmente autossustentável.

Ademais, como aludem Francisco Paes Marques e João Marques Mendes,⁹³ “Nada impede que capitais privados, minoritários ou não, integrem o capital social da empresa local. Condição essencial será apenas a de que as entidades públicas participantes possam nela exercer, de forma direta ou indireta, uma influência dominante (artigo 19.º)”. O preceito legal para o qual reportam os autores estatui os ditames gerais que imperam sobre esta matéria, dos quais ressalta, sem prejuízo dos demais aspetos, que a classificação de uma instituição como empresa local dependerá da possibilidade de exercício, por parte das Entidades Públicas Participantes, de uma influência dominante sobre esta última.

Ora, tendo presente o objeto social no qual se insere a atividade desenvolvida pela empresa intermunicipal a que hipoteticamente nos referimos, dúvidas não restam de que nos encontraríamos perante uma empresa local de gestão de serviços de interesse geral, a qual, em cumprimento dos princípios orientadores da atividade prosseguida por estas pessoas coletivas elencados no artigo 46.º, estaria instituída na obrigação legal de garantir a universalidade e continuidade dos serviços, a satisfação das necessidades básicas e proteção dos utentes e a coesão económica e social.

No demais, e conforme resulta evidenciado no artigo 34.º desta lei, tal empresa deteria a liberdade de desempenhar a sua atividade a par da de outros operadores

⁹¹ A expressão é de Marques & Marques Mendes, *op. cit.*, p. 21.

⁹² Pacheco de Amorim, 2000, pp. 27 e ss.

⁹³ *Op. cit.*, p. 21.

económicos, de outras áreas territoriais, em livre concorrência de mercado, obedecendo sempre ao disposto no regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, bem como na lei comercial, nos seus estatutos e, por fim e subsidiariamente, no regime jurídico aplicável ao setor empresarial do Estado.

De notar que, sem prejuízo da natureza jurídica adotada por uma empresa local como a que vimos de descrever, sempre o seu enquadramento na estrutura estadual não a exclui, *a priori*, do âmbito de aplicação do CCP.

Com efeito, é de sublinhar que as regras que compõem o designado Direito dos Contratos Públicos – em particular aquelas que visam regular o procedimento de formação dos contratos públicos – veem o seu âmbito de aplicação restringido à decisão pública de externalização de determinada tarefa.

Referimo-nos, como facilmente se intui, às comumente designadas relações *in house*, as quais, conforme se depreende da própria terminologia, se reportam à atividade de autossatisfação das necessidades estaduais, *i.e.*, na resposta aos anseios impostos pelo interesse público através dos próprios recursos da Administração Pública, sem necessidade de recorrer a qualquer fator de externalização.

No caso concreto, consubstanciaria uma relação *in house* a ligação contratual estabelecida entre as entidades públicas participantes e a empresa intermunicipal por elas constituída.⁹⁴

Do mesmo modo, temos por juridicamente admissível a constituição de uma empresa intermunicipal por todos os municípios do continente que se deparam, no atual contexto, com a necessidade de optar pela melhor solução organizativa a adotar para a exploração dos serviços de distribuição de energia elétrica em BT.

Com efeito, ambas as soluções organizativas encontram respaldo legal no RJAEL. De acordo com o artigo 19.º, já por nós referido, são “pessoas coletivas de direito privado, com natureza municipal, intermunicipal ou metropolitana, consoante a influência dominante prevista no n.º 1 seja exercida, respetivamente, por um município, dois ou mais municípios ou uma associação de municípios, independente da respetiva tipologia, ou uma área metropolitana”.

Ora, como bem se alcança da leitura de tal normativo, o legislador não optou por estabelecer um número máximo de municípios que poderão integrar uma empresa intermunicipal, antes exigindo tão somente que a constituição de tal empresa seja fundamentada na melhor prossecução do interesse público e na conveniência de uma gestão subtraída à gestão direta, como refere o artigo 6.º deste diploma.

⁹⁴ Requisitos previstos no n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP. Note-se que da leitura concatenada dos artigos 1.º-A e 5.º-B do CCP, a celebração de contratos ao abrigo do regime brevemente descrito não deixa, contudo, de se encontrar sujeita aos princípios gerais aplicáveis à atividade administrativa, bem como aos princípios gerais da contratação. Neste sentido, por todos, *vide* Ferreira, 2013, pp. 142 e ss.

Esta opção legislativa vai ao encontro da própria natureza das empresas locais que visam, precisamente, a exploração de atividades de interesse geral, como refere o n.º 1 do artigo 20.º do mesmo diploma. A manifesta existência de um interesse geral comum a mais do que um município – *maxime*, a todos os eles – sempre iria ao encontro da possibilidade de ser constituída uma empresa intermunicipal à qual fosse atribuída, por concessão, a exploração da atividade de distribuição da energia elétrica de todo o território continental.

Deste modo, a constituição de uma empresa intermunicipal com tal objeto sempre assumiria a forma de empresa local de gestão de serviços de interesse geral, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea g) do artigo 45.º do RJAEL.

É neste contexto que se tornam manifestas a necessidade e a vantagem em ver, nesta área, desenvolvidos projetos comuns, como seja a criação de uma empresa intermunicipal, com o propósito de obter ganhos transversais de eficiência, eficácia e economia para todos os municípios que a integram, num espírito de coesão e de igualdade a nível intermunicipal.

A constituição de uma empresa local nestes termos, leia-se, por todos os municípios, visaria obter, para além das poupanças diretas, outro tipo de racionamento, relacionado com a diminuição da necessidade de afetação dos recursos internos ao decorrer dos procedimentos de contratação e da gestão de múltiplos contratos, não deixando de assegurar adequados níveis de qualidade e universalidade, bem como a obtenção de poupanças evidentes a este nível.

Tudo isto uma vez cumpridos, naturalmente, os trâmites referidos no artigo 32.º do RJAEL, designadamente os estudos de viabilidade económico-financeira e a avaliação da racionalidade financeira, passando, concretamente, pela identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial (por oposição às demais alternativas legais).

Com efeito, a constituição de uma única empresa responsável por assegurar a exploração da atividade de distribuição de energia elétrica em BT permitiria evidentes vantagens ao nível da gestão de contratos nesta matéria, bem como da partilha de meios e infraestruturas alocadas a tal tarefa. Este aspeto reveste-se de particular importância uma vez tomadas em consideração as ampliadas diferenças entre os vários municípios no que respeita, designadamente, à sua capacidade técnica e financeira, bem como aos meios humanos e materiais disponíveis.

Atente-se, por outro lado, como refere Pinto de Almeida⁹⁵, que, uma vez comparados os proveitos permitidos (no valor de cerca de 680 milhões) e o valor de

⁹⁵ Pinto de Almeida, *op. cit.*, p. 69.

custos suportados pela EDP (e levando na devida linha de conta as rendas a pagar aos municípios), os lucros associados a esta exploração rondam os 45 milhões de euros.

Contudo, na medida em que não são disponibilizados dados que permitam distribuir esses lucros por município, é apenas possível afirmar que esta opção se afigura vantajosa quando prosseguida em conjunto por um elevado número de municípios, devendo ser considerada como alternativa válida e recomendável quando analisada por reporte ao conjunto dos municípios.

Por seu turno, e para além de contribuir para a propagação e enraizamento da vida democrática local, este modelo permite, do mesmo passo, combinar a uniformidade legislativa, própria de um estado unitário como é o português, com a diversidade dos problemas e interesses de cada comunidade local.⁹⁶

Ademais, apesar de a legislação vigente não regular, como já referimos, um modelo de gestão delegada, a verdade é que da mesma resulta uma clara intenção de centralização desta tarefa, fundamentada nos repetidos alertas dos especialistas atendendo aos elevados custos estruturais que com a mesma se relacionam.

Em suma, crê-se que, tudo visto e ponderado, a adoção de tal modelo e a criação de uma empresa nos termos que temos vindo a preconizar asseguraria “o melhor de dois mundos”, pois se, por um lado, permitiria que sejam os municípios a tomar sobre si o verdadeiro poder-dever de exercício das suas atribuições, por outro, permitiria obter relevantes benefícios de economia de escala a que de outra forma não poderiam aspirar, sem, no entanto, comprometer por nenhuma forma a prevalência da autonomia local.

No que se refere à questão da manutenção da obrigação do pagamento de uma renda aos municípios, no caso de a tarefa de distribuição de energia elétrica em BT vir a ser assegurada por uma empresa local, de cariz municipal ou intermunicipal, e não por uma empresa privada concedente, haverá que esclarecer o seguinte.

Como referimos, as rendas pela concessão mantêm uma ligação sinalagmática entre o seu pagamento e a utilização de bens municipais, implicando, assim, a total isenção do pagamento de taxas pela utilização desses bens, conforme dispõe o n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 230/2008.

Como tal, no modelo de gestão que temos vindo a preconizar – da constituição de uma empresa intermunicipal – mantém-se, logicamente, a existência de um “concessionário formal”, que retira benefício da utilização de bens municipais. Trata-se, portanto, de um pagador distinto da pessoa do receptor, pelo que se conserva o fundamento para que o referido pagamento continue a ser devido, ligado que está, em

⁹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre as vantagens apontadas à descentralização política administrativa, vide Montalvo, *op. cit.*, pp. 72 e ss., e doutrina aí citada.

sinalagma, à disponibilização de tais bens municipais por parte dos municípios a uma entidade que é, juridicamente, um terceiro que atua em concorrência no mercado.

Nesse sentido, esta entidade deverá, por um lado, assumir os custos com a utilização de infraestruturas que em rigor não lhe pertencem, e, por outro, repercuti-los também nas tarifas a cobrar aos utentes, em situação de paridade com o que sucede com as empresas privadas congêneres, a fim de assegurar a prossecução do escopo lucrativo por definição subjacente à respetiva atividade social.

De outra forma, bem se intui que estaríamos perante uma limitação, inadmissível ao já enunciado, princípio fundamental da autonomia do poder local, condicionado a livre escolha dos municípios através de um claro, mas aparentemente inconstitucional, favorecimento pelo modelo da concessão.⁹⁷

Por fim, ressalve-se que, de acordo com os princípios fundamentais da Lei n.º 31/2017, da solução a implementar não podem resultar custos acrescidos a repercutir nos consumidores.

É neste cenário, aqui liminarmente gizado, que devem os municípios ponderar, também, a opção por este modelo de gestão.

⁹⁷ Duarte de Campos, Brandão & Pinto, 2019, pp. 46-47.

V. Conclusão

À guisa de conclusão, estando próximo o termo do prazo de vigência da esmagadora maioria das concessões municipais (na sua quase totalidade à EDP), cabe aos municípios decidir sobre a solução organizativa mais adequada para os seus interesses, e para os das suas populações, no que à matéria de distribuição da energia elétrica em BT diz respeito.

Nessa senda, ou retomam a gestão (direta) desta atividade no respetivo território, ou escolhem, por concurso, um novo concessionário, em conformidade com o definido na Lei n.º 31/2017.

Sem prejuízo de serem estes os únicos modelos de gestão dos quais cuidou o legislador de fazer expressa referência na Lei n.º 31/2017, de 31 de maio, não devem os municípios eximir-se ou, por qualquer forma, inibir-se de ponderar outras opções organizativas que podem apresentar evidentes vantagens para o interesse público prosseguido. Bem pelo contrário, entendemos mesmo que tal ponderação consubstancia, *in casu*, um verdadeiro poder-dever das autarquias.

Como tal, finda a breve exposição que se levou a cabo em torno dos diferentes modelos de gestão de entre os quais podem os municípios optar com vista a assegurar este serviço público, cremos que merece ponderosa reflexão a opção pela gestão através de empresa local, de natureza intermunicipal, empresa essa que poderá deter capitais exclusivamente públicos ou capitais mistos.

Com efeito, esta opção permite aos municípios criar economias de escala, diminuindo os custos e encargos adstritos a uma atividade cuja gestão antevêjam como particularmente onerosa, incumbindo uma entidade terceira de a prosseguir sem, contudo, se alienarem da sua prossecução, não abdicando do seu direito a receber uma renda, e mantendo sempre a desejável proximidade de uma tarefa eminentemente pública do seu primário atribuidor.

VI. Referências bibliográficas

Monografias e artigos científicos

- AROSO DE ALMEIDA, M. (2012). *Teoria geral do direito administrativo: Temas nucleares*. Coimbra: Almedina.
- ARROWSMITH, S. (2015). *The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. I, 3.^a ed. Sweet & Maxwell.
- CAETANO, M. (1974). Subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos. In *Estudos de Direito Administrativo*. Edições Ática.
- CAETANO, M. (1980). *Manual de direito administrativo*, vol. I, 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CABRAL DE MONCADA, L. (1988). *A empresa pública e o seu regime jurídico: Aspetos gerais*. Coimbra.
- CABRAL DE MONCADA, L. S. (2009). *A relação jurídica administrativa*. Coimbra Editora.
- CAMERON, P. (2007). *Competition in energy markets. Law and regulation in the European Union*, 2.^a ed. New York City: Oxford University Press.
- CARANTA, R. (2015). The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2. Kluwer Law International.
- COLAÇO ANTUNES, L. F. (2016). *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina.
- CHEBEL-HORSTMANN, N. (2006). *La régulation du marché de l'électricité. Concurrence et accès aux réseaux*. Col. Logiques juridiques, L'Harmattan.
- COURIVAUD, H. (2004). *La concession de service public "à la française" confrontée au droit européen*. Association Internationale de Droit Economique.
- CHAPUS, R. (1997). *Droit administratif général*, vol. 1, 11.^a ed. Paris: Montchrestien.
- DUARTE DE CAMPOS, D., BRANDÃO, J. & VASCONCELOS PINTO, R. (2019). Os (novos) desafios das concessões municipais de distribuição de eletricidade em baixa tensão – Breve apreciação crítica da Lei n.º 31/2017, de 31 de outubro. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6. Lisboa: AAFDL.
- FERREIRA, T.D. (2013). *Contratação in house*. Coimbra: Almedina.
- FREITAS DO AMARAL, D. (2016). *Curso de direito administrativo*, vol. I, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- FREITAS DO AMARAL, D. (1965). *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa: Coimbra Editora.
- FREITAS DO AMARAL & TORGAL, L. (2002). Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: Da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In *Estudos sobre concessões e outros atos da Administração (Pareceres)*. Coimbra: Almedina.
- FREITAS DO AMARAL & TORGAL, L. (2002). Concessão de serviços públicos estaduais: da atribuição por ajuste directo do serviço de apoio à contratação electrónica. In *Estudos sobre concessões e outros atos da Administração (pareceres)*. Coimbra: Almedina.

- GOMES, C.A. (2010). O regime jurídico da produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis: aspectos gerais. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. I. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- GONÇALVES, P.C. (2010). Estado de garantia e mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII.
- GONÇALVES, P.C. (2019). Gestão das redes municipais de distribuição de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6. Lisboa: AAFDL.
- GONÇALVES, P.C. & LOPES MARTINS, L. (2004). Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In Vital Moreira (org.), *Estudo de Regulação Pública – I*. Col. Direito Público e Regulação n.º 5. CEDIPRE, Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P.C. & ESTEVES DE OLIVEIRA, M. (2011). *As concessões municipais de distribuição de electricidade*. Col. Direito Público e Regulação, n.º 1. CEDIPRE, Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. (2008). *Regulação, electricidade e telecomunicações, estudos de direito administrativo da regulação*. Col. Direito Público e Regulação, n.º 7. CEDIPRE, Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. (2007). *Regime jurídico das empresas municipais*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, P. (1999). *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina.
- GOUVEIA, R. (2001). *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Col. Direito Público e Regulação, n.º 2. CEDIPRE, Coimbra Editora.
- GOMES CANOTILHO, J.J. (1980). *Direito constitucional*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- GUIMARÃES, A.L. (2019). O exercício das atribuições municipais em matéria de distribuição de electricidade em BT em três passos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6. Lisboa: AAFDL.
- MACEDO, L.M. (2019). Distribuição de energia em baixa tensão: os novos contratos de concessão – A realidade (inter)municipal como ponto de partida. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord). *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.
- MAGALHÃES, R.M. (2019). A gestão indireta da energia em baixa tensão: das concessões municipais à preferência pela gestão empresarial local. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord). *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.
- MARQUES, F.P. & MARQUES MENDES, J. (2021). *A distribuição municipal de electricidade, Anotações à Lei n.º 31/2017, de 31 de maio*. Lisboa: AAFDL.
- MONTALVO, A.R. (2003). *O processo de mudança e o novo modelo da gestão pública municipal*. Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, V. & GOMES CANOTILHO, J.J. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 1.ª ed. rev. Coimbra Editora.
- MOREIRA, V. (2004). Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral. In Vital Moreira (org.), *Estudos de regulação pública – I*. Col. Direito Público e Regulação, n.º 5. CEDIPRE, Coimbra Editora.

PACHECO DE AMORIM, J. (2019). As mudanças decorrentes do término das concessões municipais da distribuição em baixa tensão. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

PACHECO DE AMORIM, J. (2000). *As empresas públicas no direito português, em especial, as empresas municipais*. Coimbra: Almedina.

PACHECO DE AMORIM, J. (2013). O princípio da temporalidade dos contratos públicos, Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In P. Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – IV*. CEDIPRE, Coimbra Editora.

PEÇAS LOPES, J.A. (2019). Reflexões sobre as concessões das redes de distribuição de eletricidade em baixa tensão. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

PINTO DE ALMEIDA, J. (2019). A gestão directa pelos municípios: vantagens e desvantagens. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

PIRES, J. (2019). A vertente económico-financeira da distribuição em baixa tensão. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

RAMOS, V.M. (2016). A Directiva 2014/23, da União Europeia, relativa à adjudicação de contratos de concessão. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12. CEDIPRE.

SANTOS, F.M. (2019). Perspetivas regulatórias sobre o futuro da distribuição de eletricidade em baixa tensão. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

SANTOS, F.M. (2019). As concessões no sistema elétrico nacional no quadro da regulação económica institucionalizada. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6. Lisboa: AADFL.

TAVARES DA SILVA, S. (2011). *Direito da energia*. Coimbra Editora.

TAVARES DA SILVA, S. (2019). O novo regime jurídico para a distribuição de energia elétrica em baixa tensão: Breve apontamento crítico. In J. Pacheco de Amorim & C.J. Batalhão (coord.), *Os municípios e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*. Braga: AEDREL.

TAVARES DA SILVA, S. (2018). O novo regime jurídico para a distribuição de energia elétrica em baixa tensão: Breve apontamento crítico. *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 19. Braga: AEDREL.

TAVARES DA SILVA, S. & VICENTE, M. (2017). A nova política europeia em matéria de energias renováveis e a proteção dos investidores. In S. Tavares da Silva (org.), *Estudos de direito da energia*, n.º 0. Imprensa da Universidade de Coimbra.

TORGAL, L. (2011). Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviço públicos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1. CEDIPRE.

VASCONCELOS, J. (2006). *Anos-luz. A regulação da energia eléctrica em Portugal*. Lisboa: Entrelinhas.

VILHENA DE FREITAS, L. (2012). *Direito administrativo da energia*, 2.^a ed. Lisboa: AADFL.

Documentos governamentais e literatura cinzenta

ERSE (2018). *Guia sobre a distribuição de energia elétrica em baixa tensão*, disponível em www.erse.pt.

ERSE (2019). *Delimitação das áreas territoriais dos concursos para a atribuição de concessões de distribuição de eletricidade em baixa tensão ao abrigo da Lei n.º 31/2017*, disponível em www.erse.pt.

ERSE (2019). *Concessões de distribuição de eletricidade em BT, Propostas para as peças tipo dos procedimentos de atribuição das concessões ao abrigo da Lei n.º 31/2017*, disponível em www.erse.pt.

SANTOS, F.M. (2021). *Temas de energia, reflexões de direito da energia*, disponível em www.erse.pt.

VASCONCELOS, J. (2018). Comissão Parlamentar de Inquérito ao Pagamento de Rendas Excessivas aos Produtores de Eletricidade, Resolução da Assembleia da República n.º 126/2018, de 17 de maio, disponível em www.parlamento.pt.

Dissertações de doutoramento

TAVARES DA SILVA, S. (2009). *O sector elétrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LOPES MARTINS, L. (2014). *Empreitada de obras públicas: O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina.

Referências jurisprudenciais

- Acórdão Stadler do TJUE, proc. C-274/09, 10 de março de 2011;
- Acórdão Eurawasser do TJUE, proc. C-206/08, 10 de setembro de 2009;
- Acórdão Pressetext do TJUE, proc. C-454/06, n.º 74, 19 de junho de 2008;
- Acórdão Hermul Muller do TJUE, proc. C-451/08, de 25 de março de 2010.

A licença parental complementar:
alguns problemas de aplicação

Cláudia Sofia Bastos Moreira

Sob orientação da Professora
Doutora Catarina Oliveira de Carvalho

Dedico esta tese aos meus pais, que com muito esforço me permitiram chegar aqui, e à minha orientadora, que comigo partilhou o desejo de sucesso e de tudo fez para me ajudar a tentar alcançá-lo.

Indicações de leitura

As referências bibliográficas serão citadas pelo apelido do autor e ano de publicação das obras em questão, sendo seguidamente indicadas as páginas na quais se poderão encontrar os excertos citados.

As citações de obras estrangeiras serão feitas em português, sendo a respetiva tradução da nossa responsabilidade.

Caso sejam mencionadas obras do mesmo autor e com o mesmo ano de publicação, as mesmas serão diferenciadas através de letras.

A bibliografia final apresentará, de forma completa e ordenada alfabeticamente tendo em conta o apelido do autor, todas as obras consultadas e citadas.

A jurisprudência nacional e europeia utilizada na presente dissertação poderá ser consultada em <http://www.dgsi.pt/> e em <https://eur-lex.europa.eu/>, respetivamente. Neste último link poderão ainda ser consultados todos os demais diplomas europeus a que se venha fazer referência.

Os dados estatísticos recolhidos pelo Instituto Nacional de Estatística, e que aqui se mencionam, foram extraídos do sítio eletrónico <https://www.ine.pt/>.

Resumo

A presente dissertação debruçar-se-á sobre a licença parental complementar, mais concretamente, em torno da sua configuração legal no ordenamento jurídico português, o qual será analisado em justaposição com o direito da União Europeia. Fruto do parco desenvolvimento legislativo e doutrinal sobre a licença em apreço, vários são os problemas levantados em torno da sua (correta) aplicação. Assim, procuraremos, no correr do presente trabalho, depois de analisada a sua origem e evolução, explicar o seu regime jurídico, por modo a equacionar e entender esses possíveis problemas, os quais podem, inclusive, evidenciar a falta de conformidade de Portugal com as orientações europeias a que está adstrito nesta matéria.

Palavras-chave: licença parental complementar; parentalidade; conciliação entre a vida familiar e profissional; direito da União Europeia.

Abstract: The present dissertation will pore over parental leave, more specifically, around its legal configuration in the Portuguese legal system, which will be analysed in juxtaposition with European Union law. Resulting from the poor legislative and doctrinal development about the leave in appreciation, there are many problems in what concerns its (accurate) application. Thus, in the course of the present work, and after having analysed its origin and evolution, we will seek to explain the Portuguese legal regime to equate and understand said problems, which may, furthermore, indicate Portugal's lack of conformity with European guidelines in this matter.

Keywords: parental leave; parenthood; conciliation between family and professional life; European Union law.

Lista de siglas e abreviaturas

AAE	Associação Americana de Economia
Ac	Acórdão
Al	Alínea
Art.	Artigo
BTE	Boletim do trabalho e emprego
CAP	Confederação dos agricultores de Portugal
Cls	Cláusula
CITE	Comissão para a igualdade no trabalho e no emprego
Contr. trab.	Contrato de trabalho
CRP	Constituição da república portuguesa
Csd	Considerando
CSER	Carta social europeia Revista
CT	Código do trabalho (aprovado pela lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro e alterado, sequencialmente, pelas seguintes leis: Lei n.º 105/2009 de 14/09; Lei n.º 53/2011 de 14/10; Lei n.º 23/2012 de 25/06; Lei n.º 47/2012 de 29/08; Lei n.º 69/2013 de 30/08; Lei n.º 27/2014 de 08/05; Lei n.º 55/2014 de 25/08; Lei n.º 28/2015 de 14/04; Lei n.º 120/2015 de 01/09; Lei n.º 8/2016 de 01/04; Lei n.º 28/2016 de 23/08; Lei n.º 73/2017 de 16/08; Lei n.º 14/2018 de 19/03; Lei n.º 90/2019 de 04/09; Lei n.º 93/2019 de 04/09; Lei n.º 18/2021 de 08/04; Lei n.º 83/2021 de 06/12; Lei n.º 1/2022, de 03/01)
Cv	Convenção
Dir	Diretiva
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
FFMS	Fundação Francisco Manuel dos Santos
GM	Guerra Mundial
INE	Instituto nacional de estatística
IRCT	Instrumento(s) de regulamentação coletiva de trabalho
LGTFP	Lei geral do trabalho em funções públicas (aprovada pela Lei n.º 35/2014 de 20 de junho)
LP	Licença parental
LPC	Licença parental complementar
LPI	Licença parental inicial
N.º	Número
Par	Parágrafo

PE	Parlamento europeu
PEDS	Pilar europeu dos direitos sociais
PGR	Procuradoria-Geral da República
PME	Pequenas e médias empresas
PNT	Período normal de trabalho
Pr.	Princípio
Proc	Processo
PT	Portugal
Rec	Recomendação
Res	Resolução
RDES	Revista de direito e de estudos sociais
SETAAB	Sindicato nacional dos trabalhadores da agricultura, floresta, pesca, turismo, indústria alimentar, bebidas e afins
Ss	seguintes
STA	Supremo tribunal administrativo
STJ	Supremo tribunal de justiça
TJ	Tribunal de justiça (da União Europeia)
EU	União europeia
Vg	<i>Verbi gratia</i> (por exemplo)

Índice

I. Introdução	8
II. Fundamento e evolução da LPC	9
a. Fundamento da licença – Princípio da conciliação entre a vida familiar e a profissional	9
b. Evolução legislativa	11
i. A nível europeu	11
ii. A nível nacional	14
III. Regime jurídico	16
a. Qualificação jurídica do direito à LPC	16
b. Âmbito de aplicação	16
i. Alcance da expressão “idade não superior a seis anos”	17
ii. Princípio da não transferência	18
c. Modalidades de exercício	20
d. Procedimento	27
e. Efeitos no contrato trabalho	29
i. Suspensão do contrato trabalho	30
ii. Proibição de exercício de outra atividade	32
iii. Irredutibilidade do direito a férias	33
iv. Perda retributiva	34
v. Conformidade da perda retributiva com o DUE	36
vi. Implicações em matéria de segurança social	37
IV. Utilização da LPC em Portugal e principais conclusões	39
Referências bibliográficas	41

I. Introdução

Partindo da definição avançada pela Comissão Europeia¹, podemos definir a LPC² como a licença concedida aos pais, biológicos ou não, após o termo da LPI, a fim de lhes permitir conciliar as suas atividades profissionais com o cuidado dos filhos pequenos, dando-lhes, por um lado, tempo e disponibilidade para assegurarem os referidos cuidados e, por outro, estabilidade no emprego, uma vez que durante o gozo da licença devem manter-se (praticamente) incólumes os seus direitos laborais.

Esta definição “ênfatiza a corresponsabilidade dos pais”³, uma vez que a mesma é concedida às mães e (e não ou) aos pais, por forma a potenciar uma verdadeira partilha das responsabilidades para com os filhos entre eles.

Numa sociedade em que o cuidado primário dos filhos continua a ser visto como uma responsabilidade das mães, instrumentos como aquele que aqui se estudará são de máxima importância para a quebra das tendências (ainda) verificadas.

A verdade é que “a realidade sociológica portuguesa prevalente ainda assenta no ‘tradicionalismo de género dominante no campo dos valores e das práticas familiares’, traduzindo uma elevada assimetria na partilha do trabalho não pago entre mulheres e homens”⁴. Entendimento corroborado pelo relatório da CITE publicado em 2017 atinente ao progresso da igualdade entre homens e mulheres no trabalho, no qual se pode ler que, “Em Portugal, apesar de as mulheres trabalharem maioritariamente a tempo inteiro, mantêm a seu cargo a maior parte do trabalho doméstico e de prestação de cuidados dentro da família⁵, enquanto os homens dedicam mais tempo ao trabalho profissional”.

Tendência esta que, para além de se afigurar avessa ao pr. da igualdade entre homens e mulheres, constitui um forte entrave à tão necessária subida da taxa de natalidade. Isto porque, segundo um estudo levado a cabo pela AAE, a desigualdade na distribuição dos trabalhos domésticos, nomeadamente os cuidados com os filhos, está intimamente ligada à baixa natalidade nos países desenvolvidos⁶.

¹ Citada em Drew, 2005, p. 10.

² A LPC é a licença portuguesa equivalente à LP prevista no DUE. Contudo, um problema de foro linguístico surgiu, em 2009, aquando da revisão do CT. Desde essa altura, não encontramos no ordenamento jurídico português uma licença de maternidade e uma licença de paternidade. Ambas são tratadas de forma unificada pela tutela conferida à LPI. De facto, depois de analisado o regime jurídico português nesta matéria, verificamos que praticamente todas as “licenças relacionadas com a gravidez, maternidade e paternidade são formalmente designadas de ‘licenças parentais’” – Ramalho, 2015, p. 186. Desta feita, em virtude da utilização recorrente do termo “parental”, a licença objeto deste trabalho pode ser confundida com aquelas outras. Assim, é de clarificar que sempre que na presente dissertação mencionarmos LP (designação europeia), reportamo-nos de igual forma à LPC, mas nunca às demais licenças.

³ Idem.

⁴ Manuel Abrantes citado por Carvalho, 2020, p. 209.

⁵ Segundo um estudo levado a cabo pela FFMS, as mulheres portuguesas dedicam cerca de 6 horas por dia ao trabalho doméstico, e, quando em causa estejam casais, esse mesmo trabalho é 74% realizado por mulheres enquanto apenas 23% dele fica ao encargo dos homens – Sagnier & Morrel, 2019, pp. 206 e ss.

⁶ Doepke & Kindermann, 2018, p. 48.

Para a quebra deste paradigma, como se referiu, muito importantes são os mecanismos ao serviço do pr. da conciliação entre a vida familiar e privada. É precisamente num desses mecanismos, a LPC, que nos focaremos nesta dissertação, onde procuraremos analisar o seu regime jurídico, os seus problemas de aplicação e ponderar se o mesmo na sua configuração atual serve (eficazmente) o seu prepósito.

II. Fundamento e evolução da LPC

a. Fundamento da licença – Princípio da conciliação entre a vida familiar e a profissional

A capacidade de se desempenhar ativamente o papel de mãe e o papel de pai é um elemento de grande importância⁷, quer para o pleno desenvolvimento da criança, quer para o desenvolvimento dos pais. Ao mesmo tempo, a maternidade e a paternidade desempenham um “papel essencial na sociedade e para o seu futuro”⁸. “Idêntico papel se pode atribuir à estabilidade e progressão no trabalho, na medida em que condicionam a inserção social, o crédito moral e a possibilidade de se levar uma vida autónoma. Não obstante, a equação equilibrada entre a vida familiar e a laboral encontra múltiplos obstáculos”⁹.

Não é de agora que se conhece a existência destes obstáculos, mas só nas últimas décadas é que os mesmos foram colocados em evidência.

Por altura da 2.^a GM, assistiu-se a uma progressiva entrada das mulheres no mercado de trabalho e, conseqüentemente, ao aparecimento dos problemas de articulação entre a vida familiar e profissional. Até então, estes eram inexistentes, uma vez que “enquanto imperou a tradicional separação de papéis entre homens, dedicados ao trabalho extra doméstico, e mulheres, dedicadas ao trabalho doméstico, os direitos de conciliação eram desnecessários”¹⁰.

Com a saída da mulher para trabalhar, as obrigações domésticas não se extinguíram. E, sendo poucos os núcleos familiares capazes de contratar ajuda externa

⁷ Entre nós, a maternidade e a paternidade são valores públicos, cuja proteção é imperiosa por via da sua consagração constitucional (Art. 68.º CRP). Mais do que isso, a lei fundamental perspetiva a família como um elemento fundamental da sociedade, o qual deve ser protegido a todos os níveis (Art. 67.º n.º 1 CRP), incluindo quando a sua proteção contende com o mundo laboral. É que está igualmente consagrado o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, por modo a que lhes seja possível conciliar as suas atividades profissionais com a vida familiar (Art. 59.º n.º 1 al b) CRP).

⁸ REC, 2006, p. 19, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa – Versão traduzida e editada disponível em:

<https://www.cnpdpj.gov.pt/documents/10182/19464/Recomenda%C3%A7%C3%A3o+2006/e36ba3eb-d849-4ebb-9827-688de3e92f94>

⁹ Rodríguez, 2013, p. 7.

¹⁰ Lousada, 2010, p. 85.

para lidar com as tarefas tradicionalmente a elas atribuídas, assistiu-se a um fenómeno de “dupla jornada”¹¹ de trabalho por parte das mulheres, uma fora e outra dentro de casa.

A constatação desta situação discriminatória, inviabilizadora de uma igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho, abriu portas ao debate sobre a necessidade de criação de medidas de conciliação entre a vida familiar e profissional¹²⁻¹³.

Desta feita, o aludido pr. da conciliação tem uma estreita relação, “solidamente estabelecida”¹⁴, com o pr. de não discriminação e igualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres¹⁵.

Numa primeira fase, as medidas de conciliação assentaram apenas em medidas de ação positiva em razão da maternidade, dirigidas, por isso, exclusivamente às mulheres.

Contudo, a longo prazo, percebeu-se que um tratamento diferenciado das mulheres, ainda que com o intuito de as proteger, aos nossos olhos, uma forma de paternalismo castrador, não permitia atingir eficazmente a tão desejada conciliação entre a vida familiar e profissional. “É que perspetivar a maternidade como uma excepção justificada ao princípio da igualdade de tratamento e não como uma condição material da igualdade de tratamento entre mulheres e homens”¹⁶ faz com que se limite a tutela legal nesta matéria às mulheres e, por consequência, se perpetue a ideia de que “dos homens espera-se que sustentem, das mulheres que cuidem”¹⁷.

Assim, sem deixar de ser um instrumento ao serviço do pr. da não discriminação em função do género, o pr. da conciliação entre a vida familiar e profissional emancipou-se daquele e começou a ser perspectivado de forma autónoma. Exemplo desta nova visão é a Dir 96/34/CE, a qual, ao consagrar pela primeira vez uma licença passível de ser gozada por ambos os pais para cuidado e acompanhamento dos filhos pequenos (LP), promoveu a assunção pelo homem de responsabilidades familiares, e tentou minorar a

¹¹ Expressão utilizada por José Fernando Lousada no artigo acabado de mencionar. No mesmo sentido escreveu Matlárý, 2001, p. 38: “em termos práticos, dois empregos fora de casa mais um doméstico somam três (...) é quase sempre a mulher que acaba por acumular dois destes três empregos”.

¹² Por ocasião da aprovação do TUE, passou a exigir-se a ponderação das implicações de género em todas as políticas adotadas pela UE (Art. 2.º e 3.º). O foco colocado na promoção da igualdade e não discriminação em função do género abriu portas ao inevitável debate sobre futuras medidas de conciliação entre a vida familiar e a profissional.

¹³ “O termo conciliação apareceu formulado pela primeira vez no programa Comunitário de Ação Social de 1974” – Ballester, 2010, pp. 85-86.

¹⁴ Ramalho, 2009, p. 83.

¹⁵ Relação essa que foi formalmente plasmada em 2000, na Res do Conselho e dos Ministros do Emprego e da Política Social sobre a participação equilibrada das mulheres e dos homens na atividade profissional e na vida familiar – Res 2000/C 218/02.

¹⁶ Ramalho, 2018, p. 104.

¹⁷ Moreira, 2018, p. 71. No mesmo sentido escreveu Ramalho, 2003, p. 283: “Se somente a mulher é protegida durante o período que se segue ao parto, tanto contra o despedimento como pela atribuição de uma licença suplementar, porque esta protecção é excepcional e lhe é outorgada ‘naturalmente’, o estigma feminino ligado à conciliação do trabalho e da família permanecerá inalterado”. E mais, se as medidas de conciliação continuassem a ser um direito exclusivo das mulheres, cairíamos no paradoxo de, para minorar a discriminação contra as mulheres por razão da maternidade, discriminar os homens, os quais têm o direito (e o dever – Art. 36.º n.º 3 CRP) de participar na vida familiar.

recorrente associação da mulher com a função de cuidadora (exclusiva) do lar (mulher-care¹⁸).

Atualmente, do pr. da conciliação tanto emanam medidas tendentes a permitir às mulheres acederem amplamente ao mundo do trabalho, mesmo quando responsáveis pela vida doméstica, como medidas tendentes a permitir aos homens não mais se ocuparem exclusivamente do trabalho remunerado fora de casa, mas antes passarem a poder, a par deste, exercer encargos de índole familiar.

Neste caso, mais do que uma ferramenta de combate à discriminação em função do género, o pr. da conciliação encontra-se ao serviço do combate da discriminação daqueles que têm a seu cargo responsabilidades familiares.

Como resposta às novas exigências do pr. da conciliação entre a vida familiar e profissional, desenvolveu-se o regime da parentalidade no qual estão configuradas uma multiplicidade de licenças (entre elas a LPC) e formas de trabalho flexível afetas à plena satisfação daquele pr.

b. Evolução legislativa

Um estudo completo sobre as origens e evolução legislativa a nível internacional da LPC implicaria um trabalho excessivamente longo, devido, desde logo, à grande quantidade de entidades que se dedicam à proteção da parentalidade. Por esta razão, centralizámos a análise da licença em apreço nos quadros legislativos da UE e de PT.

i. A nível europeu

No plano europeu, a evolução do quadro jurídico da LP assenta essencialmente em 3 diplomas: Dir 96/34/CE, Dir 2010/18/UE e Dir 2019/1158.

A Dir 96/34/CE, de 3 de junho, consagrou pela primeira vez o direito de ambos os pais, que o sejam por via do nascimento biológico ou da adoção, a uma LP de no mínimo 3 meses, a qual poderia ser exercida em regime de tempo integral ou de tempo parcial para acompanhamento dos filhos até aos 8 anos de idade.

Apesar de publicada apenas em 1996, a primeira proposta para a criação de uma Dir sobre a LP data de 1983. Em 24 de novembro desse ano, a Comissão submeteu junto do Conselho uma proposta de criação da desejada licença¹⁹, a qual procuraria dar resposta à crescente necessidade de criação de mecanismos que permitissem uma melhor conciliação entre a vida familiar e profissional. Contudo, por falta da unanimidade exigida para a sua aprovação, a mesma não logrou efeitos, tendo ficado,

¹⁸ Viqueira, 2011, p. 129.

¹⁹ COM(83) 686 final.

porém, o compromisso de dez anos mais tarde voltar a ser apresentada uma nova proposta.

Dito e feito, em 1993, encetaram-se novas negociações com o intuito de se elaborar um documento que obrigasse os EM a criarem mecanismos flexíveis que facilitassem a conciliação entre a vida profissional e familiar, sendo um deles a LP. Por meio de longos e complexos processos consultivos, de vários parceiros sociais e dos próprios EM, a Comissão estabeleceu como pr. do futuro diploma legislativo os seguintes²⁰: a LP tem de ser um direito dos trabalhadores, independente do seu género; a sua duração ficará à discricionariedade dos EM, os quais têm de respeitar o limite mínimo de 3 meses; desejavelmente a LP será passível de ser exercida através de diferentes formas; os direitos dos trabalhadores em matéria de segurança social não podem, por razão do exercício da licença, ser afetados.

Tendo por base toda a discussão que antecede, e o apelo feito pelo Conselho no sentido de aproveitarem a sua proximidade com a realidade social para celebrarem acordos tendentes a acautelar os problemas sociais por eles identificados²¹, 3 parceiros sociais assinaram o primeiro acordo coletivo a nível europeu, pedindo, prontamente, que o mesmo passasse a integrar o DUE, o que aconteceu por via da Dir 96/34/CE. Esta, por via daquele acordo, ao estabelecer como direito de ambos os pais a possibilidade de gozarem uma LP, marcou a passagem da tónica colocada exclusivamente na proteção da maternidade²² para a tónica colocada na proteção da parentalidade²³, foi o primeiro passo na direção certa para uma sociedade onde a vida profissional e a vida familiar são passíveis de conciliar²⁴.

Contudo, e apesar das suas muitas qualidades, esta Dir não ficou isenta de críticas. Por um lado, a elevada discricionariedade dada aos EM para a forma como e em que moldes poderiam implementar a LP criou um complexo quadro legislativo muito difícil de controlar e fiscalizar. Por outro lado, a não previsão, nem incentivo, de uma compensação pela perda remuneratória dos beneficiários da LP funcionou como um forte dissuasor ao exercício da mesma. Segundo Caracciolo, a Dir 96/34/CE, para além de continuar a basear-se “na ideia de que as mães continuam a ser as principais responsáveis pelo cuidado dos filhos”, foi um diploma cujas realizações foram “largamente retóricas, uma vez que não melhoraram significativamente as normas já existentes a nível nacional”²⁵.

²⁰ MEMO/95/171 “Licença parental: Breve historial”.

²¹ Res do Conselho 94/C 368/03.

²² Até à publicação da Dir. 96/34/CE, apenas estava previsto, no âmbito de matérias que hoje se designam de parentalidade, o direito a 14 semanas de licença de maternidade, que, como o nome indica, apenas poderiam ser gozadas por mulheres – Dir 92/85/CEE.

²³ Ramalho, 2019, p. 729.

²⁴ Drew, 2005, pp. 13-14.

²⁵ Caracciolo, 2001, p. 335.

Na vanguarda dos acordos-quadro a nível da UE, os parceiros sociais europeus assinaram em 18 de junho de 2009 a primeira revisão na história do diálogo social europeu de um acordo-quadro. Em causa esteve a revisão do já mencionado acordo-quadro sobre a LP assinado em 1995. As diligências realizadas pelos parceiros sociais sugeriram na senda de recomendações da Comissão Europeia que, em 2006 e em 2007, atendendo ao seu compromisso de atualizar o quadro regulamentar da UE sobre a conciliação entre as vidas profissionais e familiares, incentivou²⁶ os parceiros sociais europeus a analisarem as disposições do acordo-quadro sobre a LP.

À semelhança do que sucedeu com o acordo que o antecedeu, uma vez assinado este novo acordo, os parceiros sociais “transmitiram à Comissão um pedido conjunto para que apresentasse uma proposta de decisão do Conselho com vista à aplicação do acordo-quadro revisto”²⁷. Tal como solicitado, este acordo veio a ser incorporado numa nova Dir, a Dir 2010/18/UE do Conselho de 8 de março de 2010.

Em linhas gerais, a nova Dir procedeu a um reforço “assinalável”²⁸ das medidas de tutela da parentalidade já previstas na Dir que a antecede. De destacar: a duração mínima da licença passou de 3 para 4 meses; pelo menos 1 dos 4 meses da licença passou a não poder ser transferido para o outro progenitor²⁹.

Sendo certo que da entrada em vigor desta nova Dir resultou um “reforço global da tutela dos trabalhadores e das trabalhadoras nesta matéria”³⁰, certo é também que a mesma não foi imune a críticas. Espelhando problemas similares aos levantados a respeito da Dir anterior, este diploma continuava a atribuir uma grande margem de manobra aos EM no momento de implementarem as suas medidas, o que resultou em regimes nacionais bastantes distintos que diminuem o grau de efetividade dos direitos consagrados na Dir. Mais, embora se tenha reconhecido o papel desempenhado pela perda de rendimentos na decisão de gozar ou não da LP³¹, a Dir não consagrou qualquer dever de compensação dos trabalhadores que se encontram no exercício da licença, relegando as questões em torno desta matéria para a competência interna de cada EM.

²⁶ Para além de incentivar os parceiros sociais a agir, a Comissão sugeriu novas formas de aperfeiçoar as regras existentes em matéria de proteção da parentalidade. Entre as sugestões, destaca-se a possibilidade de previsão de incentivos tendentes a aumentar a aderência à LP – COM(2008) 635 final.

²⁷ Csd 6 da Dir. 2010/18/UE.

²⁸ Ramalho, 2018, p. 107.

²⁹ Na Dir. 96/34/CE já se previa a não transferibilidade de pelo menos 1 mês da licença. Contudo, a norma que o previa tinha carácter meramente recomendativo. Ao estabelecer-se a intransferibilidade com carácter obrigatório, é notório que a Dir 2010/18/UE teve em consideração que “a licença parental é muito mais frequentemente gozada pelas mães do que pelos pais”, pelo que procurou “promover o gozo da licença por ambos os pais, promovendo assim uma maior e equitativa partilha das responsabilidades de reconciliação por ambos os pais” – Ramalho, et al., 2015, p. 12.

³⁰ Ramalho, 2018, p. 107. Em sentido contrário, escreveu Cabeza, 2020, p. 43, que esta Dir. “não implicou um reforço significativo das normas”, olhando para a mesma como um “ténue avanço em matéria de parentalidade”.

³¹ Cls 5.5 e csd 18 a 20 do preâmbulo.

Em meados de 2015, a Comissão anunciou que apresentaria num futuro não determinado uma ampla iniciativa, a qual, partindo de uma abordagem holística e tendo em conta os desenvolvimentos sociais tidos na última década, iria versar, entre outros temas, sobre várias formas de licenças de parentalidade e sobre a conciliação entre a vida profissional e familiar³². Esta promessa ganhou forma em abril de 2017³³, quando a Comissão apresentou uma proposta³⁴ de criação de uma nova Dir, a qual deu lugar à Dir 2019/1158.

No que à parentalidade diz respeito, esta nova Dir tentou minorar a tendência, que teima em persistir, de mais mulheres gozarem de licenças relativas ao cuidado dos filhos do que homens e, mesmo quando ambos os pais gozam desse tipo de licenças, a tendência de as mulheres as gozarem durante um período de tempo mais longo³⁵. Dentro das medidas adotadas, como realça Cabeza (2020), aquelas que contendem com a LP foram as menos inovadoras, passando essencialmente pelo reforço dos direitos já consagrados nas anteriores Dir.

Contudo, há que destacar duas importantes novidades. Por um lado, no seu Art. 5.º, a Dir aumenta o período de tempo de licença sujeito ao pr. da não transferibilidade (passou de 1 para 2 meses)³⁶; por outro, no seu Art. 8.º, consagra-se pela primeira vez o direito de remuneração ou subsídio adequado para quem goza da LP. Direito este que apenas se estende aos 2 primeiros meses da licença, ou seja, ao período mínimo pela qual a mesma é intransferível.

i. A nível nacional

No plano nacional, podemos dizer, curiosamente, que em matéria de parentalidade o direito português tem precedência cronológica sobre o DUE. Isto porque o primeiro diploma a fazer alusão ao direito dos progenitores a licenças parentais é anterior à Dir 96/34/CE. Falamos da Lei n.º 4/84, de 5 de abril, relativa à proteção da maternidade e

³² Comissão Europeia (2015).

³³ Na mesma altura, a Comissão publicou a sua recomendação sobre o PEDS (Recomendação (UE) 2017/761 da comissão de 26/04/2017), o qual, composto por 20 princípios, destaca no seu nono princípio o seguinte: “Os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito de beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e de aceder a serviços de acolhimento. As mulheres e os homens têm igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares e devem ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada”. A conciliação entre a vida profissional e laboral acabou por se tornar um dos focos das políticas emanadas no âmbito do PEDS. Políticas essas que de tão ambiciosas não lograram consensos juntos dos parceiros sociais que acabaram por nunca chegar a um novo acordo em matéria de parentalidade.

³⁴ COM/2017/253 final.

³⁵ Informação retirada da “Family Database” da OECD - <https://www.oecd.org/els/family/PF2-2-Use-childbirth-leave.pdf>.

³⁶ Alargamento que, embora tenha ficado aquém da inicial proposta de total intransferibilidade, serve o propósito da Dir: o de alargar a corresponsabilidade masculina; se os pais não gozarem pelo menos 2 dos meses a que têm direito, os outros 2 meses da LP perder-se-ão por completo, não tendo a mãe direito a eles.

da paternidade, que no seu Art. 14.^o³⁷ já previa para ambos os pais um direito que em muito se aproxima daquele concedido pela LPC.

A este diploma sucedeu-se a Lei n.º 99/2003, que aprovou o Código de trabalho de 2003. Sucede que, pese embora aquele tenha entrado em vigor em dezembro de 2003, o início da vigência das normas relativas à parentalidade (Arts. 33.º a 52.º) foi relegado para momento ulterior, mais precisamente para a data de entrada em vigor do diploma que regulamentava o Código (Lei n.º 35/2004). Mesmo após o início da vigência deste último diploma, o qual se deu 30 dias após a sua publicação a 29/07/2004, por força do seu Art. 10.º n.º 2, mantiveram-se em vigor algumas normas da lei que o antecede. Não sendo, contudo, uma dessas normas o seu Art. 14.º.

Assim, quando plenamente em vigor, o Código de Trabalho de 2003 passou a tutelar, no seu Art. 43.º, as matérias relativas à LP. Neste artigo, aquela licença assumiu os contornos traçados pela Dir 96/34/CE: para assistência a filho, biológico ou adotado, com idade até 6 anos, os progenitores têm direito, alternativamente, a “licença parental de três meses”, “a trabalhar a tempo parcial durante 12 meses, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo” ou “a períodos intercalados de licença parental e de trabalho a tempo parcial em que a duração total da ausência e da redução do tempo de trabalho seja igual aos períodos normais de trabalho de três meses”.

Em 2009, com a revisão do CT, procedeu-se a uma importante alteração no âmbito da parentalidade. As tradicionais licenças de maternidade e paternidade foram unificadas num só regime, tendo o seu desaparecimento do nosso ordenamento jurídico dado lugar ao surgimento da atual LPI, a qual, como já se explicou, não se confunde com a LP no âmbito do DUE, equivalendo esta última à recém-criada LPC, cujos contornos iniciais, previstos no Art. 51.º do novo CT, em muito correspondiam ao já mencionado Art. 43.º do código anterior. Acrescendo, contudo, uma nova hipótese de exercício da licença: “Ausências interpoladas ao trabalho com duração igual aos períodos normais de trabalho de três meses, desde que previstas em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”.

Note-se que a Dir 2010/18/UE não foi por nós formalmente transposta. Tal ficou-se a dever, no entender de Ramalho, à desnecessidade de reforço das medidas já concedidas por PT no âmbito da parentalidade. Isto porque a “legislação nacional já prevê uma série de sucessivas licenças que, se consideradas em conjunto, são mais protecionistas do que as disposições da UE sobre a licença parental”³⁸. Contudo, tal posição é discutível, e será posta em causa oportunamente.

³⁷ O Art. 14.º concedia a pai e mãe o direito de “interromper a prestação do trabalho pelo período de 6 meses, prorrogáveis até ao limite máximo de 2 anos a iniciar no termo da licença por maternidade, para acompanhamento do filho”.

³⁸ Ramalho, et al., 2015, p. 186.

No que à transposição da nova Dir 2019/1158 diz respeito, muito poucos foram os atos encetados tendentes à adaptação do direito nacional às disposições da mesma. De facto, não é líquida a necessidade de tal adaptação no que ao regime da LP diz respeito³⁹. Contudo, uma vez que ainda nos encontramos em prazo útil para transpor a Dir⁴⁰, a discussão política (e doutrinal) encontra-se ainda em aberto.

III. Regime Jurídico

a. Qualificação jurídica do direito à LPC

Aqui chegados, cabe-nos, antes da devida análise do seu regime legal, qualificar juridicamente o direito à LPC.

De adiantar que em causa está um direito potestativo⁴¹ dos trabalhadores, ao exercício do qual não se pode o empregador opor. No caso da LPC, à luz do Art. 51.º CT, mediante uma declaração unilateral dos trabalhadores que a ela têm direito, vai produzir-se um efeito na relação laboral entre aqueles e os respetivos empregadores, o qual, os segundos, encontrando-se numa posição de sujeição⁴², não podem impedir.

Assim, dotado de natureza potestativa, o direito ao exercício da licença depende exclusivamente da verificação dos requisitos materiais e procedimentais que o legislador lhe impôs. As entidades empregadoras que a ele se opuserem incorrem em contraordenação grave nos termos do Art. 51.º n.º 6 CT.

b. Âmbito de aplicação

Quanto aos sujeitos passíveis de gozarem da LPC, há que invocar o preceituado no Art. 33.º-A da Lei 90/2019, no qual fica claro que todas as referências feitas ao pai e à mãe, na subsecção do CT relativa à parentalidade, “consideram-se efetuadas aos titulares do direito de parentalidade, salvo quando resultem da condição biológica daqueles”. Disposição convergente com as orientações europeias que, em relação à LP, assentam na

³⁹ Segundo Carvalho, 2020b, são ainda necessárias algumas medidas para que o regime nacional fique verdadeiramente conforme àquela Dir. Contudo, em alguns aspetos já vamos além dos mínimos exigidos.

⁴⁰ Os EM têm até 2/08/2022 para adaptarem os seus ordenamentos jurídicos ao bom cumprimento da Dir. Contudo, no que às medidas relacionadas com a remuneração e/ou atribuição de subsídios diz respeito, o prazo indicado é acrescido de mais 2 anos.

⁴¹ “(...) todo o direito potestativo atribui ao respetivo titular um poder jurídico materialmente conformador, isto é, um poder de, por vontade unilateral do seu titular, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas” - Machado, 1991, p. 201.

⁴² “Quanto à situação passiva que corresponde aos direitos potestativos consiste ela em ter de suportar o exercício de tais direitos com a produção das respetivas consequências jurídicas. Não se trata, pois, propriamente, de um dever ser, mas de um ter de ser a que a doutrina dá o nome de SUJEIÇÃO” – Franco & Martins, 1993, pp. 338-339.

concessão da mesma “a todos os trabalhadores que exerçam responsabilidades parentais”⁴³.

Ora, do leque de pessoas capazes de exercerem as responsabilidades parentais encontramos, tal como elencado no Art. 64.º CT, os progenitores biológicos, os adotantes, os tutores, as pessoas a quem foi conferida a confiança judicial ou administrativa sobre menores, e os cônjuges ou unidos de facto daqueles, desde que com os menores vivam em comunhão de mesa e habitação⁴⁴.

Desta feita, poderão gozar de uma LPC todos os trabalhadores⁴⁵ que exerçam poderes parentais sobre menores⁴⁶.

i. Alcance da expressão “idade não superior a seis anos”

Em PT, o direito “à LPC só existe na esfera jurídica do seu titular se o seu filho ou adoptado tiver idade não superior a 6 anos”⁴⁷.

Comparando o nosso regime com o europeu a que estamos subordinados, poderíamos questionar se o limite para o exercício desta licença, ao ser colocado nos 6 anos da criança, constitui algum tipo de incumprimento. Isto porque os diplomas europeus em matéria de LP recorrentemente traçam como limite etário para o exercício da mesma os 8 anos de idade dos menores.

Contudo, partindo da letra da lei, ou, neste caso, das Dir que versam sobre isto, facilmente se depreende que os 8 anos de idade não são um limite rígido, podendo os EM barrar o exercício desta licença pelos seus beneficiários a partir, nomeadamente, dos 6 anos das crianças. Tal resulta da utilização de expressões como “determinada idade que poderá ir até aos oito anos de idade”⁴⁸ e “determinada idade, até aos oito anos no máximo”⁴⁹, das quais se extrai apenas um limite etário máximo⁵⁰ para o exercício da licença, mas não um mínimo. De facto, o que as orientações europeias advogam é que a

⁴³ Csd 21 da Dir 2019/1158.

⁴⁴ Note-se que deste elenco deve entender-se fazer parte a figura do apadrinhamento civil, à qual, à luz do n.º 1 do Art. 23.º da Lei n.º 103/2009, se aplica, de igual forma, a LPC, uma vez que “os padrinhos e o afilhado têm direito a beneficiar do regime jurídico de faltas e licenças equiparados ao dos pais e dos filhos” – Marecos, 2020, p. 186.

⁴⁵ Para além dos tradicionais destinatários das normas constantes no CT, trabalhadores subordinados a entidades empregadoras privadas, também as pessoas singulares com vínculos de emprego público poderão ser beneficiárias de uma LPC nos termos do Art. 4.º n.º 1 da LGTFP. A este respeito ver Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 15/10/2015 – (doravante apenas PGRP00003351).

⁴⁶ Excluídos do gozo desta licença estão, claro está, os trabalhadores que, embora progenitores, estejam impedidos de exercer os seus poderes parentais – Art. 35.º n.º 2 CT.

⁴⁷ Parecer 34/CITE/2011.

⁴⁸ Cls 2 dos acordos-quadro anexos à Dir 96/34/CE e à Dir.2010/18/UE.

⁴⁹ Art. 5.º da Dir 2019/1158.

⁵⁰ Mesmo este limite etário máximo é apenas indicativo, uma vez que, como se pode retirar do csd 46 da Dir 2019/1158, as orientações europeias fixam “requisitos mínimos, deixando aos Estados-Membros a faculdade de introduzir ou manter disposições mais favoráveis aos trabalhadores”. É o que sucede, por exemplo, na Bélgica, onde a LP pode ser exercida por trabalhadores com filhos menores de 12 anos – https://www.oecd.org/els/soc/PF2_1_Parental_leave_systems.pdf.

idade dos menores seja “fixada de modo a assegurar que cada progenitor possa exercer efetivamente”⁵¹ o seu direito à LP.

Desta feita, do ponto de vista teleológico, é perfeitamente justificável o limite fixado pelo legislador português, “que coloca o limite para o uso desta licença parental complementar no momento em que a criança passa a estar incluída na escolaridade obrigatória”⁵². Moldando assim a realidade social nacional aos direitos e objetivos prosseguidos pela licença em causa.

Ainda sobre a idade dos menores, há que evidenciar que a LPC apenas pode ser exercida até a criança perfazer 6 anos de idade, não o podendo ser já no decurso do seu 6.º ano de vida. Apesar da aparente ambiguidade da expressão “não superior a seis anos”, utilizada pelo legislador no Art. 51.º n.º 1 CT para determinar até que idade do menor podem os seus beneficiários exercer a licença, parece-nos claro o seu alcance: o direito à licença termina assim que a criança completa 6 anos de idade, sendo aquela primeira expressão sinónima de “inferior a seis anos”⁵³.

Se a intenção do legislador fosse a de prolongar a possibilidade de exercício da licença pelo 7.º ano de vida da criança, o qual se forma a partir do seu aniversário de 6 anos, utilizaria, à semelhança do que fez noutros artigos⁵⁴, a expressão “igual ou inferior” a, neste caso, 6 anos. Não o tendo feito, reiteramos a tese de que, completos os 6 anos de idade, caduca o direito de exercício da LPC⁵⁵.

ii. Princípio da não transferência

A LPC foi concebida como um direito pessoal e intransferível de cada um dos seus possíveis beneficiários, que a podem, se assim o entenderem, gozar simultaneamente. Possibilidade que apenas lhes poderá ser vedada numa única situação.

Nos termos do Art. 51.º n.º 3 CT, se os dois possíveis titulares do direito à LPC estiverem afetos à mesma entidade empregadora, pode um deles ver o seu direito ao exercício da mesma ser adiado com “fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, desde que seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”⁵⁶.

⁵¹ Art. 5.º da Dir 2019/1158.

⁵² Ac. TCAN de 08/04/2016, proc 03156/15.4BEBRG.

⁵³ Ramalho, 2021, p. 752. No mesmo sentido, Carvalho, 2011, p. 357, PGRP00003351 e Ac. TCAN de 08/04/2016, proc 03156/15.4BEBRG.

⁵⁴ Vg. Art. 75.º n.º 2 CT.

⁵⁵ Apesar deste ser o nosso entendimento, existem argumentos avançados em sentido contrário. A este respeito, *vg.* Almeida, 2020, p. 114, onde se defende, por conta da prestação de teletrabalho por trabalhadores que tenham ao seu encargo “filhos com idade até 3 anos”, que se fosse intenção do legislador restringir a idade do menor, teria utilizado a expressão “menor de 3 anos de idade”, tal como fez no Art. 206.º n.º 4 b) ou no Art. 208.º-B, n.º 3 al b). Aplicando este raciocínio à LPC, poderemos equacionar a possibilidade de o legislador, se essa fosse a sua intenção, ao invés de utilizar a expressão “não superior a 6 anos”, ter utilizado a expressão “menor de 6 anos”.

⁵⁶ Parece-nos que a possibilidade de dilação do gozo da licença apenas fará sentido, embora não esteja prevista tal limitação, junto das PME. Como refere Carvalho, 2011, p. 358, “Trata-se de uma faculdade que,

Descorando esta exceção, qualquer um dos seus beneficiários poderá gozar a licença incondicionalmente, independentemente da situação em que se encontre a outra parte responsável pelos poderes parentais sobre o menor.

Ao referir que não é “permitida a cumulação por um dos progenitores do direito do outro”, no Art. 51.º n.º 2, o legislador evidenciou, em primeira linha, o carácter próprio e individual do direito à LPC, a qual, exatamente por aquele seu carácter, não pode ver o seu exercício pendente da situação profissional de um terceiro. Mais, ao prever a possibilidade de gozo simultâneo da licença pelos progenitores, o legislador reforçou, uma vez mais, o carácter livre de ónus desta licença, a qual, repita-se, pode ser exercida por um progenitor, ainda que o outro se encontre, de igual forma, capaz de prestar efetiva assistência ao menor⁵⁷.

A individualização da titularidade do direito à LPC, sem possibilidade da sua transferência, total ou parcial, para o corresponsável das responsabilidades parentais, é um importante mecanismo para “garantir a adesão dos homens à licença e, assim, encorajá-los a aumentar a sua quota-parte nos cuidados”⁵⁸ com os filhos⁵⁹.

Contudo, esta opção legislativa afigura-se avessa às específicas e particulares necessidades das famílias monoparentais. O TJ já teve oportunidade de reconhecer que se deve garantir aos beneficiários dos direitos parentais um tratamento capaz de atender às suas específicas necessidades⁶⁰. O que parece não ter sido tido em conta nesta particular situação.

Com efeito, quando existem dois titulares passíveis de exercer a sua LPC, a não ser que usufruam da licença simultaneamente, na mesma modalidade e estruturada nos mesmos moldes, o tempo que a criança passa aos cuidados diretos dos seus progenitores ou equiparados é muito maior do que aquele que uma criança no seio de uma família monoparental pode vir a passar.

Para as famílias “padrão”, associados a uma criança menor de 6 anos temos dois períodos de licença, um período para cada um dos progenitores. Se um deles não goza o seu respetivo período de licença, o mesmo extinguir-se-á, não podendo ser transferido e cumulado com o período de licença do outro progenitor. Nestes casos, um dos períodos de licença perde-se por opção dos seus beneficiários. O mesmo não acontece nas famílias

em princípio, visaria beneficiar, sobretudo, as PME, atendendo à maior dificuldade sentida a nível estrutural pelas empresas de pequena dimensão em substituírem os seus trabalhadores”.

⁵⁷ No mesmo sentido, o gozo da LPC por parte do pai nada tem a ver com a situação laboral da mãe, pelo que poderá ser gozada, mesmo que esta não seja trabalhadora por conta de outrem” – Acúrcio, 2010, p. 60.

⁵⁸ Oliveira, et al., 2020, p. 305.

⁵⁹ Segundo uma análise levada a cabo pela Comissão durante a preparação da sua proposta para a criação da Dir 2019/1158, a “maioria dos pais não usa o seu direito à licença parental, transferindo uma significativa porção do mesmo para as mães”, problema que o legislador português acautelou mediante a configuração desta licença como uma situação de “pegar ou largar”, ou os pais usufruem do seu direito ou o mesmo perde-se, uma vez que, entre nós, a não transferência do direito à LPC é absoluta e não somente de 2 meses como sucede no âmbito do DUE.

⁶⁰ Ac. de 16/09/2010, C-149/10.

monoparentais, onde, por definição, a uma criança apenas estará associado um período de LPC.

Esta situação não se verifica apenas em Portugal, já que, bem vistas as coisas, o DUE não garante nenhum tipo de mecanismo tendente a acautelar as específicas necessidades das famílias monoparentais em matéria de LP⁶¹.

Cremos que a “solução nestes casos provavelmente não deveria passar por uma duplicação das licenças, mas talvez por um aumento moderado razoável da sua duração”⁶². Contudo, em Espanha, *vg.*, muitas são as sentenças que deram resposta positiva à pretensão de mulheres que tiveram filhos no seio de uma família monoparental de verem ampliada a duração das suas licenças no âmbito da parentalidade “para o número total de semanas que teria correspondido a uma família de biparental”⁶³.

c. Modalidades de exercício

A LPC é configurada no Art. 51.º n.º 1 CT como um direito passível de ser exercido numa das 4 modalidades nele enumeradas, que passamos a analisar.

i. “a) Licença parental alargada, por três meses”

Se optarem pela licença parental alargada, os progenitores veem o período de tempo completo disponível para os cuidados dos filhos ser alargado em (mais) 3 meses⁶⁴, consecutivos ou divididos, “no máximo, em três tranches”⁶⁵.

Pese embora a simples formulação dada pelo legislador a esta modalidade, há que lhe fazer alguns reparos.

Em primeiro lugar, é de salientar que embora se fale em licença “por três meses”, somos do entendimento que tal redação não comporta nenhum elemento redutor do exercício da mesma. Nela não se acham dados suficientes para concluir pela imperatividade *in totum* da licença. De facto, dada a natureza potestativa do direito em causa, não somente o exercício da licença parental alargada, mas também das demais modalidades, às quais se adianta aplicar o mesmo entendimento, não se encontram motivos para que o exercício da licença seja uma questão de tudo ou nada. Se os beneficiários da LPC apenas a pudessem gozar integralmente, as implicações socioeconómicas a ela associadas, nomeadamente o facto de nenhuma das modalidades

⁶¹ Entendimento partilhado por Cabeza, 2020, p. 60, Gala, 2017, p. 67 e Fernández, 2020, p. 12.

⁶² Fernández, 2020, p. 12.

⁶³ Moreno, 2022, p. 214.

⁶⁴ Falamos aqui, por falta de indicação expressa em sentido contrário, de 3 meses naturais, é dizer, o cômputo do período de tempo da LPC, e não somente desta específica modalidade, faz-se atendendo a dias seguidos e não somente os dias úteis. Neste sentido ver PGRP00003351.

⁶⁵ Lambelho & Gonçalves, 2021, p. 273. De notar que, o exercício consecutivo ou interpolado dividido até 3 períodos de licença não é exclusivo desta modalidade; as demais, que de seguida se exporão, podem, de igual forma, serem gozadas naqueles moldes.

do seu exercício ser subsidiada a 100%, seriam um forte obstáculo ao seu exercício pelos trabalhadores portugueses.

Para corroborar este entendimento, podemos invocar o Art. 16.º do DL 91/2009, no qual, a respeito do subsídio concedido aos beneficiários da licença parental alargada, se pode ler que “O subsídio parental alargado é concedido por um período até três meses”. Ora, da utilização da expressão “até” extraímos que o limite temporal em causa funciona tão somente como prazo resolutivo. “Ou seja, o prazo máximo de gozo e fruição da licença parental alargada é de três meses, cabendo ao fruidor estipular de entre a baliza cronológica concedida (...) por quanto tempo”⁶⁶ a pretende, efetivamente, gozar.

Um outro possível argumento a favor da não obrigatoriedade do gozo integral da licença encontra-se no Art. 52.º n.º 1 CT. Neste, concede-se aos progenitores o direito de fruição de uma licença para assistência a filho depois de esgotado o direito à LPC. Ora, da simples leitura de um dicionário da língua portuguesa, verificamos que algo só se esgota quando consumido até ao fim. A utilização daquela palavra dá a entender que existe a possibilidade de aquela primeira licença não ser, precisamente, consumida na sua totalidade.

Vista a inexistência de um prazo mínimo de fruição da licença parental alargada, debruçemo-nos sobre o seu prazo máximo.

Sendo a licença parental alargada a “licença parental padrão”⁶⁷ à luz do DUE, e as demais modalidades formas flexíveis de exercício da licença àquela alternativa, há que equacionar a possibilidade de incumprimento da legislação europeia a que estamos adstritos. Isto porque a Dir 2019/1558 prevê no seu Art. 5.º n.º 1 que “cada trabalhador tem um direito individual a uma licença parental de quatro meses”.

Para alguns autores⁶⁸, o facto de a licença parental alargada ter como duração máxima o período de 3 meses não constitui incumprimento algum, uma vez que à LPC – a qual pode ser exercida mediante várias modalidades, algumas das quais com um limite superior a 3 meses – se somam várias outras, nomeadamente a licença para assistência a filho (Art. 52.º CT), que “podem ser gozadas sucessivamente e que, quando consideradas em conjunto, excedem largamente a duração mínima de licença parental, tal como estabelecido na Diretiva”⁶⁹.

Todavia, esta posição não nos parece isenta de críticas⁷⁰, não sendo líquido o cumprimento por PT do disposto na Dir supramencionada. Sendo certo que a LPC pode ser exercida através de diferentes modalidades, não estando os seus beneficiários

⁶⁶ Parecer da Provedoria de Justiça R-2368/09.

⁶⁷ Carvalho, 2020a, p. 224.

⁶⁸ Nomeadamente Ramalho, et al, 2015.

⁶⁹ Idem, p. 10.

⁷⁰ Tal como salienta, e com cujas críticas concordamos, Carvalho, 2020, pp. 224-225.

adstritos ao exercício da mesma por via da licença parental alargada de 3 meses, certo é também que o podem fazer. E sendo uma das possibilidades de gozo deste direito, não podem os mesmos ser prejudicados por a terem escolhido.

Mais, o argumento da existência de outras modalidades, para justificar o inferior período de licença na modalidade padrão, parece-nos cair por terra quando pensarmos que duas das outras três modalidades de exercício da LPC, como explicaremos mais adiante, apesar de se prolongarem por um período de tempo natural superior a 4 meses, o trabalhador apenas fica isento de prestar o trabalho equivalente ao seu PNT de 3 meses.

Ver na existência da licença para assistência a filho uma forma idónea de suprir o período em falta da LPC não nos parece, de igual forma, um argumento totalmente válido. Isto porque, pese embora o escopo prosseguido por ambas as licenças seja muito idêntico (o de prestar acompanhamento a um menor sobre o qual se detenha a titularidade das responsabilidades parentais), a verdade é que estamos ante duas licenças distintas. Não nos podemos olvidar do facto de que, embora a possibilidade de exercício da licença para assistência a filho pressuponha o prévio gozo da LPC, o inverso já não se verifica. Não podemos onerar os beneficiários da LPC com o gozo de uma licença posterior, a fim de verem aquele que deveria ser o seu direito a um período mínimo de LP de 4 meses ser cumprido. Até porque as ausências ao abrigo desta segunda licença não são equiparadas a efetiva prestação de trabalho⁷¹, pelo que a mesma não é passível de ser integrada no conceito de LP no âmbito do DUE.

Uma última nota a fazer a respeito da duração da licença parental alargada, e que se aplica às demais modalidades da LPC, diz respeito ao facto de a mesma não ser sensível aos nascimentos múltiplos (é dizer, ao nascimento de gémeos), sendo a sua duração não variável em função do número de filhos que nasçam para além do primeiro⁷².

Contudo, é relevante a este propósito trazer para a discussão a possibilidade de perspetivarmos a LPC como um direito que os pais adquirem por cada filho, independentemente dos mesmos terem nascido na mesma ocasião. A este respeito a CITE já teve oportunidade de se pronunciar, afirmando que “o direito dos/as trabalhadores/as” à LPC “é por cada filho, pois, adquirindo-se a personalidade jurídica no momento do nascimento completo e com vida, cada um/a que nasce é titular dos mesmos direitos dos outros que já nasceram”⁷³. Ora, sendo que o direito à LPC é exercido pelos pais, mas deriva, no seu âmago, do direito dos filhos a receberem a assistência e proteção que a licença proporciona, entende-se a razão de ser desta afirmação.

⁷¹ Tal como se depreende da leitura do Art. 65.º CT.

⁷² O mesmo não sucede, por exemplo, em França, onde, segundo informação disponível no site oficial do governo francês, a duração da LP varia em função do número de crianças nascidas ou adotadas simultaneamente - <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2280>.

⁷³ Parecer 66/CITE/2019

Não discordando de tal raciocínio, partilhamos o entendimento que tal só será aplicável quando em debate esteja o exercício repetido da LPC face a filhos nascidos (ou adotados) em momentos distintos.

Quando em causa estejam nascimentos (ou adoções) múltiplo(a)s não se acha na lei suporte suficiente para concluir pela possibilidade de exercício de várias LPC. Para além de todos os problemas de articulação entre as mesmas que poderiam surgir, desde logo devido ao eventual gozo simultâneo das mesmas, a existir, esta possibilidade estaria em clara desconformidade com a LPI. Quanto a esta última, sabemos de forma clara que os pais apenas têm direito a um período de licença, o qual é majorado em função do acréscimo de filhos para além do primeiro⁷⁴. Ora, na parte em que não se reporta à recuperação física da mãe após o parto, esta licença destina-se a assegurar o cuidado e assistência dos filhos recém-nascidos, distinguindo-se da LPC na medida em que esta se destina a assegurar o cuidado e assistência dos filhos pequenos (e não necessariamente recém-nascidos). Assim, sendo as finalidades a que se reportam estas licenças tão idênticas, não se entenderia um tratamento diferenciado nesta matéria.

ii. “b) Trabalho a tempo parcial durante 12 meses, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo”

Em termos concretos, a modalidade elencada na al b) do n.º 1 do Art. 51.º CT permite aos beneficiários da LPC gozarem-na mediante a prestação de trabalho a tempo parcial⁷⁵ durante o período de (até) 12 meses, cuja redução da carga horária não pode ser superior (podendo ser inferior) a metade daquela prestada habitualmente.

Ora, tal possibilidade não é exclusiva desta licença, uma vez que, em consonância com o Art. 55.º CT, os trabalhadores, finda a LPC, podem vir a ter o direito de solicitar a prestação de trabalho a tempo parcial durante um período prorrogável até no mínimo 2 anos⁷⁶.

Todavia, a diferença de regime entre estes dois direitos do trabalhador confere ao trabalho a tempo parcial exercido por via da LPC uma grande vantagem. Por um lado, ao contrário do que sucede nos termos do Art. 51.º, da articulação do Art. 55.º com o 57.º CT resulta que o empregador pode, com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se o mesmo for indispensável, recusar, após parecer favorável da CITE, o pedido de prestação de trabalho a tempo parcial por este formulado. Possibilidade essa que não existe quando

⁷⁴ Art. 40.º n.º 4 CT.

⁷⁵ Enquadrando-se esta modalidade no modelo de “conciliação mediante adaptação corresponsável de dupla presença” é dizer, “Conciliação sobre a base de facilitar a adaptação das condições de trabalho às responsabilidades familiares” – Molina, 2018, p. 32.

⁷⁶ Podendo ser prorrogada até 3 ou 4 anos em caso de terceiro filho ou filho com deficiência ou doença crónica respetivamente.

o trabalho a tempo parcial é solicitado com fundamento no Art. 51.º CT. Por outro lado, o trabalho a tempo parcial no seio da LPC é incondicional, estando dispensados os seus beneficiários de preencher os requisitos elencados na al b) do n.º 1 do Art. 57.º CT⁷⁷. Para o exercício da modalidade da LPC em apreço, os progenitores não precisam de viver em comunhão de mesa e habitação com o menor, nem declarar que aquele que consigo, em regime de cotitularidade, exerce as responsabilidades parentais não se encontra em situação capaz de ser ele a prestar a assistência necessária ao menor.

Contudo, no que respeita à aparente não necessidade de os beneficiários da LPC viverem em comunhão de mesa e habitação com o menor há que ponderar se, não resultando da letra da lei, o mesmo deve subentender-se implícito ao fim da licença. Poderá um indivíduo que não viva em comunhão de mesa e habitação com o menor utilizar idoneamente a LPC? Embora se admita que nestes casos a possibilidade do uso abusivo da licença seja francamente elevado, entendemos que tal não é impossível. Um progenitor que por vicissitudes diversas não viva em comunhão de mesa e habitação com o seu filho não poderá abrir mão da LPC, imagine-se na modalidade de ausências interpoladas ou trabalho a tempo parcial, para, nos períodos mais ou menos longos que tenha com o menor, lhe poder prestar o máximo de acompanhamento possível?

Ainda sobre a prestação de trabalho a tempo parcial como forma de exercício da LPC, há que analisar o modo pelo qual é operada a redução horária do trabalhador. Na falta de esclarecimentos adicionais, como aqueles prestados no Art. 55.º n.º 3 CT, podemos partir do pr. de que quem escolhe o modo como quer ver ser organizado o seu horário de trabalho, aquando da passagem a trabalho a tempo parcial, é o trabalhador. Constituindo-se, assim, uma exceção à regra de que, na falta de mútuo acordo, quem fixa o horário de trabalho do trabalhador é o empregador.

O Art. 212.º CT é claro quando afirma que “Compete ao empregador determinar o horário de trabalho do trabalhador”; contudo, no mesmo, pode ler-se de seguida que tal função tem de ser feita “dentro dos limites da lei”. Ora, a nosso ver, cabe dentro dos limites da lei o respeito do empregador pelo direito potestativo do trabalhador de exercer, como melhor lhe convier, a LPC. Somos do entendimento de que a obrigação geral que, nos termos do Art. em apreço, impende sobre o empregador de “Facilitar ao trabalhador a conciliação da actividade profissional com a vida familiar” vai nas situações de LPC mais além, tratando-se, neste caso, de uma obrigação, não de facilitar, mas sim de aceitar o horário de trabalho proposto pelo trabalhador.

Colocar a determinação do horário de trabalho do beneficiário da LPC na esfera do empregador seria inviabilizar o propósito da mesma. Só o trabalhador, conhecedor das

⁷⁷ Entendimento perfilhado pelo parecer 21/CITE/2011.

reais necessidades do menor, sabe em quais períodos deverá estar ausente a fim de utilizar a licença para efetiva assistência da criança.

Tendo o empregador a obrigação de aceitar o horário proposto pelo trabalhador, tem este a obrigação de o fixar de modo a que o exercício do seu direito, por um lado, não exceda manifestamente os limites da boa-fé e, por outro, sirva o fim a que se destina. Assim, se o trabalhador “souber que a sua escolha prejudica de forma grave o empregador ou utilizar o direito para fim diverso da assistência a filho ou adotado, age com abuso de direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil”⁷⁸.

Por último, a respeito desta modalidade, há que destacar o facto de que os trabalhadores que prestem habitualmente o seu trabalho em regime de trabalho a tempo parcial⁷⁹ não devem ficar excluídos do gozo da mesma. O que se verificará, nestes casos, é uma redução do PNT que, habitualmente, já é inferior àquele praticado a tempo completo em situações comparáveis, mas ainda superior a metade do trabalho prestado a tempo completo. Outro entendimento que não este implicaria uma limitação injustificada do direito potestativo dos trabalhadores ao exercício da LPC. Mais ainda, violaria o pr. pelo qual se obriga a um tratamento igualitário entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores que prestem a sua atividade a tempo completo⁸⁰, uma vez que só a estes seria concedida esta forma flexível de exercício da LPC.

iii. “c) Períodos intercalados de licença parental alargada e de trabalho a tempo parcial em que a duração total da ausência e da redução do tempo de trabalho seja igual aos períodos normais de trabalho de três meses”

À modalidade prevista na al c) do n.º 1 do Art. 51.º aplica-se o já referido a propósito das modalidades *supra* indicadas, uma vez que esta resulta da combinação articulada daquelas outras.

iv. “d) Ausências interpoladas ao trabalho com duração igual aos períodos normais de trabalho de três meses, desde que previstas em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho”

Por via da modalidade prevista no al d) do n.º e Art. em apreço, podem os beneficiários da LPC ausentar-se do trabalho por períodos mais ou menos longos de forma interpolada com períodos de prestação efetiva de trabalho a tempo completo. Sendo que tal possibilidade só existirá para aqueles a quem se aplique um IRCT que tal o preveja.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Mas ainda com um tempo de trabalho superior a metade do PNT praticado a tempo completo em situação comparável.

⁸⁰ Art. 154.º n.º 2 CT.

A este respeito há que questionar o modo pelo qual esta modalidade se pode considerar prevista em IRCT. Será necessária uma previsão expressa e autónoma ou, pelo contrário, bastará, como sucede na maioria dos casos, a integração naqueles instrumentos da previsão da "Licença parental complementar em qualquer das modalidades"⁸¹ como uma forma de proteção da parentalidade?

Parece-nos que, apesar de genérica, a expressão “qualquer das modalidades” é perfeitamente capaz de, por si, satisfazer o requisito de previsão em sede de IRCT da modalidade em análise. Sendo esta uma das modalidades previstas no CT, não há como não a ver integrada naquela ampla expressão. Ainda que tão parca indicação abra portas a uma outra questão – a de saber como aplicar esta modalidade sem a previsão da sua devida regulação.

Nada sendo dito quanto à duração das ausências, não se acham obstáculos a que os trabalhadores usem esta modalidade como um mecanismo complementar ao estabelecido no Art. 49.º CT. Neste está previsto o direito a 30 faltas por ano para “assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente, a filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, a filho com deficiência ou doença crónica”. Esgotados as 30 faltas por ano, ou não sendo uma verdadeira situação de assistência inadiável ou imprescindível, pode o trabalhador abrir mão desta licença para faltar para assistência de outro tipo ao seu filho menor de 6 anos. Ou seja, podem as ausências dadas ao abrigo desta modalidade ter a duração de apenas um dia, ou até de meio dia de trabalho.

Questiona-se, contudo, se o reverso não deveria ser vedado. Não deveria o legislador obstar ao uso das faltas previstas no Art. 49.º por aqueles trabalhadores que, estando em condições de dela serem beneficiários, ainda não tenham esgotado a LPC? O mesmo já sucede, como se viu, para o exercício do direito à licença para assistência a filho ou do direito de passagem a trabalho a tempo parcial.

Contudo, não nos parece sensato que o legislador proceda, pelo menos por agora, em conformidade com o referido. É que, como se verá, associado a esta modalidade de exercício da LPC não encontramos qualquer tipo de prestação compensatória pela perda retributiva que a mesma acarreta. O mesmo já não podemos dizer das faltas dadas ao abrigo do Art. 49.º, as quais são compensadas mediante um subsídio igual a 100% da remuneração de referência do beneficiário⁸².

v. (Nova proposta legislativa) Trabalho a tempo parcial durante 3 meses, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo

⁸¹ Vg. Contrato coletivo entre a CAP e o SETAAB, publicado no BTE n.º 18 de 15/5/2018.

⁸² Arts. 19.º e 35.º do DL 91/2009.

completo, desde que a licença seja exercida na totalidade por cada um dos progenitores

Recentemente, em outubro de 2021, na proposta de lei que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho digno⁸³, foi equacionada a criação de uma nova modalidade de exercício da LPC.

Esta assenta na possibilidade de exercício da licença por via da prestação de trabalho a tempo parcial durante 3 meses desde que ambos os progenitores exerçam integralmente o seu direito à referida licença.

Apesar de louvável a intenção que subjaz a esta proposta, a de reforçar a partilha dos cuidados das crianças de forma mais equitativa entre os progenitores, aumentando, para isso, as taxas de adesão dos trabalhadores do sexo masculino a esta licença, o efeito prático da mesma é nulo, não acrescentando, tal como está regulada, novidade alguma ao modo de exercício da licença.

Como já se teve oportunidade de explicar, os marcos temporais fixados pelo legislador no Art. 51.º CT funcionam apenas como limites máximos ao exercício da licença, pelo que, por via da modalidade prevista na referida al b), os progenitores já tinham a possibilidade de prestar trabalho a tempo parcial durante apenas 3 meses.

Assim, a previsão desta nova modalidade apenas fará sentido se a mesma for devidamente acompanhada pela previsão de mecanismos de proteção social que, esses sim, sejam capazes de assegurar um efetivo aumento da adesão masculina à LPC e, consequentemente, impor uma repartição mais equitativa dos cuidados com os filhos. Por outras palavras, esta novidade apenas terá efeito prático se para o seu exercício for criado um subsídio compensatório da perda retributiva a que o mesmo dará lugar.

d. Procedimento

À luz do Art. 51.º CT, o exercício do direito de gozar de uma LPC pelos seus legítimos beneficiários depende exclusivamente da prévia informação sobre a modalidade pretendida e do início e do termo de cada período de licença, a qual deve ser dirigida, por escrito⁸⁴, à entidade empregadora com uma antecedência de 30 dias relativamente ao seu início.

Entende-se a necessidade de tal procedimento, “uma vez que se trata de um direito ao qual o empregador não se pode opor e que poderá determinar a reorganização do serviço onde está afeto o/a titular do direito”⁸⁵.

Esta comunicação prévia e escrita ao empregador, através da qual o trabalhador informa a sua intenção de gozar a licença e mediante qual modalidade o pretende fazer,

⁸³ Separata BTE n.º 33 de 29/10/2021.

⁸⁴ “Nada impede que a forma escrita seja adoptada através de uma declaração escrita enviada por correio eletrónico (e-mail) para um endereço electrónico” - Marecos, 2020, p. 186.

⁸⁵ Parecer 506/CITE/2016.

indicando o respetivo modo, é requisito suficiente para que o direito ao gozo da referida licença se integre na sua esfera jurídica⁸⁶.

Agora, há que questionar se é requisito necessário. A formulação do Art. 51.º n.º 5, na qual se lê expressamente que o exercício do direito de gozo da LPC “depende” daquela informação, indica que sim⁸⁷.

Parece justo que o legislador ordinário tenha colocado na pendência desta comunicação prévia o exercício de um direito que concretiza valores constitucionalmente consagrados⁸⁸, a fim de acautelar um outro direito também constitucionalmente protegido⁸⁹. É dizer, parece-nos perfeitamente válido que o exercício da LPC, como mecanismo ao serviço do pr. da conciliação da vida familiar com a profissional e que permite a realização e desenvolvimento do núcleo familiar, não podendo ser negado, esteja condicionado por este procedimento prévio, de modo a assegurar a livre gestão da atividade ou empresa por parte do empregador⁹⁰ que, por decisão unilateral, se vê privado, no todo ou em parte, da disponibilidade de um trabalhador seu⁹¹.

Assim, por um lado, a falta de informação escrita implica a necessidade de prestação de uma nova informação, não produzindo qualquer efeito a mera comunicação oral da intenção de gozar da licença. Por outro, a falta da antecedência mínima de 30 dias aquando da prestação daquela informação resultará na protelação do início da licença para momento ulterior até se perfazerem os 30 dias de aviso prévio.

Há que levantar, contudo, um problema em torno da obrigatoriedade da antecedência de 30 dias da comunicação de intenção de exercício da licença quando a modalidade escolhida for a prevista na alínea d) do n.º 1 do Art. 51.º CT. O trabalhador que pretende usufruir desta modalidade tem de, quando decide pela primeira vez usufruir da licença, elaborar um mapa de ausências a longo prazo ou, ao invés, tendo informado o empregador do exercício da licença nesta modalidade, sempre que pretenda ausentar-se deve tal avisar com uma antecedência de 30 dias? Sendo que as ausências podem tão somente traduzir-se na não comparência ao serviço durante um dia, parece excessiva a eventual necessidade de a mesma ser comunicada ao empregador 30 dias antes da sua ocorrência. Contudo, perante o silêncio do legislador a este respeito, deverá esta questão procurar resolução no seio dos IRCT que abrem portas ao gozo da LPC por via desta modalidade.

⁸⁶ Declaração esta que, pelo fim que lhe subjaz, deve entender-se receptícia.

⁸⁷ No mesmo sentido veja-se, *vg.*, o parecer 31/CITE/2014.

⁸⁸ Art. 57.º n.º 1 al b) e Art. 67.º n.º 1 CRP.

⁸⁹ Art. 61.º n.º 1 CRP.

⁹⁰ Corolário do direito fundamental de liberdade de iniciativa económica, como ensinam Canotilho & Moreira, 1993, pp. 325 e ss.

⁹¹ Cumprindo-se assim o disposto no Art. 5.º n.º 3 da Dir 2019/1158.

Para além de escrita e prévia, a informação dirigida à entidade empregadora tem de ser completa. Ademais da modalidade pretendida, do início e termo da mesma, o trabalhador deve, quando a licença implicar alterações ao PNT, o que sucede quando o exercício da licença implique a prestação de trabalho a tempo parcial, indicar o modo pelo qual pretende ver ser organizada a sua prestação de trabalho. É dizer, deve indicar o horário de trabalho que pretende que lhe seja aplicado.

Uma vez mais, há que questionar o que sucede se o trabalhador apenas indicar a sua pretensão de prestar trabalho a tempo parcial. Na falta de indicação da redução da carga horária pretendida, podemos integrar a omissão da informação prestada pelo trabalhador com recurso à aplicação analógica do Art. 55.º n.º 3 CT⁹², o qual dispõe que, “salvo acordo em contrário, o período normal de trabalho a tempo parcial corresponde a metade do praticado a tempo completo numa situação comparável”.

Contudo, a falta de indicação do modo de execução do trabalho a tempo parcial, se o mesmo se pretende vertical, horizontal ou misto, já não será passível de ser suprida. Assim, não fazendo esta escolha parte da informação do trabalhador dirigida ao empregador, a mesma não será idónea para produzir efeitos tendentes a permitir o início do exercício da LPC.

Em matéria procedimental, há ainda que chamar à colação a eventualidade de cessação da situação que originou a respetiva licença. Nestes casos, nos termos do Art. 65.º n.º 4 al. d) e n.º 5, deve o trabalhador comunicar a situação ao empregador no prazo de 5 dias, devendo o primeiro retomar a ocupação do seu posto de trabalho na primeira vaga que ocorrer na empresa ou, eventualmente, no termo do período inicialmente previsto de licença.

e. Efeitos no contrato de trabalho

À luz do Art. 65.º n.º 1 CT, o gozo da LPC não determina a perda de quaisquer direitos, exceto quanto à retribuição, sendo o período de licença equiparado à efetiva prestação de trabalho.

Contudo, os efeitos do exercício da mesma no contr. trab. são vários e não se cingem a uma perda retributiva.

i. Suspensão do contrato de trabalho

Em virtude da modalidade escolhida, podem os trabalhadores, no exercício da LPC, ausentarem-se ao trabalho por períodos superiores a 30 dias. Pelo que releva, a este

⁹² Neste sentido ver parecer 31/CITE/2014.

respeito, perceber o que sucede com o contr. trab. nestes períodos de ausência prolongada.

Enquanto alguns autores perspetivam as licenças de parentalidade como “uma modalidade de ausências ao serviço”⁹³, aproximando a sua configuração do regime das faltas, outros veem naquelas uma verdadeira forma de suspensão do contr. trab.⁹⁴.

Carla Acúrcio, *vg.*, nega veemente a possibilidade de qualificação dos períodos de ausência fruto do gozo de licenças no âmbito da parentalidade como formas de suspensão. Afirma que “o trabalhador que se ausente ao serviço no âmbito da parentalidade, independentemente da duração da ausência, nunca entra na situação de suspensão de contrato, pois tal ausência é equivalente a prestação de serviço, isto é, o trabalhador apesar de não estar a exercer as suas funções efetivamente, é como se prestasse trabalho “de facto” não podendo ser-lhe aplicável a situação de suspensão de contrato”⁹⁵.

Sem desprimor, entendemos que, quando no regime da parentalidade se equipara as ausências ao serviço a efetiva prestação de trabalho, a mesma deve valer apenas no plano dos deveres e direitos que se mantêm por não derivarem, diretamente, da prestação “de facto” de trabalho, uma vez que esta, na prática, não se verifica. Para além disso, dispõe o Art. 295.º n.º 1 CT que durante a suspensão do contr. trab. “mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho”. Desta feita, a estabilidade laboral prosseguida pelo Art. 65.º quando equipara as ausências dadas no âmbito da parentalidade a efetiva prestação de trabalho não se afigura incompatível com a qualificação dessas ausências como forma de suspensão do contr. trab.

Isto dito, importa agora averiguar se não existem, do ponto de vista formal, aspetos regimentais que obstem a tal qualificação.

Podemos, sucintamente, definir suspensão do contr. trab. como o “efeito jurídico paralisador de um vínculo, produzido pela impossibilidade temporária do cumprimento de uma obrigação”⁹⁶, estando inerente a esta paralisação a manutenção do vínculo sobre o qual impende. O que sucede aquando do exercício da LPC, em que o trabalhador se vê “obrigado a interromper, temporariamente, a prestação de trabalho, em virtude de se encontrar em determinadas circunstâncias incompatíveis com aquela prestação”⁹⁷.

Contudo, o legislador afunilou as situações passíveis de serem tuteladas pelo regime jurídico da suspensão do contr. trab. Nos termos do art. 296.º CT, as

⁹³ Lambelho & Gonçalves, 2021, p. 258.

⁹⁴ Como apoiantes de tal qualificação temos, *vg.* Ramalho, 2019, p. 739; Carvalho, 2011, p. 358; Silva, 2017, p. 527.

⁹⁵ Acúrcio, 2010, p. 20.

⁹⁶ Gonçalves, 2006, p. 141.

⁹⁷ *Idem.*

impossibilidades que justificam a suspensão, quando derivem da esfera do trabalhador, como é o caso, ou a ele não lhe podem ser imputadas ou, sendo-o, têm de estar previstas na lei.

O que sucede é que o legislador não refere expressamente que as licenças em razão da parentalidade correspondem a um período de suspensão. Porém, partilhamos do entendimento de que quando no n.º 5 do Art. 296.º o legislador fala em “imputável”, reporta-se a “uma imputabilidade em sentido impróprio, a qual se traduz no mero concurso da vontade do trabalhador para a criação de situações (...) determinantes da lícita inexecução do trabalho”⁹⁸. Pelo que devemos olhar para as situações que não estão expressamente previstas na lei e ponderar se à luz deste entendimento é adequado vê-las ou não integradas naquele n.º 5.

A nosso ver é inegável a qualificação do impedimento de prestação do trabalho aquando do gozo da LPC como uma daquelas situações de lícita inexecução do trabalho. Em causa está a necessidade de prestação de cuidados e assistência a filhos pequenos, a qual decorre do pleno exercício dos direitos parentais, os quais, como vimos, estão consagrados constitucionalmente e visam proteger valores sociais eminentes.

Trata-se, na realidade, daquilo a que a doutrina chama de impedimento relativo, aquele em que, não havendo uma impossibilidade física ou legal que obste absolutamente a prestação de trabalho, tendo os trabalhadores a possibilidade de optarem pelo cumprimento das suas obrigações laborais, é legítimo que não o façam⁹⁹. De facto, alguns autores olham para as ausências ao abrigo da parentalidade como impossibilidades morais¹⁰⁰ de prestarem a sua atividade.

Desta feita, parece-nos perfeitamente possível equacionar a integração do gozo da LPC nas possibilidades que, mesmo que imputáveis ao trabalhador, podem dar lugar à suspensão do contr. trab. Isto porque embora o gozo da licença não se encontre legalmente tipificado como forma de suspensão, atendendo à configuração do regime da parentalidade e aos fins a que este procura dar resposta, é inegável a inexigibilidade de trabalho nestas situações.

ii. Proibição de exercício de outra atividade

O Art. 51.º n.º 4 CT estabelece que, durante o gozo da LPC, “o trabalhador não pode exercer outra actividade incompatível com a respectiva finalidade”.

⁹⁸ Fernandes, 2009, p. 583.

⁹⁹ Em causa está “a prevalência de valores estruturantes do ordenamento que motiva desconsiderar a natureza absoluta do impedimento e o operar da suspensão, ainda que em rigor o trabalhador não se encontre impedido de exercer a atividade contratada; dir-se-á, todavia, inexigível que o faça” – Silva, 2017, p. 530.

¹⁰⁰ *Vg.* Gonçalves, 2006, pp. 158 -159.

Entendendo-se a razão de ser desta disposição, a de evitar o uso abusivo da licença, garantindo que a mesma é utilizada apenas para o fim a que se reporta, há que questionar como, fruto de tal imposição, articular a LPC com as situações de pluriemprego.

Um trabalhador que habitualmente exerça mais do que uma atividade, subordinada ou não, terá de o deixar de fazer durante o gozo da licença? Um trabalhador com mais do que uma entidade empregadora terá de exercer o seu direito à licença perante todas aquelas entidades?

Somos da opinião de que a LPC não deve ter de ser forçosamente exercida perante todas as entidades empregadoras que os trabalhadores possam ter, nem que estes devam ter de ser obrigados a abdicar do exercício de outras atividades profissionais às quais já se dedicavam antes do exercício da licença.

Sendo a LPC um mecanismo ao serviço do pr. da conciliação entre a atividade profissional com a vida familiar, permitindo aos seus beneficiários acompanharem e intervirem nos cuidados dos filhos numa etapa precoce das suas vidas sem sofrerem, por isso, repercussões adversas nos seus empregos, parece-nos perfeitamente viável que o exercício da mesma não tenha de proceder perante todas as possíveis entidades empregadoras do trabalhador, nem que a mesma implique o não exercício de todas as outras atividades que o trabalhador já exercesse¹⁰¹. Desta feita, quando em situações de pluriemprego, a LPC pode servir de libertação dos trabalhadores para que estes tenham mais tempo, e não necessariamente todo o tempo, para acompanharem os seus filhos. Este entendimento radica predominantemente dos efeitos retributivos da licença. É que, como veremos *infra*, o exercício da licença comporta para os trabalhadores sérias perdas retributivas. Assim, ao serem obrigados a abdicarem de todos os trabalhos e/ou atividades que exerçam, os trabalhadores estariam fortemente condicionados no momento de decidirem exercer o seu direito à LPC.

Mais, não nos esqueçamos que uma das modalidades de exercício desta licença é o direito de prestação de trabalho a tempo parcial, o que, desde logo, evidencia que o exercício da mesma não é incompatível com a prestação de trabalho. Servindo, neste caso, para aumentar a disponibilidade do trabalhador para com os cuidados dos filhos, não lhes concedendo, contudo, disponibilidade total.

¹⁰¹ É o que sucede, por exemplo, no Reino Unido, onde o exercício da LP é compatível com o exercício de outra atividade, subordinada ou não, desde que a ela os trabalhadores já se dedicassem, pelo menos, 15 semanas antes do nascimento da criança - <https://maternityaction.org.uk/wp-content/uploads/More-than-one-job.pdf>.

iii. Irredutibilidade do direito a férias

Vimos que o exercício da LPC pode dar lugar à suspensão do contr. trab., podendo a mesma ser configurada como um impedimento prolongado da prestação de trabalho por parte do trabalhador.

Nas situações de prestação de trabalho a tempo parcial, nenhuma questão se levanta em matéria de férias, uma vez que o direito às mesmas não varia em função da prestação de trabalho a tempo completo ou a tempo parcial¹⁰². O mesmo vale para o exercício da LPC mediante ausências interpoladas inferiores a 30 dias.

Por seu turno, quando em causa esteja a suspensão do contr. trab., o direito a férias pode não permanecer incólume.

Aplicando-se o regime regra da suspensão, resulta claro que o impedimento prolongado não prejudica o direito às férias vencidas. Assim, se o gozo da LPC abranger o período de férias previamente marcado, impossibilitando o seu gozo integral, “estas férias podem ser fruídas, na parte não gozada, fora daquele período”¹⁰³.

Contudo, esta mesma questão não parece tão líquida quando analisada à luz do Art. 65.º n.º 3 CT. Neste, do elenco das licenças que, suspendendo o gozo das férias, dão lugar ao gozo dos dias de férias em falta em momentos posteriores não encontramos a LPC. O legislador basta-se com a expressão “licença parental em qualquer modalidade”. Não nos chocaria que dentro desta coubesse, de igual forma, a LPC. Contudo, quando comparamos o referido preceito com o que lhe sucede, verificamos que no n.º 4 o legislador fez questão de, a par da LP, referir expressamente a LPC. Embora pareça que a intenção do legislador vá no sentido de excluir a possibilidade de aproveitamento em momento posterior das férias interrompidas por conta da LPC, entendemos que tal não possa ser a interpretação dada ao referido n.º 3 do Art. 65.

Não podemos esquecer que resulta do próprio Art. em apreço, nomeadamente do seu n.º 1, que a ausência dada ao abrigo da LPC, à semelhança da LPI, é equiparada a efetiva prestação de trabalho, pelo que os efeitos do exercício da mesma contendem exclusivamente com a prestação de trabalho por parte do trabalhador e com o pagamento da retribuição por parte do empregador, ficando incólumes todos os demais direitos e deveres inerentes à relação laboral. Não se achando, assim, justificação alguma para que o tratamento dado a estas duas diferentes licenças seja, em matéria de férias, distinto.

Assim, a questão que permanece é a de saber se o exercício da licença prejudica a formação do direito a um novo período de férias.

¹⁰² “Deve entender-se que o regime do direito a férias dos trabalhadores a tempo parcial, mesmo nos casos de trabalho a tempo parcial vertical, é o regime geral, sendo-lhes aplicáveis as (...) regras dos n.ºs 2 e 3 do art. 238.º” – Nogueira, 2020, p. 58.

¹⁰³ PGRP00003351.

Resulta, como já se mencionou, do Art. 65.º CT que o período de tempo pelo qual é exercida a LPC é equiparado a efetiva prestação de trabalho, pelo que o vencimento de um novo período de férias procede em condições normais, tal qual como se o trabalhador se apresentasse efetivamente ao serviço.

Poderíamos eventualmente equacionar o desvio a esta regra quando, por conta da licença, o impedimento prolongado do trabalhador prestar o seu serviço se iniciasse num ano civil e terminasse no ano seguinte e, assim, ponderar a aplicação do Art. 239.º n.º 6 CT que fixa, para o cálculo das férias devidas ao trabalhador no ano de cessação de impedimento prolongado iniciado em ano anterior, a regra aplicável ao ano de admissão ao serviço, ou seja, 2 dias úteis de férias por cada mês de trabalho prestado no ano em questão. Contudo, também esta hipótese é de recusar, uma vez que no âmbito da parentalidade se consagra “um regime especial de proteção que justifica um desvio à regra estabelecida para a suspensão do contrato de trabalho por impedimento prolongado, no que diz respeito ao direito a férias”¹⁰⁴.

iv. Perda retributiva

Fruto do cunho tendencialmente sinalagmático que caracteriza o contr. trab., o empregador, durante os períodos de licença, está dispensado do pagamento da retribuição aos trabalhadores que dela beneficiem.

Porém, no âmbito da parentalidade, por modo a tornar o exercício das licenças efetivamente viável, “para a perda dos rendimentos do trabalho está pensada, no regime previdencial do sistema de segurança social, uma prestação social sucedânea”¹⁰⁵.

Sucedee, contudo, que a LPC é em parte uma exceção àquela regra, uma vez que a perda retributiva apenas será parcialmente colmatada quando aquela for exercida por via da al a) n.º 1 do Art. 51.º CT, e somente quando não implique o seu gozo simultâneo por ambos os progenitores.

Isto porque o único apoio social associado à LPC encontra-se previsto no Art. 16.º do DL 91/2009, o qual conjectura o subsídio parental alargado como “um apoio em dinheiro dado a qualquer um ou a ambos os pais, alternadamente¹⁰⁶, por um período até três meses cada um, para assistência a filho integrado no agregado familiar, desde que a licença seja gozada imediatamente após o período de concessão do subsídio parental inicial ou do subsídio parental alargado do outro progenitor”¹⁰⁷. Embora se diga que o subsídio pode ser concedido àqueles que se ausentem do trabalho até 3 meses para

¹⁰⁴ Ac. TRE de 12/11/2010, prc. 445/08.8TTSTB.E1.

¹⁰⁵ Gonçalves, 2012, p. 175.

¹⁰⁶ Daqui se retira a impossibilidade de atribuição do subsídio parental alargado aos progenitores que gozem da LPC ao mesmo tempo. Neste caso, apenas um deles terá direito ao dito subsídio.

¹⁰⁷ Departamento de Prestações e Contribuições (2022).

assistência aos seus filhos, o que pode ocorrer mediante outras modalidades da LPC que não exclusivamente a licença parental alargada, resulta clara, daquele Art. e do formulário cujo preenchimento é obrigatório para requerimento do subsídio em apreço¹⁰⁸, a necessidade de, para o auferirem, os trabalhadores terem de gozar de uma licença parental alargada.

No que ao *quantum* de subsídio diz respeito, fixa o Art. 33.º do DL 91/2009 que “O montante diário do subsídio parental alargado é igual a 25% da remuneração de referência do beneficiário”¹⁰⁹, completando o Art. 38.º daquele diploma, que “O montante diário mínimo do subsídio parental alargado não pode ser inferior a 40% de 1/30 avos do valor do IAS”¹¹⁰.

Ainda sobre a perda retributiva, há que fazer um apontamento adicional relativamente aos subsídios. Em conformidade com o disposto no Ac. TRE de 12/11/2010, prc 445/08.TTSTB.E1, quando no Art. 65.º CT se refere que a licença não determina a perda de quaisquer direitos, salvo quanto à retribuição, refere-se apenas à retribuição que é contrapartida direta da prestação efetiva de trabalho, pelo que o gozo da licença não implica a perda do direito aos subsídios de férias e de Natal.

Enquanto pensamos que tal raciocínio é isento de falhas no que ao subsídio de férias diz respeito, o mesmo não podemos dizer do subsídio de Natal.

O subsídio de férias “constitui uma parcela retributiva cuja função específica é a de “financiar” o merecido descanso anual do trabalhador”¹¹¹ pelo que, mantendo-se intacto o direito ao referido descanso, intacta fica a respetiva retribuição.

Contrariamente, o subsídio de Natal traduz-se numa “prestação retributiva de formação progressiva ao longo do ano civil, num salário diferido que se vai sedimentando gradualmente”¹¹², formação essa que, nos termos do Art. 263.º n.º 2 al c), é afetada pela eventual suspensão do contr. trab.¹¹³ De acordo com este preceito, o *quantum* do subsídio de Natal é proporcional ao tempo de serviço prestado. Pelo que, na eventualidade de o contrato se suspender por conta da LPC, o trabalhador, pela ausência de prestação de trabalho efetiva, verá o seu subsídio de Natal reduzido. Redução essa passível de ser colmatada por via da prestação compensatória prevista nos art. 21.º-A e 37.º-A do DL 91/2009.

¹⁰⁸ Formulário Mod.RP5092-DGSS.

¹⁰⁹ “Média de todas as remunerações declaradas à Segurança Social incluindo os valores de remunerações por equivalência à entrada de contribuições nos primeiros seis meses dos últimos oito meses (a contar do mês anterior àquele em que começa o impedimento para o trabalho), excluindo os subsídios de férias, de Natal e outros de natureza análoga” - Departamento de Prestações e Contribuições, 2022, p. 9.

¹¹⁰ A Portaria 294/2021, de 13 de dezembro, relativa a 2022, fixa o valor diário mínimo deste subsídio em 5,91 €.

¹¹¹ Gonçalves, 2014, p. 397.

¹¹² Amado, 2007, p. 236.

¹¹³ Gonçalves, 2014, p. 404.

v. Conformidade da perda retributiva com o DUE

Da análise da Dir 2019/1158 resulta claro que é obrigação dos EM configurarem a LPC em moldes tais que a mesma seja passível de ser efetivamente gozada pelos trabalhadores a que se dirigem – sendo o efetivo exercício da licença apenas possível se do mesmo não resultar para os seus beneficiários uma total perda retributiva¹¹⁴. Ciente de tal necessidade, a Dir previu a obrigatoriedade de se fixar internamente o direito a uma remuneração ou subsídio adequados durante a licença.

Ainda que no art. 8.º da Dir não se tenha corporizado o que se deva entender por remuneração ou subsídios “adequados”¹¹⁵, recorrendo aos seus csd, que fixam critérios interpretativos, nomeadamente ao n.º 30, podemos encontrar um limiar mínimo para o valor da remuneração ou subsídio a receber pelo gozo da LPC: valor atribuído, em cada EM, em caso de licença por motivo de doença¹¹⁶.

Ora, em PT, o montante mínimo a auferir em caso de doença é de 55% da remuneração de referência, ficando muito aquém deste valor os 25% titulados pelo subsídio parental alargado.

Para além do *quantum* atribuído nos parecer desconforme¹¹⁷ às orientações europeias¹¹⁸, em PT, a concessão daquele subsídio apenas tem lugar, como vimos, quando em causa esteja o exercício da LPC por via da licença parental alargada e somente quando esta for exercida nos momentos determinados pela lei. Tal parece, uma vez mais, contrariar o disposto no Art. 8.º n.º 3 da Dir, o qual por um lado, não faz distinção de tratamento entre as diferentes formas de exercício da LP¹¹⁹, e, por outro, prevê o direito de recebimento de uma remuneração ou subsídio por conta da licença “independentemente do momento em que os progenitores” dela “decidam usufruir”¹²⁰.

¹¹⁴ Csd 31 e 26 da Dir 2019/1158.

¹¹⁵ O TJ já teve oportunidade de se pronunciar sobre o que se deve entender por prestações adequadas, entendendo que só o serão aquelas que não prejudiquem o efeito útil da licença a que se reportam – Ac. de 1/06/2010, prc C-194/08.

¹¹⁶ Sem qualquer tipo de carácter vinculativo, em 2010, a Comissão pronunciou-se no sentido de que a LP só seria bem paga quando a sua remuneração ou subsídio fosse equivalente a 66% dos rendimentos médios dos seus beneficiários; percentagens inferiores são perigosas e podem constituir armadilhas para atribuição de rendimentos não dignificantes – Janta & Stewart, 2018, p. 4.

¹¹⁷ Não olvidando que estamos ainda em prazo útil de transposição daquelas orientações, as quais se encontram vertidas da Dir 2019/1158 (ver nota 40).

¹¹⁸ Não apenas pelo não cumprimento da indicação dada nos csd da Dir, mas também pelo panorama socioeconómico em que vivemos, onde cerca de 29% de famílias portuguesas se “encontram em situação de vulnerabilidade económica, auferindo um rendimento inferior a 75% do rendimento mediano” (Peralta, et al., 2021, p. 20), deixar claro que o gozo da LPC ainda não está, por motivos económicos, ao alcance de todos. Mais, não podemos olvidar que um dos objetivos da Dir. é o de potenciar a utilização da LP por ambos os pais. Contudo, como indica Reche, 2020, p. 77, “apenas com uma remuneração semelhante ao salário auferido (...) se pode conseguir a participação dos homens nos cuidados” dos filhos por via da utilização da LP. Assim, o montante do subsídio parental alargado parece-nos francamente insuficiente para o atingimento dos objetivos traçados pelo DUE.

¹¹⁹ Apesar de este ser o nosso entendimento, a questão não é fechada ao debate em sentido contrário. Como indica, *vg.*, Reche, 2020, p. 77, o Art. 8.º da Dir pode querer dizer que “não é necessário que todas as formas de exercício da licença parental previstas no ordenamento jurídico de um certo país sejam retribuídas, mas apenas que uma delas seja, e o seja por um período de tempo de dois meses”.

¹²⁰ Carvalho, 2020, p. 226.

Contudo, no que à retribuição diz respeito nem tudo se nos afigura desconforme ao DUE. É que, em virtude deste, a remuneração ou subsídios vindos de aludir apenas são devidos nos períodos de LP intransferíveis, ou seja, nos seus 2 primeiros meses. Porém, em PT, o subsídio é concedido até ao período máximo da licença, 3 meses.

vi. Implicações em matéria de segurança social¹²¹

Dispõe o Art. 22.º n.º 1 do DL n.º 91/2009 que o período durante o qual se beneficia de um subsídio parental alargado é equivalente à prestação efetiva de trabalho, havendo lugar ao registo de “remunerações por equivalência à entrada de contribuições durante o respetivo período de concessão”, não sendo afetadas, assim, eventuais prestações sociais a receber por conta, *vg.*, de invalidez, velhice ou morte.

Nesta situação, o que se verifica é que, não existindo uma verdadeira base de incidência contributiva passível de tributação, os períodos de ausência são registados para efeitos de carreira contributiva, ficcionando-se, durante a licença, o recebimento da remuneração de referência¹²².

Sucedem, contudo, que o exercício da LPC pode ocorrer por via de outras modalidades que não a licença parental alargada.

Como vimos, mais do que uma modalidade permite que os beneficiários daquela licença a gozem através da prestação de trabalho a tempo parcial, em virtude do qual os trabalhadores receberão remunerações reduzidas em comparação com aquelas que recebem quando prestam trabalho a tempo completo. A este respeito alerta, e bem, a Dir 2019/1158, no seu csd 35, que “longos períodos de redução do horário de trabalho podem levar a uma redução das contribuições para a segurança social e, por conseguinte, a direitos de pensão reduzidos ou inexistentes”.

Ciente desta realidade o legislador nacional fixou no n.º 2 do Art. 22.º vindo de analisar que “Durante os períodos de trabalho a tempo parcial de trabalhador com responsabilidades familiares, nos termos previstos no artigo 55.º do Código do Trabalho, há lugar a registo adicional de remunerações por equivalência à entrada de contribuições por valor igual ao das remunerações registadas a título de trabalho a tempo parcial efetivamente prestado, com o limite do valor da remuneração média registada a título de trabalho a tempo completo”.

Contudo, um preceito equivalente não se acha para quando o trabalho a tempo parcial seja prestado ao abrigo da LPC. O que não se entende se pensarmos que o instituto jurídico da equivalência visa permitir que se mantenham os “efeitos da carreira

¹²¹ Embora não se trate de um efeito no contrato de trabalho, mas sim de um outro efeito do exercício da LPC, por uma questão sistemática, esta problemática será tratada e arrumada sob a epígrafe “Efeitos no contrato de trabalho”, ponto e. da presente dissertação.

¹²² Ver nota 109.

contributiva dos beneficiários com exercício de atividade que, em consequência da verificação de eventualidades protegidas pelo regime geral, ou da ocorrência de outras situações consideradas legalmente relevantes, deixem de receber ou vejam diminuídas as respetivas remunerações”¹²³.

Não se podendo pôr em causa a relevância da LPC, independentemente da modalidade em que seja exercida, é de lamentar o facto de que aquele instituto aparentemente apenas possa ter lugar nas situações em que a lei expressamente reconhece o direito à equivalência¹²⁴.

Assim, aqueles que escolham exercer a LPC por via da prestação de trabalho a tempo parcial, e bem assim, aqueles que decidam fazê-lo por via de ausências interpoladas ou até mesmo por via da licença parental alargada exercida em momento distinto que aqueles previstos na lei, são duplamente prejudicados. Por um lado, sofrem com a diminuição/perda retributiva e, por outro, veem a sua carreira contributiva minorada, o que tem um reflexo negativo nas prestações sociais que venham a aceder.

Esta situação torna-se ainda mais incompreensível quando continuamos a analisar aquele Art. e verificamos que do seu n.º 3 resulta que “os períodos de assistência a filho, previstos no artigo 52.º CT ¹²⁵ são tomados em consideração para a taxa de formação dos cálculos das pensões de invalidez e velhice do regime geral da segurança social, mediante comunicação do facto, pelo trabalhador à Segurança Social”¹²⁶.

Em face do exposto, há que ponderar a necessidade de se levar a cabo uma interpretação extensiva do Art. 22.º aqui em análise, por modo a fazer corresponder a letra da lei àquele que cremos ser o espírito da mesma. A razão de ser deste preceito, a de impedir que o exercício dos direitos laborais em matéria de parentalidade prejudique a carreira contributiva dos trabalhadores, postula a sua aplicação às situações da LPC ainda não expressamente protegidas pela lei. É que abrindo mão do argumento *a fortiori*, “se a lei explicitamente contempla certas situações, para que estabelece dado regime, há-de forçosamente pretender abranger também outra ou outras que, com mais fortes motivos, exigem ou justificam aquele regime”¹²⁷.

Por via de uma interpretação com esta, parece ser possível vislumbrar na lei a possibilidade de que, independentemente da modalidade de exercício da LPC, durante o gozo da mesma os trabalhadores vejam as suas carreiras contributivas asseguradas através do registo de remunerações por equivalência.

¹²³ Conceição, 2019, pp. 137-138.

¹²⁴ É de equacionar se PT não estará a incumprir as orientações europeias fixadas sobre esta matéria. É que, segundo Reche, 2020, p. 85, do Art. 10.º n.º 3 da Dir 2019/1158 resulta a obrigação de “manutenção da relação laboral e das contribuições para o sistema de pensões”.

¹²⁵ No qual se plasma o direito a uma licença para assistência a filho, a qual, como já tivemos oportunidade de indicar, nos termos do Art. 65.º CT, não é equipara a prestação efetiva de trabalho.

¹²⁶ Rebelo, 2020, p. 181.

¹²⁷ Machado, 2006, p. 186.

A questão que permanece, contudo, é a de saber se a Segurança Social tem, neste momento, capacidade para dar tratamento adequado às eventuais comunicações de exercício da licença por outras modalidades que não a licença parental alargada por modo a que também àquelas se apliquem os efeitos propugnados pelos n.ºs 1, 2 e 3 do Art. 22.º do DL n.º 91/2009.

IV. Utilização da LPC em Portugal e principais conclusões

Segundo dados avançados pelo INE, em 2020, foram gozados 1 027 545 dias a título de LPC na modalidade de licença parental alargada. Destes, 76 484 dias foram usufruídos por homens e 951 061 dias por mulheres¹²⁸. Este *quantum* de dias foi distribuído por um total de 15 401 beneficiários, dos quais 1 286 eram homens e os restantes 14 115 eram mulheres¹²⁹.

Da análise dos mesmos dados, resulta um paulatino aumento do número de beneficiários da licença parental alargada. Em 2016 dela beneficiaram 6 952 indivíduos, em 2017 8 820, em 2018 10 969 e em 2019 12 591. Números que espelham um crescimento em média de 24,3% a cada ano e um crescimento global de 121,5% em 5 anos.

Em relação às demais modalidades de exercício da LPC, não se encontraram dados estatísticos capazes de ilustrar a sua utilização em PT. Contudo, talvez releve indicar que, dos pareceres emitidos pela CITE em matéria de LPC, praticamente todos contendem com o exercício da mesma por via da prestação de trabalho a tempo parcial durante 12 meses, com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo. Portanto, há aqui evidências de que esta modalidade é, em medida não quantificável, utilizada pelos trabalhadores portugueses.

Isto posto, podemos considerar que a LPC está eficazmente a satisfazer o seu propósito?

Como se viu, um dos objetivos da LPC é o de potenciar a participação masculina nos cuidados dos filhos, objetivo esse que nos parece ainda não passível de se dizer atingido. Como se indicou, os homens que gozaram, em 2020, da licença parental alargada foram muito menos que as mulheres que o fizeram. Mais, segundo um estudo conduzido pelo INE¹³⁰, da amostra utilizada, das pessoas que em algum momento interromperam as suas carreiras por pelo menos um mês para prestarem assistência a filhos menores de 15 anos, apenas 8.1% eram do sexo masculino. Percentagem que, se os homens estivessem amplamente a utilizar o seu direito à LPC, seria, a nosso ver,

¹²⁸ INE: Duração da licença parental alargada, da segurança social (Dia) por Sexo.

¹²⁹ INE: Beneficiárias/os de licença parental alargada, da segurança social (N.º) por Sexo.

¹³⁰ INE: Reconciliation between work and family life – Labour Force Survey ad hoc module 2nd quarter 2018.

francamente superior. Para que tal aconteça, corroboramos a tese já indicada¹³¹ de que é necessário um forte incentivo remuneratório para que os pais e, não necessariamente apenas homens, adiram amplamente à LPC.

Como reitera Moreira¹³², “é certo que o problema da Conciliação prende-se antes de mais com questões económicas, e só depois culturais”. Residindo aqui, na baixa, ou inexistente, contrapartida remuneratória, o maior obstáculo ao amplo recurso da LPC como forma de conciliação entre a vida familiar e profissional. Contudo, e apesar da vanguarda nacional em algumas matérias relacionadas com esta licença, consideramos que, enquanto o DUE não evoluir nesse sentido, criando critérios diretos e rigorosos quanto à boa compensação dos trabalhadores pelas suas perdas retributivas aquando do gozo da licença, a legislação nacional não progredirá nesse sentido.

O que também não parece favorecer utilização da licença é o escasso desenvolvimento legislativo sobre a mesma. Em torno de um único art, foram aqui levantadas inúmeras questões, as quais, não encontrando resposta na lei, deixam por saber como devem os seus beneficiários corretamente exercê-la.

¹³¹ Ver nota 118.

¹³² Moreira, 2013, p. 171.

Referências bibliográficas

- ACÚRCIO, C. (2010). *A proteção social no regime das responsabilidades parentais – A especificidade da proteção social convergente face ao regime geral da segurança social*. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora.
- ALMEIDA, M.E.L. (2020). O teletrabalho e o direito a teletrabalhar. *Questões Laborais*, n.º 56, pp. 81-123.
- AMADO, J.L. (2007). Comissões, subsídio de Natal e férias (breve apontamento à luz do código do trabalho). *Prontuário de direito do trabalho*, n.º 76-77-78, pp. 229-242.
- CANOTILHO, G. & MOREIRA, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARACCILO, E. (2001). The family-friendly workplace the EC position. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 17, no. 3, pp. 325-344.
- CARVALHO, C.O. (2011). *Da dimensão da empresa no direito do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C.O. (2020a). Novos desafios da parentalidade. In RAMALHO, M.R.P. & MOREIRA, T.C., *Covid-19 e trabalho: O dia seguinte*, pp. 209-237. Lisboa: AAFDL Editora.
- CARVALHO, C.O. (2020b). Reconciling professional and family life for promoting gender equality in Portugal: Some considerations and prospects in the light of the new Directive 2019/1158 on work-life balance for parents and carers. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, no. 4, pp. 96-107.
- COMISSÃO EUROPEIA (2015). Delivering for parents: Commission withdraws stalled maternity leave proposal and paves the way for a fresh approach. Comunicado de Imprensa. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qfIYCTHMACwJ:https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_15_5287/IP_15_5287_EN.pdf+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt.
- CONCEIÇÃO, A.J.B. (2019). *Segurança social, manual prático*. 11.ª ed. Coimbra: Almedina.
- DEPARTAMENTO DE PRESTAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES (2022). *Guia prático – subsídio parental alargado*. Instituto da Segurança Social, I.P.
- DOEPKE, M. & KINDERMANN, F. (2018). Bargaining over babies: Theory, evidence, and policy implications. *American Economic Review*: Working Paper no. 22072.
- DREW, E. (2005). Parental leave in Council of Europe member states. Estrasburgo: Conselho da Europa. <https://rm.coe.int/1680591662>.
- DURÁN GALA, C. (2017). El permiso de paternidad: Un balance tras casi diez años desde su implantación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 406, pp. 57-94.
- ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. (2013). *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- FERNANDES, A.M. (2020). *Direito do trabalho*, 20.ª ed. Coimbra: Almedina.
- FRANCO, J.M. e MARTINS, A.H.A. (1993). *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos: Na doutrina e na jurisprudência*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, L.A. (2006). A licença de maternidade e a suspensão do contrato de trabalho. *Miscelâneas*, n.º 4, pp. 133-186.

GONÇALVES, L.A. (2012). A protecção social da parentalidade. In *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais: Actas*, pp. 170-190. Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão.

GONÇALVES, L.A. (2014). Prestações compensatórias de subsídio de férias e de subsídio de Natal. In REIS, J., et al., *Para Jorge Leite – Escritos jurídicos*, vol. II, pp. 391-410. Coimbra: Coimbra Editora.

JANTA, B. & STEWART, K. (2018). *Paternity and parental leave policies across the European Union*. Luxemburgo: Publicações da União Europeia.

LAMBELHO, A. & GONÇALVES, L.A. (2021). *Direito do trabalho da teoria à prática*, 2.^a ed. Carcavelos: Rei dos Livros.

LOUSADA, J.F.A. (2010). El tiempo en las leyes con perspectiva de género. *Revista de Derecho Social*, n.º 49, pp. 83-96. Editorial Bomarzo.

MACHADO, J.B. (1991). Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In *Obra dispersa*, vol. I, pp. 345-423. Braga: Scientia Iuridica.

MACHADO, J.B. (2006). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 15.^a reimp. Coimbra: Almedina.

MARECOS, D.V. (2020). *Código do trabalho – Comentado*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina.

MATLÁRY, J. (2001). *Para um novo feminismo*. Lisboa: Principia.

MOREIRA, T.C. (2018). O princípio da igualdade de tratamento e a proibição de discriminação: A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e a familiar em Portugal. *Documentación Laboral*, vol. 113, n.º 1, pp. 59-72. Ediciones Cinca.

MORENO, A.S. (2022). Derecho a la ampliación de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales: Criterios judiciales favorables. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, pp. 213-224.

NAVARRETE MOLINA, C. (2018). El “fin” de la “re-conciliación” trabajo/familia como derecho social fundamental ¿“sexuado”? *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, n.º 20, pp. 16-34.

NOGUEIRA, C.V.M. (2020). *O trabalho a tempo parcial no código do trabalho*. Tese de mestrado em solicitadoria da empresa. Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão.

OLIVEIRA, Á., et al. (2020). The new directive on work life balance: Towards a new paradigm of family care and equality? *European Law Review*, n.º 3, pp. 295-323.

PASTOR BALLESTER, M.A. (2010). Conciliación laboral y familiar en la unión europea: Remoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad. *Revista de derecho social*, n.º 51, pp. 31-66.

PERALTA, S., et al. (2021). *Portugal, balanço social 2020 – Um retrato do país e dos efeitos da pandemia*. Lisboa: Nova School of Business and Economics.

PERERO CABEZA, J. (2020). La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional. *Revista de Derecho Social*, n.º 92, pp. 41-80. Editorial Bomarzo.

PIETRO FERNANDÉZ, M. (2020). Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la directiva (UE) 2019/1158. *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 12.

RAMALHO, M.R.P. (2003). Igualdade: conciliação da vida profissional e familiar. In *Estudos de direito do trabalho*, vol. I. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, M.R.P. (2009). *Direito social da União Europeia*. Lisboa: Almedina.

RAMALHO, M.R.P. (2015). *The implementation of the parental leave directive 2010/18/EU, with reflections on a harmonized approach to the maternity and parental leave*. Bruxelas: Publicações da União Europeia.

RAMALHO, M.R.P. (2018). Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – algumas notas. In RAMALHO, M.R.P. & MOREIRA, T.C., *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 101-116. Lisboa: AAFDL Editora.

RAMALHO, M.R.P. (2019). *Tratado de direito do trabalho, parte IV – Contratos e regimes especiais*. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, M.R.P. (2021). *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. 8.ª ed. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, R.R.P., et al. (2015). *The implementation of parental leave directive 2010/18 in 33 European Countries*. Comissão Europeia, disponível em: http://publications.europa.eu/resource/ellar/a18aacad-e133-42bf-a072-9b7e8e80606f.0001.01/DOC_1

REBELO, G. (2020). As licenças, as faltas e as dispensas no âmbito da proteção da parentalidade no trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, pp. 173-199.

SAGNIER, L. & MORREL, A. (2019). *As mulheres em Portugal, hoje: quem são, o que pensam e como se sentem*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

TELLO RECHE, N. (2020). La nueva directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores. ¿otra oportunidad perdida? *Revista de Derecho Social*, n.º 89, pp. 65-90.

VIQUEIRA, C.P. (2011). Un balance crítico de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. In CABEZA, J.P., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, pp. 101-131. Valencia: Tirant lo Blanch.

Direito da Propriedade Intelectual e apropriação cultural:
Sobre a (im)possibilidade de proteção das expressões culturais
tradicionais portuguesas

Eduarda Alves da Costa

Sob a orientação do Professor
Doutor Nuno Sousa e Silva

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor incondicional.

Aos meus avós, pelo carinho e palavras sábias.

Aos meus amigos, por todo o apoio.

Ao Diogo e à Marta, por me ampararem em todos os momentos.

Ao Professor Doutor Nuno Sousa e Silva, pelos conhecimentos transmitidos e, em especial, por me ter inculcido o gosto pela Propriedade Intelectual.

Resumo

As expressões culturais tradicionais e os conhecimentos tradicionais são parte integrante da herança cultural de um povo e refletem a identidade coletiva do mesmo. A cultura em que estas expressões e conhecimentos se inserem é já tutelada a um nível constitucional, incumbindo ao Estado protegê-la e salvaguardá-la, enquanto bem jurídico, bem como o património cultural, material e imaterial.

A presente dissertação propõe-se a analisar a proteção das expressões culturais tradicionais ao nível da Propriedade Intelectual, de forma a permitir às comunidades locais que criaram e protegeram estas expressões do seu património cultural beneficiarem de proteção contra a apropriação indevida e controlar o uso que é feito das mesmas.

Para tal, acreditamos que a relação entre as regras de Propriedade Intelectual e a proteção das expressões culturais tradicionais deve ser construída partindo de um balanço entre, por um lado, a sua preservação e salvaguarda e, por outro, a livre partilha de experiências culturais, impulsionando a criatividade e a inovação, sem as quais tais expressões acabariam por “morrer”.

Com este objetivo em mente, começamos por identificar brevemente a tutela oferecida, pelo direito público, à cultura e ao património cultural imaterial. Em seguida, procuramos identificar os elementos essenciais das expressões culturais tradicionais, comparando-as ao conhecimento tradicional e sublinhando as iniciativas legislativas nacionais e internacionais para proteger estes produtos.

Por fim, debruçamo-nos, em mais extensão, na análise dos regimes jurídicos em vigor no ordenamento jurídico português suscetíveis de proteger as expressões culturais tradicionais. Desta forma, percorreremos os regimes jurídicos existentes, analisando-os como possíveis formas de proteção daquelas expressões, apresentando as suas vantagens e desvantagens.

Palavras-chave: expressões culturais tradicionais; conhecimento tradicional; proteção positiva; direitos de propriedade intelectual; direitos de autor; desenhos ou modelos; marcas; marcas coletivas; marcas de certificação ou de garantia; indicações geográficas e denominações de origem.

Abstract

Traditional cultural expressions and traditional knowledge are an inherent component of a people's cultural heritage and reflect their collective identity. The culture in which these expressions and knowledge are embedded is already protected at a constitutional level, and it is the State's responsibility to protect and safeguard it, as a legal good, as well as the material and immaterial cultural heritage.

This dissertation proposes to analyse the protection of traditional cultural expressions at the level of Intellectual Property, in order to allow local communities who have created and protected these expressions of their cultural heritage to benefit from protection against misappropriation and to control their use.

To this end, we believe that the relationship between Intellectual Property rules and the intended protection of TCE should be constructed considering the balance between the safeguard and preservation of cultural expressions and the free exchange of cultural experiences as a form of creativity and innovation without which such expressions would eventually "die".

Thus, we will begin by briefly identifying the protection offered by public law to culture and intangible cultural heritage. Next, we will seek to identify the essential elements of traditional cultural expressions, comparing them to traditional knowledge and highlighting national and international legislative initiatives to protect these products.

Finally, we will carry out a deeper analysis of the legal regimes in force under Portuguese Intellectual Property Law that are likely to protect traditional cultural expressions. We will go through the existing legal frameworks, analysing them as possible ways of protecting those expressions and presenting their advantages and disadvantages.

Keywords: traditional cultural expressions; traditional knowledge; positive protection; intellectual property rights; copyright; designs; trademarks; collective trademarks; guarantee and certification marks; geographical indications and denominations of origin.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CDADC	Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
CP	Código Penal
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPE	Convenção de Munique sobre a Patente Europeia
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Conhecimento Tradicional
DL	Decreto-Lei
DM	Desenhos ou Modelos/Desenho ou Modelo
DO	Denominações de Origem
IBTAM	Instituto do Bordado, Tapeçarias e Artesanato da Madeira
I.e.	Isto é
IG	Indicação Geográfica
IGC	Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
p./pp.	página / páginas
Proc.	Processo
RDM	Regulamento (CE) n.º 6/2002, de 12 de dezembro de 2001
RMUE	Regulamento (EU) n.º 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho.
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
OMPI/WIPO	Organização Mundial de Proteção Intelectual/World Intellectual Property Organization

Índice

Introdução	7
Capítulo I: A proteção constitucional da cultura	8
1. A tutela constitucional da cultura e as dificuldades na sua definição: adoção de um conceito amplo de cultura	8
Capítulo II: Da apropriação cultural das expressões culturais tradicionais: o conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais	11
1. Excurso: as patentes sobre o conhecimento tradicional e a sua pirataria	14
2. A Propriedade Intelectual como barreira à apropriação indevida	15
Capítulo III: Regimes jurídicos de proteção das expressões culturais tradicionais	18
1. Considerações iniciais	18
2. A experiência internacional: tentativas da comunidade internacional para a proteção das expressões culturais tradicionais	19
3. Proteção das expressões culturais tradicionais no Panamá	21
4. Proteção das expressões culturais tradicionais na Nova Zelândia	22
5. Proteção das expressões culturais tradicionais em Portugal	23
5.1. A proteção das expressões culturais tradicionais através do direito de autor	23
5.1.1. Do suporte material da obra	24
5.1.2. Originalidade e individualidade	25
5.1.3. Limite temporal	27
5.1.4. Conclusão	27
5.2. A proteção das expressões culturais tradicionais através dos desenhos ou modelos	28
5.2.1. Novidade e carácter singular	30
5.2.2. Limite temporal	31
5.3. A proteção das expressões culturais tradicionais através das marcas	32
5.3.1. Requisitos de proteção	32
5.3.2. Titularidade	34
5.4. Soluções propostas	35
5.4.1. As marcas coletivas e de certificação ou de garantia	35
5.4.2. As indicações de origem e denominações geográficas	37
Conclusão	41
Bibliografia	42

Introdução

O ser humano é, e sempre será, um ser cultural. As mais diversas expressões da cultura, apesar de serem submetidas à supervisão do Estado através de mecanismos constitucionais que adiante se identificarão, não são, na nossa opinião, devidamente protegidas pelo sistema jurídico português, mormente contra a sua cópia e utilizações indevidas.

A realidade que desde há muito sobrevive relativamente aos povos indígenas parece, agora, transpor-se para as restantes comunidades locais. Apesar de Portugal não ser um país de grande dimensão, as suas pequenas terras conservam e guardam uma enorme herança cultural que ganhou, nos últimos tempos, o interesse de muitos.

Como se depreenderá no decorrer da presente dissertação, sentimos que a doutrina portuguesa ainda não se debruçou sobre a questão da tutela das expressões culturais tradicionais com a profundidade que estas merecem, sendo esta inércia refletida pela escassez de legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema, não obstante a sua atualidade e importância face à globalização e uniformização da cultura a que se tem assistido.

Apesar de todos os esforços levados a cabo pela comunidade internacional, a proteção das expressões culturais tradicionais à luz dos sistemas jurídicos internos é desafiada por problemas estruturais, resultantes das suas características precípuas.

Pelo exposto, pretendemos, ao longo desta dissertação, proporcionar aos leitores uma documentação do processo de avaliação dos possíveis meios de proteção oferecidos pelo instituto da propriedade intelectual português às expressões culturais tradicionais, concluindo, como veremos, pela sua insuficiência face àquela que é a proteção que consideramos ser justa. Por carência de caracteres, deixamos de fora a análise da proteção destas criações ao abrigo dos direitos conexos, remetendo este estudo para um trabalho posterior, que permitirá desenvolver o tópico com a profundidade que ele merece.

Capítulo I: A proteção constitucional da cultura

1. A tutela constitucional da cultura e as dificuldades na sua definição: adoção de um conceito amplo de cultura

A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais deve ser, antes de mais, equacionada a um nível constitucional.

Ora, a cultura está sujeita à proteção mais alta no âmbito do ordenamento jurídico português através das diversas normas dispostas ao longo da CRP, que protegem e regulam este bem jurídico.

Entre o Direito e a Cultura estabelece-se uma relação afetiva, de complementaridade recíproca, partilhando vantagens e desvantagens. Vasco Pereira da Silva enuncia como consequências desta correspondência dois conceitos¹. Em primeiro lugar, a “Cultura do Direito”, a qual se propõe como o entendimento do Direito Constitucional, como fenómeno cultural, que carece de ser entendido e analisado de acordo com a metodologia própria da ciência da cultura². Por outro lado, o “Direito da Cultura”, entendido como o estudo dos fenómenos culturais segundo a metodologia própria da ciência jurídica³.

Conscientes da existência desta interligação entre o Direito e a Cultura, cumpre perceber como é que a mesma funciona, i.e., como é que estes conceitos se complementam e limitam mutuamente.

Para tal, é essencial dar uma definição de cultura. Contudo, como o autor *supra* mencionado escreveu, “pode dizer-se (...) que encontrar a definição de cultura é, ela própria, uma impossibilidade cultural”⁴. Assim, ao invés de um conceito, são antes propostas diferentes aceções de Cultura.

Vasco Pereira da Silva indica-nos três aceções possíveis⁵. Em primeiro lugar, uma *aceção restrita*, que entende a cultura como uma realidade intelectual e artística do passado, do presente e do futuro, no domínio, essencialmente, das belas-artes e das belas-letras. Em segundo lugar, trata da *aceção intermédia*, a qual compreende, não apenas o domínio da criação e da fruição intelectual e artística, como também procede ao respetivo relacionamento com outros direitos “espirituais”, nomeadamente respeitantes à ciência, ao ensino e à formação. Por fim, a *aceção ampla*, que identifica a cultura como sendo uma realidade complexa, enraizada em grupos sociais, agregados

¹ Silva, 2007, pp. 7-8.

² Silva, 2007, pp. 7-8.

³ Silva, 2007, pp. 7-8.

⁴ Silva, 2007, p. 8.

⁵ Silva, 2007, pp. 9 e 10.

populacionais ou comunidades políticas, cujos elementos surgem aglutinados de acordo com três vetores: a tradição, a inovação e o pluralismo⁶.

Na mesma linha de pensamento, Jorge Miranda entende que, para além do seu aspeto tradicional, inovador e pluralista⁷, a cultura envolve

todos os bens que, para além de terem significado espiritual, adquirem simultaneamente relevância coletiva; tudo o que se reporta a bens não-económicos e, por fim, tudo o que tem a ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza⁸.

Face ao exposto, parece-nos que a melhor via não será definir a cultura, mas antes adotar uma conceção ampla da mesma, que abrangerá

a língua, as formas de linguagem e comunicação, os usos e costumes, as tradições, as crenças, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimento, as obras de arte, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí recolhidos, as formas de organização política, entre outros⁹.

Certo é que no próprio bilhete de identidade da nossa comunidade nacional, “encontramos entre os seus sinais identificadores mais marcantes, o da proteção e valorização do património cultural”¹⁰. Este património é composto por elementos que distinguem as diferentes culturas e as individualizam face às demais. São justamente aqueles componentes que constroem a identidade cultural de cada comunidade e que, pelo papel que desempenham, merecem uma tutela que os defenda contra possíveis cópias e apropriações, permitindo às comunidades respetivas uma adequada retribuição face à inspiração que é retirada do seu esforço criativo. Note-se que, a existir, esta proteção implicará uma relação de subsidiariedade entre a violação dos direitos privativos da propriedade intelectual e as normas de proteção do património cultural¹¹.

Não obstante esta premissa, a verdade é que a CRP dispõe, desde já, de um elenco vasto de normas ligadas à proteção da cultura. Desde logo, regula as instituições culturais e incumbências do Estado e da Sociedade face à cultura. A este propósito, veja-se a al. e) do art. 9.º, e os arts. 73.º, n.º 3 e 78.º, n.º 2, que prescrevem como tarefas fundamentais do Estado proteger e valorizar o património cultural, promover a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração as demais entidades públicas. Por sua vez, no que diz respeito

⁶ Silva, 2007, p. 10.

⁷ Identificados por Silva, 2007, p. 10.

⁸ Miranda, 2012, p. 8.

⁹ Miranda, 2012, p. 7. No mesmo sentido, Vitor Gameiro Drummond, de acordo com o qual a cultura é “toda e qualquer manifestação social do homem que transmita conhecimento e que represente, em maior ou menor medida, grupos sociais de maior ou menor complexidade” (Drummond, 2017, p. 45).

¹⁰ Nabais, 2013, p. 12.

¹¹ Marques, 2007b, p. 356.

aos direitos fundamentais – a cujo conjunto dá o nome de “Constituição Cultural Subjetiva¹²” –, destacam-se, pela sua importância, os arts. 37.º e 42.º, da CRP, os quais asseguram, não só a liberdade de expressão cultural, como também a garantia dos direitos de autor como corolário daquela, conjugada com a liberdade de criação intelectual, artística e científica, e o direito à invenção, produção e divulgação dessa obra.

A um nível internacional, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹³. É, justamente, o art. 27.º, da referida Declaração que nos ensina que todos têm o direito de “tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”, assim como à “protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”. Realçam-se, ainda que brevemente, os papéis desempenhados pelas diferentes convenções da UNESCO para a protecção dos bens culturais, de entre as quais a Convenção de Haia, de 1954, a Convenção Internacional da UNIDROIT, de 1995, que surgiu como sucedânea da Convenção de Paris da UNESCO (1972), e a Convenção para a salvaguarda do Património Cultural Imaterial (2003).

Por sua vez, o património cultural, entendido como todos “os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de especial protecção e valorização”¹⁴, é protegido e salvaguardado pela Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro¹⁵. Este património está dividido em dois grandes grupos: o património imaterial e o património material. Esta dissertação focar-se-á no património imaterial, na medida em que, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “os bens culturais são bens imateriais que não se identificam com as coisas que lhes servem de suporte”¹⁶.

¹² Distingue-se, a este propósito, a Constituição Cultural *Subjetiva* da Constituição Cultural *Objetiva*, consoante se confira direitos subjetivos propriamente ditos ou tarefas e deveres de atuação de entidades públicas e privadas ordenadas à realização desses direitos subjetivos.

¹³ Neste instrumento internacional ganha especial relevância o seu art. 15.º, na medida em que institui um direito à cultura enquanto liberdade, direito de prestação e de participação (Serrano, 2013, p. 389), reconhecendo-se ainda “o direito de todos em beneficiar da protecção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor” (art. 15.º, n.º 1, al. c)), i.e., a protecção garantida pelos direitos de autor.

¹⁴ Cf. art. 2.º, n.º 1, da referida Lei.

¹⁵ Trata-se da Lei de Bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural, também denominada Lei do Património Cultural.

¹⁶ Canotilho & Moreira, 2007, p. 925.

Capítulo II: Da apropriação cultural das expressões culturais tradicionais – o conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais.

Sem embargo de apenas em 2018 ter sido inserida uma definição de apropriação cultural no dicionário de Oxford, este conceito está agora definido, em termos gerais, como a “adoção não reconhecida ou inadequada das práticas, costumes ou estéticas de um grupo social ou étnico, por membros de outra comunidade ou sociedade tipicamente dominante”¹⁷. Ainda que a fronteira entre a apropriação cultural e a apreciação não seja de fácil delimitação¹⁸, Bruce Ziff e Patrima Rao definem a primeira como “a obtenção de propriedade intelectual – de uma cultura que não é a própria –, expressões culturais ou artefactos, história e formas de conhecimento”¹⁹, mesmo que não exista obtenção de lucro.

A apropriação que aqui discutimos situa-se, essencialmente, no domínio das expressões culturais tradicionais e do conhecimento tradicional. Mas do que se tratam estas expressões? Vejamos.

A OMPI propõe, nos seus *Draft Articles*, a seguinte definição de expressões culturais tradicionais: “quaisquer formas em que as práticas culturais tradicionais e os conhecimentos são expressos, (aparecem ou manifestam-se) (o resultado da atividade intelectual, experiências, ou percepções) por indígenas (povos), comunidades locais e/ou (outros beneficiários) num contexto tradicional ou a partir dele, e podem ser dinâmicas e evolutivas e compreender formas verbais, formas musicais, expressões por movimento, formas de expressão tangíveis ou intangíveis, ou combinações das mesmas”.²⁰ Estas expressões, também denominadas por “expressões de folclore”, podem incluir, designadamente, música, dança, arte, desenhos, nomes, sinais e símbolos, atuações, cerimónias, formas arquitetónicas, artesanato e narrativas.

Por sua vez, a Convenção Sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (“UNESCO”), define-as amplamente como aquelas que resultam da “criatividade dos indivíduos, dos grupos e das sociedades e que possuem um conteúdo cultural”²¹.

¹⁷ Esta definição poderá ser consultada através do seguinte link: <https://public.oed.com/blog/march-2018-new-words-notes/>

¹⁸ A este propósito, Siems, 2019, pp. 408-423.

¹⁹ Ziff & Rao, 1997, p. 1 *cit. por* Tsosie, 2002, p. 310.

²⁰ *The protection of traditional cultural expressions: Draft Articles*, datados 19 de junho de 2019, art. 1.º, n.º 1 (Doc. WIPO/GRTKF/IC/40).

²¹ Adicionalmente, a UNESCO acrescenta: “A expressão ‘atividades, bens e serviços culturais’ refere-se às atividades, aos bens e aos serviços que, considerados do ponto de vista da sua qualidade, utilização ou finalidade específicas, encarnam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter. As atividades culturais podem constituir um fim em si mesmas, ou contribuir para a produção de bens e serviços culturais”.

Em virtude da incerteza na definição de expressões culturais tradicionais, têm vindo a ser identificados os seus elementos essenciais.

A este propósito, Lily Martinet identifica três elementos resultantes das expressões culturais tradicionais que, para nós, refletem o seu núcleo essencial: “o conteúdo cultural, a essência coletiva e a transmissão intergeracional”²². Por sua vez, Victor Gameiro Drummond acrescenta àquelas características o surgimento indefinido e a pertença ao “domínio das artes e da cultura”²³, excluindo, assim, desta definição “os conhecimentos relacionados às ciências da saúde e ciências biológicas”²⁴.

Por sua vez, a OMPI, na tentativa de sumariar as características identificadas pela doutrina e pelas legislações nacionais, entende que as expressões culturais tradicionais se transmitem de geração em geração, oralmente ou por imitação; refletem a identidade cultural e social de uma comunidade; são elementos do património de uma comunidade e produzidos por autores desconhecidos e/ou por comunidades e/ou por indivíduos reconhecidos como tendo o direito, responsabilidade ou permissão para o fazer, não com o propósito comercial, mas enquanto veículos de expressão religiosa e cultural²⁵. Por fim, realçam a sua constante evolução, desenvolvimento e recriação dentro da própria comunidade²⁶.

Já no que diz respeito ao conhecimento tradicional, a OMPI caracteriza-o como o conhecimento, *know-how*, aptidões e práticas que são desenvolvidos, sustentados e transmitidos de geração em geração dentro de uma comunidade, formando frequentemente parte da sua identidade cultural ou espiritual²⁷, e encontrado em vários contextos, tais como o agrícola, científico, técnico, ecológico e medicinal, bem como conhecimentos relacionados com a biodiversidade²⁸.

Por seu turno, Remédio Marques define os conhecimentos tradicionais como o conjunto de saberes – e de saber-fazer (*know-how*) – que certas populações e indivíduos detêm a respeito do mundo natural e sobrenatural, atinente à utilização de materiais biológicos, vegetais e microbianas, transmitido

²² Martinet, 2019, pp. 9-11. O conteúdo cultural está, por sua vez, definido no art. 4.º, n.º 2 da Convenção como o “significado simbólico, dimensão artística e valores culturais que têm origem ou expressam identidades culturais”.

²³ Drummond, 2017, p. 50.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Indicado em WIPO/OMPI, 2003, p. 26.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Esta definição pode ser encontrada através do seguinte link: <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>.

²⁸ A Índia é uma grande fonte de conhecimentos tradicionais e luta, desde há muito, contra a sua biopirataria. A título de exemplo, salienta-se o célebre caso do açafrão, cujas propriedades são há muito utilizadas por aquelas comunidades para curar entorses, inflamações e feridas; os remédios caseiros feitos das folhas da árvore *Neem* (ou amargosa), e até mesmo o *Yoga*. Todos estes conhecimentos foram objetos de litígios, após terem sido patenteados (ou sobre os quais foram efetuados pedidos de patentes) por empresas norte-americanas. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, consultar Srinivas, 2007, pp. 2866-2871.

oralmente de geração em geração, por isso mesmo inseridos nas tradições culturais e espirituais dessas populações²⁹.

Este conceito que agora tratamos tem sido utilizado, essencialmente, em duas vertentes: uma generalista e outra mais restrita. A propósito da primeira, Remédio Marques entende que o “conceito de conhecimentos tradicionais não abarca apenas os conhecimentos, mas antes, e primacialmente, as expressões desses conhecimentos”³⁰. Pese embora seja inevitável a interseção dos dois conceitos, quer pelas suas características comuns, quer pela proximidade das soluções propostas para os tutelar, consideramos mais rigoroso separar o conhecimento tradicional das expressões culturais tradicionais, restringindo o primeiro ao *know-how* e ao conhecimento relacionado e/ou associado à conservação da biodiversidade, agricultura, medicina e recursos genéticos, deixando para o conceito das expressões culturais tradicionais as expressões desse conhecimento.

Como bem afirma Richard Awopetu, “o conhecimento tradicional refere-se ao [corpo do] conhecimento que, ultimamente, poderá ser convertido em expressões culturais tradicionais”³¹. É com este entendimento que concordamos.

É, por isso, importante distinguir entre as expressões culturais tradicionais, inerentes à arte e à cultura, e as expressões ligadas às ciências da saúde e tecnologia³², entendidas como conhecimento tradicional. Ao passo que as primeiras serão tratadas ao abrigo do instituto dos DM, direitos de autor e direitos conexos, marcas, DO e IG, para proteção das últimas servirão, essencialmente, as patentes, os modelos de utilidade, e os segredos de negócios.

Ora, é inegável o impacto do conhecimento tradicional na investigação e desenvolvimento da biotecnologia. Neste contexto, Remédio Marques³³ chama a atenção para a proteção que vigora entre nós em sede de defesa deste conhecimento tradicional. O DL n.º 118/2002, de 20 de abril, para além de instituir um regime jurídico do registo, conservação, salvaguarda legal e transferência do material vegetal autóctone com interesse para a atividade agrícola, agroflorestal e paisagística, oferece uma definição de conhecimentos tradicionais e estabelece as condições que aqueles devem preencher para

²⁹ Marques, 2007b, p. 352.

³⁰ Marques, 2007b, p. 353.

³¹ Awopetu, 2020, p. 739.

³² Para melhor compreensão da distinção entre conhecimento tradicional e expressões culturais tradicionais, vejamos o seguinte exemplo. As camisolas poveiras são uma das criações que caem dentro do âmbito das expressões culturais tradicionais. Como veremos, as camisolas, para além do seu *design* e aspeto exterior característico, são feitas utilizando uma técnica de bordado/tricotagem ancestral – ponto de cruz – e lã poveira – uma lã branca de fio grosso, da zona da Serra da Estrela. Este processo de montagem e bordagem da camisola é caracterizado como o “conhecimento tradicional”, ao passo que o produto final, a camisola, será a expressão cultural tradicional. Podemos dizer, neste sentido, que as expressões culturais tradicionais são, elas próprias, derivadas (expressões) do conhecimento tradicional.

³³ Marques, 2007a, pp. 39-40.

poderem ser protegidos contra a sua utilização comercial ou industrial (art. 3.º, n.º 1, *in fine*).

O DL n.º 118/2002, de 20 de abril, representa uma conquista no domínio da proteção do conhecimento tradicional, consagrando um regime *sui generis*, semelhante àquele que consideramos ser adequado ao domínio das expressões culturais tradicionais.

Destaca-se, assim, a definição ampla de conhecimento tradicional introduzida na ordem jurídica portuguesa pelo art. 3.º, n.º 1, do referido diploma, de acordo com o qual:

São considerados conhecimentos tradicionais todos os elementos intangíveis associados à utilização comercial ou industrial das variedades locais e restante material autóctone desenvolvido pelas populações locais, em colectividade ou individualmente, de maneira não sistemática e que se insiram nas tradições culturais e espirituais dessas populações, compreendendo, mas não se limitando a conhecimentos relativos a métodos, processos, produtos e denominações com aplicação na agricultura, alimentação e actividades industriais em geral, incluindo o artesanato, o comércio e os serviços, informalmente associados à utilização e preservação das variedades locais e restante material autóctone espontâneo (...).³⁴

De notar que à apropriação no domínio do conhecimento tradicional é frequentemente dado o nome de *biopiracy*, definida por Susan K. Sell como a “expropriação não autorizada e não compensada de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais”³⁵.

Este fenómeno está ligado, em especial, à biologia, à agricultura e às comunidades indígenas³⁶ e resulta, essencialmente, da incapacidade das comunidades locais e povos indígenas em transformar o seu conhecimento em matéria patenteável – em especial, por carência de recursos tecnológicos³⁷ – à qual se contrapõe a capacidade tecnológica de transformação do conhecimento local existente, pelos Estados Desenvolvidos e empresas, em conhecimento que pode ser protegido através dos atuais regimes de propriedade intelectual.

Apesar de o objeto do nosso estudo abranger apenas as expressões culturais tradicionais respeitantes à arte e à cultura, tal não significa que a apropriação ilegítima do conhecimento tradicional não mereça igual atenção. Neste sentido, analisaremos

³⁴ Desta definição podemos retirar, na nossa opinião, três características essenciais do conhecimento tradicional protegido pelo diploma: a) desenvolvimento pelas populações locais, em coletividade ou individualmente, b) de forma não-sistemática e c) inserção do mesmo nas tradições culturais e espirituais dessas populações.

³⁵ Sell, 2002, pp. 202-203.

³⁶ Para mais informação sobre o tema, remetemos para a exposição feita por Peter Drahos (Drahos, 2004, pp. 28-30).

³⁷ Arewa, 2006, p. 7.

brevemente os principais desafios da patenteabilidade das criações oriundas do conhecimento tradicional, deixando algumas notas para reflexão.

1. Excurso: as patentes sobre o conhecimento tradicional e a sua pirataria

Sem nos prolongarmos em demasia nesta análise por não corresponder ao objeto desta dissertação, diga-se, brevemente, que uma patente de invenção se define como um título que confere um direito exclusivo de exploração de um invento³⁸, o qual poderá ser um produto ou até um novo processo de obter um produto, concedido pelo INPI. Este título jurídico será concedido a qualquer invenção de origem técnica, desde que munida de novidade, atividade inventiva e suscetibilidade de aplicação industrial (arts. 50.º e 54.º, CPI e 52.º, CPE).

Em regra, o conhecimento tradicional (como, por exemplo, o uso de plantas com propriedades medicinais) não é considerado uma invenção, i.e., uma solução técnica para um problema técnico³⁹, mas antes uma descoberta.

A Diretiva 98/44/CE introduz, no seu Considerando n.º 13, a diferença “entre descobertas e invenções”, limitando as descobertas ao “reconhecimento ou (...) desvelamento de relações causais, de propriedades ou fenómenos até aí ignorados, apesar de pré-existentes na Natureza”⁴⁰ e excluindo as mesmas do acervo de matérias patenteáveis. Por estas razões, o conhecimento tradicional – por corresponder, mais das vezes, a uma descoberta – não poderá ser patenteado.

Apesar de ser comum rejeitar a patenteabilidade dos conhecimentos tradicionais com fundamento no motivo anteriormente exposto, Remédio Marques contesta a dicotomia de invenção patenteável/descoberta não patenteável⁴¹. Ora, o trabalho das comunidades locais e povos indígenas consiste não só em descobrir as propriedades medicinais que resultam das plantas (tais como analgésicas, calmantes, antifúngicas, etc.), como também em transformar – ainda que com recurso a meios precários – esses novos usos e funções de substâncias já conhecidas em novas soluções que até aí não o seriam. Há, assim, um esforço inventivo por parte destas populações locais que tornaria, como bem afirma o autor, as descobertas em “invenções patenteáveis”⁴².

De resto, autores existem que contestam a novidade da patente contemporânea – i.e., as invenções contemporâneas que resultam de uma atividade inventiva, utilizando esse mesmo conhecimento tradicional como base – chamando-as de *biopirated patents*.

³⁸ Silva, 2020, p. 47.

³⁹ Silva, 2017, p. 130.

⁴⁰ Marques, 2007a, p. 234.

⁴¹ Marques, 2007a, p. 235.

⁴² Marques, 2007a, p. 236.

Veja-se, nomeadamente, Martin Fredriksson, o qual entende que as patentes “biopiratas” não poderão ser verdadeiramente novas uma vez que, apropriando-se de conhecimento que já existia em comunidades tradicionais, “não contribuem com novos conhecimentos significativos”⁴³, concluindo, deste modo, que a origem do inventor poderá ser mais importante do que a novidade.

2. A Propriedade Intelectual como barreira à apropriação indevida

É já sabido que o património cultural beneficia de uma proteção constitucional que visa, essencialmente, a sua preservação e salvaguarda. Contudo, a Propriedade Intelectual e o Direito Constitucional servem diferentes propósitos. Assim, ao passo que o da primeira será, em grande parte, “promover mais criatividade, encorajar a divulgação pública e permitir ao titular controlar a exploração comercial da obra”⁴⁴ ao abrigo da CRP,

a preservação e salvaguarda no contexto do património cultural refere-se geralmente à identificação, documentação, transmissão, revitalização e promoção do património cultural material ou imaterial, a fim de assegurar a sua manutenção e viabilidade⁴⁵.

Pelo exposto, é, para nós, essencial aferir da proteção das expressões culturais tradicionais dentro do instituto da Propriedade Intelectual uma vez que, tal como prescreve o art. 1.º do CPI, esta assume a função principal de “garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”. Trata-se, portanto, de premiar a atividade inventiva e criatividade do(s) seu(s) autor(es), por forma a que este(s) possa(m) retirar a merecida recompensa económica do seu trabalho.

Ora, os sinais distintivos do comércio conferem um direito exclusivo que concede aos seus titulares o controlo sobre a exploração comercial do seu produto e proporciona incentivos para a criação e divulgação dos frutos da criatividade humana. Adicionalmente, previnem confusão e engano, salvaguardam a integridade e os direitos de atribuição a certas obras e criações e protegem a informação secreta e não revelada contra a sua divulgação, uso, apropriação e má-fé⁴⁶.

⁴³ Fredriksson, 2017, p. 5.

⁴⁴ *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions* (2003), preparado pelo Secretariado da ICG e apresentado na Quinta Sessão realizada em Genebra. O documento em análise é disponibilizado em formato word, pela WIPO, e poderá ser descarregado através do seguinte link: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_3.doc.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁶ Estas vantagens são atribuídas, respetivamente, pelo regime da marca registada, pelos direitos morais presentes do regime de direito de autor, e pelos segredos de negócio.

Complementarmente, aos direitos privativos de propriedade intelectual é inerente uma forte componente económica, na medida em que permite aos sujeitos ativos rentabilizar as suas criações. Nicola Searle e Martin Brassel debruçam-se sobre a análise da vertente económica dos direitos de propriedade intelectual e as formas como estes incentivam a inovação⁴⁷. Este incentivo tem como suporte um *monopólio*. Por exemplo, no que diz respeito às patentes, estas conferem um monopólio com duração de 20 anos sobre uma inovação (art. 100.º, do CPI), durante o qual o inventor poderá retirar lucros do mesmo e explorar a sua invenção, de forma direta ou indireta. No direito de autor e direito conexos, este monopólio é de 70 anos após a sua morte (art. 31.º, do CDADC). Já nos DM, este monopólio poderá ascender aos 25 anos⁴⁸.

Especificamente no domínio do conhecimento tradicional, aqueles autores deixam claro que, quer as indicações geográficas, quer o conhecimento tradicional, “procuram incentivar o desenvolvimento económico das comunidades rurais e indígenas”⁴⁹.

Esta forte vertente económica torna a proteção das expressões culturais tradicionais através de direitos exclusivos especialmente atrativa e, simultaneamente, expõe as mesmas ao perigo de apropriação indevida por terceiros que pretendem ver a sua esfera jurídica enriquecida pelos proveitos económicos decorrentes da exploração daquelas expressões.

Daí que, como nos diz Christian P. Arnesen, as comunidades locais e indígenas tenham vindo a reclamar uma proteção mais alargada para as suas expressões culturais tradicionais. Esta reivindicação tem, essencialmente, duas vertentes⁵⁰. Em primeiro lugar, apelam a uma ampla proteção em relação à exploração económica das mesmas, quer porque pretendem participar nas receitas que resultam dessa exploração, quer porque pretendem controlar o uso das expressões culturais tradicionais, excluindo terceiros do mercado⁵¹. Em segundo lugar, salientam os interesses de natureza não económica, os quais são apresentados em apoio de uma proteção mais ampla das expressões culturais tradicionais. Este argumento tem como base o respeito pela sua cultura e a necessidade de a proteger contra a distorção⁵².

A WIPO identifica, desde 1998, dois sistemas de proteção: o sistema de proteção defensiva e o sistema de proteção positiva⁵³. A proteção defensiva tem como principal

⁴⁷ Searle & Frsa, 2016. Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se Landes & Posner, 2003, pp. 11-24, onde explicam, com detalhe, os custos e benefícios da titularidade de direitos de propriedade intelectual.

⁴⁸ Searle & Frsa, 2016, pp. 49-51.

⁴⁹ Searle & Frsa, 2016, p. 51.

⁵⁰ Arnesen, 2014, p. 389.

⁵¹ Arnesen, 2014, p. 389.

⁵² Arnesen, 2014, p. 389.

⁵³ WIPO/OMPI, 2003, p. 15. A este propósito, remetemos para a exposição realizada neste Background Paper n.º 1, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/ Expressions of Folklore*, publicado pela WIPO/OMPI a 2 de maio de 2003.

objetivo impedir que terceiros, fora da comunidade local, adquiram qualquer tipo de direito de propriedade intelectual sobre as suas expressões culturais tradicionais ou sobre derivantes e adaptações das mesmas (expressa-se, por exemplo, através de motivos de recusa de concessão de um direito). Por sua vez, a proteção positiva visa a concessão de direitos que habilitem as comunidades a promover as suas expressões culturais tradicionais, controlando o uso que delas é feito por terceiros e beneficiando da exploração comercial do mesmo (trata-se essencialmente da atribuição de um direito subjetivo ou de outra forma de tutela oponível a terceiros).

Entendemos que apenas um sistema de proteção positiva para as expressões culturais tradicionais consegue assegurar um equilíbrio entre a proteção e preservação daquelas, a livre circulação da cultura e a utilização das sobreditas expressões como fonte de criatividade e inovação. Com uma proteção deste tipo, é assegurado um balanço sustentável entre a proteção e a preservação das expressões culturais e a livre circulação de experiências culturais numa realidade multicultural e diversa. Consideramos, contudo, que a proteção defensiva já será apropriada para manifestações culturais consideradas sagradas, tais como símbolos ou palavras, impedindo, desta forma, a sua revelação e utilização por terceiros⁵⁴.

Para alcançar a proteção aqui pretendida, a comunidade internacional enuncia três caminhos possíveis: a) proteção e promoção através dos sistemas de propriedade intelectual em vigor; b) adaptação dos sistemas de propriedade intelectual existentes, por forma a melhor acautelar as preocupações de apropriação e aproveitamento indevido⁵⁵; ou c) através de um regime *sui generis*, isto é, da criação de uma nova lei de Propriedade Intelectual para a proteção de expressões culturais tradicionais.

Em seguida, trataremos, com detalhe, o primeiro caminho identificado, i.e., a proteção e promoção das expressões culturais tradicionais através dos sistemas de propriedade intelectual em vigor.

⁵⁴ A este propósito, poderia aflorar-se a aplicação de outros institutos, mas que, por carência de caracteres, não se aprofundarão na presente dissertação. Referimos, apenas a título de exemplo, os crimes contra sentimentos religiosos, previstos e punidos pelos arts. 251.º e 252.º do CP.

⁵⁵ Exemplos paradigmáticos, analisados por nós mais adiante, são a Nova Zelândia e o Panamá, que inseriram nas suas leis de propriedade intelectual mecanismos específicos de proteção das expressões culturais tradicionais.

Capítulo III: Regimes jurídicos de proteção das expressões culturais tradicionais

1. Considerações iniciais

Chegados a este ponto, cumpre, agora, aferir dos mecanismos de tutela que o sistema jurídico português poderá oferecer às expressões culturais tradicionais, assim como enunciar os esforços internacionais para a criação de um regime uno e coeso, capaz de tutelar estas expressões.

Contudo, antes de procedermos à referida análise, devemos ter presente a distinção entre⁵⁶:

- a) Património cultural preexistente e cultura tradicional (que pode ser referida como o folclore, em *stricto sensu*); e
- b) Produções literárias e artísticas contemporâneas criadas pelas atuais gerações da sociedade, e que derivam do património cultural tradicional preexistente.

Em bom rigor, as primeiras já fazem parte do domínio público. Como diz Oliveira Ascensão, podem considerar-se “as obras relativas ao folclore tombadas no domínio público”,⁵⁷ podendo, por isso, ser livremente utilizadas pelo público geral. Dito isto, cabe agora perceber se fará sentido removê-las deste domínio e conferir-lhes proteção.

Na verdade, tem sido atribuída uma conotação negativa ao domínio público por se entender que neste cabem todas as obras que não são merecedoras de proteção: ou porque nunca o foram, ou porque deixaram de o ser. Num esforço interpretativo do conceito de domínio público, Jessica D. Litman introduz uma visão romântica de *autoria* e constrói-o como a base para a larga maioria das obras contemporâneas passíveis de serem protegidas⁵⁸. Afirmar, para tal, que o domínio público funciona como “um dispositivo que permite que o resto do sistema funcione, deixando a matéria-prima de autoria disponível para os autores a utilizarem”⁵⁹, visto que as novas obras “ecoam inevitavelmente elementos expressivos de obras anteriores”⁶⁰.

Esta ideia é complacente com o nosso desiderato inicial, na medida em que as expressões culturais tradicionais devem servir como fonte de *inspiração* para os novos artistas⁶¹. Mas não poderão ser introduzidas novamente no mercado como *cópias* daqueles produtos culturais que existem no domínio público, assumindo-se esses sujeitos como os seus originais criadores. Esta cópia teria um impacto visivelmente

⁵⁶Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions, ICG, 02.05.2003, p. 4 (WIPO/GRTKF/IC/5/3).

⁵⁷ Ascensão, 2008, p. 98.

⁵⁸ Litman, 1990, pp. 965-1023.

⁵⁹ Litman, 1990, p. 968.

⁶⁰ Litman, 1990, p. 1008.

⁶¹ A este propósito, ver a exposição realizada por Elizabeth M. Lenjo (Lenjo, 2017, pp. 148-152).

negativo nas comunidades, que seria acautelado pela cooperação entre os sujeitos inspirados e aqueles cujas criações já não podem ser protegidas, especialmente quando a inspiração deriva do seu património cultural.

2. A experiência internacional: tentativas da comunidade internacional para a proteção das expressões culturais tradicionais

A proteção jurídica das expressões culturais tradicionais tem sido muito debatida na comunidade internacional nas últimas décadas, mas está longe de ser resolvida.

A discussão tem girado, essencialmente, em torno da relação entre aquelas expressões e os direitos de propriedade intelectual.

Apesar de insuficientes, não se podem negar os progressos levados a cabo durante as últimas décadas. Primeiramente, em 1967, uma emenda à Convenção de Berna proporcionou um mecanismo para a proteção internacional de obras não publicadas e anónimas⁶². O art. 15.º (4) do Acto de Paris da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, confirmando o que já tinha sido indicado pelo Ato de Estocolmo, iniciou o ímpeto para a proteção das expressões culturais tradicionais (cf. alíneas a) e b)).

Após a sua revisão de 1971, tornou-se necessário proporcionar aos Estados Signatários um texto “modelo” que lhes pudesse servir de base à conformação desta Convenção nos seus ordenamentos jurídicos⁶³. Em consequência, em 1976, foi adotada a Lei-Tipo de Tunes sobre o Direito de Autor para os países em desenvolvimento, a qual incluiu uma proteção *sui generis* para expressões de folclore⁶⁴. Este foi o primeiro diploma que ofereceu uma tutela às expressões culturais tradicionais que não exigia que os trabalhos estivessem fixados em suporte material (art. 6.º, n.º 1), como também não limitava temporalmente esta proteção (art. 6.º, n.º 2).

Mais tarde, em 1982, uma terceira tentativa foi vista com a adoção das WIPO-UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action*⁶⁵, que correspondem a um modelo *sui generis* para a proteção das expressões culturais

⁶² “Tendo já sido um impulsionador para superar os conflitos causados pelas diferenças económicas e filosóficas entre os seus países membros, poderá, ainda, “desempenhar um papel importante na resolução dos problemas colocados pela explosão das novas tecnologias que, se deixadas sem vigilância, ameaçam alienar os autores de direitos sobre as suas obras literárias e artísticas” (Burger, 1988, p. 2).

⁶³ WIPO/OMPI, 2003, p. 21.

⁶⁴ Esta Lei surgiu da constatação da importação de obras literárias e artísticas dos países em desenvolvimento e da existência de “problemas urgentes de promoção cultural ao nível de massas”. Daí que esta Lei tenha sido adotada, em 23 de fevereiro de 1976, pelo Comité de Peritos Governamentais convocado pelo Governo Tunisino, em Tunes (Pereira, 1980, pp. 498-499).

⁶⁵ Este modelo foi desenvolvido por um grupo de peritos reunido entre as duas organizações como um modelo *sui generis* para a proteção do tipo de propriedade intelectual das expressões culturais tradicionais.

tradicionais pela propriedade intelectual que serviu de base às legislações nacionais adotadas por vários Países em matéria da proteção das expressões de folclore⁶⁶.

Já em dezembro de 1996, os Estados-Membros adotaram o Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (também conhecido como “WPPT”), que proporcionou proteção para um intérprete de uma expressão de folclore⁶⁷.

Com o propósito de identificar as necessidades e expectativas relacionadas com a propriedade intelectual dos detentores de conhecimentos tradicionais e culturais, a OMPI conduziu inúmeras missões em 28 países, durante 1998 e 1999. De forma a melhor discutir os problemas suscitados nos relatórios extraídos das missões conduzidas nos dois anos anteriores, foi criado, em 2000, o IGC, o qual tem como principal objetivo desenvolver um instrumento internacional e transfronteiriço que assegurará uma proteção eficaz para as categorias de recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais⁶⁸.

Paralelamente, a UNESCO proporcionou a adoção de dois novos instrumentos: a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial já referida (2003) e a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989).

Finalmente, e nas palavras de Pedro Sousa e Silva, o Acordo TRIPS tornou-se no *standard* mínimo de proteção da Propriedade Intelectual a nível internacional⁶⁹, pelo que não podíamos deixar de referi-lo. Contudo, tem sido descrito pelos críticos como um instrumento a cargo dos países desenvolvidos para impor a sua agenda de propriedade intelectual ao mundo desenvolvimento⁷⁰.

3. Proteção das expressões culturais tradicionais no Panamá

Kuna, Ngobe Bugle, Embera Wounaan, Naso e Bre-bre: as cinco comunidades reconhecidas pela Lei n.º 20 como os povos indígenas do Panamá.

Para sua proteção, em 2020, entrou em vigor a Lei n.º 20 do Panamá, de 26 de junho.

Esta legislação criou um Regime Especial de Propriedade Intelectual, cujo principal propósito é proteger os direitos coletivos de propriedade intelectual e de conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas sobre as suas criações (art. 1.º), bem como os elementos culturais da sua história, música, arte e expressões artísticas

⁶⁶ WIPO/OMPI, 2003, p. 22.

⁶⁷ A proteção dos artistas intérpretes estava já prevista na Convenção de Roma, assinada a 26 de outubro de 1961, que consagrou um *standard* mínimo de proteção para os artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão contra certos atos de exploração das suas prestações (Silva, 2016, p. 367).

⁶⁸ WIPO/OMPI, 2016, p. 3.

⁶⁹ Silva, 2020, pp. 24-25.

⁷⁰ Arewa, 2006, p. 2.

tradicionais, capazes de uso comercial, através de um sistema de *registo, promoção, comercialização dos seus direitos* (cf. art. 1.º, 2.ª parte).

Criou-se, assim, um sistema especial de registo dentro do Instituto de Patentes e Marcas (cf. art. 7.º), composto pelo Departamento de Direito Coletivos e de Expressões Folclóricas, ao qual os povos indígenas poderão submeter os pedidos de registo dos seus direitos coletivos e a quem competirá conceder os mesmos.

Há, com esta Lei, uma simplificação do processo de registo. Para além do registo não estar sujeito a caducidade por decurso do tempo e ser gratuito, é oferecida assistência legal às comunidades sobre como proteger os seus direitos coletivos e, posteriormente, assistência na redação das licenças de exploração que poderão conceder (cf. art. 7.º (3)).

Estas expressões não podem ser objeto de direitos exclusivos por terceiras partes sem autorização das comunidades.

Adicionalmente, a apropriação ou uso de expressões culturais tradicionais e conhecimentos tradicionais registados sem o consentimento do titular desse registo configura um ilícito penal, nos termos do Código Penal do Panamá, cuja pena de multa varia entre os €1.000 e os €5.000, dos quais 50% reverterá para a comunidade indígena.

4. Proteção das expressões culturais tradicionais na Nova Zelândia

Na Nova Zelândia, a apropriação cultural ganha imensas proporções. Os *Māori* (povo indígena da Nova Zelândia) viram a sua popularidade aumentar exponencialmente em todo o mundo.

A atração da sociedade pelos elementos característicos deste povo elevou a necessidade de atribuir aos Māori direitos positivos sobre o seu património cultural, por forma a beneficiar do seu comércio (e não só) para sua própria melhoria socioeconómica⁷¹.

Com este objetivo em mente, foram iniciadas negociações sobre a alteração do *Trade Marks Law* (1953), de modo a incorporar um mecanismo que permitisse que os interesses do povo Māori fossem tomados em consideração no processo de registo das marcas.

Neste sentido, ao abrigo do *Trade Marks Act 2002* da Nova Zelândia, foi criado um Comité Consultivo dos Māori, a quem compete avaliar, nos termos da Secção 178, se “o registo proposto de uma marca que é, ou parecer ser, derivada de um sinal dos Māori, incluindo texto e imagens, é, ou é provável que seja, ofensivo para aquele povo”. A

⁷¹ Lai, 2010, p. 5.

resposta positiva, por aquele Comité, corresponderá a um motivo absoluto de recusa do registo desse produto ou serviço, nos termos da Secção 17 (1) (3) do referido diploma.

Não restam dúvidas de que as alterações introduzidas no *Trade Marks Act 2002* e no *Patents Act 2013*⁷² demonstram que é possível uma adaptação frutífera das leis nacionais, por forma a conceder às comunidades locais e aos povos indígenas um papel ativo da proteção do seu património cultural e no controlo do uso que é feito das expressões desse mesmo património.

5. A proteção das expressões culturais tradicionais em Portugal

5.1. A proteção das expressões culturais tradicionais através do direito de autor

Pelo interesse que suscita e pelas vantagens que esta proteção poderá oferecer, consideramos essencial refletir-se sobre a proteção das expressões culturais tradicionais pelos direitos de autor.

Como já referimos anteriormente, a Convenção de Berna é entendida como o mais importante instrumento jurídico em sede de direitos de autor⁷³. Esta Convenção abriu caminho para que os Estados Membros consagassem, na sua lei nacional, um regime uniforme de proteção das obras artísticas e literárias, mediante imposição, pelo Acordo TRIPS, do cumprimento do art. 1.º ao art. 21.º da referida Convenção.

Já na ordem jurídica portuguesa, retira-se do CDADC a noção de obra enquanto “criação intelectual⁷⁴ do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”. É, desta forma, possível identificar quatro características essenciais da obra:

- a) Criação humana;
- b) Criação de espírito;
- c) Exteriorização;
- d) Originalidade.

⁷² No âmbito da concessão das patentes, o *Patents Māori Advisory Committee*, instituído no *Patents Act 2013*, aconselha o Comissário sobre se a invenção reivindicada deriva, ou não, dos conhecimentos tradicionais dos Māori ou de plantas indígenas ou animais. Para um aprofundamento sobre as alterações legislativas, remetemos para a exposição realizada por Daphne Zagafos, que desenvolve com profundidade as alterações àqueles diplomas levadas a cabo na Nova Zelândia e nos mais diversos países da comunidade internacional (Zagafos, 2010, pp. 61-85).

⁷³ Patrícia Akester enuncia os princípios fundamentais em que esta Convenção assenta (Akester, 2013, p. 382).

⁷⁴ Alberto de Sá e Mello expõe as confusões várias que resultam do art. 1.º, n.º 1, do CDADC, concluindo que “a obra intelectual não é mais do que a expressão formal do objeto literário ou artístico que a acção de um sujeito exterioriza e torna perceptível a inteligência de outros sujeitos” (Mello, 2007, pp. 102-103).

Não se duvida que as expressões culturais tradicionais sejam criações humanas e criações de espírito, pelo que não serão estas as características que dificultam a proteção das primeiras. O nosso sistema de direito autoral coloca, contudo, alguns obstáculos inultrapassáveis à proteção das expressões culturais tradicionais. Vejamos.

5.1.1. Do suporte material da obra

A Convenção de Berna dá-nos, no seu art. 2.º, n.º 1, alínea 1), a definição de obras literárias e artísticas, acrescentando que o são *qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão*, atribuindo aos Estados Signatários a faculdade de permitir, ou não, apenas a tutela jurídica das obras que *estejam fixadas num suporte material* (art. 2.º, n.º 2, alínea 2) da Convenção).

Por sua vez, o CDADC, no seu art. 10.º, traça uma linha clara entre a obra objeto de proteção e a sua exteriorização, enquanto suporte material. Menezes Leitão retira deste artigo três princípios fundamentais, entre os quais o de que o direito de autor português não depende da existência de suporte material⁷⁵. Tal significa que a obra é independente de qualquer fixação ou materialização em determinado suporte, subsistindo independentemente deste⁷⁶.

Este é, na nossa opinião, um dos méritos do ordenamento português para a proteção das expressões culturais tradicionais, uma vez que estas não estão, mais das vezes, transpostas para um suporte físico; são, pelo contrário, transmitidas verbalmente, de geração em geração. Exigir que as mesmas tenham de ser fixadas para que possam ser objeto de proteção colocaria um obstáculo à sua tutela e permitiria que terceiros adquirissem um direito de autor porque procederam à sua fixação.

Sem retirar o devido crédito a esta provisão, a verdade é que a fixação em suporte material da obra cria uma segurança jurídica e assegura a prova de existência da obra. É com fundamento nestes argumentos que o sistema de *copyright* subordina a tutela das obras intelectuais à sua fixação em suporte material⁷⁷. Veja-se, a título exemplificativo, o art. 3.º, n.º 1, da Lei de Direitos de Autor do Reino Unido, da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (*Copyright, Designs and Patents Act 1988*).

⁷⁵ Leitão, 2018, p. 74.

⁷⁶ Leitão, 2018, p. 74. Note-se, contudo, que existem obras que escapam a este princípio de liberdade de forma por estarem, naturalmente, dependentes de uma fixação. É o caso das obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas, e da generalidade das obras plásticas (Ascensão, 2008, p. 63). Excecionalmente, é ainda exigida fixação para as coreografias (Mello, 2007, p. 104).

⁷⁷ Mello, 2007, pp. 103 e 104.

5.1.2. Originalidade e individualidade

A Convenção de Berna não refere, de forma expressa, o requisito da originalidade. O mesmo sucede com várias legislações nacionais de direito de autor; quanto muito, referem a originalidade como requisito para proteção da obra, mas não a definem.

Conquanto, é hoje consensual entre a doutrina que a originalidade da obra é um requisito essencial para a proteção da mesma, pelo direito de autor. Nas palavras de Maria Victória Rocha,

a originalidade opera como linha de fronteira as obras susceptíveis de protecção das que ficam fora do objecto do direito de autor e, dentro de cada obra, as parcelas abrangidas pela protecção das excluídas da mesma⁷⁸.

Pelo facto de a originalidade ser um conceito indeterminado e, ao mesmo tempo, revestir importância significativa enquanto requisito de proteção de uma obra, gerou-se discussão em torno da delimitação do seu conteúdo. Contrapunham-se, neste exercício, duas concepções: uma subjetiva, fruto da concepção tradicional construída pela doutrina francesa (“*Droit d’Auteur*”), que aferia a originalidade pelo grau de criatividade da obra e pela marca de personalidade do autor, e uma objetiva, influenciada pelo *copyright* anglo-saxónico, que colocava a tónica na origem da obra, na medida em que a obra seria original quando derivasse do seu autor. No caso desta última, excluía-se apenas criações que fossem demasiado triviais⁷⁹, não se impondo, por isso, um grau muito elevado de criatividade.

Esta matéria encontra-se, nos dias de hoje, harmonizada⁸⁰. Com o Ac. *Infopac*, o TJUE adotou o conceito europeu de originalidade ao prever, no seu ponto 37, que o direito de autor na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 só é suscetível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor⁸¹.

Assim, quando se exige que uma obra seja original, aquilo que se pretende é que, na verdade, a obra seja uma criação de espírito que resulte do esforço e da personalidade do autor.

Poderá dizer-se, no entanto, que as expressões culturais tradicionais nunca poderão ser originais, quer porque assentam na repetição, quer porque representam características de uma coletividade de indivíduos, e não da personalidade de um só. Aquelas correspondem a

manifestações culturais que podem ser referidas ao espírito coletivo.

Baseiam-se, necessariamente, em atos individuais de criação pois só o

⁷⁸ Rocha, 2008, p. 1.

⁷⁹ Silva, 2013, p. 1342.

⁸⁰ Silva, 2013, p. 1367.

⁸¹ C-5/08 (Acórdão).

espírito de cada homem cria, mas esses contributos dissolvem-se no conjunto de modo inextrincável. Cabe aqui o chamado folclore⁸².

Primeiramente, não há como refutar que as expressões culturais tradicionais são, como o nome indica, tradicionais. E são-no, não por ser antigas, mas por serem passadas de geração em geração, i.e., por serem dinâmicas e por representarem, no presente, uma atividade intelectual do passado⁸³.

Não obstante vigorar um princípio de liberdade de forma e conteúdo das criações intelectuais exteriorizadas, o facto de as expressões culturais tradicionais não existirem, em regra, em suporte material e se transmitirem verbalmente poderia permitir que a obra que se pretende proteger fosse original. Numa lógica do “jogo do telefone estragado”, a mensagem final nunca é igual àquela que foi inicialmente transmitida.

Parece-nos que não poderíamos proteger a expressão cultural tradicional inicial, pelos motivos que já enunciámos, dizendo-se, assim, que uma obra literária ou artística que assente na reprodução ou imitação nunca será original. Contudo, questionamos, acompanhando Christian P. Andersen, a possibilidade de a originalidade ser aplicada às pequenas alterações resultantes da evolução e recreação das expressões culturais tradicionais. Assim, ainda que a criação inicial não possa ser protegida por já se encontrar na esfera do domínio público, é pelo menos questionável que estas pequenas mudanças, resultantes da natureza viva e cambiante da tradição, agregadas, possam preencher o requisito de originalidade⁸⁴.

Pese embora o aduzido, esta análise seria casuística, tomando em conta os novos detalhes e complexidade das obras culturais.

Em segundo lugar, e como já vimos anteriormente, as expressões culturais tradicionais são a manifestação da cultura e identidade de uma comunidade específica. Assim, o elemento temporal, característico das expressões culturais tradicionais, não obstante permitir a renovação, recriação e evolução das mesmas, impede que se possa atribuir o esforço criativo a um autor individualizado, ou porque não é identificável (por já ter morrido), ou porque não existe, de facto, apenas um autor, mas vários dentro da mesma comunidade local.

Quer para o caso em que o autor não é identificável, quer para os casos em que o autor não é singular, a nossa lei consagrou figuras específicas que acautelam estas

⁸² Ascensão, 2008, p. 98. Este autor acrescenta ainda que, “embora se não dispensem os atos individuais de criação, esses atos vêm dissolvidos numa verdadeira criação coletiva. Por natureza estamos, por isso, fora do Direito de Autor”.

⁸³ Remédio Marques, a propósito dos conhecimentos tradicionais, atribui o *tradicional* à forma como os conhecimentos são *adquiridos e usados* (Marques, 2007b, p. 352).

⁸⁴ Arnesen, 2014, p. 46.

possibilidades. É o caso das obras coletivas⁸⁵ e das chamadas obras órfãs⁸⁶. Apesar de nenhuma destas figuras ser suscetível de proteger as expressões culturais tradicionais, esta pode ser uma iniciativa – ainda que não intencional – para a proteção destas expressões através de um regime *sui generis*, uma vez que o nosso sistema já não se mostra adverso, nem à proteção de criações cujo autor não seja identificável, nem à atribuição de direitos de autor a uma obra criada por uma coletividade de pessoas.

De resto, o n.º 2 do art. 2.º, do CDADC exclui, em todo o caso, do âmbito de proteção dos direitos de autor e direitos conexos as “ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas”. Por este motivo, todo o folclore/expressões culturais tradicionais que correspondam a métodos ou estilos nunca serão protegidas por direito de autor.

5.1.3. Limite temporal

Sucintamente, um dos maiores obstáculos à subjugação das expressões culturais tradicionais ao direito de autor é, justamente, o limite da duração da sua proteção. Nos termos do CDADC, o direito de autor e os direitos conexos estão sujeitos a um prazo de caducidade, respetivamente, de 70 anos após a morte do autor (art. 31.º, do CDADC), ou 50 anos após a representação ou execução pelo artista intérprete ou executante (art. 183.º, CDADC)⁸⁷.

Tal como sucede nos restantes regimes que analisaremos em seguida – excepcionando apenas as DO, IG e, em parte, as marcas –, a limitação temporal imposta pelo art. 31.º, do CDADC impossibilita a atribuição de uma proteção perpétua e duradoura às expressões culturais tradicionais nos termos em que é reclamada pelas comunidades afetadas. Volvidos os 70 anos, a obra cairá inevitavelmente no domínio público (art. 38.º, do CDADC).

5.1.4. Conclusão

Face ao exposto, podemos concluir, na linha de pensamento de Oliveira Ascensão, que “a obra de folclore é (...) património comum do povo”⁸⁸ e que, quando suscitasse providências legislativas, “teria de ser através de providências especiais, e não por aplicação do Direito de Autor”⁸⁹. Apesar de o Autor não ter definido, exatamente, o que

⁸⁵ Art. 19.º, do CDADC.

⁸⁶ O art. 26.º-A do CDAD trata das obras em que o titular dos direitos de autor seja desconhecido ou não esteja localizado. Mesmo assim, relativamente a estas obras, mesmo que o autor seja desconhecido, são sempre de criação individual.

⁸⁷ Igualmente, a duração da proteção de obra anónima ou lícitamente publicada ou divulgada sem identificação do autor é de 70 anos após a publicação ou divulgação (art. 33.º do CDADC).

⁸⁸ Ascensão, 2008, p. 99.

⁸⁹ Ascensão, 2008, p. 99.

se pode considerar por “providências especiais”, esta expressão parece indicar a sua inclinação para a criação de um regime *sui generis*, ou seja, de uma lei nova, adaptada aos obstáculos inerentes à proteção das expressões culturais tradicionais, e distinta, no que se demonstre necessário, daquelas que já existem no domínio dos direitos de autor.

5.2. A proteção das expressões culturais tradicionais através dos desenhos ou modelos

Como é sabido, a aparência dos produtos é um dos fatores que mais influenciam as escolhas dos consumidores e o que tornará, também, as expressões culturais tradicionais apelativas ao público em geral.

A disciplina dos DM, enquanto direitos privativos, é regulada no CPI e no Regulamento (CE) n.º 6/2002, e visa proteger a aparência inovadora dos bens de consumo, atribuindo ao respetivo criador um exclusivo temporário, destinado a extrair do mercado a devida remuneração pelo seu esforço criativo. O seu fim neste campo seria, por isso, impedir a apropriação das aparências das expressões culturais tradicionais por criadores nacionais ou estrangeiros que, para além de não divulgarem a origem e inspiração da peça, se apropriam dos proveitos económicos gerados pela aparência de uma criação em relação aos quais não são os criativamente esforçados.

Como sabemos, o art. 173.º, do CPI, complementado pelo art. 3.º, alínea a) do RDM, indica-nos que o DM “designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de (...) linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação”.

O âmbito de aplicação desta disciplina é, em primeiro lugar, limitado pela definição de “produto”. Apesar de, em tempos, se ter pretendido circunscrever o seu âmbito, adota-se hoje uma ampla definição de produto⁹⁰, oferecida pelo art. 174.º, n.º 1, do CPI e pelo art. 3.º, al. b), do RDM, que abrange não só o *design* dos produtos, como também os artigos industriais ou de artesanato que não sejam de produção em série. Nesta ampla definição de produto caberão, certamente, as expressões culturais tradicionais/folclore.

Para além dos objetos de três dimensões – como seria, por exemplo, o galo de Barcelos – são ainda passíveis de proteção os objetos de duas dimensões, tais como desenhos cerâmicos, padrões têxteis, pinturas ou fotografias⁹¹ – como seriam os lenços dos namorados, típicos de Viana do Castelo.

Aliás, protege-se não só a forma, como tudo aquilo que pode definir o aspeto⁹², tal como linhas, contornos, cores, textura e materiais, brilho ou certos efeitos de luz, etc. As

⁹⁰ Silva, 2020, pp. 104 e 105.

⁹¹ Silva, 2020, p. 99.

⁹² Silva, 2020, p. 99.

expressões culturais tradicionais, quando sejam tangíveis, são, desde logo, distinguíveis pela sua aparência, bem como produtos complexos que, para além de se diferenciarem pela sua imagem, incorporam uma relação e conexão com um determinado território e história que os caracteriza.

Contudo, as expressões culturais tradicionais apenas são merecedoras de proteção caso preencham os requisitos exigidos pelos arts. 4.º a 9.º, do RDM, e arts. 175.º a 179.º, do CPI. A tutela legal deste instituto é, assim, restrita aos DM que sejam novos e possuam carácter singular.⁹³ Vejamos.

5.2.1. Novidade e carácter singular

Nos termos do art. 176.º, do CPI, um DM é novo “se, antes do respetivo pedido de registo ou da prioridade reivindicada, nenhum desenho ou modelo idêntico foi divulgado ao público dentro ou fora do País”. Serão, contudo, idênticos dois DM que difiram apenas em pormenores sem importância.

A lei define a novidade por contraposição ao estado da arte. Pedro Pidwell considera como novo o desenho ou modelo que

não pertence ao estado da arte contemporâneo à data do pedido, pois esta comporta a globalidade de desenhos cujo registo tenha sido pedido ou prioridade reivindicada, em qualquer parte do mundo⁹⁴.

Esta aferição, contudo, estará limitada, como nos diz Remédio Marques, ao “estado da arte europeu”⁹⁵.

Por seu turno, diz-nos o art. 177.º que um desenho ou modelo possui carácter singular quando “a impressão global transmitida ao utilizador informado difira da impressão global causada a tal utilizador por quaisquer outros desenhos ou modelos anteriores”.

Quer a novidade, quer a singularidade de um DM são aferidas em função da realidade pré-existente, que contrapõe a criação que se pretende proteger ao acervo de criações anteriormente divulgadas ao público⁹⁶.

Ora, a natureza própria das expressões culturais tradicionais dificulta a sua conciliação com os requisitos da novidade e da singularidade. Nunca serão novas, em primeiro lugar, porque remontam a um passado longínquo. Em segundo lugar, porque são conhecidas pelo público – não só pela população comum, mas também (e em especial) pelos membros da comunidade criadora da expressão e pelos demais

⁹³ Cf. art. 175.º, n.º 1, do CPI.

⁹⁴ Pidwell, 2015, pp. 108-109.

⁹⁵ Marques, 2007a, p. 1275.

⁹⁶ Silva, 2017, p. 86.

produtores, os quais assumem o papel de “utilizadores informados”⁹⁷, para os efeitos do art. 177.º, do CPI.

A experiência jurisprudencial, no domínio da interseção entre a propriedade intelectual e as expressões culturais tradicionais, era inexistente até 2020⁹⁸. O Ac. do STJ, de 30 de abril de 2020⁹⁹, veio alterar este paradigma. Esta decisão teve como objeto o pedido de declaração de nulidade do registo do DM referente a bonecas vestidas com o traje do “Bailinho da Madeira”, com fundamento na falta de novidade e de singularidade por já serem comercializadas e conhecidas por todos os habitantes, há mais de 60 anos¹⁰⁰.

Após a devida fundamentação, o Tribunal conclui, com mérito, negar a revista, por considerar que, “à data do registo, os modelos e desenhos não gozavam nem de novidade, nem de singularidade (...)”, pugnando pela nulidade do registo.

Note-se que, neste caso, não se tratava de procurar proteção para a expressão em si mesma – o traje do bailinho da madeira –, mas sim negar proteção à aparência das bonecas que nela se inspiraram. Aliás, apenas através de uma IG ou marca coletiva poderiam ser protegidos estes trajes; nunca por um DM.

Tendo negado proteção à criação contemporânea, demonstra-se que o STJ impediu que um terceiro adquirisse o monopólio temporário de exploração do referido DM, derivado de uma expressão cultural tradicional. Apesar de apenas se ter limitado a aplicar a lei e a aferir dos pressupostos de novidade e singularidade, o Tribunal, ainda que indireta e involuntariamente, protegeu a expressão cultural tradicional preexistente contra a sua apropriação.

Outrossim, não se poderia deixar de referir um caso recente dado a conhecer pelos mais diversos meios de comunicação¹⁰¹ relativo aos capotes e às samarras alentejanos, pois é, para nós, um caso flagrante de apropriação cultural. Ora, em março de 2021 foi concedido o registo a uma pessoa singular de quatro DM referentes aos capotes e samarras alentejanos¹⁰². Uma vez que o registo, no que diz respeito à via de proteção

⁹⁷ “O conjunto dos destinatários da divulgação não corresponde ao público em geral, mas sim a um universo mais restrito (...), integrado pelas pessoas que integram os meios especializados do sector em questão” (Silva, 2017, p. 87).

⁹⁸ Até então, bastávamo-nos com a referência a expressões culturais tradicionais em acórdãos. Apesar de não se situar no domínio da propriedade intelectual, o Acórdão do TRL, de 03.07.1991, proferido no âmbito do proc. n.º 0267813, faz referência à proibição imposta pelo Decreto Regional n.º 28/84, em toda a região da Madeira, do fabrico de “bordado da Madeira” à máquina; mas já não proíbe que na região se vendam aquelas mercadorias fabricadas em qualquer outra parte do território nacional ou mesmo no estrangeiro.

⁹⁹ Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 167/17.9YHLSB.L2.S2 e relatado por Maria do Rosário Morgado.

¹⁰⁰ Realçamos que os trajes do bailinho da madeira são um ótimo exemplo de uma expressão cultural tradicional da Região Autónoma da Madeira que evoluiu ao longo dos tempos e que varia de região em região. Caso um dos trajes madeirenses iniciais tivesse sido registado como DM, seria provável que as suas alterações não fossem “pormenores insignificantes” e veríamos, assim, impedida a evolução dos trajes até ao aspeto que têm hoje.

¹⁰¹ A notícia poderá ser consultada no site do Jornal Público, ou através do seguinte link: <https://www.publico.pt/2021/12/07/local/noticia/afinal-registou-autor-capotes-samarras-anda-cobrar-1987757>.

¹⁰² Desenhos e modelos n.º 6405, 6404, 6403, 6402 e 6401.

nacional, é um mero depósito, o INPI limitou-se a examinar o respeito das exigências de carácter formal (cf. art. 187.º, n.º 1, CPI), tendo, por isso, concedido o registo em julho do mesmo ano.

Os capotes e as samarras são uma clara expressão do património cultural do Alentejo. Representaria, para nós, uma clara apropriação indevida daquele património conceder o registo a um terceiro, natural de Penafiel e que nunca viveu no Alentejo, permitindo-lhe impedir todas as outras pessoas e, em especial, as próprias comunidades alentejanas de onde aqueles trajes provieram de comercializar e aproveitar as suas próprias criações.

Contudo, o registo destes DM será inevitavelmente declarado nulo, contando com o impulso da Direção Regional de Cultura do Alentejo, porque nunca preencheriam os requisitos de singularidade e novidade.

5.2.2. Limite temporal

Repetindo o que já dissemos a propósito dos direitos de autor, também neste domínio se pretende uma proteção infinita. Contudo, o art. 195.º, do CPI, concede aos DM uma duração do registo de 5 anos, renovável por iguais períodos, até um máximo de 25 anos (tal como o art. 12.º do RDM estabelece para os DM comunitários). Já os DM comunitários que, apesar de preencherem os requisitos acima mencionados, não tenham sido registados têm uma proteção de 3 anos a contar da data em que tenham sido divulgados ao público no interior da UE (art. 11.º, do RDM).

Em caso de não renovação do registo ou decorrido o prazo de vigência do mesmo, o DM até então protegido entra no domínio público, pelo que, consequentemente, passará a ser de utilização livre¹⁰³ (art. 36.º, do CP).

E a realidade repete-se: também nos DM a limitação temporal da sua proteção torna o regime destes sinais distintivos impeditivo de proteger as expressões culturais portuguesas.

Concluimos, assim, que nem uma expressão cultural tradicional, nem uma criação contemporânea derivada da mesma poderiam ser protegidas ao abrigo do instituto dos DM. Mesmo que o registo fosse concedido, a sua contestação implicaria uma declaração de nulidade subsequente, por falta de novidade e carácter singular.

¹⁰³ Gonçalves, et al., 2021, p. 793, em anotação ao art. 195.º.

5.3. A proteção das expressões culturais tradicionais através das marcas

Não podemos deixar de equacionar uma possível proteção das expressões culturais tradicionais através das marcas.

As marcas teriam a enorme vantagem de *proteger* (impedindo o registo de marcas ofensivas e marcas enganosas) e, ao mesmo tempo, *promover* (através dos contratos de licença de exploração de marcas¹⁰⁴) as expressões culturais tradicionais.

Assim, para além de conferirem ao titular do registo um direito exclusivo de utilizar a marca registada nos produtos e serviços a que se destina (art. 210.º, n.º 1, do CPI), conferem ainda um direito de impedir terceiros de a utilizar, sem o seu consentimento, em produtos idênticos ou afins àqueles para os quais a marca foi registada. Permite-se, assim, ao titular da marca controlar o uso que é feito dos produtos e serviços por ela protegidos e conceder a outrem o uso e a fruição da mesma, através de contratos de licença de exploração da marca (art. 31.º, do CPI).

No entanto, um produto ou serviço apenas é protegido se for digno de proteção, i.e., se cumprir os requisitos positivos e negativos de proteção.

5.3.1. Requisitos de proteção

As expressões culturais tradicionais, como vimos anteriormente, podem consistir em expressões verbais, musicais ou quaisquer expressões tangíveis. Esta enorme variedade de expressões é acautelada pelo igualmente variado elenco de tipos de marcas que podem ser registadas (tais como as marcas figurativas, nominativas, mistas, não-tradicionais, entre outras, cf. art. 208.º, do CPI).

Neste sentido, todas as expressões que consistam em expressões verbais, como palavras, nomes, sinais e símbolos, podem ser protegidas pelas marcas nominativas; todas as expressões que consistam em expressões sonoras, como músicas, poderiam ser protegidas através das marcas sonoras; e todas as expressões que correspondam a desenhos, *designs*, quadros, costumes e artesanato poderão ser registadas através de marcas figurativas ou de forma (i.e., tridimensionais)¹⁰⁵.

A acessibilidade ao registo, qualquer que seja o seu tipo, é regulada pelo seu carácter distintivo. Assim, para que uma expressão cultural tradicional – ou até mesmo um produto ou serviço contemporâneo que dela derive – possa ser protegida com uma marca, ela deverá permitir não só identificar o produto, como também distingui-lo face

¹⁰⁴ Definido como “o contrato através do qual o titular de uma marca” atribui a terceiros o direito de apor a marca nos seus próprios produtos e de a utilizar na sua atividade económica (Olavo, 1999, p. 93).

¹⁰⁵ Zagafos, 2010, p. 55.

aos produtos do mesmo género. A falta deste carácter distintivo constituiu um motivo absoluto de recusa do registo (art. 209.º, n.º 1, al. a), do CPI).

Motivo relativo de recusa será a suscetibilidade do produto em induzir os consumidores em erro quanto à natureza, qualidades e proveniência geográfica do produto ou serviços a que a marca se destina (cfr. art. 231.º, n.º 3, al. d), do CPI). A proibição da marca enganosa tem, na sua base, duas preocupações, sendo uma delas a de impedir que concorrentes obtenham uma vantagem, indevidamente¹⁰⁶. Esta é, justamente, a principal razão pela qual as comunidades locais reivindicam, para si, direitos positivos sobre as suas expressões culturais tradicionais – para impedir que terceiros recolham, indevidamente, vantagens de um sucesso que não é seu.

A este propósito, o registo de uma marca cujo produto ou serviço seja, ou derive de, uma expressão cultural tradicional de uma comunidade local, por um terceiro a essa comunidade, pode potencialmente causar confusão na mente dos consumidores quanto à verdadeira origem dos produtos em causa, na medida em que os consumidores considerem que o produto tem uma especial relação com uma determinada comunidade, quando na realidade não tem. Há, assim, um risco de confusão sobre a fonte produtiva desse produto, e uma barreira ao desempenho, pelo sinal distintivo, da sua principal função: a função de indicação de proveniência¹⁰⁷.

Apesar de a marca não desempenhar uma função de garantia dos produtos – por contraposição às marcas de certificação ou de garantia –, o consumidor tem a expectativa de que, comprando um produto de uma determinada marca, esse produto terá determinadas qualidades, resultantes das experiências anteriores ou publicidade¹⁰⁸. E há qualidades, no que toca a expressões culturais tradicionais, que só estarão presentes no produto quando o mesmo for produzido pela comunidade local a que dizem respeito.

Além disso, é recusado o registo a marcas compostas por sinais de elevado valor simbólico (cf. art. 231.º, n.º 3, al. b)) e a marcas compostas por expressões ou figuras contrárias à lei, moral, ordem pública e bons costumes (cf. art. 231.º, n.º 3, al. c)). A ser aplicada, esta norma conferia uma proteção defensiva aos produtores culturais quando terceiros pretendessem registar marcas que fossem ofensivas aos seus costumes.

Por fim, a marca é um sinal distintivo de produtos ou serviços de uma *empresa* dos de outra *empresa*. Como nos diz Couto Gonçalves, a “lei confere, expressamente, legitimidade [para registar um DM, nos termos do art. 211.º, do CPI] em razão da atividade *económica* do interessado, independentemente da respetiva natureza jurídica”

¹⁰⁶ Gonçalves, et al., 2021, p. 914, em anotação ao art. 231.º.

¹⁰⁷ Silva, 2020, p. 241.

¹⁰⁸ Almeida, 1999, p. 335.

e desde que “requeiram o registo em vista dos interesses das respetivas atividades económicas”¹⁰⁹.

Há, assim, uma estreita ligação da marca ao comércio, desde logo, porque a marca é um sinal distintivo do *comércio*. Significa, assim, que o uso da marca que é protegido é aquele em que o seu titular incorre no âmbito da sua atividade comercial. Estaria, por isso, excluída proteção por este instituto quando o titular da marca protetora da expressão cultural a utilizasse no domínio não-económico.

5.3.2. Titularidade

O direito à marca é um direito exclusivo do seu titular, i.e., é um direito individual, cujo regime jurídico, previsto no CPI e no RMUE, assenta numa ligação estreita entre um sinal registado e a empresa titular do seu registo¹¹⁰.

Por conseguinte, não poderá ser aplicado o regime da marca individual às expressões culturais tradicionais, mas já será idónea a aplicação a estas do regime das marcas coletivas e de certificação ou de garantia, por corresponderem a direitos coletivos.

5.3.3. Limite temporal

Nos termos do art. 247.º, do CPI, o registo da marca tem uma duração de 10 anos, “contados a partir da data da apresentação do pedido, podendo ser indefinidamente renovado, total ou parcialmente, por iguais períodos”. Há, assim, a potencialidade de a marca poder durar indefinidamente, quando dela seja feito um uso sério pelo seu titular e quando este último pague as taxas de renovação (arts. 36.º e 268.º, do CPI, e arts. 63.º e 58.º, do RMUE)¹¹¹, o que torna as marcas uma via latente para proteger e promover as expressões culturais tradicionais.

Pese embora a premissa anterior, somos forçados a concluir que os requisitos exigidos obstem à proteção das expressões culturais tradicionais de forma justa e duradoura. Não nos espanta, por isso, que a sociedade Lenço dos Namorados, Unipessoal, Lda. tenha visto o seu pedido de registo da marca nacional nominativa “Lenços dos Namorados” recusado, em 2010. O mesmo desfecho teve o pedido de registo apresentado pela sociedade Escola Profissional Amar Terra Verde, Lda., para a marca nominativa “Lenço dos Namorados de Amares”¹¹².

¹⁰⁹ Gonçalves, 2019, p. 230.

¹¹⁰ Silva, 2020, p. 326.

¹¹¹ Visto que são causas de caducidade do registo a falta de pagamento das taxas e a falta de uso sério da marca durante 5 anos consecutivos, sem justo motivo.

¹¹² Estes casos podem ser consultados na “Pesquisa Online” do site do INPT, através do seguinte link: <https://servicosonline.inpi.pt/pesquisas/main/marcas.jsp?lang=PT>.

5.4. Soluções propostas

Chegados a este ponto, é seguro afirmar que o regime oferecido pelos direitos de autor, DM e marcas individuais não é capaz de proteger as expressões culturais tradicionais. As suas fragilidades são, basicamente, respeitantes ao seu âmbito temporal e carácter individual.

Há, contudo, duas figuras que contornam estes obstáculos. São estas as marcas coletivas e de certificação ou de garantia, e as DO e IG, razão pela qual focamos, agora, a atenção nestes dois sinais distintivos que, na nossa opinião, são os que melhor se adequam à proteção das criações das comunidades locais.

5.4.1. As marcas coletivas e de certificação ou de garantia

O legislador português consagrou, nos arts. 214.º e 215.º, do CPI, a figura das marcas coletivas e das marcas de certificação ou de garantia. Desde 2017, estas marcas estão também previstas no RMUE, nos seus arts. 74.º a 82.º (marcas coletivas) e arts. 83.º a 93.º (marcas de certificação ou de garantia).

O regime atual destas marcas distingue-as tendo em conta, essencialmente, três aspetos.

No que concerne à titularidade dos sinais, a marca coletiva¹¹³ apenas pode ser registada por uma associação de pessoas singulares ou coletivas, ao contrário da marca de certificação, que pode ser registada por qualquer pessoa, singular ou coletiva, de qualquer natureza (arts. 214.º a 216.º, do CPI). Estas marcas destinam-se, assim, a ser usadas por uma coletividade de pessoas, contradizendo o paradigma da individualidade que dita o CPI.

Em seguida, a marca coletiva distingue-se da marca de certificação ou de garantia uma vez que, ao passo que a primeira só pode ser usada pelos membros da associação titular do registo, a segunda poderá ser utilizada por todos aqueles que cumpram os requisitos de certificação (arts. 215.º, n.º 1 e 216.º, n.º 1, al. a), do CPI).

Vê-se, contudo, que o leque de pessoas a quem é concedido o uso da marca é limitado aos membros da associação titular do registo, podendo ficar de fora todos os integrantes da comunidade local que não sejam membros daquela associação. Parece-

¹¹³ No caso da marca coletiva, a titularidade caberá a uma única pessoa que é obrigatoriamente uma pessoa coletiva, que tutela, controla e certifica atividades conforme os seus fins e nos termos dos estatutos ou diplomas orgânicos por ela instituídos (cf. 216.º, n.º 1, al. b), do CPI). Neste sentido, Maria Miguel Carvalho, em anotação ao art. 214.º, *in* Gonçalves, et al., 2021, p. 856. Neste âmbito, Sari Sharoni chama-nos a atenção para a necessidade de a associação deter uma definição rigorosa daqueles que podem ser os seus associados, e critérios restritos, de forma a que não seja demasiado permissiva, sob pena de *genericídio* (Sharoni, 2016, p. 22). A transformação da marca numa designação usual levará à sua caducidade, nos termos do art. 268.º, n.º 2, al. a), do CPI.

nos, assim, que a apropriação não estaria combatida, uma vez que a todas as pessoas que não sejam associadas daquela pessoa coletiva, mesmo que integrantes da comunidade criadora do produto cultural, seria barrado o acesso ao registo de uma marca para essa expressão, ou à sua utilização, por ser confundível com a que já tenha sido registada pela associação usurpadora.

Pese embora esta crítica, estas marcas garantem a genuinidade do produto registado¹¹⁴ e, por isso, tornam o seu regime adequado à proteção das expressões culturais tradicionais. A marca coletiva, ao contrário da marca individual, propõe-se a certificar que os produtos ou serviços são provenientes de um membro da associação e que respeitam a disciplina definida por esta. Por sua vez, a marca de certificação ou de garantia visa, essencialmente, assegurar que o produto ou serviço por ela protegido foi objeto de controlo pela entidade competente.

Esta função de garantia colmata, assim, o risco de confusão existente nas marcas individuais e protege não só as comunidades locais, ao reconhecer a importância das características dos produtos culturais a proteger, como também os consumidores, na medida em que os auxilia na procura por produtos autênticos¹¹⁵ e que representam uma verdadeira conexão e causalidade entre a expressão cultural tradicional e a comunidade cultural que pretendem representar.

Por estas razões, em Portugal, as marcas coletivas e de certificação ou de garantia têm sido as figuras mais procuradas para proteger expressões culturais tradicionais. Veja-se, a título de exemplo, a Lei n.º 55/90, de 5 de setembro, que criou a marca coletiva de proveniência para os bordados da Região Autónoma da Madeira. Instituiu-se, assim, com mérito, “um sistema de autenticação do bordado da Madeira através do uso de uma ‘Marca colectiva com indicação de proveniência’ (...) com o fim de garantir a origem, a tipicidade e a qualidade do bordado da Madeira, características que o distinguem dos produtos similares existentes no mercado (art. 1.º)”. Nos termos do art. 3.º, a titularidade deste sinal distintivo pertence ao IBTAM, ao qual compete o poder de autorizar o uso desta marca para o Bordado da Madeira.

Mas este não é o único exemplo:

- a) A Câmara Municipal das Caldas da Rainha é titular da marca coletiva "Bordados das Caldas da Rainha¹¹⁶";

¹¹⁴ Alberto Ribeiro de Almeida diz-nos, relativamente às marcas de certificação, que “a função certificadora e indicadora de qualidade é a função principal destas marcas” (Almeida, 1999, p. 365).

¹¹⁵ Neste sentido, Daphne Zagafos, 2010, pp. 223-224.

¹¹⁶ Marca coletiva n.º 355422.

- b) O Centro Regional de Apoio ao Artesanato, Vice-Presidência do Governo, Emprego e Competitividade Empresarial é titular da marca coletiva “Artesanato dos Açores – Produto de Origem. Qualidade Certificada¹¹⁷”;
- c) A ARANA – Associação de Artesãos do Norte Alentejano foi titular da marca coletiva “Artesanato do Norte Alentejano”, mas o registo caducou, em 2013, por falta de pagamento das taxas;
- d) A FAVICRI – Fábrica de Vidros e Cristais, Lda. é titular da marca coletiva “Marinha Grande Glass”¹¹⁸, a qual é utilizada em obras de arte de vidro soprado e de cristal, criadas por artesãos na região da Marinha Grande.

5.4.2. As indicações de origem e denominações geográficas

As DO e IG desempenham, essencialmente, funções de indicação de origem geográfica, de garantia qualitativa, e comunicativa ou publicitária¹¹⁹. Para Ribeiro de Almeida, a IG apresenta-se também como um meio de proteção do património cultural e, consequentemente, os

fatores humanos e naturais associados a uma localidade e a uma comunidade, os produtos da tradição e a técnica de uma comunidade incorporada (...) na sua produção, poderão ser protegidos, identificados e diferenciados dos seus concorrentes através, nomeadamente, da indicação geográfica (...) como modo de certificação desse carácter essencial¹²⁰.

A IG tem, assim, um imenso potencial para tutelar as expressões culturais tradicionais na medida em que

[ajuda] a preservar tradições locais e a cultura nacional através da salvaguarda e manutenção dos métodos de produção, transformação e fabrico que, de outra forma, estariam aglomerados numa produção em massa¹²¹.

Estas duas figuras são hoje definidas no art. 299.º, do CPI, como sinais que, apesar de serem semelhantes em sentido, se distinguem pela sua maior ou menor ligação à região na qual surgiram¹²². Vemos, assim, que a DO “exige um vínculo acentuado do produto com a região demarcada, ao contrário da indicação geográfica, que se basta com uma leve aparência com a região (...)”¹²³.

¹¹⁷ Marca coletiva n.º 512462.

¹¹⁸ Marca coletiva n.º 576936.

¹¹⁹ Gonçalves, 2019, p. 110, em anotação ao art. 299.º.

¹²⁰ Almeida, 2010, pp. 590-591.

¹²¹ Jokuti, 2009, p. 120, *cit. por* Gangjee, 2016, p. 544.

¹²² Para uma distinção rigorosa entre as DO e IG, remete-se para a exposição realizada por Pedro Sousa e Silva (Silva, 2020, pp. 388-392).

¹²³ Almeida, 2010, p. 279.

A DO é elegível como um meio de proteção capaz de proteger as expressões culturais tradicionais com maior rigor do que a IG, não só porque a doutrina é unânime quanto à qualificação da primeira como um dos sinais ou meios distintivos de produtos¹²⁴, como também por corresponder a uma garantia de qualidade¹²⁵, capaz de indicar aos consumidores que o produto protegido tem as qualidades e características inerentes à região demarcada a que se referem.

Contudo, a IG parece apresentar, na nossa opinião, uma proteção mais adequada às expressões culturais tradicionais, uma vez que, ao não exigir cumulativamente que a produção, elaboração e transformação ocorra dentro da região demarcada, abre portas aos comerciantes não só para uma maior mobilidade comercial, como também para o uso de recursos que se encontrem fora daquele território. Por exemplo, permite que as camisolas poveiras usufruam de certificação enquanto IG correspondente à Póvoa do Varzim, mesmo que a lã de que são feitas provenha da Serra da Estrela. Para beneficiar desta proteção, basta, por isso, que a elaboração, produção, ou a transformação da camisola ocorra dentro da área limitada.

Como sabemos, estes sinais distintivos estão essencialmente ligados a produtos alimentares e vinícolas¹²⁶, mas não estão a eles restritos. Ribeiro de Almeida alerta para o alargamento progressivo do âmbito de aplicação destes sinais. Hoje, beneficiam de certificação das DO e IG também os produtos não-alimentares¹²⁷.

As qualidades dos produtos objeto de certificação são essencialmente devidas ao seu meio geográfico, que compreende fatores naturais e fatores humanos. Relega-se, contudo, os fatores humanos para segundo plano, uma vez que, apesar de coexistirem, os meios naturais não podem ser afastados.

Ora, não obstante os fatores naturais serem relevantes no domínio das expressões culturais tradicionais, em especial, na aferição da sua origem, a verdade é que estes apenas influenciam indiretamente os fatores humanos¹²⁸. Nas expressões culturais tradicionais, tais como camisolas, brincos, bordados, e demais peças de artesanato, ganha especial relevo, não a influência das condições meteorológicas e as qualidades do meio geográfico no produto, mas essencialmente os fatores de origem humana, nomeadamente, a sua produção e técnica. Não nos parece, porém, que esta

¹²⁴ A este respeito, Silva, 2020, p. 56.

¹²⁵ Almeida, 1999, p. 56.

¹²⁶ Os produtos protegidos por uma DO reúnem características e qualidades típicas que se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, compreendendo os fatores humanos e os fatores naturais.

¹²⁷ Na mesma linha de pensamento, Dev. S. Gangjee identifica que uma “consequência importante do reconhecimento da dimensão humana [da IG] foi a expansão do tema, através da qual os regimes de indicações geográficas podiam acomodar produtos baseados em receitas (...) ou mesmo têxteis e artesanato” (Gangjee, 2016, p. 548). Por sua vez, o Parecer da Câmara Corporativa acerca da Proposta de Lei sobre Propriedade Intelectual dizia-nos, já, que a DO se podia aplicar também a produtos fabricados, como é o caso das expressões culturais tradicionais artesanais (por exemplo, os bordados da Madeira, Vila do Conde, Viana do Castelo, entre outros).

¹²⁸ Drummond, 2017, p. 215.

secundariedade assumida pelos fatores naturais pudesse negar às expressões culturais tradicionais uma certificação por IG, uma vez que a ação do meio ambiente e natural em que se inserem exerce sobre aquelas uma influência decisiva. Por exemplo, no caso das camisolas poveiras, certamente que se as camisolas tivessem origem no Sul do país, o material não seria lã, por ser quente.

Tal como a prática o demonstra, existem já em Portugal DO sobre produtos não-alimentares¹²⁹. O exemplo mais paradigmático são os Bordados da Madeira¹³⁰, que são objeto da DO concedida no Boletim de Propriedade Intelectual n.º 11/88, cujo titular é o Instituto de Bordado, Tapeçarias e Artesanato da Madeira. Ainda, entre nós, os tapetes de arraiolos poderão beneficiar do regime jurídico da DO ou da IG, concedido pelo CPI, nos termos da Lei da Assembleia da República n.º 7/2002, de 31 de janeiro. Esta Lei veio criar o Centro para a Promoção e Valorização do Tapete de Arraiolos¹³¹, conferindo-lhe atribuições para “promover, controlar, certificar e fiscalizar a qualidade, genuinidade e demais preceitos de produção do tapete de Arraiolos” (art. 3.º, al. d)), e dedicando o seu Capítulo II à classificação e certificação do referido tapete (em especial, arts. 8.º e 9.º).

Para além do exposto, um dos elementos que evidencia o mérito destes sinais distintivos como meio de proteção das expressões culturais tradicionais é a sua duração ilimitada. Como vimos, os restantes direitos privativos conferem um direito de uso exclusivo temporalmente limitado. Já as DO e IG, nos termos do art. 304.º, do CPI, têm duração ilimitada, o que permite oferecer às comunidades locais a proteção duradoura que reclamam¹³².

Por outro lado, diz-nos o n.º 4, do art. 299.º, do CPI, que a DO e IG são sinais de titularidade coletiva¹³³, porquanto o direito de usar estes sinais pertence a todos aqueles que, no interior da região demarcada, produzem os bens a que se referem a DO ou IG. O direito de propriedade sobre estas figuras apresenta-se, na opinião de Ribeiro de Almeida,

como um direito indivisível traduzido numa contitularidade coletiva (...) e que compete íntegro a cada um dos produtores (...). Uma coletividade ou

¹²⁹ Portugal é, aliás, um dos países referidos pela OMPI como sendo um daqueles que forneceram relevantes exemplos de certificação de expressões culturais tradicionais e conhecimento tradicional como DO. São dados como exemplo o vinho do Porto, Madeira, Redondo, entre outros, e até mesmo os Bordados da Madeira. Ver, a este propósito, o já citado *Background Paper N.º 1* (WIPO/OMPI, 2003, p. 50).

¹³⁰ Mais recentemente, a Portaria n.º 121/2018, de 23 de março, da Vice-Presidência do Governo Regional e Secretaria Regional de Agricultura e Pescas aprovou o regulamento da Oficina de Artesanato da Madeira do Instituto do Vinho, do Bordado e do Artesanato da Madeira, IP-RAM.

¹³¹ A função de garantia qualitativa significa que o produto beneficia de DO ou IG está conforme com um caderno de certificações, cujo cumprimento exigirá um organismo de controlo.

¹³² Note-se, no entanto, que o registo poderá caducar se a DO ou a IG se transformar em simples designação genérica de um sistema de fabrico ou de um tipo determinado de produtos, nos termos do art. 309.º, do CPI.

¹³³ “Não nos esqueçamos, ainda, que as indicações geográficas são a única forma de propriedade intelectual que as comunidades locais, de qualquer parte do mundo, estão em condições de possuir”. Vide o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre as indicações e denominações geográficas” (2007/C204/14), *cit. por* Almeida, 2010, p. 238.

comunidade (...) de titulares em que cada um, de forma independente e igual, pode invocar o seu direito contra uma usurpação ou uma imitação por terceiro¹³⁴.

Pese embora as suas aptidões, a proteção oferecida pelas DO e IG é insuficiente, por duas razões essenciais.

Primeiro, o registo de uma IG ou DO apenas impede o uso de designações iguais ou semelhantes no contexto de produtos iguais ou afins (art. 306.º, do CPI). Tal significa que, apesar de estes sinais estarem associados a uma expressão cultural tradicional, não protegem a expressão em si mesma, capacitando terceiros a usufruir daquela desde que não utilizem essa indicação ou denominação. Por exemplo, poderão produzir e vender um tapete igual ao de arraiolos, desde que não lhe imponham a denominação/indicação de “tapete de arraiolos”.¹³⁵ Conclui-se, assim, que o escopo destas figuras se limita a impedir a utilização indevida do nome geográfico de uma região ou de uma imagem associada, pelo que apenas funcionarão como um mecanismo indireto de proteção, desempenhando um papel representativo das suas origens e de constrangimento à sua comunidade de origem.¹³⁶

Em segundo lugar, o regime da IG e DO atribui aos seus titulares poderes limitados face à proteção positiva que defendemos *supra*. A proteção positiva visa, essencialmente, conceder aos titulares das expressões culturais tradicionais uma contrapartida económica resultante da exploração comercial levada a cabo por terceiros, devidamente autorizados pela comunidade local competente. No entanto, nas DO e IG, o titular não pode alienar ou transferir o gozo do seu direito para um terceiro, porque o direito não é só dele¹³⁷, vedando assim às comunidades locais rentabilizar economicamente os seus produtos.

¹³⁴ Gonçalves, et al., 2021, p. 1113, em anotação ao art. 299.º.

¹³⁵ Ribeiro de Almeida sublinha que “a indicação geográfica em si mesma (...) não protege o conhecimento tradicional, em si mesmo. [Esta] não impede o uso do conhecimento tradicional por terceiros desde que estes não utilizem tal indicação” (Almeida, 2010, p. 592).

¹³⁶ Gangjee, 2016, p. 549.

¹³⁷ Almeida, 1999, p. 118.

Conclusão

Muito mais haveria para dizer sobre esta temática. O crescente interesse da população e das demais indústrias pelas diversas formas através das quais a cultura se manifesta eleva a necessidade de investigar as formas para a sua proteção e estabelecer um regime especial para a conciliação dos interesses das comunidades locais e dos demais sujeitos interessados em transformar e tomar como inspiração os produtos e criações que as primeiras produziram.

Estamos conscientes da fonte de inovação e criatividade que as expressões culturais tradicionais representam e, numa visão romancista do domínio público, percebemos que estas expressões possam servir aquele propósito e integrar aquele domínio que existe, justamente, para servir de inspiração aos artistas contemporâneos.

Porém, *servir de inspiração* não pode justificar a *cópia* ou a *apropriação*. Daí que as expressões tradicionais não possam permanecer sem proteção. Assim, a tutela destas expressões através de direitos de propriedade intelectual permitiria às comunidades interessadas, mais do que impedir, controlar o uso que é feito das suas expressões e rentabilizá-las economicamente. Acreditamos e defendemos, neste sentido, que uma proteção positiva permite não só promover as expressões culturais tradicionais de forma sustentável, como também proteger as mesmas e as suas comunidades criadoras, que se esforçaram para que elas se tivessem mantido inspiradoras até aos dias de hoje.

Da análise realizada aos regimes jurídicos internos que vigoram em países da comunidade internacional, concluímos que existem já iniciativas legislativas para proteção daquelas expressões, mormente, mediante a criação de sistemas de registo e de autorização. Por sua vez, da reflexão e análise do sistema nacional português, percebemos que os direitos de autor, as marcas e os DM não são capazes de oferecer tutela a estes produtos culturais, e que apenas as marcas coletivas e as IG poderiam oferecer uma proteção às expressões culturais tradicionais, mesmo que os seus regimes apresentem ainda algumas fragilidades.

Concluímos, assim, pugnando pela criação de um sistema *sui generis* de proteção para estas expressões culturais tradicionais, cujo recorte do sistema remetemos para uma análise futura, visto que o estudo da proteção destas expressões no sistema jurídico português não poderá terminar por aqui.

Bibliografia

- AKESTER, P. (2013). *Direitos de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, A. R. (1999). *Denominação de origem e marca*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, A. R. (2010). *A autonomia jurídica da denominação de origem. Uma perspetiva transnacional. Uma garantia de qualidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AREWA, O. B. (2006). Piracy, biopiracy and borrowing: Culture, cultural heritage and the globalization of intellectual property, Case Research Paper Series, Working Paper 04-19. *Legal Studies*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=596921
- ARNESEN, C. P. (2014). Protection of traditional cultural expressions: an EU perspective. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, no. 5.
- ASCENSÃO, J. d. (2008). *Direito Civil: Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AWOPETU, R. (2020). In Defense of culture: Protecting traditional cultural expressions in intellectual property. *Emory Law Journal*, pp. 745-779. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=elj>
- BURGER, P. (1988). The Berne Convention: Its history and its key role in the future. *Journal of Law and Technology*, vol. 3.
- CANOTILHO, J. J., & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada* (4.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- DRAHOS, P. (2004). *Intellectual property, indigenous people and their knowledge*. Cambridge University Press.
- DRUMMOND, V. G. (2017). *A tutela jurídica das expressões tradicionais culturais*. São Paulo: Almedina Brasil.
- FREDRIKSSON, M. (2017). Biopiracy or bioprospecting : Negotiating the limits of propertization. In J. ARVANITAKIS , & M. FREDRIKSSON, *Property, place and piracy* (pp. 174-186). <http://liu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1153590/FULLTEXT02.pdf>.
- GANGJEE, D. S. (2016). Geographical indications and cultural rights: The intangible cultural heritage connection? In *Research handbook on human rights and intellectual property*, pp. 544-559.
- GONÇALVES, L. C. (2019). *Manual de direito industrial. Propriedade industrial e concorrência desleal* (8.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, L. C., PEREIRA, D. A., SILVA, A. P., VICENTE, D. M., MARQUES, J. R., MENDES, M. O., SILVA, N. S. (2021). *Código da Propriedade Intelectual anotado*. Coimbra: Almedina.
- JOKUTI, A. (2009). Where is the what if the what is why? A rough guide to the maze of geographical indications. *European Intellectual Property Review*, vol. I, no. 3.
- LAI, J. C. (2010). *Māori culture in the modern world: Its creation, appropriation and trade*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1961482

- LANDES, W. M., & POSNER, R. A. (2003). The economic structure of intellectual property law. *The Belknap Press of Harvard University Press*, pp. 11-24.
- LEITÃO, L. M. (2018). *Direito de autor* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- LENJO, E. M. (2017). Inspiration versus exploitation: Traditional cultural expressions at the hem of the fashion industry. *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 2, no. 4, pp. 139-156.
<https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1310&context=iplr>.
- LITMAN, J. D. (1990). The public domain. *Emory Law Journal*, vol. 39, pp. 965-1023.
<https://repository.law.umich.edu/articles/222/>.
- MARQUES, J. P. (2007a). *Biotechnologia(s) e propriedade intelectual. Direito de autor. Direito de patente e modelo de utilidade. Desenhos ou modelos* (vol. I). Coimbra: Almedina.
- MARQUES, J. P. (2007b). *Biotechnologia(s) e propriedade intelectual. Obtenções vegetais. Conhecimentos tradicionais. Sinais distintivos. Bioinformática e bases de dados. Direito da concorrência* (vol. II). Coimbra: Almedina.
- MARTINET, L. (2019). Traditional cultural expressions and international intellectual property law. *International Journal of Legal Information*, vol. 47, pp. 6-12.
<https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-legal-information/article/traditional-cultural-expressions-and-international-intellectual-property-law/FB2753FCCB69B560BBBCA30CD221739C>.
- MELLO, A. d. (2007). *Manual de direito de autor e direitos conexos* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, J. (2012). O património cultural na Constituição Portuguesa. In *Novos estudos de direito patrimonial cultural* (vol. II). Lisboa: Almedina.
- NABAIS, J. C. (2013). Reflexões sobre os princípios gerais do direito patrimonial cultural. *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 32, pp. 9-33.
- OLAVO, C. (Janeiro de 1999). Contrato de licença de exploração de marca. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 87-122. <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1fdd5a-64d6-43cd-977f-4848a7dbacf8%7D.pdf>.
- PEREIRA, A. M. (1980). Propriedade literária e artística. Conceitos e tipos legislativos. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, pp. 485-501. <https://portal.oa.pt/upl/%7B7739c950-ee26-43cc-9510-38bdba14ae9e%7D.pdf>.
- PIDWELL, P. (2015). Os requisitos substantivos da proteção dos desenhos ou modelos. *Revista de Direito Intelectual*, vol. 1.
- ROCHA, M. V. (2008). Contributos para delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo direito de autor. *Ars Iucandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II. Disponível em <http://www.apdi.pt>.
- SEARLE, N., & FRSA, M. B. (2016). *Economic approaches to intellectual property*. Oxford: Oxford University Press.
- SELL, S. K. (2002). Post-trips developments: The tension between commercial and social agendas in the context of intellectual property. *Florida Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, pp. 193-216.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fjil14&div=17&g_sent=1&casa

- _token=kbUBpqUvUpgAAAAA:njuOmINAgNrj_ofuNoTrQwVbIPpAQ2FJ-k5tX-mxmlSw7JNrN7q25_l2IhtdCiGVjIp8UDI&collection=journals.
- SERRANO, M. M. (2013). A proteção dos direitos culturais: cultura e património na experiência jurídica e judiciária portuguesa. *Revista do CEJ*, 2.º semestre, n.º 2, pp. 383-408.
- SHARONI, S. (2016). The mark of a culture: The efficiency and propriety of using trademark law to deter cultural appropriation. Stanford Law School. <https://law.stanford.edu/publications/the-mark-of-a-culture-the-efficiency-and-propriety-of-using-trademark-law-to-deter-cultural-appropriatio/>
- SHERMAN, B., & Bently, L. (1999). *The making of modern intellectual property law. The British experience 1760-1911*. Cambridge University Press.
- SIEMS, M. (2019). The law and ethics of cultural appropriation. *International Journal of Law in Context*, vol. 15, pp. 408-423.
- SILVA, N. S. (2013). Uma introdução ao direito de autor europeu. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. IV, pp. 1331-1387.
- SILVA, N. S. (2016). Direitos conexos (ao direito de autor). *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 335-445.
- SILVA, N. S. (2017). Patentes de células estaminais: A situação europeia em conforto como o direito dos EUA. *Revista de Direito Intelectual*, vol. 2, pp. 123-156. https://www.nsousaesilva.pt/web/images/_Data/Publicacoes_Artigos/NSS_Patentes_de_ce%CC%81lulas_estaminais-_a_situac%CC%A7a%CC%83o_europeia_em_confronto_com_o_Direito_dos_EUA.pdf.
- SILVA, P. S. (2020). *Direito industrial* (2.ª ed.). Almedina.
- SILVA, P. S. (2017). *Proteção jurídica do design*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, V. P. (2007). *A cultura a que tenho direito: Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina.
- SRINIVAS, K. R. (2007). Intellectual property rights and traditional knowledge: The case of yoga. *Economic and Political Weekly*, vol. 47, no. 27-28, pp. 2866-2871.
- TSOSIE, A. R. (2002). Reclaiming native stories: An essay on cultural appropriation and cultural rights. *Arizona State Law Journal*, vol. 34, pp. 299-358. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401522
- WIPO/OMPI. (2 de Maio de 2003). Consolidated analysis of the legal protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore. Background Paper n.º 1. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/785/wipo_pub_785.pdf
- WIPO/OMPI. (2016). The WIPO intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore (no. 2). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_2.pdf
- ZAGRAFOS, D. (2010). *Intellectual property and traditional cultural expressions (e-book)*. Northampton: Edward Elgar.

ZIFF, B. H., & RAO, P. V. (1997). Introduction to cultural appropriation: A framework for analysis.
In B. H. ZIFF, & P. V. RAO, *Borrowed power: Essays on cultural appropriation* (p. 1).
New Brunswick: Rutgers University Press.

**Alguns problemas de aplicação do
regime do trabalho a tempo parcial**

Eunice Matos da Costa Soares Correia

Sob a orientação da Professora
Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

“A vida é uma sucessão contínua de oportunidades.”
Gabriel García Márquez

Agradecimentos

À Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho,
Aos meus pais, aos meus avós e ao Bernardo,
À TELLES e, em especial, à equipa de Direito Laboral.

Lista de siglas e abreviaturas

AA.VV.	Autores vários
Ac(s).	Acórdão(s)
AG	Advogado(a)-geral
Art(s).	Artigo(s)
CEEP	Centro Europeu das Empresas Públicas
CES	Confederação Europeia dos Sindicatos
Cfr.	Confrontar
Cons	Considerando
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, com as suas sucessivas alterações.
CT 2003	Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto
DRE	Diário da República
Ed.	Edição
E-M	Estado-Membro
IHT	Isenção de Horário de Trabalho
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Par.	Parágrafo
PNT	Período Normal de Trabalho
Proc(s).	Processo(s)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TS	Trabalho Suplementar
UE	União Europeia
UNICE	União das Confederações da Indústria e do Patronato da Europa
Vol.	Volume

Resumo

A presente dissertação incide sobre os principais problemas aplicativos do regime de trabalho a tempo parcial, procurando identificar tais problemas e analisá-los à luz das soluções previstas no ordenamento jurídico português e, bem assim, do teor da Diretiva 97/81/CE do Conselho, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial.

Propomo-nos, assim, a abordar problemas como a alteração unilateral do horário de trabalho, a prestação de trabalho suplementar, o direito a férias, o pagamento do subsídio de alimentação e a admissibilidade da previsão de cláusula de exclusividade no caso dos trabalhadores a tempo parcial, tomando sempre como referência a doutrina e jurisprudência que entendemos como relevante.

Palavras-chave: trabalho a tempo parcial; período normal de trabalho; horário de trabalho; trabalho suplementar; direito a férias; subsídio de alimentação; cláusula de exclusividade.

Abstract

This dissertation focuses on the main application problems of the part-time work regime and attempts to identify such problems and analyse them in light of the solutions provided for in the Portuguese legal framework, as well as of the content of Council Directive 97/81/EC concerning the Framework Agreement on part-time work.

We therefore propose to address issues such as the unilateral modification of working hours, the provision of overtime work, the right to holidays, the payment of meal allowance, and the admissibility of the provision of an exclusivity clause in case of part-time workers, always taking as reference the doctrine and case law deemed relevant.

Keywords: part-time work; normal working period; working schedule; overtime work; holidays; meal allowance; exclusivity clause.

Índice

Introdução	7
Capítulo I – Antecedentes e atualidade do trabalho a tempo parcial	8
1. Origens e evolução histórica do trabalho a tempo parcial	8
1.1. No contexto internacional	8
1.2. No contexto da União Europeia	9
1.3. No ordenamento jurídico português	12
2. Vantagens e desvantagens	16
Capítulo II – Problemas de aplicação do regime do trabalho a tempo parcial	19
1. Alteração unilateral do horário de trabalho	19
2. Prestação de trabalho suplementar	23
2.1. Considerações introdutórias	24
2.2. Admissibilidade da solicitação de trabalho suplementar e possibilidade de recusa	24
2.3. Prestação de trabalho suplementar por trabalhador a tempo parcial na modalidade vertical	27
2.4. Limite diário de trabalho suplementar	28
3. Direito a férias	29
4. Pagamento do subsídio de alimentação	32
5. Admissibilidade da previsão de cláusula de exclusividade	35
Conclusão	40
Bibliografia	41

Introdução

A duração e a organização do tempo de trabalho assumem, desde há muito, elevada importância no que concerne à compatibilização dos interesses dos sujeitos integrantes na relação laboral – os trabalhadores e os empregadores.

Não obstante, numa era em que a flexibilização da organização das relações laborais é cada vez mais valorizada, a cuidada e funcional regulamentação dos institutos aptos a atingir tal flexibilização afigura-se de marcada importância.

Ora, um dos institutos que permite tal flexibilidade é, precisamente, o trabalho a tempo parcial.

Em face do exposto, iremos iniciar a presente dissertação com um breve enquadramento histórico que nos permita compreender as origens e finalidades do presente instituto no contexto internacional, da UE e nacional, procurando apreciar criticamente a sua evolução legislativa.

Já numa segunda parte, iremos abordar diversas questões com relevância iminentemente prática cuja solução se afigura dúbia. Tal carácter dúbio deve-se, em nosso entendimento, ao facto de a nossa legislação juslaboral se focar no paradigma do contrato de trabalho a tempo completo, olvidando a previsão, com mais minúcia, de aspetos específicos do regime do trabalho a tempo parcial.

Perante o exposto, apreciaremos a bondade das soluções previstas pelo legislador nacional (ou, em certos casos, da falta de soluções) e, bem assim, a sua conformidade com a Diretiva 97/81/CE do Conselho, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial, não pretendendo, contudo, encontrar resposta definitiva às questões suscitadas, mas tão só avançar com alguns contributos para uma reflexão crítica sobre as mesmas.

Capítulo I – Antecedentes e atualidade do trabalho a tempo parcial

1. Origens e evolução histórica do trabalho a tempo parcial

1.1. No contexto internacional

No contexto internacional, o trabalho com maior e indiscutível relevância no tratamento do trabalho a tempo parcial foi desenvolvido pela OIT, designadamente através da celebração de convenções, adoção de recomendações e, bem assim, relatórios de análise.

Neste sentido, note-se, desde logo, que a OIT enquadra o regime do trabalho a tempo parcial nas modalidades de trabalho “*non-standard*”¹, onde estão igualmente englobadas modalidades contratuais como o trabalho temporário, o trabalho a termo e o trabalho economicamente dependente, cujo fator de agregação entre si está associado a um “elevado potencial de desproteção dos direitos dos trabalhadores”².

Tendo precisamente em conta a esfera de desproteção em torno desta categoria de trabalhadores, releva-se a importância do surgimento da Convenção n.º 175 da OIT, de 24 de junho de 1994³, a qual reflete um compromisso entre representantes dos empregadores e dos trabalhadores⁴, e que foi completada pela Recomendação n.º 182 também da OIT, da mesma data.

Ora, nas palavras de Joana Vicente, que aqui se acolhem, são várias as finalidades dos referidos instrumentos internacionais. Em primeiro, salienta-se a consagração do “princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo completo”, o qual irá, necessariamente, sofrer variações em função do tipo de direitos envolvidos. Com efeito, ao passo que em matéria de direitos coletivos, segurança e saúde no trabalho e discriminação deverá ser conferida a mesma proteção (cfr. art. 4.º da Convenção n.º 175), em matéria de proteção da maternidade, cessação da relação de trabalho, férias anuais pagas, licença por doença e regimes de segurança social defende-se a atribuição de condições equivalentes (cfr. art. 6.º e 7.º da Convenção n.º 175), por forma a assegurar a efetiva igualdade dos trabalhadores a tempo parcial.

¹ Veja-se *Non-standard employment around the world – understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Geneva, 2016. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf.

² Neste sentido, Vicente, 2018, p. 248 e Cabeza Pereiro & Lousada Arochena, 1999, p. 2.

³ Ratificada pelo Estado Português em 2006, através da Resolução da Assembleia da República n.º 37/2006, publicada no DRE – I série-A, n.º 83, de 28 de abril de 2006.

⁴ Veja-se Schlachter, 2015, p. 200 e Cabeza Pereiro, 2013, p. 39.

Já no que respeita especificamente a matéria retributiva, é estabelecido o dever de promover a concessão ao trabalhador a tempo parcial de um salário de base que, calculado proporcionalmente com base na hora, no rendimento ou à peça, não seja inferior ao salário de base, calculado segundo o mesmo método, dos trabalhadores a tempo completo que se encontrem numa situação comparável (cfr. art. 5.º da Convenção n.º 175). Salienta-se, contudo, a crítica de Cabeza Pereiro⁵ quanto a este aspeto, quando menciona que tal direito é reconhecido de forma parca, uma vez que se limita ao salário base, desconsiderando as demais componentes remuneratórias. Tal omissão é, porém, colmatada na Recomendação n.º 182 da OIT.

Como segunda linha de ação, distingue-se a “facilitação do acesso a esta modalidade contratual” que, nas ordens jurídicas internas, passará pelo reexame das disposições legislativas suscetíveis de impedir ou desincentivar o recurso ao trabalho a tempo parcial, pela utilização de serviços de emprego para identificar e dar a conhecer as possibilidades de trabalho a tempo parcial e pela facilitação do acesso à modalidade por grupos específicos⁶.

Por último, Joana Vicente⁷ identifica, como terceira finalidade da Convenção, o “caráter voluntário do acesso a esta modalidade”. Com efeito, se são evidentes as virtualidades inerentes ao trabalho a tempo parcial, que em rigor aporta um acréscimo de flexibilidade desejado, quer pelos trabalhadores, quer pelos empregadores, é também simples de compreender que, em face das condições reais de funcionamento atual do mercado de trabalho, a flexibilidade desejada pelas empresas não se coaduna muitas vezes com as verdadeiras pretensões dos trabalhadores, que prefeririam prestar trabalho em regime de tempo completo.

1.2. No contexto da União Europeia

A par da Convenção n.º 175 da OIT, assume destaque, no âmbito da UE, a Diretiva n.º 97/81 de 15/12, a qual tem por objetivo a aplicação do acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, CES e pelo CEEP (doravante apenas designado por acordo-quadro). A mencionada Diretiva surge na sequência das propostas apresentadas pela Comissão Europeia, já desde a década de 1980, também com o objetivo de assegurar a igualdade de tratamento entre trabalhadores a tempo completo e a tempo parcial⁸.

⁵ Cabeza Pereiro, 2013, p. 40.

⁶ Vicente, 2018, pp. 250-251.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Note-se, a este propósito, que a delonga do processo de negociação do teor da Diretiva esteve, designadamente, relacionada com uma forte resistência do governo britânico às propostas da Comissão, sustentada no entendimento de que a consagração do princípio da igualdade no presente contexto iria aumentar os custos e inibir a criação de emprego. Cfr. Deakin & Morris, 2012, p. 213 e Schlachter, 2015, p. 199.

No entanto, em 1997, o teor da Diretiva foi finalmente acordado⁹, tendo a mesma incorporado na ordem jurídica da União Europeia os princípios consagrados na Convenção da OIT¹⁰.

Passando agora a uma brevíssima análise do acordo-quadro, cumpre referir que o mesmo é composto por apenas seis cláusulas, que definem os princípios norteadores do instituto em análise. A Cláusula 1.^a elenca os objetivos do acordo-quadro, a saber, garantir a eliminação das discriminações relativamente aos trabalhadores a tempo parcial e melhorar a qualidade do mesmo (al. a)); fomentar o desenvolvimento do trabalho a tempo parcial numa base de voluntariedade¹¹ e contribuir para a organização flexível do tempo de trabalho de modo a ter em conta as necessidades dos empregadores e dos trabalhadores (al. b)).

Por sua vez, a cláusula 2.^a define o âmbito de aplicação do acordo-quadro, o qual será aplicável aos trabalhadores a tempo parcial. Porém, remete a definição de contrato ou de relação de trabalho para a legislação, convenções coletivas ou práticas vigentes em cada E-M¹². O seu n.º 2 determina, ainda, a possibilidade de exclusão dos trabalhadores a tempo parcial com atividade ocasional¹³ após consulta dos parceiros sociais nos termos da legislação, das convenções coletivas ou das práticas vigentes a nível nacional. Tal possibilidade não foi utilizada pelo legislador português.

A cláusula 3.^a define o conceito de trabalhador a tempo parcial mediante a utilização de uma formulação ampla¹⁴, como sendo o “assalariado cujo tempo normal de trabalho, calculado numa base semanal ou como média ao longo de um período de emprego até um ano, é inferior ao tempo normal de trabalho de um trabalhador

⁹ Salienta-se, porém, que, em momento anterior à publicação da Diretiva, é já possível encontrar jurisprudência do TJ sobre esta modalidade contratual que, inclusive, parece ter moldado em certos aspetos o teor da mesma, tal como sucede no Ac. D.M. Levin v. Staatssecretariss van Justitie, Proc. C-53/81, par. 16, no qual o âmbito de aplicação pessoal da futura Diretiva foi indiretamente exposto. Veja-se também Schlachter, 2015, p. 201 quanto a esta questão.

¹⁰ Fernandes, 2018, p. 70.

¹¹ Jaspers, Pennings & Peters, 2019, p. 207, apreciam a voluntariedade enquanto finalidade do acordo-quadro, salientando que, se o desiderato pretendido for meramente programático, a cláusula apresenta, de facto, uma importância crucial. No entanto, se com a introdução da cláusula se pretender a efetiva alteração de uma realidade em que 9,5 milhões de trabalhadores a tempo parcial da UE, à data de 2017, preferiam trabalhar a tempo completo, a sua pretensão viu-se frustrada. Prosseguem os Autores apelando a que tal propósito poderia ser alcançado, mas através da consagração de um verdadeiro direito subjetivo a trabalhar em regime de tempo parcial.

¹² Neste sentido, veja-se as conclusões da AG ao Ac. Nicole Wippel contra Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG, Proc. C-313/02, par. 45: “na aceção do acordo-quadro, o conceito de trabalhador não é de natureza comunitária, sendo o âmbito de aplicação pessoal do acordo-quadro, pelo contrário, definido com referência ao respetivo direito interno aplicável ao caso concreto (...) Neste sentido, do direito comunitário apenas podem derivar, quanto muito, limites extremos”.

¹³ No entender de Nunes de Carvalho (2007, p. 223), esta faculdade em moldes diversos também consta do art. 8.º da Convenção n.º 175 da OIT, que concede a possibilidade de exclusão dos trabalhadores a tempo parcial cuja duração do trabalho ou os ganhos sejam inferiores a determinados limites.

¹⁴ Neste sentido, veja-se a título exemplificativo da amplitude do referido conceito o Ac. Dermot Patrick O'Brien/Ministry of Justice, proc., C-393/10, do qual é possível retirar que a Diretiva é aplicável aos trabalhadores a tempo parcial, independentemente da qualidade pública ou privada da respetiva entidade empregadora.

comparável a tempo inteiro”. Por seu turno, “trabalhador comparável a tempo inteiro” corresponde, nos termos do n.º 2 da referida cláusula, ao trabalhador a tempo inteiro “do mesmo estabelecimento, com o mesmo contrato ou relação de emprego e que exerça funções iguais ou semelhantes, tendo em devida conta outros fatores, como antiguidade, qualificações, conhecimentos, etc.”, estabelecendo-se, ainda, os critérios comparativos quando não existam trabalhadores que reúnam os pressupostos referidos.

A cláusula 4.ª estabelece um dos princípios basilares do trabalho a tempo parcial, a saber, o princípio da não discriminação no que respeita às condições de emprego, comparativamente com os trabalhadores a tempo inteiro, a menos que, “por razões objetivas, a diferença de tratamento se justifique”¹⁵. Note-se, contudo, que o mencionado princípio não clarifica quais os parâmetros que se deverão considerar inseridos no conceito de “condições de emprego”, circunstância que acaba por conceder ao intérprete demasiada liberdade na sua definição¹⁶. Veja-se, a este propósito, as dúvidas interpretativas levantadas por Júlio Gomes¹⁷ a propósito da inclusão da igualdade de tratamento no que respeita à segurança social no conceito de “condições de emprego”. Por outro lado, e como manifestação do anteriormente referido, a par da previsão do referido princípio, consagra o n.º 2 o princípio da proporcionalidade (*pro rata temporis*), quando apropriado.

Muito embora a consagração dos princípios enunciados, que, no entendimento de alguns autores, é excessivamente genérica¹⁸, a Diretiva parece atribuir uma elevada amplitude na aplicação dos mesmos, uma vez que define, no seu n.º 3, que as modalidades de aplicação da cláusula em análise serão definidas pelos E-M e/ou pelos parceiros sociais, tendo em conta a legislação europeia e a legislação, convenções coletivas e práticas nacionais. Na mesma senda, acrescenta o n.º 4 que, quando razões objetivas o justificarem, os E-M podem, mediante a verificação de determinados requisitos, “subordinar o acesso a certas condições de emprego a um período de antiguidade, a uma duração de trabalho ou a determinadas condições de remuneração”, devendo, no entanto, tais restrições ser revistas com periodicidade.

A cláusula 5.ª, mais heterogénea, de acordo com Júlio Gomes¹⁹, estabelece, por um lado, o dever de os E-M e parceiros sociais identificarem e analisarem quaisquer “obstáculos de natureza jurídica ou administrativa suscetíveis de limitar as

¹⁵ Serve este princípio como enquadramento legal de sustento à ampla jurisprudência do TJ, no sentido de condenar as situações em que o trabalho a tempo parcial consubstancia a prática discriminatória indireta em razão de sexo, devido ao facto de o trabalho a tempo parcial ser predominantemente feminino, contrariando, assim, o disposto no art. 157.º do TFUE e as diretivas sobre igualdade de género.

¹⁶ Schlachter, 2015, p. 204.

¹⁷ Gomes, 2001, p. 65.

¹⁸ Camanho, 2003, p. 208 e Gomes, 2001, p. 63.

¹⁹ Gomes, 2001, p. 66.

possibilidades de trabalho a tempo parcial”²⁰ e, por outro lado – na senda da Convenção n.º 175 da OIT –, exprime a sua preocupação com a voluntariedade do trabalho a tempo parcial, estabelecendo que a recusa em passar para o trabalho a tempo parcial ou o inverso “não deve, por si só, constituir razão válida para o despedimento”, não obstante o facto de ressaltar a possibilidade de se proceder a despedimentos por outras razões, como as que podem resultar de contingências de funcionamento do estabelecimento em causa.

Por último, a cláusula 6.^a concede espaço aos E-M ou parceiros sociais para manter ou adotar disposições mais favoráveis do que as do acordo-quadro, deixando ainda patente, no seu n.º 2, que a aplicação do acordo-quadro não poderá constituir justificação para a regressão do nível geral de proteção dos trabalhadores no domínio por ele abrangido.

1.3. No ordenamento jurídico português

1.3.1. Considerações gerais

No ordenamento jurídico português, a regulamentação do trabalho a tempo parcial começou por estar prevista no DL n.º 409/71, de 27 de setembro²¹ que, no seu art. 43.º, n.º 3, se limitava a estabelecer o princípio da proporcionalidade da retribuição desta categoria de trabalhadores, remetendo a definição do demais para IRCT (n.º 1).

Posteriormente, e notando-se já a intenção de transposição do teor do acordo-quadro, a disciplina específica do trabalho a tempo parcial foi pela primeira vez prevista de modo sistemático na Lei n.º 103/99 de 26/7, que, em 2003, veio a ser integrada, com as devidas alterações, no CT de 2003.

Atualmente, o regime do trabalho a tempo parcial encontra-se regulado no CT, o qual introduziu modificações ao regime anteriormente previsto, sendo de notar uma certa tendência evolutiva, por forma a aproximar-se mais rigorosamente do teor do acordo-quadro da Diretiva n.º 97/81, colmatando, assim, algumas das incorreções previamente existentes.

²⁰ Neste sentido, o Ac. *Othmar Michaeler, Subito GmbH, Ruth Volgger/Amt für sozialen Arbeitsschutz*, Procs. apensos C-55/07 e C-56/07, pronuncia-se no sentido de que a Diretiva se opõe a uma legislação nacional que exige a notificação à Administração de uma cópia dos contratos de trabalho a tempo parcial no prazo de 30 dias a contar da sua celebração.

²¹ Pouco mais tarde, o trabalho a tempo parcial foi também regulado no âmbito específico da tutela da parentalidade através da Lei n.º 4/84, de 5/4.

1.3.2. Conceito de trabalhador a tempo parcial

Tal evolução reflete-se substancialmente no próprio conceito de trabalhador a tempo parcial. Com efeito, na vigência do CT de 2003, definia o n.º 1 do seu art. 180.º que o trabalho a tempo parcial corresponde “a um período normal de trabalho semanal igual ou inferior a 75% do praticado a tempo completo numa situação comparável”.

Assim, da análise do artigo citado é possível alcançar duas conclusões. Em primeiro, a necessidade de cumprimento de um limite máximo de tempo de trabalho que permite qualificar um trabalhador como sendo trabalhador a tempo parcial e, em segundo, que o apuramento do referido limite percentual máximo é definido tendo por base um período de referência semanal.

Ora, no que concerne à primeira questão suscitada, sucede que, quer a Convenção n.º 175, quer a Recomendação 182, ambas da OIT, prescindem do estabelecimento de um limite percentual máximo. Da mesma forma, o acordo-quadro, na sua cláusula 3.^a, parece não se coadunar com a determinação de um parâmetro adicional de qualificação para a determinação da aplicabilidade do presente regime.

Assim, é possível concluir que o legislador nacional se desviou do que havia sido estatuído no contexto internacional e europeu, motivo pelo qual serão de acolher neste contexto as palavras de Nunes de Carvalho, na medida em que entendemos que a opção legislativa adotada assentou numa “certa perspetiva (certamente discutível) do conteúdo vinculativo da Diretiva, partindo do princípio de que o recurso a esse instrumento de nomeação comunitária envolve, por definição, a garantia de alguma margem de conformação aos E-M”²².

Sem prejuízo, entendemos que a referida perspetiva, que se traduziu, como referido, num certo distanciamento em face das instâncias internacionais e europeias, não é isenta de críticas na medida em que a divergência entre a Diretiva e a lei que a transpõe só se poderia considerar justificada se mais favorável aos trabalhadores, situação que, colhendo a posição de Joana Vicente, cremos poder não se verificar, atendendo à proteção acrescida normalmente atribuída a um trabalhador a tempo parcial no que respeita a diversos aspetos da sua prestação laboral, tal como sucede, por exemplo, relativamente à redução do limite máximo de horas de trabalho suplementar que por este poderá ser prestado²³.

Complementarmente, importa sublinhar que a introdução de um limite máximo se traduziu num relevante problema de aplicação prática da norma, a saber, a

²² Carvalho, 2007, p. 223.

²³ Vicente, 2018, p. 239, Gomes, 2001, p. 68, Camanho, 2003, p. 209 e Carvalho, 2011, p. 364. Por outro lado, Fernandes, 2022, p. 232 salienta a não razoabilidade intrínseca da determinação de um teto máximo de 75% para o trabalho a tempo parcial quando se toma como referência o trabalho a tempo completo prestado em situação comparável.

determinação do regime aplicável ao trabalhador cujo PNT semanal é superior a 75% do praticado a tempo completo em situação comparável, mas inferior a 100%²⁴.

Em parte, a questão *supra* identificada foi resolvida no CT de 2009, aquando da eliminação do limite máximo em apreço, aproximando-se, finalmente, da Diretiva que se propôs transpor. No entanto, acompanhando as palavras de Catarina Carvalho, “permanecem vestígios da incorreta transposição do diploma comunitário” dado que o art. 150.º, n.º 6, do CT, continua a prever a possibilidade de, por IRCT, ser estabelecido um limite máximo de percentagem do tempo completo que determine a qualificação do tempo parcial²⁵.

No que se refere ao segundo problema identificado, isto é, à determinação de um período de referência semanal para apuramento da condição do trabalhador a tempo parcial, entendemos que a mesma poderá encontrar acolhimento no acordo-quadro, quando o n.º 1 da sua cláusula 3.ª concede que o tempo normal de trabalho seja calculado numa “base semanal ou como média ao longo de um período de emprego até um ano”²⁶.

Deste modo, parece ser de considerar que o legislador português, na vigência do CT de 2003, pretendeu excluir os trabalhadores “fixos descontínuos”²⁷ ou intermitentes, concluindo pela inaplicabilidade do regime de trabalho a tempo parcial relativamente aos trabalhadores que apenas prestem atividade em algumas semanas de cada mês ou em certos meses do ano²⁸.

Não obstante tal opção, seguimos o entendimento de Paula Camanho quando considera que o legislador foi demasiadamente restritivo na sua posição, não se vislumbrando razões para impedir a prestação de atividade apenas durante algumas semanas de um mês, atendendo à flexibilidade laboral que se pretende atingir com o diploma em análise e que, com esta previsão, se vê frustrada²⁹.

Por este motivo, concordamos igualmente com a evolução legislativa operada pelo CT de 2009, o qual passou a prever expressamente no n.º 3 do art. 150.º que o “trabalho a tempo parcial pode ser prestado apenas em alguns dias por semana, por mês ou por ano, devendo o número de dias de trabalho ser estabelecido por acordo”³⁰.

²⁴ Veja-se, neste sentido, Gomes, 2001, p. 68, Ramalho, 2019, p. 215 e Xavier, 2020, p. 547.

²⁵ Carvalho, 2011, pp. 364-365.

²⁶ Camanho, 2003, p. 210.

²⁷ Os trabalhadores “fixos descontínuos” encontram-se previstos no ordenamento jurídico espanhol como aqueles cuja prestação de trabalho está enquadrada na atividade habitual e permanente da empresa que, por sua vez, se manifesta de forma cíclica ou intermitente ao longo do ano. Consideram ainda que o referido contexto pode ser subdividido em contratos fixos periódicos (nos quais os ciclos de trabalho se repetem em momentos certos, com total certeza e previsibilidade) ou fixos descontínuos em sentido estrito (nos quais os ciclos de prestação de trabalho ocorrem em datas incertas). Veja-se, a este propósito, Besterra Hernández, 2018, pp. 108-109.

²⁸ Cfr. Gomes, 2011, p. 70; Carvalho, 2007, p. 220.

²⁹ Camanho, 2003, pp. 210-211.

³⁰ Apesar de entendermos que a referida alteração legislativa foi a que melhor assegurou a correta transposição do Acordo-Quadro, reconhecemos igualmente que tal solução acarreta dificuldades de delimitação entre o trabalho a tempo parcial e o trabalho intermitente, designadamente na modalidade de

Como terceiro ponto de destaque no que concerne à conformidade da lei nacional com a Diretiva, salienta-se a evolução do critério comparativo dos trabalhadores a tempo parcial em comparação com os trabalhadores a tempo completo ocorrida com a passagem da Lei n.º 103/1999 para o CT de 2003, atendendo a que a primeira concedia a possibilidade de, por IRCT, serem estabelecidos outros critérios de comparação que não os previstos na lei, tal como a antiguidade e a qualificação profissional dos trabalhadores. No entanto, a verdade é que a Cláusula 3.^a, n.º 2, dispõe que a comparação já terá de ter em consideração os referidos fatores, não se entendendo, por isso, qual o sentido da sua remissão para IRCT. Por este motivo, Júlio Gomes³¹ considerou que, não obstante o disposto na Lei n.º 103/99, sempre se deveria ter em conta a antiguidade e qualificação profissional.

1.3.3. Evolução sistemática do trabalho a tempo parcial

Por último, cumpre fazer referência à evolução sistemática da disciplina do trabalho a tempo parcial que era prevista, aquando da vigência do CT de 2003, na secção da duração e organização do tempo de trabalho, tendo sido transferida, com a entrada em vigor do CT de 2009, para a secção das modalidades de contrato de trabalho.

Tal alteração teve o apoio de alguma doutrina, designadamente de Rosário Palma Ramalho³², a qual considera que a alteração é adequada em virtude das especificidades de regime que apresenta e que, por conseguinte, justificam a sua qualificação como um contrato de trabalho especial. No entanto, esta posição não foi unânime, contando com o desacordo de alguns Autores, como Nunes de Carvalho e Romano Martinez³³.

Com efeito, os mesmos consideram que, não obstante a circunstância de os trabalhadores a tempo parcial prestarem menos horas de trabalho comparativamente com os trabalhadores a tempo completo, o trabalho a tempo parcial continua a constituir “um regime laboral comum, sem uma natureza jurídica diversa do contrato em que o trabalhador se obriga a prestar trabalho a tempo inteiro”³⁴, no qual é reproduzida a “função elementar” do contrato de trabalho, isto é, a permuta de trabalho por salário³⁵.

Ora, não nos revemos inteiramente neste último entendimento. Com efeito, apelando aos ensinamentos de Rosário Palma Ramalho, o reconhecimento de um contrato de trabalho especial depende da reunião de dois requisitos: a presença dos elementos essenciais de certo tipo contratual e, adicionalmente, “a emergência de uma

tempo parcial vertical anual. Veja-se, a este propósito, Leal Amado, o qual se refere a esta dificuldade como a “canibalização do trabalho intermitente pelo trabalho a tempo parcial” (Amado, 2019, pp. 131-132). Veja-se ainda Ramalho, 2019, p. 255.

³¹ Gomes, 2001, p. 72.

³² Ramalho, 2019, pp. 212-213.

³³ Carvalho, 2007, pp. 220-221 e Martinez, 2019, pp. 565-566.

³⁴ Martinez, 2019, p. 565.

³⁵ Carvalho, 2007, p. 220.

ou mais características que impõem um desvio substancial ao regime aplicável ao tipo contratual e justificam o reconhecimento de um subtipo contratual”³⁶.

Nesse pressuposto, é efetivamente visível a existência dos elementos essenciais do contrato de trabalho no contrato de trabalho a tempo parcial. No entanto, consideramos igualmente que este instituto não se reduz a uma mera alteração do tempo de trabalho, consubstanciando antes um verdadeiro “desvio de um dos elementos da relação típica”³⁷, cujos contornos regimentais refletem especificidades diversas que vão para além do tempo de trabalho e, assim, justificam o seu tratamento autónomo, como melhor se verificará adiante.

Em todo o caso, concordamos ser evidente que, independentemente da posição adotada, a diversa inserção sistemática do regime de trabalho a tempo parcial enquanto modalidade de contrato de trabalho “não afasta a necessidade de articulação entre diversos aspetos do regime do contrato de trabalho a tempo parcial e a duração e organização do tempo de trabalho”³⁸.

2. Vantagens e desvantagens

É, efetivamente, possível, reconhecer algumas vantagens ao trabalho a tempo parcial, que concedem ao trabalhador e ao empregador a tão desejada flexibilidade no âmbito da prestação laboral.

No entanto, acompanhando a posição de Nunes de Carvalho, julgamos que, não raras vezes, as virtualidades do regime em análise serão potencialmente conflituais e tendem, em concreto, “a produzir resultados muito diversos, em razão das condições reais de funcionamento de mercado e da envolvente social”³⁹.

Com efeito, e seguindo os ensinamentos de Rosário Palma Ramalho⁴⁰, reconhecemos que, do ponto de vista do trabalhador, o trabalho a tempo parcial permite indubitavelmente a prossecução de objetivos relacionados com a conjugação da vida profissional com outros interesses e necessidades que servem, igualmente, o interesse público, designadamente com a vida privada (cfr. art. 59.º, n.º 1, b) e art. 67.º, h), ambos da CRP) e, bem assim, com a promoção da educação (cfr. arts. 73.º e 74.º da CRP).

Já do ponto de vista do empregador, admitimos que o presente regime constitui um instrumento de flexibilização da gestão muito relevante, na medida em que permite a satisfação de necessidades específicas deste, prescindindo-se, todavia, de contratação de um trabalhador a tempo completo e das despesas que daí decorrem, para além de

³⁶ Ramalho, 2019, p. 39.

³⁷ *Idem*, p. 35. Veja-se também a crítica da Autora à alteração legislativa (Ramalho, 2008, p. 301).

³⁸ Carvalho, 2011, p. 361.

³⁹ Carvalho, 2007, p. 211.

⁴⁰ Ramalho, 2019, pp. 209-210.

permitir o preenchimento de apenas certos períodos de laboração em que o empregador tem maior necessidade de mão de obra⁴¹. Complementarmente, o certo é que a prática do trabalho a tempo parcial acaba, também, por beneficiar o empregador, na medida em que este não deixa de beneficiar de um certo acréscimo de produtividade em resultado da diminuição da fadiga e do absentismo⁴².

Além disso, enquanto motivo de interesse geral, não podemos deixar de referir que o trabalho a tempo parcial poderá potencialmente fomentar a empregabilidade, atendendo a que permite a partilha de postos de trabalho⁴³.

Não obstante as vantagens referidas, a verdade é que também podemos verificar a existência de relevantes desvantagens do trabalho a tempo parcial, as quais têm vindo a ser notadas por instâncias internacionais, como a OIT⁴⁴.

Ademais, recuperando a ideia inicial, entendemos que a opção por este tipo de trabalho não coincide, muitas vezes, com os reais interesses do trabalhador que, na verdade, tenderia por optar pelo desempenho do trabalho a tempo completo, circunstância que coloca em causa um dos elementos essenciais deste regime e acautelado inclusive, no acordo-quadro, a voluntariedade⁴⁵.

Acompanhando Júlio Gomes⁴⁶, veja-se igualmente que o caráter involuntário do trabalho a tempo parcial poderá ser agudizado atendendo à circunstância de este estar frequentemente relacionado com o exercício de trabalho precário e pouco qualificado (ex: hotelaria, restauração, comércio a retalho de produtos alimentares, atividades de limpeza, entre outras), em que a escolha do regime de tempo de trabalho acaba por não depender tanto das necessidades de conciliação da vida profissional com a vida pessoal, mas antes da organização de trabalho adotada na empresa e do interesse do empregador na flexibilidade do uso da mão de obra.

Por outro lado, é ainda de salientar que a incidência do trabalho a tempo parcial acaba por afetar franjas específicas da sociedade, designadamente, jovens, idosos e

⁴¹ Carvalho, 2007, p. 2011.

⁴² Fernandes, 1995, p. 117.

⁴³ Ramalho, 2019, pp. 209-210.

⁴⁴ Veja-se, a este propósito, Coimbra, 1999, p. 61 e os estudos partilhados pela OIT em *Work-sharing and job-sharing*, ILO, Geneva, 2014, p. 3 e *In search of good quality part-time employment*, ILO, Geneva, 2014, p. 18. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169673.pdf e https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_237781.pdf.

⁴⁵ A este propósito, veja-se que as estatísticas publicadas pela Eurostat em https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_eppgai/default/table?lang=en demonstram que em Portugal, no ano de 2020, a percentagem de trabalhadores a tempo parcial que adotaram esta forma de trabalho involuntariamente correspondeu a 44%.

⁴⁶ Gomes, 1999, p. 60. Esta ideia foi igualmente partilhada pela OIT em *Non-standard employment around the world – understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Geneva, 2016, p. 76. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf.

mulheres⁴⁷, marginalizando esses grupos no mercado de trabalho e, assim, perpetuando as desigualdades na “repartição de oportunidades de carreira e de responsabilidades sociais e familiares”⁴⁸.

Assim, reconhecemos que a figura do trabalho a tempo parcial, assente num princípio de voluntariedade, tem ainda um longo caminho a percorrer, considerando-se, por ora, que no que respeita à ambivalência intrínseca deste instituto, o mesmo ainda apresenta um lado “sombrio”⁴⁹.

⁴⁷ Veja-se o Relatório *Empowering women at work through responsible business in G7 countries* da OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_773233.pdf, de 2021, de acordo com a qual mais de metade das trabalhadoras da União Europeia prestam trabalho neste regime por não conseguirem encontrar um trabalho a tempo completo.

⁴⁸ Carvalho, 2007, p. 212. Tal marginalização agudiza-se ainda mais nos casos em que a prestação de trabalho a tempo parcial dificulta ou elimina as perspetivas de acesso a prestações contributivas, tal como referido por Cabeza Pereiro, 2013, pp. 24 e ss.

⁴⁹ Expressão de Gomes, 1999, p. 60.

Capítulo II – Problemas de aplicação do regime do trabalho a tempo parcial

1. Alteração unilateral do horário de trabalho

Atualmente, a compreensão dominante da doutrina juslaboral acerca da fixação do horário de trabalho “é de que se trata de uma prerrogativa patronal, um ato de mera gestão interna, relativamente ao qual o trabalhador permanece numa posição de exterioridade negocial”⁵⁰. Tal posição prende-se desde logo com o disposto no n.º 1 do art. 212.º do CT, nos termos do qual “(c)ompete ao empregador determinar o horário de trabalho do trabalhador, dentro dos limites da lei, designadamente do regime de período de funcionamento aplicável”.

Em articulação com a referida disposição, o art. 217.º, sob a epígrafe “Alteração de horário de trabalho”, dispõe no seu n.º 1 que “(à) alteração de horário de trabalho é aplicável o disposto sobre a sua elaboração, com as especificidades constantes dos números seguintes” e, no n.º 4, que “(n)ão pode ser unilateralmente alterado o horário individualmente acordado”. De acordo com Joana Vicente⁵¹, a articulação de tais disposições, cumulada com a ideia de que a definição do horário de trabalho e, por conseguinte, a sua alteração, constituem uma manifestação do poder de direção do empregador, têm a virtualidade de evidenciar uma ampla faculdade de alteração unilateral da determinação deste elemento contratual, desde que observados determinados requisitos procedimentais⁵².

No entanto, importa analisar se esta prerrogativa está, ou deveria estar, igualmente ao dispor do empregador quando em causa esteja um trabalhador a tempo parcial.

Ora, a lei é omissa quanto a esta questão, não fazendo qualquer distinção entre o regime aplicável ao trabalhador a tempo completo e ao trabalhador a tempo parcial. Nesse pressuposto, e considerando unicamente o disposto na lei, somos forçados a adiantar que, em nosso entender, também neste caso poderá o empregador alterar unilateralmente o horário de trabalho do trabalhador a tempo parcial que não tenha sido unilateralmente acordado.

Apesar do exposto, consideramos que tal omissão não se tratou de uma opção particularmente justa do legislador ordinário que, à semelhança de outros temas, alguns tratados adiante, não teve em conta a circunstância de que, em relação a matérias como

⁵⁰ Ver, por todos, Vicente, 2015, p. 1052.

⁵¹ Vicente, 2015, pp. 1052-1053.

⁵² Vicente, 2018, p. 257. Ao contrário da necessidade de observância de requisitos procedimentais, salienta-se que, no seio da doutrina e da jurisprudência, a existência de eventuais limites materiais não é consensual.

esta, se impunha uma autêntica obrigação de diferenciação de regime aplicável aos trabalhadores a tempo parcial⁵³.

Com efeito, acompanhando Liberal Fernandes⁵⁴, o instituto do horário de trabalho apresenta como *ratio legis* a definição do modo como é distribuído o tempo de heterodisponibilidade de quem exerce uma profissão sob a direção de outrem, visando igualmente proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores, assim como permitir-lhes ajustar a respetiva conciliação da vida pessoal e familiar com as obrigações profissionais.

Complementarmente, tais interesses terão, ainda, de ser harmonizados com a dinâmica das necessidades empresariais.

Ora, será no âmbito deste equilíbrio de interesses e, bem assim, dos parâmetros da razoabilidade⁵⁵ que terá de ser enquadrada a liberdade de modificação do horário de trabalho concedida aos empregadores nos termos da lei.

Por outro lado, não se poderá perder de vista que as finalidades subjacentes à celebração de contrato de trabalho a tempo parcial se prendem, precisamente, com a conciliação entre a vida profissional e pessoal. Complementarmente, e mesmo que, na verdade, a vinculação a um contrato de trabalho com esta especificidade não constitua, muitas das vezes, uma opção do trabalhador, mas uma condição a que o mesmo tem de se sujeitar, como aliás foi referido *supra*, não se poderá pelo menos negar que o contrato de trabalho a tempo parcial é um meio particularmente apto, e destinado, a alcançar tal harmonização⁵⁶.

Assim, consideramos que o equilíbrio que deve mediar o poder de modelação do horário de trabalho do empregador terá necessariamente de sofrer uma variação no sentido da compressão do seu *ius variandi* e da sobreposição dos interesses que se visam acautelar com o instituto do trabalho a tempo parcial.

Também Júlio Gomes se pronunciou em sentido convergente, referindo, em complemento, que a limitação da disponibilidade do trabalhador deveria ficar expressa na economia do contrato e nas normas heterógenas que o regem, por forma a levar ao reconhecimento do acréscimo de importância do horário de trabalho dos trabalhadores a tempo parcial. Acrescenta Júlio Gomes que, a não ser assim, ficaremos perante o risco

⁵³ Vicente, 2018, p. 265. Fernandes, 2018, p. 147 tece crítica semelhante a respeito da generalidade das formas de organização flexível do tempo de trabalho. Com efeito, considera o Autor que a admissibilidade da alteração unilateral do horário de trabalho do trabalhador por parte do empregador poderá ser considerada contraditória ou perversa em face dos objetivos pretendidos com a previsão dessas mesmas formas de organização flexível.

⁵⁴ Fernandes, 2018, p. 253.

⁵⁵ Martinez, 2019, p. 758. A título de exemplo, o Autor considera abusiva a alteração do horário de trabalho que se traduza na modificação da hora de entrada das 8h para as 6h da manhã, por não haver transporte e a empresa não o fornecer.

⁵⁶ Vicente, 2018, p. 265.

de este instituto do trabalho a tempo parcial se transformar num “mero instrumento de flexibilização unilateral do emprego” ao serviço do empregador⁵⁷.

Ora, para além de concordarmos com esta posição, parece-nos, adicionalmente, que a mesma será a que melhor estabelece uma verdadeira conformidade com a o acordo-quadro anexo à Diretiva 97/81/CE⁵⁸ que, na sua cláusula 1.^a, revela a intenção de fomentar o desenvolvimento do trabalho a tempo parcial numa base de voluntariado, considerando os interesses dos trabalhadores e dos empregadores.

Com efeito, será de salientar, por um lado, que a voluntariedade do trabalho a tempo parcial só será alcançada quando o trabalhador possa optar por esta modalidade contratual por lhe ser mais conveniente do ponto de vista da conciliação dos seus interesses⁵⁹. Por outro, será de referir que o carácter voluntário do trabalho a tempo parcial refletido na possibilidade de harmonização dos interesses profissionais e pessoais do trabalhador não poderá apenas ser acautelado no momento da celebração do contrato de trabalho, mas, em nosso entendimento, durante toda a relação laboral.

Assim, não poderá ser outra a conclusão de que, quando a alteração do horário de trabalho do trabalhador ocorre sem o seu acordo, de forma a afetar os interesses exteriores àquele vínculo contratual que fundaram a opção do trabalhador de ser trabalhador a tempo parcial, é colocada em causa a voluntariedade que se pretende estar subjacente a essa relação contratual.

Neste sentido, parece o legislador ordinário, ainda que por forma pouco clarividente e a nosso ver insuficiente, consagrar o entendimento que aqui se expõe. Com efeito, e conforme já se expôs, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 217.º do CT será aplicável à alteração do horário de trabalho o legalmente estabelecido sobre a sua elaboração. Por sua vez, de acordo com o n.º 2 do art. 212.º do CT, que estipula os requisitos para tal elaboração, o empregador deverá, nomeadamente, facilitar a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do trabalhador e facilitar ao trabalhador a frequência de curso escolar, bem como de formação técnica ou

⁵⁷ Gomes, 2007, p. 690. Veja-se também sobre esta questão Carvalho, 2007, p. 231, que considera que o esclarecimento de dúvidas como esta não se basta com alusões à “economia do contrato”, à “preservação da autonomia deste tipo contratual” ou às alegadas “intenções do legislador comunitário”, concluindo que a determinação do exato sentido do instituto do trabalho a tempo parcial na lei portuguesa terá de ser um ponto de chegada precedido da análise da globalidade do regime e da resolução dos problemas que coloque, não um pressuposto de análise desse mesmo regime.

⁵⁸ Como já foi amplamente discutido pela jurisprudência da UE, importa não esquecer que os EM deverão observar o princípio da interpretação conforme, o qual se traduz no dever de “interpretar o seu direito nacional e, em especial a legislação adotada para a transposição da diretiva à luz do texto e da finalidade dessa mesma diretiva” (Pais, 2010, p. 489).

⁵⁹ Adicionalmente, acrescenta-se no cons. 5 do acordo-quadro que a utilização deste tipo contratual tem como intenção acautelar a forma de preparação para a aposentação, a conciliação entre vida profissional e vida familiar e o aproveitamento das possibilidades de ensino e formação por forma a contribuir para o aumento dos conhecimentos e perspectivas de carreira.

profissional. Assim, parece resultar que, de alguma forma, o legislador tentou proteger finalidades subjacentes ao trabalho a tempo parcial.

No entanto, ficamos em dúvida sobre se não existirá uma dificuldade de controlo efetivo de tais limitações estabelecidas no n.º 2 do art. 212.º do CT que acaba, assim, por inviabilizar o seu efeito útil⁶⁰.

Deste modo, por forma a conciliar os interesses que se pretendem acautelar no âmbito do instituto em análise, harmonizar os mesmos com os interesses empresariais que terão, igualmente, de ser protegidos e, também, conferir efetividade ao disposto no n.º 2 do art. 212.º *ex vi* n.º 1 do art. 217.º, ambos do CT, consideramos que, à semelhança de outras situações, poderia o legislador ter introduzido um requisito procedimental adicional aquando da estipulação da alteração do horário de trabalho do trabalhador a tempo parcial, a saber, a possibilidade de o mesmo se pronunciar desfavoravelmente, por escrito, quanto à intenção do empregador, caso em que passaria a existir a obrigação de submissão do projeto de alteração do horário de trabalho e, bem assim, da pronúncia do trabalhador por escrito, ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, o qual ficaria encarregado de avaliar a viabilidade das alterações e dos argumentos esgrimidos pelo trabalhador à luz do disposto no n.º 2 do art. 212.º do CT.

Complementarmente, Liberal Fernandes⁶¹ particulariza uma questão que também se afigura relevante no presente contexto. Com efeito, verifica-se que a lei não contém normas específicas sobre o pluriemprego, instituto com marcada incidência no âmbito do trabalho a tempo parcial. Assim, pode suceder que a alteração do horário de trabalho, promovida unilateralmente pela entidade empregadora, acabe por inviabilizar o cumprimento das obrigações assumidas no âmbito do outro contrato de trabalho em que o mesmo trabalhador é parte.

Neste sentido, conclui Liberal Fernandes, a nosso ver bem, que “a liberdade conferida pela lei ao empregador deverá ser objeto de uma interpretação restritiva, de modo a garantir-se eficácia ao direito à segurança no emprego e à liberdade de trabalho, e ao princípio da boa-fé contratual”⁶². Assim, se, ao celebrar o contrato de trabalho, o empregador tiver conhecimento de que o trabalhador já exerce outra atividade subordinada, o mesmo estará a autolimitar o seu poder de direção relativamente à organização do tempo de trabalho, pelo que não poderá modificar de modo unilateral o horário de trabalho se tal modificação colocar em causa o cumprimento do vínculo já assumido pelo trabalhador, mas apenas exercer aquela faculdade dentro dos limites permitidos pela disponibilidade laboral daquele.

⁶⁰ Apesar de a inobservância do n.º 2 do art. 212.º do CT constituir uma contraordenação grave.

⁶¹ Fernandes, 2018, p. 255.

⁶² *Ibidem*.

2. Prestação de trabalho suplementar

2.1. Considerações introdutórias

No que respeita à disciplina do TS, o CT consagra um tratamento quase inteiramente similar ao trabalhador a tempo parcial e ao trabalhador a tempo completo, uma vez que reconhece indiscriminadamente ao empregador “a faculdade de, observados certos limites, exigir a prestação de TS”⁶³, sem que o trabalhador se possa recusar, exceto, também, nos termos gerais previstos na lei, ou seja, quando possa invocar um motivo atendível.

A única particularidade regista-se nos limites máximos do TS previstos no art. 228.º n.º 1, al. c) do CT, ao abrigo do qual o trabalhador a tempo parcial poderá prestar até oitenta horas por ano de TS, ou o número de horas correspondente à proporção entre o respetivo PNT e o de trabalhador a tempo completo em situação comparável, quando superior.

Concretizando, tendo como referência um PNT semanal de um trabalhador a tempo completo de 40 horas e um PNT semanal de um trabalhador a tempo parcial de 20 horas, a duração máxima de TS será de 87 horas e 30 minutos nas microempresas e pequenas empresas e 75 horas nas médias ou grandes empresas.

Porém, se da aplicação do critério da proporcionalidade resultar um número de horas inferior a 80 horas anuais, como sucede no segundo caso, a lei permite que o limite da duração do TS seja aumentado até esse limite, independentemente da dimensão da empresa⁶⁴.

Adicionalmente, a lei concede ainda margem para o aumento dos referidos limites, “mediante acordo escrito entre o trabalhador e o empregador, até cento e trinta horas por ano ou, por IRCT, até duzentas horas por ano” (n.º 3).

Quanto aos limites do TS, importa desde logo salientar que a opção do legislador no sentido de prever tais limites máximos de modo tão extenso no que concerne aos trabalhadores a tempo parcial poderá conduzir a um resultado pouco claro. Com efeito, atendendo, em primeiro, à abertura da lei quanto ao volume de TS permitido e aos alargamentos que concede e, em segundo, à circunstância de que a lei não prevê atualmente qualquer limite mínimo de horas prestadas para que um trabalhador seja considerado trabalhador a tempo parcial, a figura do trabalho a tempo parcial permite

⁶³ Vicente, 2019, p. 450.

⁶⁴ Fernandes, 2018, p. 312.

chegar a uma situação muito próxima dos trabalhadores que prestem trabalho à chamada⁶⁵.

2.2. Admissibilidade da solicitação de trabalho suplementar e possibilidade de recusa

No que respeita aos demais aspetos regimentais do TS, e como já foi referido, não foram previstas especiais disposições respeitantes aos trabalhadores a tempo parcial, motivo pelo qual também se suscitam, em nosso entender, diversas questões de ordem prática relacionadas com a circunstância de a natureza dos dois institutos ser, de certo modo, contraditória entre si⁶⁶. Com efeito, e conforme releva Besterra Hernández, não deixa de ser um contrassenso celebrar um contrato de trabalho cuja razão de ser é a prestação de trabalho inferior à habitual para, posteriormente, permitir o seu aumento através da prestação de TS⁶⁷.

No entanto, acompanhando o entendimento de Júlio Gomes, parece ser de entender que a admissibilidade da prestação de TS relativamente aos trabalhadores a tempo parcial no nosso ordenamento jurídico teve como intenção subjacente à sua consagração a introdução um mecanismo de flexibilização de mão-de-obra, e não propriamente a proteção jurídica dos motivos que podem ter presidido a que o trabalhador tenha oferecido uma disponibilidade limitada temporalmente⁶⁸.

Com efeito, na hipótese de um trabalhador pretender prestar atividade apenas durante as manhãs, uma vez que no período da tarde já tem outro trabalho, ou porque nesse período de tempo se pretende dedicar a outro tipo de atividades ou responsabilidades, questionamos se estará tal trabalhador obrigado a prestar trabalho suplementar que impeça a realização das atividades pelas quais optou por se vincular a tempo parcial.

Refira-se, desde logo, a este propósito, que concordamos com Nunes de Carvalho⁶⁹, o qual considera que o conceito de “motivos atendíveis”, que nos termos da lei permitem justificar validamente a recusa de TS nos contratos de trabalho a tempo parcial, deve ser interpretado de modo mais dilatado do que no contrato de trabalho a tempo completo.

No entanto, duvidamos se, atendendo ao caráter indeterminado e suscetível a distintas interpretações do referido conceito, tal interpretação, extensiva, será suficiente para se alcançar a certeza jurídica que se considera desejável.

⁶⁵ A este propósito, veja-se Gomes, 2007, p. 703.

⁶⁶ Besterra Hernández, 2018, p. 81.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Gomes, 2001, pp. 77-78.

⁶⁹ Carvalho, 2007, p. 233.

Com efeito, conseguimos conceber com alguma facilidade que, se o trabalhador a tempo parcial tiver simultaneamente dois vínculos laborais e lhe for solicitada a prestação de TS no âmbito de um desses vínculos, de tal modo que afete a prestação do outro, estaremos perante um motivo atendível para a recusa do TS⁷⁰. No entanto, e se o fundamento para a recusa de TS se relacionar com motivos que, não sendo pela sua natureza prementes, constituíram fundamento para que o trabalhador optasse por se vincular a um trabalho a tempo parcial?

Tal dúvida agudiza-se ainda mais relativamente ao trabalhador que preste trabalho em regime de trabalho a tempo parcial vertical, por exemplo, apenas três dias por semana. Deverá nesse caso o trabalhador ser obrigado a prestar TS num dos dias em que habitualmente não iria trabalhar?

Inicialmente, tenderíamos a responder afirmativamente às duas questões enunciadas, uma vez que, por um lado, também o trabalhador a tempo completo será obrigado a prestar TS quando, verificados os circunstancialismos para a sua solicitação, não tenha um motivo premente que justifique a sua recusa e, por outro, também o trabalhador a tempo completo pode ser chamado a prestar TS nos seus dias de descanso⁷¹.

Não obstante, e seguindo o entendimento que também parece ser o de Júlio Gomes⁷², consideramos que, atendendo a que uma das grandes finalidades que idealmente preside à celebração de um contrato de trabalho a tempo parcial é a conciliação da vida profissional com a vida pessoal, ou, pelo menos, a prestação de menos horas de trabalho que os demais trabalhadores, os motivos acima descritos deveriam constituir motivo atendível para a recusa de TS⁷³.

Em face do exposto, tendemos, quanto a este aspeto do regime do trabalho a tempo parcial, a enaltecer algumas das qualidades do regime vigente no país vizinho, Espanha, que consideramos, em teoria (na prática talvez não tanto) melhor acautelar as finalidades subjacentes ao trabalho a tempo parcial e, bem assim, do regime francês. Com efeito, no que respeita ao ordenamento jurídico espanhol, o seu *Estatuto de los Trabajadores* veda à partida a prestação de trabalho suplementar, exceto em caso de força maior⁷⁴.

⁷⁰ Pelo menos quando o motivo para a solicitação se prenda apenas com a necessidade de a empresa fazer face a acréscimo eventual e transitório de trabalho e não se justifique para tal a admissão de trabalhador (cfr. 227.º n.º 1 do CT).

⁷¹ Veja-se Gomes, 2001, p. 78.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Neste sentido, Gomes, 2001, p. 78 refere também que, mesmo quando não concorde com a possibilidade de recusa do trabalhador a tempo parcial em dia em que habitualmente não teria de prestar trabalho, deverá, ao menos, reconhecer a hipótese de uma situação de abuso de direito, caso haja uma exigência repetida ou até regular.

⁷⁴ De acordo com Besterra Hernández, 2018, p. 83, tal exceção prende-se com o carácter perentório e excecional subjacente a estas horas de TS que, não tendo em vista responder a necessidades organizativas

Em contrapartida, não esquecendo a proteção das necessidades empresariais que, algumas das vezes, exigem a prestação de trabalho adicional ao PNT acordado, consagra o instituto das “*horas complementarias*”⁷⁵, isto é, das horas que acrescem ao PNT.

Conceptualmente, existem obviamente similitudes entre as “*horas complementarias*” e o TS, no entanto, as primeiras estão dotadas de uma autonomia e materialidade próprias⁷⁶. Utilizando as designações de Joana Vicente⁷⁷, tais horas poderão revestir duas modalidades: a modalidade de “*horas pactadas*”, as quais são necessariamente instituídas por acordo escrito entre as partes, mediante o cumprimento de determinados requisitos e solicitadas ao trabalhador com uma antecedência mínima de três dias, e a modalidade de “*horas ofrecidas*”, ou seja, aquelas que são solicitadas pelo empregador na ausência de pacto, podendo o trabalhador aceitar, ou não, a sua prestação.

Desta forma, exceto em caso de força maior, o trabalhador tem sempre a possibilidade de recusar a prestação de horas para além do seu PNT, a menos que tal seja a sua vontade. Por outro lado, o empregador poderá fazer uso do presente instituto, recorrendo aos trabalhadores que efetivamente acordaram com a prestação de “*horas complementarias*”⁷⁸.

Embora seja esta uma das soluções que, no plano teórico, nos parece conseguir um maior equilíbrio entre os interesses das partes sem atentar contra as finalidades do trabalho a tempo parcial, impõe-se, contudo, tecer a crítica que entendemos ser transponível para o panorama português caso o legislador optasse por introduzir tal instituto. Com efeito, atendendo ao contexto económico espanhol em torno do trabalho a tempo parcial, tal instituto leva a questionar a efetiva voluntariedade da celebração de um pacto de horas complementares, podendo o empregador, inclusive, condicionar a celebração do contrato a tal prestação de trabalho complementar⁷⁹.

Já no que respeita ao ordenamento jurídico francês, no mesmo está previsto, em primeiro lugar, a possibilidade de realização de horas complementares, no entanto, fica

ou produtivas, e sim a uma situação de emergência, são alheias aos problemas de contradição entre a natureza dos dois institutos.

Lousada Arochena & Núñez-Cortés Contreras, 2016, p. 100, acrescentam que as horas de TS prestadas, exceto em caso de força maior, serão forçosamente ilegais, sendo certo que, se forem habituais, deverão supor a conversão do contrato de trabalho a tempo parcial para tempo completo, salvo prova em contrário, a cargo do empregador, de que a jornada de trabalho, mesmo considerando as horas de TS ilegais, é inferior à jornada completa.

⁷⁵ Sobre as horas complementárias veja-se Besterra Hernández, 2018, pp. 45-81; Cabeza Pereiro, 2013, pp. 107-113; Ferradans Carames & Cruz Villalón, 2006, pp. 138-160 e Cabeza Pereiro & Lousada Arochena, 1999, pp. 35-66.

⁷⁶ Besterra Hernández, 2018, p. 45.

⁷⁷ Vicente, 2018, p. 267.

⁷⁸ Neste sentido veja-se Cabeza Pereiro, 2013, p. 108.

⁷⁹ Besterra Hernández, 2018, p. 48.

ainda expresso que a recusa do trabalhador em prestar horas complementares não constitui nenhuma infração disciplinar, quando tal prestação seja solicitada para além dos limites estabelecidos pelo contrato de trabalho, ou, mesmo dentro desses limites, quando o trabalhador não é informado com antecedência mínima de três dias relativamente à data da sua prestação⁸⁰.

Dessa forma, poderá o trabalhador a tempo parcial recusar a prestação de TS na generalidade dos casos, sendo que, quando estão reunidas as condições para a sua prestação, conseguiria prever a mesma com uma antecedência razoável que permita mitigar os efeitos de uma ingerência indesejada na organização do tempo de trabalho do trabalhador a tempo parcial.

2.3. Prestação de trabalho suplementar por trabalhador a tempo parcial na modalidade vertical

Uma segunda questão associada ao regime de prestação de TS no trabalho a tempo parcial prende-se com o tratamento a conceder ao TS prestado em dia útil no qual o trabalhador não está obrigado a prestar trabalho, por tal prestação ter sido excluída por acordo entre as partes.

Ora, como bem faz notar Júlio Gomes⁸¹, tal dia, na economia do contrato, não é, em rigor, nem um dia normal de trabalho, nem um dia de descanso. No entanto, o CT apenas distingue o tratamento a dar à prestação de TS em dia útil e em dia de descanso, pelo que o intérprete se vê forçado a enquadrar este dia numa das classificações legalmente previstas.

Considerando unicamente o elemento literal, designadamente presente no art. 268.º do CT, sendo o dia em questão um dia útil, o tratamento concedido ao TS deverá ser, por conseguinte, o do TS prestado em dia útil. Contudo, socorrendo-nos do elemento teleológico, entendemos que a prestação de TS em dia útil excluído pelas partes como dia de trabalho deverá ser considerado como dia de descanso⁸².

Neste sentido, Júlio Gomes entende que se deverá tratar tal situação, para efeitos de TS, como se o trabalho fosse prestado em dia de descanso obrigatório, não só como forma de prevenir que a prestação de TS seja recorrente nesses dias, como também para reforçar a circunstância de que não é um dia de trabalho deste trabalhador.

Tendemos a discordar, em parte, desta classificação. Com efeito, consideramos, sim, que a prestação de TS nestes casos deverá ter um acréscimo retributivo similar ao TS prestado em dia de descanso. Todavia, entendemos que a interpretação da redação

⁸⁰ Cfr. Art. L3123-9 do *Code du Travail*. Veja-se também Miné, 2004, p. 113 e, quanto aos limites de horas que o trabalhador poderá prestar no âmbito do instituto, Morel, 2017, p. 306.

⁸¹ Gomes, 2001, p. 79.

⁸² *Ibidem*.

atual da lei impõe uma conclusão diferente, tendo em conta a alteração do regime de descanso compensatório previsto no art. 229.º do CT.

Com efeito, ao passo que, anteriormente, o descanso compensatório estava previsto, quer quando a prestação de TS tinha lugar em dia de descanso semanal obrigatório, quer quando tinha lugar em dia de descanso complementar, atualmente, apenas está previsto para o primeiro caso. Assim, parece ser de entender que o legislador quis delimitar a concessão de descanso compensatório a um caso muito específico, o caso de prestação de TS em dia de descanso semanal obrigatório⁸³.

Por esse motivo, entendemos como difícil o enquadramento da prestação de TS em dia útil excluído pelas partes como dia de descanso semanal obrigatório, pelo que tendemos a considerar que, idealmente, para efeitos de determinação do regime aplicável, dever-se-ia considerar que o TS prestado nestes dias deverá ser equiparado à prestação de trabalho em dia de descanso semanal complementar, no qual há lugar a um acréscimo remuneratório superior ao concedido em dia útil de acordo com o disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 268.º do CT, mas em que o trabalhador não terá direito ao gozo de um dia de descanso compensatório remunerado nos termos do n.º 4 do art. 229.º do CT.

2.4. Limite diário de trabalho suplementar

Por fim, uma terceira questão na qual o legislador, a nosso ver mal, foi omissos prende-se com a ausência de previsão de um limite diário no caso de prestação de TS por trabalhadores a tempo parcial, designadamente em dia útil⁸⁴.

Ora, relativamente a um trabalhador que preste, por ex., oito horas por dia, apenas dois dias por semana, concebemos com facilidade que lhe poderá exigida a prestação de duas horas diárias de TS (cfr. art. 228.º, n.º 1, al. d)), à semelhança de um trabalhador a tempo completo.

No entanto, ficamos em dúvida se a mesma regra será aplicável nos casos em que um trabalhador a tempo parcial preste apenas quatro horas de trabalho por dia, situação em que não é claro se, também aí, lhe pode ser exigida a prestação de duas horas diárias de TS ou se se deverá traçar a respetiva proporção.

Em face do disposto na lei, e, nomeadamente, no art. 228.º, n.º 1, al. d) do CT, tendemos a concordar com a sua aplicabilidade também aos trabalhadores a tempo parcial, por ser o único elemento interpretativo do qual nos podemos socorrer. De todo o modo, entendemos que uma tomada de posição por parte do nosso legislador poderia ser útil para dirimir eventuais dúvidas.

⁸³ A alteração do regime do descanso compensatório foi inclusive questionada perante o TC no Ac. n.º 602/2013, que considerou que a supressão do descanso compensatório em dia de descanso complementar não colide com o direito fundamental do trabalhador ao descanso semanal e obrigatório.

⁸⁴ Gomes, 2001, p. 79.

3. Direito a férias

Conforme decorre do disposto no n.º 1 do art. 238.º do CT, a duração anual do período de férias corresponde a 22 dias úteis. Neste sentido, clarifica o n.º 2 do mesmo art. que “(p)ara efeitos de férias, são úteis os dias da semana de segunda-feira a sexta-feira, com exceção de feriados”, sendo certo que, “(c)aso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e os domingos que não sejam feriados” (n.º 3).

Assim, da análise dos artigos mencionados, é possível verificar que a duração do período de férias se encontra tipicamente prevista para as situações em que o trabalhador presta trabalho cinco dias por semana e descansa os restantes dois dias, o que admitimos ser a situação mais recorrente.

Sem prejuízo, e conforme veremos adiante, remete-nos a lei para uma situação de incerteza relativamente aos casos em que assim não é, ou seja, nos casos em que o trabalho é distribuído por mais do que cinco dias por semana ou em que é desempenhado em menos dias, tal como sucede com os trabalhadores a tempo parcial.

Não se colocará a questão, evidentemente, no que respeita ao trabalho a tempo parcial horizontal, “em que se reduz a duração do trabalho em todos os dias da semana (pense-se, por ex., no trabalhador que presta quatro horas diárias de trabalho, 5 dias por semana)”⁸⁵, mas sim nos casos de prestação de trabalho a tempo parcial vertical, “em que se eliminam dias inteiros de trabalho”⁸⁶.

Ora, como ponto de partida, importa desde logo salientar que o trabalhador a tempo parcial, em qualquer modalidade, será titular dos mesmos direitos que os trabalhadores a tempo parcial que não estejam ligados à duração do trabalho, como o direito a férias⁸⁷, motivo pelo qual será de partir do princípio que o mesmo tem direito a 22 dias úteis de férias⁸⁸.

Assim, nessas situações permanece a dúvida sobre o modo como deverão ser interpretadas as disposições legais referidas *supra*, designadamente quando esteja em causa um trabalhador a tempo parcial vertical.

⁸⁵ Amado, 2019, p. 113.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Note-se que nos termos do disposto no art. 237.º, n.º 2, do CT, o direito a férias não está condicionado à assiduidade ou efetividade de serviço. Veja-se igualmente a este propósito Camanho, 2003, p. 218 e Marecos, 212, p. 379.

⁸⁸ Importa salientar que este pressuposto não é unânime no direito da UE, na medida em que, no Ac. *Alexander Heimann and Konstantin Toltschin v. Kaiser GmbH*, Procs. apensos C-229/11 e C-230/11, o TJ admitiu que, na sequência da outorga de um plano social com a comissão de trabalhadores no qual alguns dos trabalhadores viram operar uma redução do seu tempo de trabalho, também o seu período de férias poderia ser reduzido proporcionalmente. Reforçou, contudo, que tal redução não pode ser aplicada *ex post* ao direito a férias anuais adquirido num período de trabalho a tempo inteiro, tal como decorre dos Acs. *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, proc. C-486/08 e, mais tarde, *Bianca Brandes v. Land Niedersachsen*, proc. C-415/12.

Ora, anteriormente, vigorava entre nós a interpretação de que, quanto aos trabalhadores a tempo parcial, tudo deveria suceder como se o trabalhador prestasse sempre cinco dias de trabalho, independentemente dos dias efetivamente prestados⁸⁹. No entanto, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que veio introduzir o atual n.º 3 do art. 238.º do CT, cuja redação se afigura pouco clara⁹⁰, em muito veio dificultar a resolução de situações em que o trabalhador não trabalha, efetivamente, cinco dias por semana.

Com efeito, acudindo ao argumento literal⁹¹ da norma em apreço, parece resultar que, quando os dias de descanso do trabalhador coincidem com dias úteis, serão “quantitativamente” esses que se deverão considerar, embora “qualitativamente” se tenha em conta, em substituição daqueles, os sábados e os domingos que não sejam dias de feriado.

Seguindo tal interpretação, parece ser de admitir que *a contrario*, para apurar o resultado da contagem de dias de férias, apenas será de contabilizar os dias em que o trabalhador a tempo parcial efetivamente prestou trabalho. Não obstante o que antecede, e perfilhando o entendimento de Milena Rouxinol⁹², com tal interpretação apenas conseguiríamos alcançar uma “solução iníqua e violadora do radical princípio da igualdade”.

Tal deve-se ao facto de que se considerássemos, para o efeito presente, apenas os dias em que o trabalhador a tempo parcial efetivamente presta trabalho, chegaríamos ao ilógico resultado de um trabalhador que preste habitualmente trabalho apenas três dias por semana poder permanecer de férias cerca de sete semanas, já que, em cada semana, apenas três dias contariam como úteis. Deste modo, esta solução conduziria a que, na prática, se concedesse um período de férias mais longo a quem trabalhe menos, mas mais curto a quem trabalhe mais⁹³, causando assim uma situação de desigualdade que, aliás, se iria agudizando mais e mais quanto mais reduzido fosse o PNT, até ao limite extremo de o trabalhador a tempo parcial se encontrar numa situação “permanente” de férias, se porventura prestasse apenas 22 dias de trabalho por ano⁹⁴.

Quanto a esta temática, entende Monteiro Fernandes⁹⁵ ser necessário trazer à colação um dos princípios norteadores do trabalho a tempo parcial, a saber, o princípio da proporcionalidade.

⁸⁹ Rouxinol, 2014, p. 20.

⁹⁰ Neste sentido, veja-se Machado, 2013, p. 336.

⁹¹ Sobre o elemento literal do n.º 3 do art. 238.º do CT, veja-se Rouxinol, 2018, p. 341.

⁹² Rouxinol, 2014, p. 21.

⁹³ Rouxinol, 2014, p. 22 e Rouxinol, 2018, p. 339.

⁹⁴ Veja-se, neste sentido, Besterra Hernández, 2018, p. 103, que problematizou igualmente esta contradição entre o trabalho efetivamente prestado e a duração do período de férias do trabalhador a tempo parcial no caso espanhol.

⁹⁵ Fernandes, 2022, p. 235.

Defende ainda o Autor que o referido princípio supõe a verificação de dois parâmetros: a “divisibilidade” das situações jurídicas subjetivas, uma vez que a proporcionalidade não é concebível em determinados aspetos da relação laboral, como por exemplo no que concerne à observância dos trâmites do processo disciplinar ou ao dever de ocupação efetiva do trabalhador, e, como segundo parâmetro, a averiguação da possibilidade de a “indivisibilidade” ser meramente aparente, como sucede com o direito a férias.

Ora, é precisamente nesse segundo parâmetro que, de acordo com Monteiro Fernandes, deve ser integrado o direito a férias. Com efeito, apesar de o direito em causa, na sua essência, não estar evidentemente sujeito ao princípio da proporcionalidade, a sua duração acaba por o estar organicamente, sem que exista uma declarada redução do período de férias do trabalhador, apenas pelo facto de que “cada dia de férias significa menos tempo livre do que no regime de tempo completo”⁹⁶. Por este motivo, entende não ser necessária a previsão desta questão na lei.

Ora, não nos revemos inteiramente na desnecessidade de previsão legal desta matéria, que tantas e tão relevantes dúvidas suscita, uma vez que a remissão da mesma para a aplicação do princípio da proporcionalidade acaba por não dar resposta aos inevitáveis problemas de aplicação trazidos pelo artigo 238.º, n.º 3, do CT⁹⁷. Assim, por forma a alcançar um sentido interpretativo que nos permita compreender o modo de contagem da duração de férias dos trabalhadores a tempo parcial, tendemos a concordar com Milena Rouxinol, na medida em que o art. 238.º do CT – e, em concreto, o seu n.º 3 – deverá ser interpretado “como sendo o seu sentido, unicamente, o da substituição (...) dos dias de sábado e domingo pelos reais dias de descanso do trabalhador, desde que em número de dois”⁹⁸.

Nesse pressuposto, ao trabalhador a tempo parcial que trabalhasse, por hipótese, três dias por semana, não lhe seria aplicável o n.º 3 do art. 238.º do CT, mas apenas o n.º 2, ficionando-se, assim, que o trabalhador apenas não trabalha ao sábado e ao domingo. Deste modo, se o mencionado trabalhador gozasse uma semana de calendário de férias, despenderia cinco dos seus dias de férias apesar de, efetivamente, apenas não ter trabalhado três dias.

Para além de nos parecer que a presente interpretação é a que melhor alcança um resultado materialmente justo, também este argumento parece ser o único que se

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Note-se, a este propósito, que, na doutrina espanhola, é feito uso do princípio da proporcionalidade quanto a esta questão, designadamente por Besterra Hernández, 2018, p. 103, quando entende ser de considerar o reconhecimento das férias que proporcionalmente correspondam aos períodos efetivamente trabalhados.

⁹⁸ Rouxinol, 2014, p. 21 e Rouxinol, 2018, p. 342. Em sentido convergente, Monteiro, 2020, p. 397 quando salienta que, da aplicação do n.º 3, “não pode resultar aumento do número de férias do trabalhador, pelo que aquela parece assentar no pressuposto de que continuam a ser dois os dias de descanso semanal (...)”.

coaduna com o disposto no art 237.º, n.º 2, do CT, o qual determina que o direito a férias não está condicionado à assiduidade ou efetividade de serviço, motivo pelo qual se deverá admitir que trabalhadores com um PNT diverso dos trabalhadores a tempo completo e distinto da estrutura clássica da prestação de cinco dias de trabalho e dois de descanso tenham o mesmo número de dias de férias⁹⁹, ainda que o seu gozo, no caso dos trabalhadores a tempo parcial, possa coincidir parcialmente com dias em que o trabalhador já não iria prestar trabalho.

Por fim, e em abono da argumentação esgrimida quanto a esta matéria que, note-se, não foi amplamente versada pela nossa doutrina ou jurisprudência, foi em 2018 publicado um Ac. do TRP¹⁰⁰, que acolheu por inteiro a tese de Milena Rouxinol em situação na qual estava em causa o apuramento do período anual de férias de trabalhadores que apenas gozavam de um dia de descanso semanal, alargando o âmbito da sua fundamentação por forma a também abarcar a situação dos trabalhadores a tempo parcial. Concretizando, dispôs o mencionado Ac. que, “para efeitos de contagem dos dias de férias, tudo se passa como se o trabalhador tivesse sempre dois, mas apenas dois dias de descanso semanais mesmo que não os tenha [ou por ter menos, ou por ter mais]”.

4. Pagamento do subsídio de alimentação

À semelhança do direito a férias, outro caso em que a aplicação do princípio da proporcionalidade continua a suscitar dúvidas é o do pagamento do subsídio de alimentação dos trabalhadores a tempo parcial.

Com efeito, a lei parece resolver expressamente os termos em que o trabalhador a tempo parcial terá direito ao subsídio de alimentação, atendendo a que ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 3 do art. 154.º do CT está concretamente previsto que o “trabalhador a tempo parcial tem direito: (...) (a) o subsídio de refeição, no montante previsto em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, caso seja mais favorável, ao praticado na empresa, exceto quando o período normal de trabalho diário seja inferior a cinco horas, caso em que é calculado em proporção do respetivo período normal de trabalho semanal”.

No entanto, a redação de tal disposição não será, em nosso entendimento, a mais feliz, levantando diversos problemas, designadamente relacionados com a finalidade que preside à obrigação do pagamento do subsídio de alimentação.

Em rigor, o regime e os termos da atribuição do subsídio em análise não se encontram previstos no nosso CT. No entanto, é neste momento pacífico que o mesmo

⁹⁹ Também neste sentido, Rouxinol, 2014, p. 22.

¹⁰⁰ Ac. do TRP de 05/03/2018, Proc. n.º 2348/17.6T8OAZ.P1, Relatora Rita Romeira, disponível em www.dgsi.pt.

se destina “a compensar os trabalhadores das despesas com a refeição principal do dia em que prestam serviço efetivo, tomada fora da residência habitual”¹⁰¹.

Aliás, outro entendimento seria difícil, atendendo a que se encontra expressamente previsto, desde a entrada em vigor do CT 2003, e, subsequentemente, do CT atual, que o subsídio de alimentação deverá ser entendido como ajuda de custo e não como retribuição (cfr. art. 260.º, n.º 2 do CT).

Deste modo, acompanhando a posição de Júlio Gomes¹⁰², não concordamos que o critério de atribuição do subsídio de alimentação deva ser, sem mais, a prestação de cinco horas de trabalho, já que a questão à qual se deveria atentar seria a de saber se o horário de trabalho do trabalhador desencadeia, ou não, a necessidade de o trabalhador fazer uma refeição fora de casa, situação em que o subsídio deveria ser pago por inteiro, mesmo que o período normal de trabalho fosse inferior a cinco horas.

Por forma a sustentar esta tese, com a qual concordamos, veja-se o exemplo dado por Júlio Gomes, no qual refere que se um trabalhador trabalhar um dia por semana, das 11h às 12h e das 13h às 16h, receberá apenas um décimo do subsídio de almoço, pressupondo que o PNT semanal de trabalhador a tempo completo em situação comparável é de 40h, ao passo que o trabalhador que trabalhe um dia por semana das 13h às 18h receberá o subsídio de alimentação por inteiro, ainda que em rigor não necessitasse dele por não ter de almoçar fora da sua residência habitual.

Como segundo problema a identificar, é possível verificar que a disposição legislativa em análise abre a porta a uma potencial desigualdade entre os trabalhadores a tempo parcial e a tempo completo. Com efeito, estando o instituto do trabalho a tempo parcial associado, muitas das vezes, ao pluriemprego, a solução legalmente prevista pode com alguma facilidade conduzir a que o trabalhador, ao exercer a sua atividade a tempo parcial em duas empresas, receba dois subsídios de alimentação, se trabalhar pelo menos cinco horas em cada uma¹⁰³. Ora, como será fácil de ver, a obtenção de tal benefício muito dificilmente estará ao alcance de um trabalhador a tempo completo. Em primeiro lugar, porque a prestação diária de oito horas de trabalho inviabiliza em grande parte a possibilidade de assumir dois vínculos laborais e, em segundo, porque mesmo quando o trabalhador a tempo completo acaba por prestar 10 horas de trabalho por dia, por exemplo ao abrigo de institutos de flexibilização do PNT, como o TS, a IHT ou a adaptabilidade, nunca lhe será conferido o pagamento dois subsídios de alimentação.

Assim, por forma a eliminar tal desigualdade, e ainda que se nos afigure difícil encontrar uma solução apta a esbater por completo as situações de potencial

¹⁰¹ Ac. do STJ, de 27/11/2018, Proc. n.º 12766/17.4T8LSB.L1.S1, Relator Ribeiro Cardoso, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰² Gomes, 2001, p. 84. Também no mesmo sentido, Carvalho, 2011, pp. 380-381 e Monteiro, 2020, p. 402.

¹⁰³ Camanho, 2003, p. 218.

desigualdade entre o trabalhador a tempo completo e a tempo parcial neste caso concreto, consideramos que a não se aceitar a alteração do critério *supra* referido, nos termos da qual a atribuição do subsídio de refeição passaria a depender de o trabalhador não poder realizar a sua refeição na sua residência habitual, a determinação do montante do subsídio de alimentação no caso de trabalhador a tempo parcial que aufera dois subsídios de alimentação por dia deveria, no plano do *iure condendo*, passar a depender de um critério de estrita proporcionalidade, tomando como referência o valor do subsídio de alimentação atribuído a um trabalhador a tempo completo em situação comparável. Dessa forma continuaria a existir uma potencial desigualdade, mas em menor medida.

Em complemento às dúvidas já aqui suscitadas, o subsídio de alimentação atribuído ao trabalhador a tempo parcial levanta, ainda, uma outra dificuldade.

Com efeito, e sem prejuízo das breves considerações já tecidas quanto ao critério de atribuição do subsídio de alimentação por inteiro dos trabalhadores a tempo parcial, a verdade é que o regime atual vigente prevê claramente que os trabalhadores que prestem cinco horas de trabalho ou mais em cada dia terão direito a um subsídio de alimentação de valor igual ao dos trabalhadores a tempo completo e, bem assim, que caso os trabalhadores prestem menos de cinco horas de trabalho por dia, o valor do subsídio de alimentação será calculado proporcionalmente.

A questão que se coloca relaciona-se, então, com o modo como é calculada tal proporcionalidade. Com efeito, e conforme salienta Luís Miguel Monteiro, esta proporção “pode ser calculada por referência ao valor do subsídio atribuído aos trabalhadores a tempo completo, ou, ao invés, por referência ao valor do mesmo subsídio devido aos trabalhadores a tempo parcial que prestem pelo menos cinco horas de trabalho”¹⁰⁴.

Ora, Luís Miguel Monteiro parece inclinar-se para a segunda opção¹⁰⁵, atendendo a que, se é suficiente a prestação de cinco horas de trabalho para a percepção do valor completo do subsídio de alimentação, não poderá, a seu ver, o trabalhador que trabalhou quatro horas auferir apenas metade desse valor. Nesse pressuposto, o trabalhador que tenha prestado quatro horas diárias de trabalho em empresa em que é de oito horas o tempo completo deverá receber diariamente 4/5 do valor do subsídio de refeição.

Por outro lado, Júlio Gomes¹⁰⁶ reconhece que, embora a segunda opção seja a mais generosa e preferível no plano do *iure condendo*, não poderá, contudo, ser acolhida no plano do *iure condito*, pelo que entende relativamente ao exemplo do parágrafo

¹⁰⁴ Monteiro, 2020, p. 401.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Gomes, 2007, p. 694. No mesmo sentido, Carvalho, 2011, p. 380.

anterior que o trabalhador a tempo parcial terá direito apenas a metade do valor do subsídio de alimentação.

Ora, pela nossa parte, acolhemos a última posição, na medida em que concordamos com Júlio Gomes quando refere que, embora esta não seja a solução materialmente mais justa, da lei não se poderá retirar que o parâmetro de referência seja o trabalhador a tempo parcial que preste pelo menos cinco horas por dia, uma vez que a lei, inequivocamente, manda calcular o subsídio “em proporção do respetivo período normal de trabalho semanal” e não do número de horas necessário para obter por inteiro o referido subsídio¹⁰⁷.

Por fim, e conforme já deixámos transparecer com a enunciação do art. 154.º, n.º 3, al. b), parte final, parece ser de entender que a lei não equaciona a possibilidade de o tempo parcial ser contabilizado numa base diária, mas numa base semanal, deixando a dúvida sobre o regime a aplicar se o trabalhador prestar trabalho, apenas, dois ou três dias completos por semana¹⁰⁸.

5. Admissibilidade da previsão de cláusula de exclusividade

A cláusula de exclusividade, enquanto cláusula limitativa da liberdade de trabalho, não se encontra regulada na lei portuguesa¹⁰⁹. No entanto, o seu reconhecimento na “praxis laboral”¹¹⁰ e a sua admissibilidade têm sido amplamente aceites entre nós tendo por base o argumento *a contrario*. Com efeito, o n.º 1 do art. 136.º do CT determina a nulidade da “cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato”, parecendo, assim, consentir no estabelecimento de “limitações convencionais à liberdade de trabalho que operem no decurso do contrato de trabalho”¹¹¹.

Resta, porém, saber se a previsão da obrigação de exclusividade é admissível em todos os contratos de trabalho e, em especial, nos contratos de trabalho a tempo parcial¹¹².

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Ramalho, 2019, p. 228.

¹⁰⁹ Ao contrário do que sucede com outras cláusulas limitativas da liberdade de trabalho do trabalhador, como o pacto de não concorrência ou o pacto de permanência.

¹¹⁰ Martins, 2016, p. 484.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² A presente questão já foi alvo de discussão na jurisprudência francesa no ano de 2000, tendo sido excluída a possibilidade de previsão de um pacto de exclusividade neste tipo de contratos (Cfr. *Cour de Cassation* de 11/07/2000, n.º 98-40.143) e, mais tarde, em 2004 (Cfr. *Cour de Cassation* de 25/02/2004, n.º 01-43.392). Esta última decisão mencionada, em 2004, parece matizar a anterior posição, passando a conceder limitações às liberdades individuais desde que se justifiquem pela natureza das funções a realizar e sejam proporcionais ao objetivo pretendido. Atualmente, veja-se o art. L1121-1, que vai no sentido da posição manifestada pela jurisprudência à data de 2004.

Acompanhando Joana Vicente¹¹³, a questão coloca-se com especial ênfase atendendo ao facto de o trabalho a tempo parcial implicar uma redução do período normal de trabalho e a proporcional redução da retribuição auferível pelo trabalhador, circunstâncias que poderão colocar em crise as possibilidades de sustento ao alcance do trabalhador a tempo parcial que se veja impedido de recorrer ao pluriemprego devido à aposição de uma cláusula de exclusividade.

Todavia, se é sensível a questão em apreço, tendo inclusive em consideração a esfera de desproteção que, conforme referido anteriormente, envolve os trabalhadores a tempo parcial, o certo é que, como já deixámos antecipar, a lei portuguesa nada dispõe relativamente à aposição deste tipo de cláusulas, motivo que permite concluir, à partida, pela sua admissibilidade.

Com efeito, entende Júlio Gomes que tal cláusula poderá ser introduzida no contrato de trabalho a tempo parcial, desde que corresponda a um “genuíno interesse da empresa” e se tenha presente na avaliação do caso concreto a possibilidade de haver usura, coação ou outro vício de vontade¹¹⁴.

Conclusão semelhante é a de Zenha Martins¹¹⁵, que propende para a admissibilidade da aposição de cláusula de exclusividade em determinados casos, embora ao abrigo de raciocínio diverso. Com efeito, o Autor sustenta tal entendimento em duas premissas: (i) a de que a imposição de condutas conformes com uma “bitola correta e previsível” não pode depender da existência de um PNT inferior aos trabalhadores a tempo completo, sendo redutor desbastar o sinalagma contratual na relação entre trabalho e retribuição e (ii) a de que a desproteção dos interesses económicos do empregador demandada pelo dever de não concorrência e pela garantia de que o trabalhador pode ser responsabilizado pela violação decorrente desse dever apresenta marcada importância quando o objetivo é promover o trabalho a tempo parcial e não condená-lo à extinção.

Prossegue este Autor no sentido de reconhecer que a admissibilidade deste tipo de cláusulas deverá ser analisada em função da aplicação do princípio da proporcionalidade referente à obrigação/limitação gerada pelo pacto, a qual poderá ser aferida a partir da duração do trabalho subjacente e da remuneração que este auferir¹¹⁶. Assim, verificando-se que a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial é “desproporcionada perante a privação de possibilidades de sustento durante o tempo, necessariamente alargado, em que o trabalhador não se encontra a executar o contrato de trabalho, a mensuração da (des)proporção subjacente à obrigação

¹¹³ Vicente, 2019, p. 451. No mesmo sentido, Martins, 2016, pp. 490-491.

¹¹⁴ Gomes, 2001, pp. 89-90.

¹¹⁵ Martins, 2015, p. 68 e Martins, 2016, p. 491.

¹¹⁶ Martins, 2015, p. 75.

assumida pelo trabalhador suscita a correlativa ampliação da compensação devida em razão dessa obrigação e/ou a redução do conteúdo da limitação assumida, ajustando-a à dimensão material do meio de sustento viabilizado pelo contrato de trabalho”¹¹⁷.

Paula Martins parece acompanhar a ideia da admissibilidade da aposição de uma cláusula de exclusividade quando observada a ideia de proporcionalidade preconizada por Zenha Martins, chamando ainda à colação a solução adotada pela jurisprudência francesa no sentido de que o trabalhador deverá ter direito à reparação pelo prejuízo causado pela aposição de uma cláusula ilícita em razão da violação do princípio da proporcionalidade¹¹⁸.

Não obstante tal inclinação, conclui no sentido oposto ao do seu entendimento anteriormente revelado, mencionando que apesar do mesmo, em face da ausência de solução legalmente estabelecida, com a qual não se sente confortável, a aposição de cláusula de exclusividade deverá apenas ser permitida nos casos de contratos de trabalho a tempo completo¹¹⁹.

A favor da inadmissibilidade da aposição de cláusula de exclusividade manifesta-se Catarina Carvalho¹²⁰, sustentando a sua posição num elemento interpretativo de marcada importância. Com efeito, conforme é possível verificar com a entrada em vigor do CT de 2009, em matéria de trabalho intermitente, o nosso legislador, no n.º 3 do art. 160.º, consagrou a possibilidade de o trabalhador desempenhar outra atividade durante o período de inatividade inerente a esta modalidade de trabalho.

Assim, através desta norma, somos do entendimento que o legislador terá pretendido vedar a possibilidade de aposição de um pacto de exclusividade no caso do trabalho intermitente¹²¹.

Ora, da leitura da referida norma poderão certamente resultar dois entendimentos: o de que o sentido útil de tal disposição poderá ser extensível aos contratos a tempo parcial, vedando às partes a aposição de uma cláusula de exclusividade, ou, em contrapartida, o de que o legislador, quando não estabeleceu uma disposição semelhante para o regime de trabalho a tempo parcial, pretendeu, precisamente, permitir a admissibilidade de tais cláusulas¹²².

No entender de Catarina Carvalho, será de acolher a primeira, atendendo à larga margem de sobreposição entre o trabalho intermitente e o trabalho a tempo parcial. Com efeito, considerando, inclusive, a difícilima destriça entre a modalidade alternada do

¹¹⁷ Martins, 2015, p. 76.

¹¹⁸ Martins, 2017, pp. 413-414.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Carvalho, 2011, p. 31.

¹²¹ Neste sentido, Amado & Vicente, 2009, p. 128 e Carvalho, 2011, p. 374. Em sentido contrário, Ramalho, 2019, p. 259.

¹²² Vicente, 2019, pp. 451-452.

regime de trabalho intermitente e o trabalho a tempo parcial vertical anual e tendo em conta, nas palavras da Autora, que o n.º 3 do art. 160.º “se aplica a todas as formas de trabalho intermitente”, a exigência de interpretação teleológica e sistemática parece conduzir à recusa da aposição de cláusulas de exclusividade ao contrato de trabalho a tempo parcial¹²³.

Adicionalmente, acolham-se as palavras de Joana Vicente, no sentido em que a interpretação extensiva do n.º 3 do art. 160.º ao trabalho a tempo parcial poderá aplicar-se, não só por identidade de razão, como por maioria de razão, uma vez que, no caso do trabalho a tempo parcial, ao contrário do regime de trabalho intermitente, o trabalhador não terá direito a auferir uma compensação retributiva pelos períodos de inatividade, circunstância que agudiza a fragilidade em que o trabalhador poderá ficar¹²⁴.

Assim, tendo por base os entendimentos descritos, considera-se que a posição com maior sustento legal e mais bem compaginável com a unidade do sistema jurídico será, efetivamente, a da inadmissibilidade da aposição de cláusula de exclusividade nos contratos a tempo parcial.

Além disso, entende-se também ser essa a tese que melhor acautela a posição do trabalhador. Com efeito, apesar de admitirmos que, em nossa opinião, a solução interpretativa que materialmente melhor iria acautelar o equilíbrio dos interesses das partes seria a ponderação dos mesmos caso a caso e, bem assim, a garantia da proporcionalidade da limitação imposta ao trabalhador, entendemos que, na ausência de disposição legislativa que defina de acordo com parâmetros claros e objetivos as hipóteses em que a admissibilidade de uma cláusula deste tipo poderia ser admitida em contratos de trabalho a tempo parcial, a concessão de tal juízo de proporcionalidade às partes assente no facto de que a desigualdade existente na capacidade contratual no contexto laboral, que submete habitualmente o trabalhador a uma posição de maior fragilidade, iria conduzir, na prática, a que o mesmo se conforme com situações abusivas.

Por fim, cumpre ainda referir que esta solução – a da inadmissibilidade da aposição de uma cláusula de exclusividade – é também aquela que em nosso entendimento melhor acautela as finalidades previstas no acordo-quadro, designadamente a igualdade relativamente aos trabalhadores a tempo completo que, com a aposição de cláusula de exclusividade no seu contrato, não veem a sua posição especialmente fragilizada, tal como poderá facilmente suceder no caso dos trabalhadores a tempo parcial.

¹²³ Carvalho, 2011, p. 31.

¹²⁴ Vicente, 2019, pp. 451-452.

Conclusão

As dificuldades de regulamentação de certos aspetos do trabalho a tempo parcial estão, em nossa opinião, relacionadas com a circunstância de o nosso CT estar genericamente concebido na ótica da regulamentação do trabalho a tempo completo.

Por outro lado, e na falta de disposição específica que regule expressamente alguns dos aspetos das relações laborais dos trabalhadores a tempo parcial, designadamente os tratados na presente dissertação, mas também outros que aqui não foram referidos, torna-se necessária a aplicação subsidiária do regime geral previsto no CT. Porém, este não tem necessariamente em conta as dificuldades de interpretação decorrentes da adaptação do regime geral às especificidades desta modalidade contratual, nem, tão pouco, as finalidades que se pretenderam acautelar com este instituto, nomeadamente a necessidade de conciliação da vida pessoal e profissional, uma dimensão que não raras vezes poderá ser a mais prejudicada.

Por conseguinte, somos forçados a concluir que a falta de iniciativa legislativa relativamente a determinados aspetos deste instituto não é isenta de consequências, sendo antes catalisadora de alguma precariedade.

Com efeito, ao não regulamentar detalhadamente questões tão relevantes como a prestação de TS, a possibilidade de alteração unilateral do contrato de trabalho ou a possibilidade de aposição de uma cláusula de exclusividade, o legislador acaba por conceder às partes uma margem de negociação assente num desequilíbrio contratual, ao invés de assegurar a estrita conformidade com o objeto do acordo-quadro: a eliminação das discriminações em relação aos trabalhadores a tempo parcial; a melhoria da qualidade do trabalho a tempo parcial; o fomento do desenvolvimento do trabalho a tempo parcial numa base de voluntariado e a organização flexível do tempo de trabalho de um modo que tenha em conta as necessidades dos empregadores e dos trabalhadores.

Bibliografia

- AMADO, J.L. & VICENTE, J.N. (2009). Contrato de trabalho intermitente. In Moreira, A. (coord.). *XIXII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J.L. (2019). *Contrato de trabalho. Noções básicas*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J.L. (2020). A Lei n.º 93/2019, e o trabalho intermitente: uma reforma gorada? *Questões Laborais*, n.º 55, pp. 125-139.
- AMADO, J.L., ROUXINOL, M.S., VICENTE, J.N., SANTOS, C.G. & MOREIRA, T.C. (2019). *Direito do trabalho – Relação individual*. Coimbra: Almedina.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2018). *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- CABEZA PEREIRO, J. (2013). *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, J.F. (1999). *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*. Granada: Editorial Comares.
- CAMANHO, P. (2003). Contrato de trabalho a tempo parcial. In Romano Martinez, P. (coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. IV, pp. 205-223. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.N. (2007). Contrato de trabalho a tempo parcial (tópicos de reflexão). In Moreira, A. (coord.). *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 209-240. Almedina.
- CARVALHO, C.O. (2011). A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho. In Carvalho, C.O & Gomes, J. (coord.). *Actas do Congresso de Direito do Trabalho “Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?”* Coimbra: Coimbra Editora.
- COIMBRA, A.D. (1999). Negociação colectiva europeia: O trabalho a tempo parcial. *Questões Laborais*, n.º 13, pp. 60-89.
- DEAKIN, S. & MORRIS, G.S. (2012). *Labour law*, 6.^a ed. Oxford: Hart Publishing.
- FERNANDES, A.M. (2022). *Direito do trabalho*, 21.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- FERNANDES, F.L. (2018). *O trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Porto: Universidade do Porto – Reitoria
- FERRADANS CARAMES, C. & CRUZ VILLALÓN, J. (2006). *El contrato de trabajo a tiempo parcial: Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- GOMES, J. (2001). Trabalho a tempo parcial. In Moreira, A. (org.). *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 57-92. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. (2007). *Direito do Trabalho I*, Coimbra Editora, Coimbra
- JASPERS, T.F., PENNING, F. & PETERS, S. (2019). *European labour law*. Cambridge: Intersentia.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. & NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2016). *El contrato de trabajo a tiempo parcial: Nuevas reglas para viejos problemas*. Madrid: Tecnos.
- MACHADO, S.S. (2013). Observações sobre as alterações ao regime jurídico das férias, feriados e faltas. *Questões Laborais*, n.º 43, pp. 329-343.
- MARECOS, D.V. (2012). *Código do Trabalho anotado*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.

- MARTINEZ, P.R. (2019). *Direito do Trabalho*, 9.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MARTINEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P.M., DRAY, G. & SILVA, L.G. (2020). *Código do Trabalho anotado*, 13.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, J.Z. (2015). Da convivência entre as cláusulas de exclusividade e o trabalho a tempo parcial: Reflexão a propósito da proibição genérica de exclusividade no Reino Unido para os contratos “zero horas”. *Revista do Ministério Público*, n.º 142, pp. 59-77.
- MARTINS, J.Z. (2016). *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, P. (2017). A cláusula de exclusividade no contrato de trabalho em Portugal. In AA.VV., *Estudos de direito do trabalho: Em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte 2, pp. 409-427. Nova Causa.
- MINE, M. (2004). *Droit du temps de travail*. Paris: L.G.D.J.
- MOREL, F. (2017). *Durée et aménagement du temps de travail*. 8.^a ed. Paris: Groupe Revue Fiduciaire.
- RAMALHO, M.R.P. (2008). *Tratado de Direito do Trabalho. Parte IV – Contratos e regimes especiais*, Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2019). *Tratado de Direito do Trabalho. Parte IV – Contratos e regimes especiais*, Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M.S. (2014). *O direito a férias do trabalhador (Comentário aos artigos 237.º a 247.º e 264.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009)*. Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M.S. (2018). Comentário breve ao Acórdão do Tribunal da relação do Porto de 5 de março de 2018 – O problema da contagem dos dias de férias e a interpretação do n.º 3 do artigo 238.º do CT. *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 1, pp. 335-343.
- SCHLACHTER, M. (2015). *EU labour law: A commentary*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- VICENTE, J.N. (2014). Breves notas sobre fixação e modificação do horário de trabalho. In *Para Jorge Leite – Escritos jurídico-laborais*, pp. 1051-1071. Coimbra: Coimbra Editora.
- VICENTE, J.N. (2018). Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente. In Ramalho, M.R.P. & Moreira, T.C. (coord.). *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: O regime nacional de tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 247-274. Lisboa: AAFDL.
- XAVIER, B.G.L., et al. (2020). *Manual de direito do trabalho*, 4.^a ed. Rei dos Livros.

Jurisprudência da UE

Ac. do TJ, de 23 de março de 1982, proc. C-53/8, *D.M. Levin v. Staatssecretariss van Justitie*.

Ac. do TJ, de 12 de outubro de 2004, proc. C-313/02, *Nicole Wippel contra Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*.

Ac. do TJ, de 24 de abril de 2008, procs. apensos C-55/07 e C-56/07, *Othmar Michaeler, Subito GmbH, Ruth Volgger/Amt für sozialen Arbeitsschutz*.

Ac. do TJ, de 22 de abril de 2010, proc. C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*.

Ac. do TJ, de 1 de março de 2012, proc. C-393/10, *Dermot Patrick O'Brien/Ministry of Justice*.

Ac. do TJ, de 8 de novembro de 2012, procs. apensos C-229/11 e C-230/11, *Alexander Heimann and Konstantin Toltschin v Kaiser GmbH*.

Ac. do TJ, de 13 de junho de 2013, proc. C-415/12, *Bianca Brandes v Land Niedersachsen*.

Jurisprudência nacional

Ac. do TC, n.º 602/2013, de 20 de setembro de 2013, proc. n.º 531/12, Relator Pedro Machete.

Ac. do STJ, de 27 de novembro de 2018, proc. n.º 12766/17.4T8LSB.L1.S1, Relator Ribeiro Cardoso.

Ac. do TRP de 5 de março de 2018, proc. n.º 2348/17.6T8OAZ.P1, Relatora Rita Romeira.

Jurisprudência francesa

Cour de Cassation, de 11 de julho de 2000, n.º 98-40.143.

Cour de Cassation de 25 de fevereiro de 2004, n.º 01-43.392.

**Os segredos de negócio como limite aos titulares de direitos de
proteção de dados**

**Em especial, as interações dos segredos de negócio com o
direito de acesso e o direito de portabilidade de dados pessoais**

Filipa Luísa Pinto de Oliveira

Sob a orientação do Professor
Doutor Nuno Sousa e Silva

Agradecimentos

Aos meus Pais e Irmão, por me permitirem ser. Por contribuírem para a construção da pessoa que sou e daquela que ainda estou para ser. Por sempre me ensinarem que com trabalho e dedicação tudo se alcança. Por nunca me terem negado as asas que lhes fui pedindo, a liberdade que me foram reconhecendo e a confiança que lhes fui merecendo. Devo-vos o que não se retribui.

Ao Filipe, por ser o meu braço direito e esquerdo, o porto-seguro que se procura e que sempre se encontra. Por ser a palavra de conforto que mais inquietações apazigua. A força para os tempos de maior dúvida. E o amor desmedido que melhor me consola. Devo-te a felicidade que em mim mora.

Aos meus Avós, aos que de tão longe me cuidam, e aos que de tão perto me amparam. A vossa presença, em qualquer das suas formas, é certeza que me acompanhará ao longo da minha vida.

Aos meus Amigos, pelo apoio incondicional a cada desafio. Por partilharem comigo a entusiasmante jornada que é ser jovem e estudante. E por tornarem este longo caminho tão mais fácil e leve de se percorrer.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Nuno Sousa e Silva, pela generosidade da sua partilha, pelo desafio que me propôs e pela constante disponibilidade para melhor fazer. Devo-lhe o entusiasmo que tenho por esta tão especial área do Direito.

Resumo

A presente dissertação incide sobre as interações entre os segredos de negócio e os direitos de proteção de dados pessoais, em especial, as interações destes primeiros com o direito de acesso e o direito de portabilidade dos dados pessoais.

Atentos ao papel dos dados pessoais numa era tendencialmente digital, os fenómenos de *Big Data* e *data mining* configuram ferramentas cruciais na construção de uma vida empresarial pautada por objetivos de eficiência e de aperfeiçoamento. É, pois, por recurso a tais dados pessoais que as empresas constroem um conjunto de políticas, decisões e projetos próprios que desejam manter no secretismo que lhes cabe.

Assim sendo, é de questionar a admissibilidade de tais dados pessoais aos requisitos dos segredos de negócio e a determinação daquelas que são as eventuais limitações que estes poderão criar sobre o titular de direitos de proteção de dados.

Palavras-chave: segredos de negócio; dados pessoais; direito de acesso; direito de portabilidade dos dados; interações.

Abstract

This dissertation focuses on the interfaces between trade secrets and personal data protection rights, namely the interfaces of the former with the right of access and the right of data portability.

Given the important role of personal data in the digital era, Big Data and data mining are crucial tools in building a business life guided by efficiency and improvement goals. It is, therefore, by resorting to such personal data that companies build a set of policies, decisions, and projects of their own, which they aim to keep in secrecy.

Therefore, it is worth questioning the admissibility of such personal data to the requirements of trade secrets and the determination of the eventual limitations that they may create on the owner of said data protection rights.

Keywords: trade secrets; personal data; right of access; right of data portability; interfaces.

Lista de siglas e abreviaturas

Carta	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
Cfr.	Conforme/confronte
Cit.	Citada
Convenção	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPI	Código de Propriedade Industrial
<i>e.g.</i>	Por exemplo
<i>ex vi</i>	por força de
GT 29	Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE
n.º e n.ºs	Número e Números
p. e pp.	Página e Páginas
RGPD	Regime Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia - Regulamento (EU) 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 dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE
ss.	e seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

Índice

1. Introdução	6
2. Os segredos de negócio e os dados pessoais	7
2.1. Os dados pessoais como segredos de negócio	8
2.1.1. Informações	9
2.1.2. Secretas	11
2.1.3. Valor derivado do secretismo	13
2.1.4. Objeto de diligências razoáveis de proteção	14
2.2. A interação entre os segredos de negócio e os direitos dos titulares de dados pessoais	15
3. Os direitos do titular de dados pessoais	20
3.1. Os segredos de negócio e o direito de acesso	20
3.1.1. A existência de decisões automatizadas e da definição de perfis	21
a) “Decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado”	22
b) Efeitos jurídicos ou similares	22
3.1.2. O direito à explicação	23
3.1.3. A interação entre os segredos de negócio e o direito de acesso	25
3.2. Os segredos de negócio e o direito de portabilidade dos dados pessoais	26
3.2.1. A transmissão direta dos dados pessoais	26
3.2.2. Os requisitos do artigo 20.º do RGPD	27
a) “Dados pessoais fornecidos pelo titular”	27
b) Formatação dos dados e meios automatizados	29
c) Fundamento de licitude do tratamento dos dados	30
3.2.3. A interação entre os segredos de negócio e o direito à portabilidade dos dados	30
4. Conclusões	33
Bibliografia	35

1. Introdução

A interação entre os segredos de negócio e os dados pessoais poderá não ser a mais óbvia, pelo menos num primeiro momento. Contudo, quando atendendo ao pressuposto de que ambos versam sobre *informações* e de que a sua confidencialidade e privacidade se impõem como fatores cruciais a cada um deles, entendemos como possível a identificação de um ponto de partida comum para ambos.

É no âmbito do presente que será atendida tal interação entre as disciplinas, pelo menos aquela que se entende a dois níveis: um primeiro referente ao enquadramento dos dados pessoais como segredos de negócio; e um segundo dedicado à relevância destes últimos no contexto dos direitos do titular de dados pessoais.

Por conseguinte, o nosso estudo marcará o seu início com uma análise dedicada ao enquadramento dos dados pessoais no regime jurídico dos segredos de negócio. Para tal, tornar-se-á essencial que sejam percorridos os requisitos previstos para o regime de proteção dos segredos de negócio, por consideração daquela que é a sua noção e a recondução dos dados pessoais aos mesmos. Relevará, igualmente, a consideração dos diplomas que regulam ambas as disciplinas, por verificação e confrontação daquelas que são as previsões que acautelam uma eventual colisão, assim como a exposição dos entendimentos doutrinários desenvolvidos a respeito da mesma.

Seguir-se-á, como necessária, a identificação daquelas que são as verdadeiras interações emergentes, por introdução de um estudo pormenorizado, focado em cada uma delas, colocando em ponderação as especificidades que as acompanham. Abordaremos, pois, as interações entre os segredos de negócio e os direitos dos titulares de dados pessoais, especificamente com o direito de acesso e o direito de portabilidade dos dados pessoais.

As conclusões que deste estudo retiraremos poderão ser uma exceção ao expectável – não seremos guiados por uma ótica que observe, apenas e exclusivamente, a proteção que é concedida aos titulares dos dados pessoais. Será, antes e na sua maioria, uma visão orientada para o responsável pelo tratamento dos dados pessoais na entidade a quem cabe o segredo de negócio e a intenção de melhor o acautelar. Tal opção deve-se, sobretudo, à pretensão que acompanha a presente dissertação: a de explorar as interações em questão e identificar aqueles que poderão ser os limites impostos pelos segredos de negócio ao titular de direitos de proteção de dados.

2. Os segredos de negócio e os dados pessoais

É num contexto essencialmente digital, criado pelo rápido desenvolvimento tecnológico que marca as últimas décadas, que os dados pessoais assumem o protagonismo. Uma vez integrados na Internet das coisas¹⁶⁶⁶ – a que os recolhe, transmite e conserva –, é nesta rede de interligações que os dados pessoais circulam, estabelecendo ligações entre as informações geradas pelas pessoas com as que são geradas pelas coisas¹⁶⁶⁷.

São, tantas vezes, moeda de troca, base para a construção de estratégias empresariais, criação de perfis, estudos comportamentais do consumidor, bases para políticas de venda e construção de planos de marketing, etc. São a mais recente aposta das empresas, como um verdadeiro trunfo para aquelas que procuram uma melhor posição no mercado, um maior conhecimento do consumidor, um aperfeiçoamento das suas políticas e estratégias.

Tal possibilidade é criada pelos fenómenos próprios desta Internet das coisas – falámos, pois, da *Big Data*, correspondente ao “armazenamento sem precedentes de gigantescas quantidades de informações”¹⁶⁶⁸ e responsável pela criação de nova informação, por recurso a algoritmos que permitem a criação de perfis¹⁶⁶⁹; e da *data mining*, entendida como sendo “a aplicação de ferramentas tecnológicas que permitem pesquisar, relacionar, agrupar, indexar e contextualizar dados pessoais”¹⁶⁷⁰. É, pois, a partir do recurso a tais fenómenos que é possível às empresas a catalogação dos titulares dos dados pessoais, com vista à criação dos respetivos perfis, naquela que é a procura por um fator de previsibilidade que, de alguma forma, lhes permita aperfeiçoar o seu processo de tomada de decisão^{1671.1672}

¹⁶⁶⁶ Nas palavras de Filipa Urbano Calvão, a mesma representa “a recolha, transmissão e conservação de informação relativa a pessoas singulares identificadas, identificáveis ou singularizadas (distinguíveis no âmbito de um grupo ou comunidade) a partir de dispositivos eletrónicos instalados em objetos do dia a dia (televisões, contadores elétricos, automóveis, relógios, roupa, etc.), informação essa que corresponde a medidas de consumo, traços de condutas, parâmetros de avaliação do estado de saúde” (Urbano Calvão, 2017, p. 19, nota de rodapé 11).

¹⁶⁶⁷ Antunes, 2016, pp. 53-58.

¹⁶⁶⁸ Urbano Calvão, 2020, p. 223.

¹⁶⁶⁹ Urbano Calvão, 2017, p. 92.

¹⁶⁷⁰ Urbano Calvão, 2020, p. 223.

¹⁶⁷¹ *Idem*, p. 225.

¹⁶⁷² Note-se que, mesmo que estes dados pessoais não sejam diretamente concedidos às referidas empresas, sempre lhes caberá a possibilidade de os recolher em diferentes contextos tecnológicos – falamos, pois, de toda a informação pessoal que é colocada na Internet, incluindo as redes sociais e os motores de busca. A respeito dos dados pessoais nas redes sociais. Radón, 2016, pp. 53 ss.

A relevância destes dados pessoais, enquanto informações, é inegável. E é precisamente com base no reconhecimento deste seu valor que se equaciona a sua admissibilidade ao regime de proteção dos segredos de negócio¹⁶⁷³.

Estes, que tantas vezes são entendidos como estímulos à inovação e à própria produção de informação¹⁶⁷⁴, reforçam e acautelam a posição de quem os detém. São, também eles, informações, ainda que essencialmente empresariais e tecnológicas, cuja confidencialidade, por esforço de quem as detém, é crucial para que se continue a reconhecer o seu valor comercial. Falamos, claramente, dos exemplos mais comuns – a receita para confeção de um produto, a lista de fornecedores de uma empresa ou mesmo a listagem de erros a evitar –, mas, sobretudo, dos que mais complexos e, talvez, mais atuais são – será o caso do conjunto de critérios que compõem o processo seletivo de determinado candidato, o conjunto de dados que permite decidir pela adoção de determinadas campanhas e/ou promoções ou mesmo os componentes do algoritmo usado pela empresa na gestão da sua vida económica.

São precisamente estes os casos que corporizam a interação que estudámos, desde logo porque sempre caberá à empresa a intenção de manter confidenciais aqueles que são os mecanismos que lhe permitem adquirir determinados resultados, apostar em determinadas decisões, ou optar por determinado sentido. Tais mecanismos, quando sediados e justificados no tratamento de dados pessoais, evidenciam uma relação entre os segredos de negócio e a proteção dos dados pessoais, que se traduz num binómio de interesses contrários: os do responsável pelo tratamento de dados pessoais, de não divulgação e de não transmissão, por proteção do seu segredo de negócio; e os do titular dos direitos de proteção de dados, de divulgação e de transmissão, por proteção dos seus dados pessoais.

Podendo equacionar-se tal coincidência – dos dados pessoais como segredos de negócio –, são vários os pontos de encontro que poderão ser identificados no exercício dos direitos que acompanham estes primeiros. De entre os vários, será de salientar o exercício do direito de acesso e o direito de portabilidade dos dados pessoais.

2.1. Os dados pessoais como segredos de negócio

A recondução dos dados pessoais a segredos de negócio¹⁶⁷⁵ poderá partir, desde logo, da Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho

¹⁶⁷³ E não só. Note-se que um conjunto de dados pessoais, enquanto informação, pode ser protegido quer pelo direito *sui generis* de bases de dados, quer pelo Direito de Autor. Sobre estas duas últimas possibilidades, *vide* Araci, 2019, pp. 17 ss.

¹⁶⁷⁴ Rish, 2010, pp. 4 ss.

¹⁶⁷⁵ Note-se que o conceito de *segredo de negócio* abrange quer o segredo comercial, quer o segredo industrial (o designado *know-how*). Sobre o conceito, *vide* Sousa e Silva, 2018, pp. 209-263.

de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgações ilegais¹⁶⁷⁶.

Nos termos do seu Considerando 14, é defendida uma definição *homogénea* de segredo comercial, não restritiva do objeto a proteger contra uma apropriação indevida, devendo a mesma ter por consideração tanto o designado *know-how*, como as informações empresariais e informações tecnológicas, “sempre que exista um interesse legítimo em mantê-los confidenciais e uma expectativa legítima de preservação dessa confidencialidade”.

Naquela que é a mais recente formulação, o artigo 313.º do Código de Propriedade Industrial, por seguimento do n.º 1 do artigo 2.º da referida Diretiva, define o segredo de negócio como sendo:

(...) as informações que reúnam cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão;
- b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas;
- c) Tenham sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

Esta é uma definição que, coincidindo com o determinado no artigo 39.º, n.º 2 do Acordo TRIPS¹⁶⁷⁷, permite a identificação de quatro elementos essenciais à noção em análise – a saber: em causa deverá estar (1) informação que, sendo (2) secreta, (3) tem valor comercial derivado desse mesmo secretismo e (4) que é objeto de diligências razoáveis para que assim se mantenha.

É excluída do âmbito de tutela dos segredos de negócio toda e qualquer informação caída no domínio público, a par daquelas que se entendam demasiado *óbvias* e *sem valor*, tal como resulta do Considerando 14 da Diretiva dos Segredos Comerciais. É neste leque de exclusões que se inclui o próprio património profissional de um trabalhador – isto é, o património que inclui o conjunto de informações e competências que este adquiriu no desempenho normal das suas funções¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁶ Doravante designada por Diretiva dos Segredos Comerciais.

¹⁶⁷⁷ A fonte internacional em matéria de segredos de negócio encontra-se determinada numa única norma: a que consta do artigo 39.º, único da secção VII, do Acordo TRIPS.

¹⁶⁷⁸ A este respeito, Ventura, 1950, p. 358.

2.1.1. Informações

A base dos segredos de negócio é a *informação*, que Roberts define como o conjunto de “dados que foram organizados num padrão significativo”¹⁶⁷⁹ e que, nas palavras de Sousa e Silva, se poderá traduzir em “qualquer tipo de informação valiosa, comercial, industrial ou de outra natureza, que uma empresa tenha mantido em segredo”¹⁶⁸⁰.

Também o conceito de *informação* compõe a base dos dados pessoais, desde logo pela consideração daquela que é a sua definição nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados¹⁶⁸¹. Contudo, a particularidade da informação que constitui os dados pessoais é a exigência de que esta seja “relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. Exige-se, pois, que a informação se reporte a um determinado indivíduo, a fim de ser admissível a aplicação do RGPD e o reconhecimento dos direitos nele consagrados¹⁶⁸².

Naquelas que são as modalidades identificadas pelo legislador europeu¹⁶⁸³, os dados pessoais poderão traduzir-se em dados genéticos, dados biométricos, dados relativos à saúde, dados reveladores da origem racial e étnica, de opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, entre outros – são, pois, informações de intrínseca relação com o sujeito, pessoa singular, abrangendo “todos os aspetos relativos à nossa pessoa, quer sejam familiares ou sociais, privados ou públicos, físicos ou mentais”¹⁶⁸⁴.

A este respeito, o Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE¹⁶⁸⁵ entende três elementos alternativos que poderão caracterizar esta incidência sobre a pessoa singular: o seu conteúdo, a sua finalidade ou o seu resultado. Com efeito, os dados pessoais tanto poderão corresponder à informação que incide sobre a própria pessoa, em razão do seu conteúdo – será o caso das análises clínicas, da avaliação profissional de um trabalhador e do seu registo criminal¹⁶⁸⁶; como poderão entender-se como sendo todos os dados que permitem “avaliar, tratar de determinada forma ou influenciar o estatuto ou o comportamento de uma pessoa”¹⁶⁸⁷, em razão da sua

¹⁶⁷⁹ Roberts, 2000, p. 430. Tradução da seguinte citação: “*Information is defined as data that have been arranged into a meaningful pattern*”.

¹⁶⁸⁰ Sousa e Silva, 2020, p. 463.

¹⁶⁸¹ Regulamento (EU) 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 dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE – doravante RGPD.

¹⁶⁸² *A contrario*, a anonimização dos dados impede a aplicação do RGPD.

¹⁶⁸³ *Vide* as definições constantes das alíneas 13) a 15) do artigo 4.º do RGPD.

¹⁶⁸⁴ Menezes Cordeiro, 2018, pp. 6 e 8.

¹⁶⁸⁵ Correspondente ao grupo de comissários das autoridades de proteção de dados dos Estados-Membros da União Europeia, doravante designado GT 29.

¹⁶⁸⁶ Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2007, p. 11.

¹⁶⁸⁷ *Idem*, p. 11.

finalidade; ou, ainda, como qualquer outro tipo de dados que, pelo menos em abstrato, permita as anteriores funções, já em razão do seu resultado¹⁶⁸⁸.

Não será de difícil equação que tal *informação relativa a pessoa singular* se possa compreender nos termos da *informação* acautelada pelo regime de proteção dos segredos de negócio. Sempre caberá no âmbito dos segredos de negócio toda a informação que compreenda os seus demais requisitos¹⁶⁸⁹, não se podendo identificar, pelo menos no texto da lei, a exigência de qualquer tipo de critério qualitativo que execute a sua exclusão. Na verdade, e em consideração daquelas que são as exclusões identificadas para o conceito de segredo comercial, diz-nos o Considerando 14 da Diretiva dos Segredos Comerciais que nele não caberão:

(...) as informações triviais e a experiências e as competências adquiridas pelos trabalhadores no decurso normal do seu trabalho, bem como as informações que são geralmente conhecidas pelas pessoas dentro dos círculos que lidam habitualmente com o tipo de informações em questão, ou que são facilmente acessíveis a essas pessoas.

Assim sendo, e a não ser por fundamentos de legalidade¹⁶⁹⁰ e/ou de veracidade¹⁶⁹¹, será de entender que a informação protegida como segredo de negócio poderá, de facto, corresponder a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável¹⁶⁹² e, por isso, à que compõe o conceito de dados pessoais.

2.1.2. Secretas

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 313.º do CPI¹⁶⁹³, a noção de segredos de negócio exige que as informações em causa:

- a) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão (artigo 313.º do CPI).

¹⁶⁸⁸ *Idem*, pp. 11 e 12.

¹⁶⁸⁹ De secretismo, de valor e de diligências necessárias.

¹⁶⁹⁰ Sobre a discussão relativa aos segredos de negócio *ilegais*, vide Sousa e Silva, 2014, pp. 927 ss.

¹⁶⁹¹ Acerca da discussão relativa a segredos de negócio sobre informações falsas, vide Sousa e Silva, 2019, p. 2182.

¹⁶⁹² Malgieri, 2016, p. 4, diz, inclusive, que: “A distinção entre ‘dados comerciais’ e outros dados pessoais é anacrónica porque a indústria da informação está interessada em qualquer informação relacionada com os consumidores (...)”, esta que é uma tradução parcial da seguinte citação: “The distinction between ‘commercial data’ and other personal data is anachronistic because the information industry is interested in any data related to consumers: not only their commercial preferences or habits, but also their health conditions, their family and financial status, their sports habits, friendships, etc.”.

¹⁶⁹³ Subalínea a) da alínea 1) do artigo 2.º da Diretiva dos Segredos Comerciais.

Com efeito, sabe-se que algo secreto se poderá traduzir num “conhecimento apartado, que não está facilmente disponível para qualquer um, que integra uma esfera reservada de conhecimento”¹⁶⁹⁴ e que se extingue quando e sempre que assim deixe de o ser – isto é, quando a informação seja publicada ou do conhecimento público. Este secretismo é, contudo, de parca exigência – não só se admite para a combinação de elementos já conhecidos, como para o aperfeiçoamento de procedimentos já existentes¹⁶⁹⁵ e para a partilha por via de *licenças*¹⁶⁹⁶.

Este *secretismo relativo*, por designação de Moura Vicente¹⁶⁹⁷, encontra, contudo, limites que não se encontram definidos. Discute-se, pois, a existência de um *limiar* objetivo de divulgação a partir do qual se deverá considerar que existe segredo. Se, por um lado, há quem entenda que sim – por razões de necessidade de segurança jurídica, evitando assim uma classificação arbitrária¹⁶⁹⁸ –, por outro lado, há quem entenda que a margem para o segredo cair é, antes, a verificação de que o conhecimento do mesmo é geral e não apenas parcial¹⁶⁹⁹.

Quando atendendo à verificação deste secretismo no âmbito dos dados pessoais, ainda que à mesma reconheçamos poucas dúvidas, importa que se considere, com algum cuidado, dois importantes fatores: a categoria de dados e o modelo de negócio em questão¹⁷⁰⁰. Tal ponderação deve-se, sobretudo, ao facto de existirem casos em que este secretismo não tem claramente lugar, *e.g.*, os dados pessoais disponibilizados nas redes sociais e/ou os dados capturados em plataformas *online* através das *cookies* ou dos motores de busca¹⁷⁰¹, assim como os casos em que a recolha de dados inclui dados secretos e dados geralmente conhecidos, de forma conjunta, *e.g.*, os dados disponibilizados voluntariamente nas redes sociais e os dados que resultam dos gostos, partilhas, visualizações, etc., que marcam o rasto do indivíduo na Internet das coisas. É precisamente nestes casos que se invoca com maior intensidade a relatividade deste secretismo e se retoma a *suprarreferida* questão do limiar objetivo de divulgação – caberá, evidentemente, a existência de um mínimo que não crie barreiras à liberdade de iniciativa económica e que promova uma igualdade concorrencial de oportunidades.

Por fim, não será de deixar de referir aquele que poderia ser considerado como o aspeto mais evidente do encontro entre os segredos de negócio e a proteção que é procurada para os dados pessoais – falamos, pois, do secretismo destes primeiros e da

¹⁶⁹⁴ Sousa e Silva, 2019, p. 2182 e Sousa e Silva, 2013, p. 8.

¹⁶⁹⁵ Sousa e Silva, 2019, p. 2183.

¹⁶⁹⁶ Marques, 2008, p. 18.

¹⁶⁹⁷ Moura Vicente, 2018, pp. 287 e 304.

¹⁶⁹⁸ Meitinger & Burri, 2014, p. 115.

¹⁶⁹⁹ Pires de Carvalho, 2007, p. 233.

¹⁷⁰⁰ Radón, 2016, pp. 34-36.

¹⁷⁰¹ Para mais desenvolvimentos, Graef, 2015, pp. 437-506; assim como a jurisprudência do Acórdão do TJUE *Google v. Spain*, Processo C-131/12, de 13.05.2014.

confidencialidade destes segundos. A este respeito, importa alertar para a sua não coincidência, ainda que, como caracteriza Diega e Sappa, a mesma pareça contraintuitiva¹⁷⁰².

Na verdade, ainda que se admita (e recomende¹⁷⁰³) a adoção de mecanismos de pseudonimização¹⁷⁰⁴, estes não se confundem com uma anonimização dos dados pessoais, conquanto que a aplicação do RGPD está sujeita à identificabilidade dos sujeitos, titulares desses mesmos¹⁷⁰⁵. Mais se adianta que tão pouco se poderá dizer que o RGPD assenta os seus objetivos em tais valores de confidencialidade ou privacidade – é, antes, e sobretudo, o controlo sobre os dados pessoais que é procurado¹⁷⁰⁶. É sua intenção o reforço dos direitos dos titulares dos dados, a fim de que seja possível “assegurar condições para que cada um deles possa recuperar o controlo sobre os seus dados”, por reforço “[d]o livre fluxo de dados no espaço europeu, de modo a promover a eficiência nas atividades económicas e científicas, entre outras”¹⁷⁰⁷, sempre no sentido de se alcançar uma *autodeterminação informacional*¹⁷⁰⁸.

Ainda assim, a ponderação geral será a de que, pelo menos em princípio, tal secretismo haverá de encontrar verificação no tratamento dos dados pessoais, conquanto tais dados (e respetivo tratamento, conforme os casos) não sejam do conhecimento geral ou facilmente acessíveis.

2.1.3. Valor derivado do secretismo

A exigência de um valor derivado do secretismo traduz-se numa exigência que vai para além do valor da informação, abrangendo, de igual forma, a necessidade de nexos de causalidade entre este valor e o secretismo (alínea b) do n.º 1 do artigo 313.º do CPI¹⁷⁰⁹).

A determinação deste valor deverá ser aferida de forma objetiva, não se reconhecendo, pois, um elevado grau de exigência à mesma. Na verdade, é por muitos entendido que o valor desta informação mais não será do que uma vantagem

¹⁷⁰² Diega e Sappa, 2020, pp. 7 ss.

¹⁷⁰³ Cfr. n.º 1 do artigo 25.º, alínea a) do n.º 1 do artigo 32.º, alínea d) do n.º 2 do artigo 40.º e n.º 1 do artigo 89.º do RGPD.

¹⁷⁰⁴ Definida nos termos do n.º 5 do artigo 4.º do RGPD como sendo “o tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável”.

¹⁷⁰⁵ Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do RGPD, considera-se identificável “uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

¹⁷⁰⁶ Diega e Sappa, 2020, p. 8.

¹⁷⁰⁷ Urbano Calvão, 2020, pp. 227 e 228.

¹⁷⁰⁸ Urbano Calvão, 2020, pp. 227 e 228.

¹⁷⁰⁹ Subalínea b) da alínea 1) do artigo 2.º da Diretiva dos Segredos Comerciais.

concorrencial¹⁷¹⁰, podendo, inclusive, ser determinado por referência ao investimento colocado na sua criação ou na procura de mercado fictícia¹⁷¹¹. Sendo meramente potencial ou efetivamente atual¹⁷¹², tal valor deverá encontrar a sua razão de ser no secretismo de tais informações.

Ainda que recordados do valor que acompanha os dados pessoais¹⁷¹³, e daquela que é a sua relevância concorrencial – que preenche, desde logo, a exigência da causalidade¹⁷¹⁴ –, importará, ainda assim, que se analise a particularidade dos dados pessoais na Internet das coisas, conquanto “*na dimensão da Big Data* até a informação trivial (...) poderá ter valor comercial”¹⁷¹⁵.

A este respeito, importa a constatação de que, de facto, a não determinação, pela Diretiva dos Segredos Comerciais, da existência de um limiar para este valor coloca a questão de saber se o mesmo se reconhecerá, apenas, aos dados pessoais quando agregados, ou se poderá resultar da sua consideração de forma isolada. Com efeito, a doutrina tende pela consideração de que tal valor deriva, essencialmente, da sua conjugação e agregação¹⁷¹⁶. Defende-se que tais dados, que constituem a designada *raw data*¹⁷¹⁷, por corresponderem a dados isolados, não entenderão proteção como segredos de negócio. Pautam-se pela lógica de que é precisamente esta agregação – o processamento a que os dados pessoais são sujeitos, por recolha, arquivamento e posterior criação de dados – que é gerador do valor comercial que se procura proteger¹⁷¹⁸, pelo facto de não ser do conhecimento da generalidade das pessoas ou facilmente acessível. Apostam num valor comercial que tende a recair, essencialmente, sobre os dados de *segunda geração* – os que deste processamento resultam – e já não sobre os de *primeira geração*, considerados ao momento da sua recolha. Assim, “os algoritmos da Internet das coisas que processam dados agregados, assim como o seu *output*¹⁷¹⁹, podem beneficiar da proteção dos segredos de negócio”¹⁷²⁰.

Não obstante, não será de desconsiderar as hipóteses em que tal informação se poderá associar um valor considerável, ainda que *meramente* potencial¹⁷²¹. Destaca-se,

¹⁷¹⁰ Hrdy, 2022, pp. 11 a 14.

¹⁷¹¹ Sousa e Silva, 2019, p. 11.

¹⁷¹² Como resulta do Considerando 14 da Diretiva dos Segredos Comerciais.

¹⁷¹³ Vide o ponto 2 do presente.

¹⁷¹⁴ Pelo facto de o tratamento de dados pessoais caber no âmbito de práticas empresariais que se desejam secretas, cuja indisponibilidade ao conhecimento geral se compreende como vantagem concorrencial.

¹⁷¹⁵ Radón, 2016, p. 37. Tradução parcial da seguinte citação inglesa: “(...) in the ‘Big Data’ dimension even trivial information (as in the case of certain information captured by machines) could have a commercial value (...)”.

¹⁷¹⁶ Neste sentido: Drexel *et al.*, 2016, p. 7, § 23; Araci, 2019, pp. 28 a 32; e Diega & Sappa, 2020, p. 18.

¹⁷¹⁷ Em português, dados não processados.

¹⁷¹⁸ Drexel *et al.*, 2016, p. 7, §§ 23 a 27.

¹⁷¹⁹ Expressão inglesa para “resultados”.

¹⁷²⁰ Diega & Sappa, 2020, p. 19. Tradução da seguinte citação: “IoT algorithms processing aggregated data as well as their output can benefit from the protection of trade secrets”.

¹⁷²¹ Banterle, 2018, p.7.

desde logo, o facto da *raw data* corresponder, de todo o modo, à matéria-prima para a criação destes dados de *segunda geração*, pelo que ao menos algum valor comercial *potencial* a mesma deverá ter, mais não seja pelo recurso à engenharia inversa, por operador económico concorrente que, uma vez acedendo à sua base de dados, poderá dela aferir e criar os mesmos ou dados semelhantes¹⁷²².

2.1.4. Objeto de diligências razoáveis de proteção

Não bastando, importa que sejam adotadas medidas que visem a manutenção do secretismo das informações a ser protegidas, tal como determinado nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 313.º do CPI¹⁷²³.

Segundo Sousa e Silva, tais medidas compreendem “um mínimo de exigência, apoiando-se numa noção de voluntariedade de proteção e impondo (apenas) um cuidado razoável”¹⁷²⁴. Assim, poderão estas traduzir-se na adoção, por parte do titular das informações, de medidas de proteção, factuais ou jurídicas, que encontrem a sua sede na voluntariedade e no cuidado adequado e proporcional¹⁷²⁵. De entre aquelas que poderão ser as medidas factuais, é indicado, a título sugestivo, a instituição de acesso restrito, por imposição de *passwords* e cadeados, a classificação de documentos, a afixação de avisos, a formação dos trabalhadores e colaboradores, a instituição de medidas de controlo, entre outras¹⁷²⁶. Já as medidas jurídicas serão contratuais na sua maioria – passarão, pois, pela adoção de acordos de confidencialidade (os designados *non-disclosure agreements*), de pactos de não concorrência (determinados no artigo 136.º do Código do Trabalho) e da consagração de obrigações contratuais impeditivas da utilização e/ou divulgação de informação especificada¹⁷²⁷.

O enquadramento dos dados pessoais em tais previsões será de se admitir, por isso, com relativa facilidade. Quando atendemos àqueles que são os deveres e obrigações do responsável pelo tratamento de dados¹⁷²⁸, encontramos a seu cargo um controlo prévio, de autorregulação¹⁷²⁹, que cumpre a função de “garantia do cumprimento das regras e princípios de proteção de dados”¹⁷³⁰. Daqui resulta a obrigação de análise dos riscos e a adoção de medidas de precaução que se destinem à sua respetiva mitigação¹⁷³¹. Tais medidas, que tanto se poderão traduzir “na conceção de sistemas ou instrumentos

¹⁷²² A respeito da engenharia inversa *vide* Radón, 2016, pp. 44 ss.

¹⁷²³ Subalínea c) da alínea 1) do artigo 2.º da Diretiva dos Segredos Comerciais.

¹⁷²⁴ Sousa e Silva, 2015, p. 241.

¹⁷²⁵ Sousa e Silva, 2019, p. 2185.

¹⁷²⁶ *Idem*.

¹⁷²⁷ *Idem*.

¹⁷²⁸ A saber, as que constam dos artigos 24.º ss. do RGPD.

¹⁷²⁹ Urbano Calvão, 2020, pp. 232 ss.

¹⁷³⁰ Urbano Calvão, 2020, p. 236.

¹⁷³¹ Costa, 2012, pp. 14-24.

tecnológicos”, como na “definição de medidas de proteção por defeito”¹⁷³², serão, em todo o caso, medidas que visam o controlo sobre os dados pessoais e, nesse sentido, medidas que, de alguma forma, poderão compreender as exigências desta alínea c) do n.º 1 do artigo 313.º do CPI. Ademais, sempre se poderá identificar como diligência razoável a própria encriptação dos dados, quando perante uma comunicação *machine-to-machine*¹⁷³³, razão pela qual tais exigências de cautela deverão entender-se como verificadas no tratamento de dados pessoais.

2.2. A interação entre os segredos de negócio e os direitos dos titulares de dados pessoais

Na procura por uma solução legislativa, importará atender à comparação do quadro normativo previsto para a proteção dos segredos de negócio – determinado pela Diretiva dos Segredos de Negócio – com o que se admite para a proteção dos dados pessoais – o já referido RGPD.

Nos termos da referida Diretiva, por via do seu Considerando 34, é determinado que a mesma “respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos nomeadamente pela Carta, em particular (...) o direito à proteção de dados pessoais”. Segue determinando, já nos termos do Considerando seguinte e por referência à Diretiva 95/46/CE (revogada e substituída pelo RGPD), que:

Assim, a presente diretiva não deverá afetar os direitos nem as obrigações estabelecidas na Diretiva 95/46/CE, em especial os direitos do titular a aceder aos respetivos dados pessoais sujeitos a tratamento e a obter a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados caso estes sejam incompletos ou incorretos nem, se for caso disso, a obrigação de tratar dados sensíveis nos termos do artigo 8.º, n.º 5, da Diretiva 95/46/CE.

Tendo em conta o exposto, seria de concluir, pelo menos numa primeira análise, pela prevalência dos direitos de proteção de dados pessoais em relação à proteção dos segredos de negócio. Contudo, a análise do RGPD não é esclarecedora a esse ponto. Na verdade, o Considerando 63 do referido diploma determina que, a respeito do direito de acesso:

Este direito não deverá prejudicar os direitos ou liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o software. Todavia, essas considerações não deverão resultar na recusa de prestação de todas as informações ao titular dos dados.

¹⁷³² Radón, 2016, p. 39.

¹⁷³³ *Idem*.

Ademais, é estipulado pelo seu Considerando 4 que, em caso de conflito com outros direitos fundamentais, se revela o carácter não absoluto do direito à proteção de dados pessoais, devendo o mesmo ser considerado por referência à sua função na sociedade, equilibrando-se com os demais direitos fundamentais, por exercício do princípio da proporcionalidade.

Sendo infrutífera a resposta em qualquer um dos diplomas, pelo menos nos termos dos seus Considerandos, poder-se-ia equacionar uma solução que passasse pela aplicação do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva dos Segredos Comerciais e, por isso, pela consideração de que a cedência dos segredos de negócio para com os direitos de proteção de dados pessoais se pudesse concretizar por via de uma aquisição, utilização ou divulgação legal dos mesmos, cuja legalidade assentaria em imposição ou permissão do direito da União ou do direito nacional¹⁷³⁴. Contudo, quando atendendo aos direitos que em momento seguinte estudaremos, previsões como as que constam dos n.ºs 4 do artigo 15.º e 20.º do RGPD¹⁷³⁵ sugerem um efeito precisamente inverso¹⁷³⁶ – determinam, pois, que o exercício de cada um deles deverá ter em conta os *direitos e liberdades de terceiros*, no sentido de não os prejudicar, por retorno ao mesmo ponto de partida. Note-se, também, que o conceito de terceiros que acompanha a referida ressalva pouco mais esclarecedor se demonstra ser, conquanto a sua definição, vertida nos termos da alínea 10) do artigo 4.º do RGPD, é feita negativamente¹⁷³⁷. A este respeito, e naquela que poderá ter sido uma imprudência por parte do legislador, alerta Menezes Cordeiro para a necessidade de interpretação de tal disposição com base naquelas que são as razões que a justificam – “a necessidade de acautelar os interesses comerciais e industriais das pessoas coletivas”¹⁷³⁸ –, pelo que o conceito de terceiros deverá comportar os interesses de todos os prejudicados, incluindo os do responsável pelo tratamento dos dados pessoais¹⁷³⁹.

Perante a falta de uma solução legislativa, importará, então, que se atenda àquelas que são algumas das soluções propostas pela doutrina¹⁷⁴⁰. Com efeito, há autores que, reconhecendo a preferência sobre a proteção de dados pessoais resultante da leitura

¹⁷³⁴ Como do referido artigo se lê: “A aquisição, utilização ou divulgação de um segredo comercial é considerada legal na medida em que tal aquisição, utilização ou divulgação seja imposta pelo direito da União ou pelo direito nacional”.

¹⁷³⁵ Que segue os termos das limitações previstas na alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º do RGPD.

¹⁷³⁶ Num sentido aplicado apenas ao direito de portabilidade dos dados, *vide* Palmela Fidalgo, 2019, p. 128.

¹⁷³⁷ Terceiro não corresponde ao “titular dos dados, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade direta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão autorizadas a tratar os dados pessoais”.

¹⁷³⁸ Menezes Cordeiro, 2020, pp. 297 e 298.

¹⁷³⁹ Menezes Cordeiro, 2020, pp. 297 e 298.

¹⁷⁴⁰ A par das referidas, importará a indicação da abordagem utilitária de Sloot, 2016, pp. 457-459; e a de criação de exceções setoriais, pela qual se sugere a não aplicação do RGPD, referida por Radón, 2016, pp. 52 e 53.

da letra da lei¹⁷⁴¹, propõem a conceção de um processo de *descontextualização* dos dados pessoais. Esta é a proposta apresentada por Malgieri, que entende que “a divulgação dos dados deverá ser limitada ao contexto dos titulares dos mesmos e, por isso, ‘descontextualizados’ do contexto económico”¹⁷⁴². Tal se deve ao facto de o valor dos dados diferir quer para o titular dos mesmos, quer para a entidade responsável pelo seu tratamento, conforme o contexto em que se encontram. Com efeito, entende uma *descontextualização* que deverá ser realizada em sentido duplo: quer pelo responsável pelo tratamento dos dados, que deverá apenas fornecer “os dados necessários para o ‘contexto’ dos titulares dos dados”¹⁷⁴³, quer para estes últimos, que deverão divulgar “os dados que (...) acreditam [ser] estritamente necessários para o contexto das empresas”¹⁷⁴⁴, sugestão que poderão concretizar por recurso ao direito de oposição¹⁷⁴⁵, ao direito ao apagamento¹⁷⁴⁶ e ao direito de informação¹⁷⁴⁷.

A par, autores como Diega e Sappa defendem uma prevalência averiguada caso-a-caso¹⁷⁴⁸, a ser realizada por consideração das exceções que operam sobre a aquisição, utilização e divulgação ilegais dos segredos de negócio. Propõem, pois, a recondução da proteção dos dados pessoais, assim como da liberdade de informação, aos fundamentos de exceção que compõem o artigo 5.º da Diretiva dos Segredos Comerciais – e, portanto, a sua consideração como interesses legítimos, reconhecidos pelo direito da União e/ou pelo direito nacional, e como respeitantes ao exercício do direito de liberdade de informação, consagrado na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais¹⁷⁴⁹⁻¹⁷⁵⁰.

Outros partem do conflito de direitos fundamentais e procuram o seu enquadramento com base naquela que é a natureza dos segredos de negócio. Numa primeira hipótese, há quem entenda como admissível a recondução dos segredos de negócio a direitos de propriedade industrial, concretizando a colisão de direitos de fundamentais através da colisão entre o direito de proteção de dados pessoais, consagrado no artigo 8.º da Carta, e o direito de propriedade industrial, consagrado no âmbito de proteção do n.º 2 do artigo 17.º da mesma¹⁷⁵¹. Já numa segunda hipótese, há

¹⁷⁴¹ Malgieri, 2016, p.3.

¹⁷⁴² Malgieri, 2016, p. 14. Tradução da seguinte citação: “(...) the disclosure of those data should be limited to the context of data subjects, and so ‘de-contextualized’ from the economic context”.

¹⁷⁴³ Malgieri, 2016, p. 14. Tradução parcial da seguinte citação: “In other words, right to access and right to portability may be limited, providing only data that are necessary for the ‘context’ of data subjects (quality and quantity of information related to them in possession of the businesses, without all economic outputs of those data)”.

¹⁷⁴⁴ Malgieri, 2016, p. 14. Tradução parcial da seguinte citação: “It is clear that also customers can in some way ‘de-contextualize’ their personal data: they can disclose to businesses just data that they believe strictly necessary for the business context”.

¹⁷⁴⁵ Artigo 21.º do RGPD.

¹⁷⁴⁶ Ou “direito a ser esquecido” – artigo 17.º do RGPD.

¹⁷⁴⁷ Artigos 13.º ss. do RGPD.

¹⁷⁴⁸ Diega & Sappa, 2020, p. 31.

¹⁷⁴⁹ Doravante, Carta.

¹⁷⁵⁰ Diega & Sappa, 2020, p. 32.

¹⁷⁵¹ Bronckers & McNelis, 2012, pp. 674-688.

quem entenda que a presente colisão é concretizada por via de direitos de natureza igual ou similar – ambos como direitos de proteção dos dados pessoais ou por consideração do direito de privacidade que entendem caber à pessoa coletiva¹⁷⁵², já nos termos da Convenção Europeia dos Direitos de Homem¹⁷⁵³⁻¹⁷⁵⁴. A respeito desta última hipótese, a mesma poderá ser designada de *corporate privacy*¹⁷⁵⁵ – uma perspetiva que entende os segredos de negócio como sendo os “‘dados pessoais’ das próprias empresas, porque representam os dados privados relativos à ‘intimidade’ da pessoa coletiva”¹⁷⁵⁶ e cuja admissibilidade tem sido, de facto, colocada como opção em alguns ordenamentos jurídicos¹⁷⁵⁷, no âmbito da liberdade que lhes é reconhecida pelo RGPD¹⁷⁵⁸.

Importa notar, contudo, que todas as hipóteses que reconhecem à pessoa coletiva uma esfera jurídica de tendente coincidência com a das pessoas singulares poderão ser uma aposta de elevado risco, senão mesmo errónea. Este é, desde logo, o entendimento de Aplin, que condena tal hipótese a vários níveis, especialmente naquele pelo qual se reclama uma privacidade às pessoas coletivas que estas não conseguem compreender, uma vez que, para tal, deveriam ser capazes de cumprir os requisitos da mesma – os de autonomia e de dignidade –, facto que não se verifica¹⁷⁵⁹. No mesmo sentido, Sousa e Silva refere que a associação mais clara aos segredos de negócio será “o negócio, a atividade comercial e não a privacidade ou a esfera pessoal”¹⁷⁶⁰.

Ainda na consideração de um direito de *corporate privacy*, estabelecido por via da Convenção, não será de deixar de considerar a posição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: a de preferência por uma proteção caso-a-caso, em detrimento da efetiva consideração de uma proteção sobre a vida privada das empresas¹⁷⁶¹. Ademais, e a respeito do reconhecimento de um direito de proteção de dados às pessoas coletivas, importará também recordar a aplicabilidade exclusiva do RGPD a pessoas singulares¹⁷⁶². Ainda que o mesmo pudesse ser reconhecido a pessoas singulares¹⁷⁶³, detentoras de segredos de negócio, dificilmente se poderia entender que as mesmas, enquanto responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais de outros, se pudessem fazer valer de

¹⁷⁵² Falámos em “pessoa coletiva” porque a tendência é a de que o responsável pelo tratamento de dados pessoais seja, de facto, uma empresa.

¹⁷⁵³ Aplin, 2014, pp. 22 a 24.

¹⁷⁵⁴ Doravante, Convenção.

¹⁷⁵⁵ Malgieri, 2016, pp. 7 ss.

¹⁷⁵⁶ Malgieri, 2016, p. 7. Tradução parcial da seguinte citação: “After all, trade secrets are generally considered ‘personal data’ of businesses, because they represent private data related to the ‘intimacy’ of the legal person”.

¹⁷⁵⁷ Vide Malgieri, 2016, pp. 7-10.

¹⁷⁵⁸ Cfr. Considerando 10 do RGPD.

¹⁷⁵⁹ Aplin, 2008, p. 25.

¹⁷⁶⁰ Sousa e Silva, 2014, p. 927.

¹⁷⁶¹ Acórdão do TEDH, *Colas Est e Outros v. França*, Proc. n.º 37971/97, de 16.04.2002, pp. 14 ss.

¹⁷⁶² Artigo 1.º, n.º 1 do RGPD.

¹⁷⁶³ Desde logo porque, embora a referência seja tendencialmente sobre as pessoas coletivas, também as pessoas singulares poderão ser detentoras de segredos de negócio.

um direito de proteção de dados pessoais sobre os seus segredos de negócio – desde logo porque, para tal, já beneficiariam de regime próprio.

Também a recondução da interação a uma colisão entre direitos fundamentais, conquanto os segredos de negócio se entendessem enquadrados no âmbito dos direitos de propriedade industrial, não será de grande certeza¹⁷⁶⁴. Note-se, desde logo, que a própria liberdade que é reconhecida aos Estados-Membros para a regulação nacional dos segredos de negócio, *ex vi* Considerando 8 da Diretiva dos Segredos Comerciais, não é fator de grande harmonia, uma vez que, ainda que a tendência seja a de consideração dos mesmos no âmbito da concorrência desleal, sempre se entendem particularidades que os aproximam ou afastam dos direitos de propriedade industrial¹⁷⁶⁵.

A este respeito, a proximidade entre os segredos de negócio aos direitos de propriedade industrial tem o seu ponto de partida no artigo 39.º do Acordo de TRIPS, por aquela que é a sua inclusão, *ex vi* parágrafo 2 do artigo 1.º, no âmbito de regulação destes segundos. Esta é uma inclusão que Lapousterle *et al.* justificam pela especial ligação entre os segredos de negócio e as patentes, conquanto se entenda uma relação de complementaridade ou alternatividade com estas¹⁷⁶⁶. De facto, tal proximidade não é, evidentemente, sem fundamento. Como nos relembra Sousa e Silva, “Os segredos de negócio são frequentemente o embrião destes direitos, outras vezes funcionam como complemento ou ainda como alternativa aos direitos exclusivos”, uma vez que “todos os direitos privativos em que a novidade é requisito de concessão começam com um segredo”¹⁷⁶⁷.

Não obstante, ainda que se reconheça uma ligeira aproximação dos segredos de negócio aos direitos de propriedade industrial – quer pela dispensa, pelo legislador europeu, da verificação de uma relação de concorrência no âmbito de aplicação do regime jurídico dos segredos de negócio, quer, a nível nacional, pela inclusão do Capítulo II no CPI, dedicado à “Proteção dos segredos comerciais” –, a verdade é que o regime jurídico destes primeiros continua a assentar o seu critério normativo nas práticas comerciais honestas e, por isso, no âmbito da concorrência desleal¹⁷⁶⁸. Esta é a concorrência desleal cuja autonomia, em relação aos direitos privativos da propriedade industrial, a jurisprudência tende a reafirmar¹⁷⁶⁹ e à qual a doutrina reconhece, inclusive, a possibilidade de sobreposição¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁴ Veja-se a posição de Aplin, 2015, pp. 4 ss.

¹⁷⁶⁵ Veja-se a análise realizada por Radón, 2016, pp. 21 ss.

¹⁷⁶⁶ Lapousterle *et al.*, 2016, p. 3.

¹⁷⁶⁷ Sousa e Silva, 2019, p. 2179.

¹⁷⁶⁸ Sousa e Silva, 2020, pp. 437 e 438.

¹⁷⁶⁹ Vide Acórdão do STJ de 26 de fevereiro de 2015, Proc. n.º 1288/05.6TYLSB.

¹⁷⁷⁰ Paúl, 2002, p. 157.

3. Os direitos do titular de dados pessoais

A referida interação entre os segredos de negócio e a proteção que é concedida aos dados pessoais reflete-se, sobretudo, na consideração da mesma em relação ao direito de acesso, consagrado no artigo 15.º do RGPD, e ao direito de portabilidade de dados pessoais, previsto no artigo 20.º do mesmo diploma, razão pela qual o objeto do nosso estudo será por estes balizado.

Não se negam, contudo, as eventuais interações que poderão surgir com os demais direitos de proteção de dados pessoais – será o caso do direito ao apagamento dos dados (artigo 17.º), do direito à limitação do tratamento (artigo 18.º), do direito de notificação (artigo 19.º), do direito de oposição (artigo 21.º) e do direito de não ficar sujeito a decisões individuais automatizadas, incluindo a definição de perfis (artigo 22.º)¹⁷⁷¹.

A razão de ser da sua exclusão do objeto de estudo prende-se, essencialmente, com razões de relevância, por identificação daquelas que são as interações mais fortes e evidentes que entendemos verificarem-se para os dois direitos *suprarreferidos*.

3.1. Os segredos de negócio e o direito de acesso

O direito de acesso encontra-se consagrado no artigo 15.º do RGPD, subdividindo-se em dois direitos, nos termos do seu n.º 1: um primeiro, correspondente ao direito a obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento¹⁷⁷²; e um segundo, na hipótese de o primeiro se entender, correspondente ao direito de aceder aos seus dados pessoais e às categorias de informações determinadas no elenco das alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD. Também nos termos do artigo 15.º, n.ºs 3 e 4 do RGPD será possível a identificação de um terceiro direito: o direito de obter cópia dos dados.

O direito de acesso *stricto sensu* é determinado em fase posterior à confirmação do tratamento de dados, compreendendo quer o acesso aos dados pessoais do titular, quer o acesso às informações que seguem elencadas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD. Este direito de acesso deixa-se caracterizar por um vasto âmbito de aplicação. Tal resulta, desde logo, daquela que é a determinação da letra de lei, esta que não realiza qualquer restrição quanto aos dados pessoais em causa, determinando-os no

¹⁷⁷¹ A exclusão do direito de retificação, consagrado no artigo 16.º do RGPD, deve-se, sobretudo, à consideração daquele que se entende ser o interesse da empresa em relação à detenção de dados pessoais atualizados.

¹⁷⁷² A respeito da primeira concretização – a de confirmação de tratamento –, note-se que a mesma abrange todo o tipo de informações respeitantes ao titular e que, ainda que se possa, numa primeira análise, desconsiderar a possibilidade da sua interação com os segredos de negócio, a verdade é que a mesma poderá existir. Veja-se, *e.g.*, a situação em que o segredo de negócio corresponde, em si mesmo, à existência de um processamento de dados.

sentido de corresponderem aos “dados pessoais que lhe digam respeito [ao titular dos dados]”¹⁷⁷³. Na verdade, e contrariamente ao que se entende em relação a outras disposições – como o artigo 20.º, n.º 1 do RGPD, a respeito do direito à portabilidade de dados –, tal referência deverá ser entendida como introduzida de forma intencional e, por isso, considerando o conceito de dados pessoais na sua maior amplitude¹⁷⁷⁴.

A par do direito de acesso, encontramos ainda um direito de informação relativo¹⁷⁷⁵, pelo qual se exige ao responsável do tratamento o fornecimento das informações categorizadas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD: as finalidades do tratamento dos dados (alínea a)); as categorias de dados pessoais (alínea b)); os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados (alínea c)); o prazo de conservação dos dados pessoais e respetivos critérios (alínea d)); os direitos do titular dos dados (alíneas e) e f)); a origem dos dados (alínea g)); e a existência de decisões automatizadas, incluindo definição de perfis (alínea h)).

A seu respeito, note-se que não se nega que em causa esteja um elenco de informações que facilmente poderão ser equacionadas numa situação de interação com os segredos de negócio – em especial, as informações acerca das finalidades do tratamento dos dados e as categorias dos dados em questão, bem como as informações sobre a origem dos dados não recolhidos junto do titular¹⁷⁷⁶. Contudo, a nossa atenção estará colocada na alínea h) do n.º 1 do artigo *suprarreferido*, por consideração daquela que é a sua especial relevância na Internet das coisas e a sua intensidade de interação com os segredos de negócio.

Assim sendo, é nos termos desta alínea que é determinado ao responsável pelo tratamento de dados o encargo de informar o titular dos mesmos acerca da existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, nos termos do artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, assim como, pelo menos nesses casos, daquela que é a lógica subjacente, a importância e as consequências previstas para o respetivo tratamento. Em causa estão, evidentemente, duas concretizações: uma primeira, a respeito da existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, e uma segunda, que importa o fornecimento de informações relativas à lógica, importância e consequências do

¹⁷⁷³ “(...) por exemplo os dados dos registos médicos com informações como diagnósticos, resultados de exames, avaliações dos médicos e quaisquer intervenções ou tratamentos realizados”. Considerando 63, § 2, do RGPD.

¹⁷⁷⁴ A este respeito, Palmela Fidalgo, 2019, pp. 109 ss. e pp. 263 e 264, defende que, não fosse esta a interpretação em causa, não se seria possível ao titular dos dados o exercício dos seus direitos e, consequentemente, a obtenção da tutela devida.

¹⁷⁷⁵ Designação de Menezes Cordeiro, 2018, p. 265.

¹⁷⁷⁶ Veja-se, *e.g.*, o segredo de negócio poderá ser a própria finalidade, categoria e até a origem dos dados que são processados e recolhidos e, nesse sentido, colidir com o exercício deste direito.

tratamento, comumente identificadas no âmbito do exercício do direito à explicação, direito cuja existência muitas vezes se vê questionada.

3.1.1. A existência de decisões automatizadas e da definição de perfis

A respeito da primeira concretização – a de ser informado da existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis –, foi opção do legislador concretizar a sua definição nos termos do artigo 22.º, n.ºs 1 e 4 do RGPD. Tal referência expressa aos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 22.º, por exclusão das demais disposições que compõem o referido artigo, conduziu parte da doutrina à conclusão de que o âmbito de aplicação deste direito de acesso se encontra limitado às decisões automatizadas tipificadas nessas disposições e, por isso, numa versão mais reduzida daquela que é a amplitude que uma outra parte da doutrina defende¹⁷⁷⁷. Nesta questão, a nossa posição segue a última interpretação e, portanto, aquela pela qual se considera que tais condições – do artigo 22.º, n.ºs 1 e 4 do RGPD – se admitem unicamente como um limiar mínimo do âmbito de aplicação do direito em consideração, tal como é indicado pela letra da lei, naquela que é a referência a “pelo menos nesses casos”.

Naquele que será, então, o mínimo exigível para aplicação do direito em consideração, o artigo 22.º, n.º 1 do RGPD indica-nos a existência de dois critérios fundamentais: (a) que em causa esteja uma “decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado”; e (b) que a mesma produza efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou que “o afete significativamente de forma similar”.

a) “Decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado”

Em causa está, note-se, não a proibição de sujeição a qualquer decisão tomada com base no tratamento automatizado, mas antes aquela que seja realizada *exclusivamente* dessa forma.

O critério de determinação é, pois, aquele que atende a um determinado grau de intervenção humana¹⁷⁷⁸, este que o GT 29 defende que não deverá ser meramente formal, devendo, antes, fazer-se acompanhar de um cariz substantivo. Entende, pois, que “o responsável pelo tratamento tem de garantir que qualquer supervisão da decisão seja relevante, e não um mero gesto simbólico”¹⁷⁷⁹. Nesse sentido, se a intervenção humana

¹⁷⁷⁷ A favor de uma interpretação mais restrita, *vide* Wachter *et al.*, 2017, pp. 79 ss. E a respeito de uma interpretação mais ampla, *vide* Araci, 2019, pp. 6 ss.

¹⁷⁷⁸ Note-se que este direito de não ser sujeito a decisões exclusivamente automatizadas encontra situações de exceção, determinadas nos termos do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD.

¹⁷⁷⁹ Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 23.

não for mais do que um passo procedimental sem efeitos significativos, então a decisão em causa deverá ser considerada como exclusivamente automatizada¹⁷⁸⁰.

b) Efeitos jurídicos ou similares

Resulta da letra da lei que as decisões automatizadas poderão ser proibidas pelo titular dos dados pessoais quando produzam consequências que se traduzam em “efeitos na sua esfera jurídica” ou quando afetem “significativamente de forma similar”.

Ora, a respeito da existência de uma decisão que produza efeitos jurídicos, é exemplificado pelo GT 29 que em causa poderão estar efeitos que resultem “na rescisão de um contrato, na atribuição ou recusa de uma prestação social, como o abono de família ou subsídio de habitação; e, ainda, na recusa de admissão num país ou no indeferimento de um pedido de aquisição de nacionalidade”¹⁷⁸¹. Já a respeito da segunda variante, à qual se associa um carácter significativo e similar, entende-se que, ainda que a decisão em causa não tenha sido criadora de tais efeitos jurídicos – isto é, que não resulte na interferência com os direitos ou obrigações legais do titular dos dados –, deverá ser suscetível de “afetar significativamente as circunstâncias, o comportamento ou as escolhas das pessoas em causa; ter impacto prolongado ou permanente no titular dos dados; ou, nos casos mais extremos, dar origem a uma exclusão ou discriminação das pessoas”¹⁷⁸².

3.1.2. O direito à explicação

A alínea h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD determina que, para além do dever de informação relativo à existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, caberá, ainda, e *pelo menos nesses casos*, a prestação de “informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”. Em causa estará, pois, um dever de informação por parte do responsável pelo tratamento de dados, que se traduz num *direito à explicação* na esfera jurídica do titular desses mesmos dados.

Note-se que, em bom rigor, não se entende um direito expressamente previsto como tal, e que é com base nesta sua *não-previsão* que é vivamente questionada pela doutrina a sua consideração como tal – isto é, se existe efetivamente um direito à explicação na esfera jurídica do titular dos dados pessoais. A este respeito, Goodman e Flaxman entendem a sua existência, justificando-o e enquadrando-o nos vários direitos de informação, consagrados nos termos dos artigos 13.º a 14.º do RGPD¹⁷⁸³. Também em

¹⁷⁸⁰ Brkan, 2019, p. 9.

¹⁷⁸¹ Brkan, 2019, p. 9.

¹⁷⁸² Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 24.

¹⁷⁸³ Goodman & Flaxman, 2017, p. 6.

sentido de confirmar a sua existência, Edwards e Veale partem desse pressuposto, criticando a sua falta de eficácia na correção das desigualdades informacionais e do carácter discriminatório associado aos algoritmos¹⁷⁸⁴. Já Wachter *et al.* esclarecem que, nesta matéria, o RGPD apenas exige uma explicação *ex ante* acerca do funcionamento do sistema, e não uma explicação *ex post* acerca das razões que justificam a decisão tomada¹⁷⁸⁵. Ainda sobre este conteúdo de informações a serem prestadas, Mendoza e Bygrave entendem que tudo dependerá do momento em que a informação é pedida, sugerindo, inclusive, que um direito de explicação *ex post* não poderá ser de equacionar, contando com a já existência, para tal, de um direito de oposição (artigo 21.º do RGPD)¹⁷⁸⁶.

Não obstante a discussão, a previsão é, ainda assim, a de que o titular dos dados seja esclarecido sobre as questões técnicas, tal como evidenciado por Menezes Cordeiro¹⁷⁸⁷. Dentro desta prestação de informações, há ainda quem a entenda como alvo de significativas críticas – a saber, em causa estará um direito que haverá de ceder perante os direitos de propriedade intelectual e os segredos de negócio e que, simultaneamente, se apresenta com alguma dificuldade de compreensão por parte daquele que é o homem-médio, titular de dados pessoais, tendo em conta a sua falta de formação ou de conhecimentos especiais relativamente à informação que é exigida por este direito¹⁷⁸⁸.

Em especial, e no que concerne à nossa temática, a cedência deste direito de explicação perante os segredos de negócio é, de facto, fulcral para a proteção destes últimos. Trata-se, pois, de um direito que se traduz, quando aplicável, na divulgação de informações que, compreendendo os requisitos de segredo de negócio, poderão comprometer a sua proteção. Contudo, e independentemente desta cedência confiada pela doutrina, importará determinar qual o limiar de *informações úteis* que são exigíveis por via desta alínea h), a fim de identificarmos o seu ponto de conexão com os segredos de negócio.

Assim, e numa primeira fase de análise, caber-nos-á constatar que a razão de tal exigência se prende, de facto, com os objetivos do próprio direito de acesso – isto é, procura-se que o titular dos dados pessoais seja capaz de perceber de que modo é garantida a transparência no tratamento dos seus dados pessoais¹⁷⁸⁹ e que,

¹⁷⁸⁴ Edwards & Veale, 2017, pp. 19 ss.

¹⁷⁸⁵ Wachter *et al.*, 2017, pp. 15 e 16.

¹⁷⁸⁶ Mendoza & Bygrave, 2017, pp. 15 e 16.

¹⁷⁸⁷ Menezes Cordeiro, 2018, p. 267.

¹⁷⁸⁸ *Idem*, p. 268.

¹⁷⁸⁹ O designado princípio da transparência que, nas palavras de Menezes Cordeiro, “atravessa, horizontalmente, todo o processo de tratamento de dados” e que se determina, desde logo, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD. Menezes Cordeiro, 2020, p. 154.

consequentemente, seja capaz de, pelo exercício deste direito, detetar qualquer efeito intrusivo na tomada de decisão¹⁷⁹⁰.

Num segundo momento, importará entender o mecanismo das decisões automatizadas em si mesmo e, em especial, aqueles que são os seus componentes. A este respeito, sabe-se que as decisões automatizadas são tomadas com base num sistema que se divide em três fases distintas: uma primeira, de recolha de dados; uma segunda, de estruturação do modelo; e uma terceira, de implementação¹⁷⁹¹. A primeira fase compreende a construção daquela que será a *training database*¹⁷⁹², à qual se aplicará a decisão automatizada¹⁷⁹³. A segunda fase, por sua vez, corresponderá à determinação daquelas que são as *features*¹⁷⁹⁴ aplicáveis à referida base de dados que darão origem à criação de *labels*¹⁷⁹⁵, extraídas dos resultados obtidos por estas primeiras¹⁷⁹⁶. E, por fim, a última fase mais não será do que a aplicação da decisão automatizada e, por conseguinte, a sujeição do titular dos dados pessoais à mesma¹⁷⁹⁷.

Por corresponderem a informações capazes de explicarem a lógica subjacente da decisão automatizada, será de entender o algoritmo, o conjunto dos dados recolhidos, e as *features*, *weights* e *labels*¹⁷⁹⁸ como informações que caberão na definição de *informações úteis*¹⁷⁹⁹. Estas serão informações que, naturalmente, poderão caber na proteção dos segredos de negócio, pelo que importará atender à regulação de tal interação.

3.1.3. A interação entre os segredos de negócio e o direito de acesso

O Considerando 63, que se dedica ao esclarecimento do direito de acesso, determina que este direito “não deverá prejudicar os direitos ou liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o *software*”. Contudo, “essas considerações não deverão resultar na recusa de prestação de todas as informações ao titular dos dados”.

Tal determinação conduz-nos à consideração de dois aspetos relevantes. Um primeiro será, desde logo, o facto de tal cedência do direito de acesso para com os direitos

¹⁷⁹⁰ O Considerando 71 do RGPD determina como possíveis efeitos intrusivos os “efeitos discriminatórios contra pessoas singulares em razão da sua origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical, estado genético ou de saúde ou orientação sexual.

¹⁷⁹¹ De Laat P., 2018, pp. 530 ss.

¹⁷⁹² Expressão inglesa para base de dados.

¹⁷⁹³ *Idem*, pp. 530 e 531.

¹⁷⁹⁴ Expressão inglesa para seleção de características.

¹⁷⁹⁵ Expressão inglesa para etiquetas.

¹⁷⁹⁶ *Idem*, pp. 531-533.

¹⁷⁹⁷ *Idem*, pp. 533.

¹⁷⁹⁸ Designações em inglês que, na língua portuguesa, corresponderão, respetivamente, a seleção de características, medidas e etiquetas.

¹⁷⁹⁹ Araci, 2019, pp. 11 ss.

de propriedade intelectual e os segredos de negócio operar, fundamentalmente, por via da limitação do escopo das *informações úteis* – isto é, sempre caberá aos responsáveis pelo tratamento a possibilidade de reter *alguns* dados, com base na proteção que lhes é concedida pelos direitos de propriedade intelectual ou pelos segredos de negócio, restringindo, assim, a amplitude de informações que poderiam estar em causa. Na verdade, tal cedência é igualmente assegurada por via do artigo 15.º, n.º 4 do RGPD, quando considerado o entendimento da maioria da doutrina de que, embora este preceito determine a sua aplicabilidade ao seu n.º 3, este se haverá de aplicar igualmente ao n.º 1¹⁸⁰⁰. Assim o sendo, o direito de acesso aos dados pessoais, em especial, por via da alínea h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD, “não prejudica os direitos e as liberdades de terceiros”, ressaltando-se, assim, a posição do responsável pelo tratamento dos dados, titular de direitos de propriedade intelectual ou detentor de segredos de negócio, assim como de qualquer terceira parte que se encontre na mesma situação.

Um segundo fator será, naturalmente, a segunda vertente do exposto no Considerando 63 e, portanto, a consideração de que a proteção dos direitos de propriedade intelectual e, em especial, dos segredos de negócio não se entende absoluta. Na verdade, é determinado que em causa não poderá estar uma recusa de prestação de *todas* as informações ao titular – isto é, a proteção dos segredos de negócio não poderá privar o titular dos dados de ser informado sobre a lógica das decisões automatizadas. Contudo, se atendermos àquela que é função do direito de acesso, entenderemos igualmente que, muito embora a recusa da *totalidade* seja, de facto, um limiar que a proteção dos segredos de negócio não poderá avançar; a verdade é que, ainda assim, será sempre possível estabelecer um conjunto de informações que, caídas fora do âmbito de proteção dos segredos de negócio, cumpram a função do direito em causa, por forma a que sejam divulgadas ao titular dos dados pessoais, por exercício do direito de acesso, sem que, para tal, se traduzam numa necessária divulgação de segredos de negócio.

3.2. Os segredos de negócio e o direito de portabilidade dos dados pessoais

O direito de portabilidade dos dados encontra-se previsto no artigo 20.º do RGPD, decompondo-se, nos termos do seu n.º 1, em dois direitos: o direito de receber os seus dados pessoais, que em muito se poderá traduzir no direito de cópia¹⁸⁰¹; e o direito de transmitir os seus dados pessoais para outro responsável, já no sentido próprio do direito de portabilidade dos dados.

¹⁸⁰⁰ Menezes Cordeiro, 2018, p. 179, nota de rodapé 46.

¹⁸⁰¹ Para efeitos da presente análise, atenderemos apenas ao direito de transmissão direta entre os responsáveis pelo tratamento dos dados, conquanto que o direito a obter cópia dos dados pessoais se traduz numa “reaquisição dos mesmos pelo titular” – Palmela Fidalgo, 2019, p. 103.

O exercício deste direito poderá facilmente traduzir-se num caso de interação com os segredos de negócio – veja-se, *e.g.*, o pedido de transmissão dos dados pessoais de uma operadora telefónica para uma outra concorrente, caso em que tal informação poderá compreender-se nos termos da proteção dos segredos de negócio. Esta é, pois, uma hipótese já reconhecida por Palmela Fidalgo, que entende que “a transmissão direta dos dados poderá implicar, por vezes, a divulgação de informação valiosa e protegida, eventualmente, pelo regime dos segredos comerciais”¹⁸⁰².

3.2.1. A transmissão direta dos dados pessoais

Como já referido, o titular dos dados pessoais não tem direito apenas à cópia dos mesmos, mas também à transferência direta destes para um outro responsável pelo tratamento. Esta transmissão é, contudo, limitada à condição de ser *tecnicamente possível*, tal como se retira da letra do artigo 20.º, n.º 2 do RGPD.

Tal exigência é introduzida por um conceito indeterminado e entendida por alguns autores como sendo um dos pontos fracos do direito à portabilidade de dados pessoais¹⁸⁰³. Ainda assim, tem-se entendido que o preenchimento deste conceito indeterminado deverá ser efetuado no sentido de não haver uma compressão total do direito em causa por mera adversidade na transmissão direta dos dados¹⁸⁰⁴. Com efeito, deverá o responsável pelo tratamento ser capaz de provar a dificuldade técnica para a operação de transmissão e sujeitar-se a uma avaliação objetiva do estado da técnica¹⁸⁰⁵. A admissibilidade da sua recusa caberá, por isso, e *a contrario*, nos casos em que a transmissão se admita *impossível* ou demasiado onerosa para o responsável pelo tratamento dos dados pessoais¹⁸⁰⁶⁻¹⁸⁰⁷.

3.2.2. Os requisitos do artigo 20.º do RGPD

Ainda que não se encontre expressamente prevista no artigo 20.º, n.º 2 do RGPD a sujeição do direito de transmissão direta aos requisitos do artigo 20.º, n.º 1, é entendimento assente que o mesmo se subordina a tais requisitos¹⁸⁰⁸, razão pela qual importará a sua consideração.

Assim, o pedido deverá ser realizado relativamente a (a) dados pessoais que o titular dos mesmos tenha fornecido ao responsável pelo seu tratamento, dados estes que

¹⁸⁰² Palmela Fidalgo, 2019, p. 107.

¹⁸⁰³ Sousa Pinheiro *et al.*, 2018, p. 377.

¹⁸⁰⁴ No sentido de ter de fazer prova, *vide* European Banking Federation, 2017, p. 4.; e Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, pp. 17 e ss.

¹⁸⁰⁵ Palmela Fidalgo, 2019, p. 107.

¹⁸⁰⁶ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 17.

¹⁸⁰⁷ Situação que deverá ser reportada ao titular dos dados (artigo 12.º, n.º 4 do RGPD).

¹⁸⁰⁸ Palmela Fidalgo, 2019, p. 109.

deverão ser (b) entregues num “formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática”, conquanto (c) o fundamento do seu tratamento, que deverá ser automatizado, seja o consentimento do titular dos dados, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a) ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), ou um contrato, como referido no artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD.

a) “Dados pessoais fornecidos pelo titular”

No que concerne ao primeiro requisito, a letra do n.º 1 do artigo 20.º do RGPD determina que os dados a serem transmitidos pelo responsável do tratamento, no exercício deste direito, deverão ser os “os dados pessoais que lhe [ao titular dos dados] digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento”. Tal previsão, que deveria permitir a identificação do conteúdo do direito de portabilidade, encontra, contudo, importantes dúvidas interpretativas¹⁸⁰⁹. Com efeito, Graeff, Husovec e Purtova equacionam três interpretações acerca da determinação do objeto do direito de portabilidade¹⁸¹⁰: uma primeira, mais restrita, que se basta em todos os dados voluntária ou ativamente disponibilizados pelo sujeito – na qual se inclui, *e.g.*, o preenchimento de formulários ou a resposta a questionários; uma segunda, mais ampla, que inclui todos os dados processados pelo responsável pelo tratamento dos dados com base no consentimento ou na execução de um contrato; e uma terceira, a meio caminho entre a primeira e a segunda, defendida pelo GT 29, que entende, para além do determinado pela primeira, os dados transferidos de forma passiva ou observados pelo uso de equipamento ou pelo servidor do responsável do tratamento dos dados¹⁸¹¹.

A este respeito, importa que se atente, desde logo, à letra do artigo 20.º, n.º 1, a respeito do direito à portabilidade dos dados pessoais, por comparação com a letra do artigo 15.º, n.º 1, já a respeito do direito de acesso do titular dos dados. Desta contraposição resulta que o direito de acesso abrange os dados que digam respeito ao titular, ao passo que o direito de portabilidade abrange os dados que digam respeito ao titular “e que [este] tenha fornecido a um responsável pelo tratamento”. Tal escolha de redação, que determina o âmbito de aplicação de cada um destes direitos, havendo-se distinta, não deverá ser, pelo menos a nosso ver, coincidente. Daí que se possa concluir por uma interpretação de maior proximidade com o que é retirado do texto normativo – uma interpretação restrita, que toma apenas em consideração os dados que, de facto, são fornecidos pelo titular dos dados ao responsável pelo tratamento.

¹⁸⁰⁹ Menezes Cordeiro, 2020, p. 293.

¹⁸¹⁰ Graeff, Husovec & Purtova, 2018, pp. 1372 ss.

¹⁸¹¹ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 10.

É precisamente em razão desta distinção entre os dados pessoais que são mobilizados no exercício destes direitos que importa dar uma especial atenção àquela que é a delimitação dos dados pessoais a serem transmitidos pelo direito de portabilidade.

Desta feita, é importante saber que, quando atendemos àquela que é a fonte de produção dos dados pessoais, estes podem ser *recebidos*, *observados*, *derivados* ou *inferidos*¹⁸¹². Os *dados recebidos* são definidos como sendo os dados originados por ações diretas por parte de um indivíduo de forma consciente no momento da sua criação¹⁸¹³. Já os *dados observados* são entendidos como os dados que são observados por outros e registados num formato digital – quer aquando do momento da sua criação, quer quando transmitidos a um servidor digital para a sua observação¹⁸¹⁴. Por sua vez, os *dados derivados* são os dados que, sendo criados através de outros, acabam eles próprios por se tornar em novos elementos de dados relacionados com um indivíduo. Trata-se de dados que são criados pela aplicação de uma base matemática que visa a deteção de padrões e a criação de classificações¹⁸¹⁵. Por fim, quanto aos *dados inferidos*, estes são considerados como o produto de um procedimento analítico sediado na probabilidade – são, pois, o resultado da deteção de correlações que são usadas para criar previsões comportamentais que podem ser usadas para categorizar indivíduos¹⁸¹⁶.

Agrupando os dados recebidos e os dados observados, por separação dos inferidos e previstos, a grande diferença entre estes grupos de dados pessoais é o facto de os primeiros – os recebidos e observados – serem obtidos diretamente do titular dos dados, em contraposição com os segundos – inferidos e previstos –, que são produzidos pelas empresas¹⁸¹⁷. Com efeito, e adotando uma visão mais restrita do conceito de dados pessoais fornecidos pelo titular, será de entender que “os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento” corresponderão aos dados recebidos e aos dados observados, por exclusão dos dados derivados e inferidos,

¹⁸¹² Tal como resulta da *roundtable* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) que tomou lugar em 2014. OECD – Grupo de Trabalho na Segurança e Privacidade da Economia Digital, 2014, p. 5.

¹⁸¹³ Incluem-se como exemplos os “dados iniciados” (os dados fornecidos por indivíduos no pedido de empréstimo), os “dados transacionais” (os dados criados aquando da compra de um produto com cartão de crédito) ou os “dados publicados” (os dados partilhados numa rede social) – *Idem*.

¹⁸¹⁴ Incluem-se como exemplos os dados com origem nas cookies, os dados gerados por sensores e dados criados, de forma passiva, pela via observacional: a saber, os dados capturados por câmaras, combinados com reconhecimento facial – *Idem*.

¹⁸¹⁵ Incluem-se como exemplos os dados computacionais, como o cálculo dos lucros resultantes de um consumidor com base na razão entre o número de visitas e os itens comprados pelo mesmo, e os dados notacionais, como a deteção de atributos comuns entre os consumidores que geram mais lucro, que são usados para classificar potenciais consumidores – *Idem*.

¹⁸¹⁶ Incluem-se como exemplos os dados estatísticos, criados por pontuações do risco de crédito, por exemplo; ou os dados analíticos avançados, criados por consideração probabilística e analítica de um conjunto de dados médicos – *Idem*.

¹⁸¹⁷ De Hert *et al.*, 2018, p. 7.

conquanto estes primeiros sejam, efetivamente, os únicos dados com origem direta e voluntária no titular dos dados.

b) Formatação dos dados e meios automatizados

No que concerne ao segundo requisito, e, portanto, às exigências de formatação, exige-se do responsável pelo tratamento que a entrega dos dados pessoais ao respetivo titular seja realizada “num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática”.

Por forma a preencher o formato *estruturado*, “os dados devem ser arrumados através de um processo ou metodologia, mesmo que pouco elaborado”¹⁸¹⁸, por oposição à desorganização e aleatoriedade. A fim de cumprir o requisito do *uso corrente*, importa que em causa esteja um formato atendente às práticas do mercado, isto é, “deve ser um formato conhecido e dominado pelo destinatário médio”¹⁸¹⁹. E, por fim, deve entender-se o formato de *leitura automática* no sentido em que “os dados têm de ser consultáveis em sistemas de operação, necessariamente comuns”¹⁸²⁰, por imposição do uso corrente. Não bastando, é ainda indicado pelo Considerando 68, que interpreta o artigo 20.º do RGPD, que “a portabilidade dos dados deve, sempre que possível, ter lugar em formato aberto”, determinando como característica essencial, quando concretizável, a necessidade de os dados serem fornecidos em formatos abertos, acessíveis em vários sistemas operativos.

Já a respeito do requisito dos *meios automatizados*, determinado nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do RGPD, entendemos a exclusão da aplicação do direito de portabilidade dos dados ao tratamento de dados pessoais que seja realizado em formato de papel, importando apenas a sua aplicação aos dados cujo tratamento é realizado através de sistemas computadorizados, com especial relevância nas plataformas online¹⁸²¹.

c) Fundamento de licitude do tratamento dos dados

A respeito do terceiro requisito, determina-se que em causa esteja um tratamento de dados que encontre o seu fundamento no consentimento do titular (artigo 6.º, n.º 1, alínea a) ou artigo 9.º, n.º 2, alínea a)), ou que seja necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para a realização de diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados (artigo 6.º, n.º 1, alínea b)).

Do exposto resulta, pois, que o responsável de tratamento de dados poderá conseguir proteger o segredo de negócio sempre que o pedido de portabilidade seja

¹⁸¹⁸ Menezes Cordeiro, 2020, p. 294.

¹⁸¹⁹ Idem, p. 294.

¹⁸²⁰ Idem, p. 294.

¹⁸²¹ Menezes Cordeiro, 2021, p. 209.

realizado em relação a dados fornecidos pelo titular, cujo tratamento encontre fundamento nos demais fundamentos, que não os referidos¹⁸²². Assim o sendo, e *a contrario*, entende-se que a recusa é admissível para o tratamento de dados que admite a sua licitude no cumprimento de uma obrigação jurídica, na defesa de interesses vitais para o titular dos dados ou para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável do tratamento – alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD.

Tal limitação ao exercício do direito de portabilidade é, de facto, compreensível – prende-se, sobretudo, com a sua razão de ser e, por isso, com aqueles que são os interesses do próprio titular dos dados ou de em causa estar o tratamento de dados que se justifique em razões de interesse público¹⁸²³.

3.2.3. A interação entre os segredos de negócio e o direito à portabilidade dos dados

Acerca da eventual interação entre os segredos de negócio e os direitos de proteção de dados, em especial naquela que é a segunda dimensão do direito à portabilidade dos dados pessoais – o direito à transmissão direta –, importaria, de facto, que se atentasse aos termos do Considerando 68, dedicado à interpretação, não fosse a sua falta de contributos conduzir-nos à aplicação analógica do Considerando 63, homónimo para o direito de acesso¹⁸²⁴.

Assim, e por aplicação deste Considerando, será de entender que o exercício do direito de portabilidade de dados “não deverá prejudicar os direitos ou liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o *software*”, conquanto tais “considerações não deverão resultar na recusa de prestação de todas as informações ao titular dos dados”. A este respeito, o esclarecimento prestado pelo GT 29, que reitera o postulado, por citação do mesmo¹⁸²⁵, acresce na interpretação pela qual determina que “um potencial risco empresarial não pode, por si só, servir de fundamento para recusar o pedido de portabilidade”, reconhecendo no responsável pelo tratamento a capacidade para exercício do direito de portabilidade do titular dos dados “através de um método que acautele a divulgação de informações abrangidas pelo segredo comercial ou por direitos de propriedade intelectual”¹⁸²⁶.

¹⁸²² Declara o Considerando 68, §4 que “Não deverá ser aplicável se o tratamento se basear num fundamento jurídico que não seja o consentimento ou um contrato”.

¹⁸²³ Palmela Fidalgo, 2019, p. 115.

¹⁸²⁴ Neste sentido, *Idem*, p. 121.

¹⁸²⁵ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 14.

¹⁸²⁶ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, p. 14.

Não obstante a inexistência de esclarecimento suficiente para que se conclua solidamente num determinado sentido, cabem-nos, ainda assim, algumas importantes conclusões. Uma delas será, desde logo, a particularidade da definição do conceito de dados pessoais que se admite no âmbito do exercício do presente direito. Com efeito, e por consideração daquelas que foram as conclusões a respeito do valor comercial dos dados pessoais¹⁸²⁷, será de entender que em causa estará apenas a transmissão dos dados de *primeira geração*, por exclusão dos dados pessoais processados e agregados. De facto, se assim não fosse, a obrigação de divulgação dos dados processados a uma empresa concorrente sempre haveria de se traduzir na perda da vantagem concorrencial do segredo de negócio¹⁸²⁸, razão pela qual “[q]uando estejam em causa segredos comerciais, a informação transmitida ao titular deverá ser disponibilizada em bruto, extirpada de qualquer outro tipo de informação que seja considerada como segredo de negócio”¹⁸²⁹.

Ainda assim, será de atentar naquela que poderá ser uma eventual via de escape para o responsável do tratamento dos dados pessoais à obrigatoriedade de transmissão dos mesmos. Ora, conquanto o segredo de negócio caiba nos dados derivados e inferidos, será evidente que o seu interesse pelos dados recolhidos e observados tenderá a ser de menor intensidade, senão mesmo diminuto, logo que estes sirvam os seus propósitos de extração e criação de novos dados pessoais. Com efeito, poderá optar pela eliminação dos mesmos e, desta forma, evitar que a sua base de dados pessoais seja transferida para uma empresa concorrente, afastando desta a possibilidade de recurso à engenharia inversa¹⁸³⁰.

Também as limitações ao seu exercício, impostas pelo fundamento da sua licitude, e até pela condição de se admitir *tecnicamente possível*, permitem que o responsável pelo tratamento dos dados salvguarde o eventual segredo de negócio que deseja proteger.

¹⁸²⁷ Ponto 2.2. da presente dissertação.

¹⁸²⁸ Malgieri, 2016, p. 14.

¹⁸²⁹ Palmela Fidalgo, 2019, p. 129.

¹⁸³⁰ Radón, 2016, pp. 44 ss.

4. Conclusões

Em sede preliminar, importará referir que, não obstante as particularidades das interações entre os segredos de negócio e os direitos de proteção de dados pessoais, a falta de uma regulamentação que devidamente as acautele sempre nos exigirá uma interpretação realizada, predominantemente, caso-a-caso. É de denunciar, pois, a desatualização dos diplomas que regulamentam ambas as disciplinas, esta que se deve, sobretudo, à tendente mudança e evolução tecnológica a que se sujeitam os seus campos de aplicação¹⁸³¹.

A par revelará ainda a nota de que, ainda que o estudo seja traçado na ótica de quem procura a proteção das informações protegidas como segredos de negócio e, por isso, num sentido de escape, é irrefutável a valiosa importância das elevadas paredes de proteção que cercam os dados pessoais e a necessidade das mesmas na tutela dos direitos dos titulares destes. A balança é, pois, tendente para a sua proteção, factualidade que evidentemente compreendemos e reconhecemos como devida.

Ainda assim, é de assinalar algumas particularidades das interações analisadas.

Com efeito, e no que concerne à interação dos segredos de negócio com o direito de acesso, a presente análise permite-nos concluir no sentido de que a proteção dos segredos de negócio, ao justificar a limitação do escopo da informação útil a ser prestada, permitirá um correto balanço entre os interesses em causa. A chave-mestra para resolução do eventual conflito entre o direito de acesso e a proteção dos segredos de negócio passará pela adoção de uma interpretação que atenda à função e objetivos deste primeiro direito: a transparência que por este é exigida, por fornecimento de informações explicativas, poderá ser alcançada sem que, para tal, haja necessariamente uma obrigação de divulgação de toda e qualquer informação. Caberá, pois, ao responsável pelo tratamento dos dados a divulgação das informações que, de facto, cumpram a função do direito de acesso, retendo aquelas que se compreendem no âmbito de proteção dos segredos de negócio.

Ademais, a especificidade da alínea estudada¹⁸³² – que se deveu, sobretudo, à relevância que lhe reconhecemos *a priori* – permite-nos concluir que, em bom rigor, o nosso estudo incidiu não concretamente sobre a interação dos segredos de negócio com o direito de acesso, mas antes sobre a interação deste com o direito à explicação – aquele que é, de facto, mais invasivo na esfera jurídica do responsável pelo tratamento dos dados pessoais.

No que concerne à interação entre os segredos de negócio e o direito de portabilidade de dados, as conclusões que se retiram são múltiplas. De facto, quer a

¹⁸³¹ Neste sentido, *vide* Drexler, 2017, pp. 257 e ss.

¹⁸³² Alínea h) do n.º 1 do artigo 15.º do RGPD.

restrição do conceito de dados pessoais a que o mesmo se aplica, quer as condições de admissibilidade, relacionadas com a sua concretização técnica e, especialmente, com os fundamentos de licitude que justificam o tratamento dos mesmos, são fatores que, todos combinados, criam um maior espaço de liberdade para que o responsável pelo tratamento de dados resguarde a informação secreta que procura proteger, quer dos agentes económicos que com ele concorrem diretamente, quer do conhecimento geral que o cerca.

É de reconhecer, pois, uma maior flexibilidade do exercício do direito de portabilidade de dados pessoais em relação aos segredos de negócio¹⁸³³, por comparação com o exercício do direito de acesso, que se entende bem menos recetivo à proteção destes últimos. A aplicação do direito de portabilidade a um conceito de dados pessoais mais restrito do que a ampla definição a que se aplica o direito de acesso permite, desde logo, a existência de uma maior filtragem das informações que deverão transitar no exercício deste primeiro, por maior salvaguarda da informação secreta. Também os fundamentos de licitude com que se justifica, por oposição ao direito de acesso, que não se deixa limitar pelas alíneas do artigo 6.º do RGPD, é razão suficiente para que tal transferência de dados seja negada pelo responsável pelo tratamento de dados nas já referidas situações¹⁸³⁴.

Ainda assim, em qualquer um dos casos, sempre relevará como fator determinante aquela que é a definição do conceito de dados pessoais em cada um dos exercícios destes direitos de proteção de dados. O mesmo se determinando para o conceito de segredos de negócio, em especial pela exigibilidade de um valor comercial que derive do seu secretismo¹⁸³⁵. É nesta sede que as maiores questões poderão surgir – veja-se a questão do valor associado à *raw data* e, ainda, já em sede de exercício do direito de confirmação que antecede ao direito de transmissão direta dos dados pessoais, a própria admissibilidade da confirmação como sendo, ela mesma, segredo de negócio.

A concretização do conceito de segredos de negócio e aquele que é o cabimento dos dados pessoais neste haverá de variar conforme a realidade em que se encontre, de maneira que o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deverá, especialmente no exercício do direito de acesso, conhecer o seu negócio – determinar, pois, onde começa e acaba o seu segredo de negócio, identificando qual a informação que, apartando-se deste, ainda assim não se traduza na sua divulgação.

¹⁸³³ Neste sentido, Diega & Sappa, 2020, p. 26.

¹⁸³⁴ Vide ponto 2.1.3.

¹⁸³⁵ Tal como concluído por Palmela Fidalgo, 2019, p. 128, “quanto mais ampla for a noção de dados fornecidos pelo titular e de segredo comercial, mais conflitos surgirão neste âmbito [do exercício do direito de portabilidade de dados]”.

Bibliografia

- ANTUNES, L. (2016). A privacidade no mundo conectado da internet das coisas. *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 2. Lisboa: Comissão Nacional de Proteção de Dados. https://www.cnpd.pt/media/kjspegob/forum_2_af_web_low.pdf.
- APLIN, T. (2008). A right of privacy for corporations? *Intellectual Property and Human Rights*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437008.
- APLIN, T. (2014). Commercialising privacy and privatising the commercial: The difficulties arising from the protection of privacy via breach of confidence. In *Intellectual property, unfair competition and publicity – convergence and development*. Edward Elgar. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621015.
- APLIN, T. (2015). Right to property and trade secrets. In *Research handbook on human rights and intellectual property*. Edward Elgar. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620999.
- ARACI, G. (2019). A quest for fair balance: Testing the right of access against IP rights and trade secrets. Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC) Master Thesis (2018/2019). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3679961.
- BANTERLE, F. (2018). Data ownership in the data economy: A European dilemma. EU Internet Law in the Digital Era. https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/04/EBF_025448E-EBF-Comments-to-the-WP-29-Guidelines_Right-of-data-portabi_.pdf.
- BRKAN, M. (2019). Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making in the framework of the GDPR and beyond. *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, no. 2. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901.
- BRONCKERS, M. & MCNELIS, N. (2012). Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights. *European Intellectual Property Review*, vol. 10. https://www.researchgate.net/publication/256034785_Is_the_EU_Obligated_to_Improve_the_Protection_of_Trade_Secrets_An_Inquiry_into_TRIPS_the_European_Convention_on_Human_Rights_and_the_EU_Charter_of_Fundamental_Rights.
- CALVÃO, F. (2020). Garantia de direitos: A proteção dos dados pessoais perante os desafios tecnológicos. In *Garantia de direitos e regulação: Perspetivas de direito administrativo*. Lisboa: AAFDL Editora. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/32004>.
- CALVÃO, F. (2020). O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a privacidade 40 anos depois. in *Jornadas dos Quarenta Anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, N. (2007). *The TRIPS regime of antitrust and undisclosed information*. Países Baixos: Wolters Kluwer.
- CORDEIRO, A. (2018). Dados pessoais: Conceito, extensão e limites. Universidade de Lisboa. <https://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce/>.
- CORDEIRO, A. (2020). *Direito da proteção de dados – À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. S.l.: Almedina.

- CORDEIRO, A. (2021). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2009*. S.l.: Almedina.
- COSTA, L. (2012). Privacy and the precautionary principle. *Computer Law & Security Review*, vol. 28. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000702.
- DE HERT, P. et al. (2018). The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, 193-203. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3447060.
- DREXL, J. et al. (2016). Data ownership and access to data – Position statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current European debate. Max Planck Institute for Innovation and Competition. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/positionspaper-data-eng-2016_08_16-def.pdf.
- EDWARDS, L. & VEALE, M. (2017). Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for. *Duke Law & Technology Review*, vol. 18. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855.
- EUROPEAN BANKING FEDERATION (2017). Comments to the Working Party 29 guidelines on the right to data portability, EBF_025448E. https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/04/EBF_025448E-EBF-Comments-to-the-WP-29-Guidelines_Right-of-data-portabi_.pdf.
- FIDALGO, V. (2019). O direito à portabilidade de dados pessoais. *Revista de Direito e Tecnologia*, vol. 1, n.º 1. <https://blook.pt/publications/publication/cec4178f8a58/>.
- GOODMAN, B. & FLAXMAN, S. (2017). European Union regulations on algorithmic decision-making and a right to explanation. *AI Magazine*, vol. 38, no. 3. <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>.
- GRAEF, I. (2015). Market definition and market power in data: The case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, no. 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657732.
- GRAEF, I. HUSOVEC, M. & PURTOVA, N. (2018). Data portability and data control: Lessons for an emerging concept in EU law. *German Law Journal*, vol. 19, no. 6. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3071875.
- GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS (2007). Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, 01248/07/PT W136, 2007. https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf.
- GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS (2017). Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (EU) 2016/679, 12/PT WP251rev.01. <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>.
- HRDY, C. (2022). The value in secrecy. *Fordham Law Review*, vol. 91. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3897949.
- LA DIEGA, G. & SAPPA, C. (2020). The Internet of Things at the intersection of data protection and trade secrets. Non-conventional paths to counter data appropriation and empower

- consumers. *European Journal of Consumer Law*, vol. 3. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3772700.
- LAAT, P. (2018). Algorithmic decision-making based on machine learning from big data: Can transparency restore accountability? *Philosophy and Technology*, vol. 31, no. 2. Springer. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s13347-017-0293-z.pdf>.
- LAPOUSTERLE, J. et al. (2016). What protection for trade secrets in the European Union? CEIPI's observations on the proposal for a directive on the protection of undisclosed know-how and business information. *European Intellectual Property Review*, vol. 38, no. 5. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970461.
- MALGIERI, G. (2016). Trade secrets v. personal data: A possible solution for balancing rights. In *International Data Privacy Law*, vol. 6, no. 2. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3002685.
- MALGIERI, G. (2016). Property and (intellectual) ownership of consumers' information: A new taxonomy for personal data. *Privacy in Germany – PinG*, vol. 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916058.
- MARQUES, R. (2008). *Licenças (voluntárias e obrigatórias) de direitos de propriedade industrial*. Coimbra: Almedina.
- MEITINGER, I. & BURRI, M. (2014). The protection of undisclosed information: Commentary of Article 39 TRIPS. In *Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*. The Hague: Kluwer Law International. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2439180.
- MENDOZA, I. & BYGRAVE, L. (2017). The right not to be subject to automated decisions based on profiling. In *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*. Springer. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series no. 2017-20. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855.
- OECD – GRUPO DE TRABALHO NA SEGURANÇA E PRIVACIDADE DA ECONOMIA DIGITAL (2014). Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable – Protecting privacy in a data-driven economy: Taking stock of current thinking. DSTI/ICCP/REG(2014)3. [https://one.oecd.org/document/dsti/iccp/reg\(2014\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/dsti/iccp/reg(2014)3/en/pdf).
- PAÚL, J. (2002). Concorrência desleal e segredos de negócio. In AA.VV., *Direito industrial*, vol. II. S.l.: Almedina.
- PINHEIRO A. et al. (2018). Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. S.l.: Almedina.
- RADÓN, B. (2016). Trade secrets protection for 'big data': Personal data as trade secrets in the European Union. Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC) Master Thesis (2015/2016). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3012525.
- RISH, M. (2010). Trade secret law and information development incentives. In *The law and theory of trade secrecy: A handbook of contemporary research*. Edward Elgar Publishing. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411579.
- ROBERTS, J. (2000). From know-how to slow-how? Questioning the role of information and communication technologies in knowledge transfer. *Technology Analysis & Strategic*

- Management*, vol. 12.
https://www.researchgate.net/publication/233296453_From_Know-How_to_Show-How_Questioning_the_Role_of_Information_and_Communication_Technologies_in_Knowledge_Transfer.
- SILVA, N. (2014). What exactly is a trade secret under the proposed directive? *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 9, no. 11.
http://www.nss.pt/images/_Data/Publicacoes-Artigos/Journal_of_Intellectual_Property_Law_Practice-2014-Sousa_e_Silva-923-32.pdf.
- SILVA, N. (2015). Um retrato do regime dos segredos de negócio. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 223-257. http://www.nss.pt/images/_Data/Publicacoes-Artigos/ROA_Um_retrato_do_regime_portugue%cc%82s_de_Segredos_de_Nego%cc%81cio.pdf.
- SILVA, N. (2018). O segredo do negócio como escudo e como espada. In *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Almedina.
http://www.nss.pt/images/_Data/Publicacoes-Capitulos/versa%cc%83o_leve_Nuno_Sousa_e_Silva_-_S._Nego%cc%81cio_Escudo_e_Espada_Enforcement_Compliance.pdf.
- SILVA, N. (2019). A nova disciplina dos segredos de negócio: Análise e sugestões. *Revista de Direito Intelectual*, vol. 1, pp. 2175 a 2209. http://www.nss.pt/images/_Data/Publicacoes-Artigos/Nuno_Sousa_e_Silva_-_estudos_germano_segredos.pdf.
- SILVA, P. (2020). *Direito industrial. Noções fundamentais*, 2.^a ed. S.l.: Almedina.
- SLOOT, B. (2016). The practical and theoretical problems with ‘balancing’. Delfi, Coty and the redundancy of the human rights framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (pp. 439 ss.).
<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1023263X1602300304>.
- VENTURA, R. (1950). Extinção das relações jurídicas de trabalho. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1-2.
- VICENTE, D. (2018). Proteção do know-how, segredo de negócio e direito intelectual. In D. Moura Vicente (coord.). *Propriedade intelectual: Estudos vários*. S.l.: AAFDL.
- WACHTER, S. et al. (2017). Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903469.

Jurisprudência nacional:

Acórdão do STJ de 26 de fevereiro de 2015, Proc. n.º 1288/05.6TYLSB. Acessível em www.dgsi.pt.

Jurisprudência europeia:

Acórdão do TJUE Google v Spain, Processo C-131/12, de 13.05.2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

Acórdão do TEDH Colas Est e Outros v. França, Proc. N.º 37971/97, de 16.04.2002. <https://www.legal-tools.org/doc/5aefeo/pdf/>.

Ofertas Públicas de Aquisição Obrigatórias:
Uma análise às alterações introduzidas pela Lei n.º 99-A/2021,
de 31 de dezembro

Frederico José Fernandes Ferreira Sousa e Silva

Sob a orientação da Professora
Doutora Daniela Farto Baptista

Agradecimentos

À minha Família e Amigos por tudo.

À Senhora Professora Daniela Baptista pela ajuda e bons conselhos.

Resumo

A presente dissertação visa analisar a oportunidade da revisão ao Cód.VM operada pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, no âmbito das Ofertas Públicas de Aquisição obrigatórias. Neste contexto, assume-se, como objetivo último, descortinar as soluções e inovações constantes do novo normativo, decorrendo daqui a pertinência de uma análise atenta e comparativa que nos permita comentar de forma crítica as alterações introduzidas pela nova lei e ainda, de maneira fundamentada, refletir sobre as figuras e institutos com que nos iremos deparar.

Paralelamente, procedendo a uma apreciação do regime da Aquisição Tendente ao Domínio Total, iremos examinar o impacto das alterações decorrentes da Lei n.º. 99-A/2021 sobre a figura da aquisição potestativa.

Palavras-chave: OPA obrigatória; técnica legislativa de exclusão da obrigatoriedade de lançamento da OPA; direito de *exit*; prémio de controlo; aquisição potestativa.

Abstract

The present dissertation aims to analyse the opportunity of the revision of the Securities Code operated by Law n.º 99-A/2021, of December 31, in the scope of mandatory takeover bids. In this context, the ultimate objective of this dissertation is to unveil the solutions and innovations contained in the new legislation. In this regard, we will present a careful and comparative analysis which will allow us to critically comment on the changes introduced by the new law and to reflect upon the respective figures and institutes in a reasoned manner.

In parallel, proceeding with an appraisal of the Acquisitions regime, we will examine the impact of the alterations arising from Law 99-A/2021 on the figure of compulsory acquisition of shares.

Keywords: Compulsory takeover bid (OPA); legislative techniques to exclude the obligation to launch a takeover bid; company exit rights; control premium; squeeze-out.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Cfr.	Conferir
City Code	City Code on Takeovers and Mergers
CMVM	Comissão do Mercado e dos Valores Mobiliários
Cód.MVM	Código do Mercado dos Valores Mobiliários
Cód.VM	Código dos Valores Mobiliários
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
N.º	Número
N.ºs	Números
OPA	Oferta Pública de Aquisição
OPA's	Ofertas Públicas de Aquisição
P.	Página
Pp.	Páginas
§	Parágrafo
%	Porcentagem
ROC's	Revisores Oficiais de Contas
S.s.	Seguintes
T.C.	Tribunal Constitucional
Vd.	<i>Vide</i> (veja também)
V.g.	<i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
WpÜG.	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz

Índice

1. Introdução	6
2. A imputação dos direitos de voto	7
3. Algumas notas sobre o dever de comunicação	9
4. O regime da oferta obrigatória	10
4.1 O direito de saída dos sócios minoritários	12
4.2 A distribuição do prémio de controlo	14
5. A técnica legislativa de exclusão da obrigatoriedade de lançamento da OPA	17
5.1 Prova negativa do domínio	18
5.2 Derrogações	20
5.3 Suspensão	25
5.4 Substituição	25
6. A contrapartida: análise do artigo 188.º	26
7. A aquisição potestativa anterior ao novo normativo: uma exposição crítica	28
8. A aquisição potestativa conforme o novo normativo	32
Conclusão	35
Bibliografia	36
Anexos	39

1. Introdução

Volvidos mais de 20 anos sobre a entrada em vigor do Cód.VM, e apesar das várias alterações que sobre este incidiram, nomeadamente as respeitantes à transposição de diretivas e adaptação de regulamentos europeus, impunha-se como necessária uma revisão de fundo que continuasse a adensar a postura de simplificação e de harmonização europeia iniciada em 1999. Duas décadas de maturação do Cód.VM permitiram que diferentes temáticas nele previstas tenham sido alvo do teste do tempo e da doutrina.

Assumia-se, assim, também, como mister, o aperfeiçoamento de certas soluções legais para que acompanhassem o desenvolvimento mobiliário presente, coadunando-se com a realidade através de uma atualização do normativo.

A Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, recheada de espírito inovador, vem, no contexto das operações de mercado e não só, introduzir várias alterações, não sendo inusitado considerar que estamos perante um novo Código. No entanto, se algumas destas alterações são bem-vindas e oportunas, outras não o serão tanto, sendo que no âmbito da presente dissertação procuraremos, de maneira crítica e fundamentada, comentar a bondade dos preceitos introduzidos no Cód.VM revisto.

Na nossa exposição pretendemos versar sobre o regime das Ofertas Públicas de Aquisição obrigatórias, através de uma análise profunda e refletiva que compile e comente as modificações introduzidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, sendo que nos cingiremos a este tema – sem prejuízo de aludirmos a outros – motivados pela existência de correlações entre as OPA's obrigatórias e demais instrumentos e institutos jurídicos.

Começaremos, assim, por mencionar o regime da imputação dos direitos de votos, instrumental ao dever de lançamento da OPA, comentando ainda, brevemente, o dever de comunicação das participações qualificadas. Será apresentado, de seguida, o regime das OPA's obrigatórias, dando um especial destaque ao nosso ensaio sobre os seus fundamentos, nomeadamente o direito de *exit* e a repartição do prémio de controlo. Versaremos, também, sobre a técnica legislativa de exclusão da obrigatoriedade de lançamento da OPA, abordando e tecendo considerações críticas sobre os quatros institutos que a compõem, analisando sempre a sua evolução normativa. Finalizaremos a análise ao regime dos artigos 187.º e seguintes com as apreciações devidas sobre a contrapartida atribuída pelo oferente aos destinatários da OPA. Por último, prosseguir-se-á com uma exposição crítica sobre a aquisição potestativa tendente ao domínio total no universo mobiliário, comparando o regime prévio à entrada em vigor da Lei n.º 99-A/2021 com o resultante desta.

Sendo o tema a abordar científico e de grande especificidade, faz sentido que remetamos certas definições e conceitos mais teóricos para obras de base que confirmam essas explicações, permitindo-nos focar no comentário sobre a inovação trazida pela nova lei.

2. A imputação dos direitos de voto

Nas palavras de Carlos Costa Andrade e Miguel Stokes, uma das maiores discussões doutrinárias que pulula no Cód.VM, e certamente continuará, é a relativa ao “alcance da remissão efetuada pelo 187.º/1 do Cód.VM¹, que estabelece os limiares de direitos de voto que implicam a constituição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição – para o artigo 20.º daquele Código”². Será, então, por aqui que iniciaremos a exposição e análise a que nos propomos.

Apesar das mudanças operadas pelo Cód.VM revisto no âmbito das participações qualificadas, com destaque para as da imputação de votos e deveres de comunicação que visaram prosseguir os objetivos de simplificação do regime e uniformização europeia, o regime da imputação de votos presente no art. 20.º mantém, com a reforma operada pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, o método unitário, extremamente próprio e identitário, que o Cód.VM previu³. Nas palavras que se mantêm atuais de Daniela Baptista, trata-se de um “regime unificado de imputação de direitos de voto que se pretende capaz de evitar a ‘irritação’ dos mercados, de clarificar o sentido dos conceitos utilizados e de afastar a desconfiança dos seus destinatários”⁴. Se, no Cód.VM, o art. 20.º era descrito por Carlos Osório de Castro como tendo a finalidade de “imputar ao participante os direitos de voto cujo exercício se considere por ele influenciado ou influenciável”⁵, o código revisto mantém esse espírito e objetivo.

Mantém-se também a solução criada pelo Cód.VM⁶ de a norma do art. 20.º comportar uma lista⁷ de critérios de imputação plurifuncional⁸. Assim, o legislador consagrou no mesmo art. a “imputação de direitos de votos para efeitos de deveres de comunicação e de constituição de dever de lançamento de OPA”⁹.

¹ As normas citadas sem indicação de fonte pertencem ao Código dos Valores Mobiliários. Consoante o contexto e sempre acompanhado de referência, conseguiremos perceber se nos referimos ao Cód.VM aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99 de 13 de novembro ou ao Cód.VM revisto pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro.

² Cfr. Andrade & Stokes, 2021, p. 61.

³ O Cód.VM procedeu a uma sofisticação do regime de imputação de votos, harmonizando-o com as várias Diretivas europeias relevantes, através da consagração no art. 20.º/1, como veremos, de um conjunto unificado de critérios de imputação de direitos de voto, *vd.* BAPTISTA, 2016, p. 149.

⁴ Baptista, 2016, p. 573.

⁵ Castro, 2000, p.167.

⁶ Ao contrário da solução que vigorava no Cód.MVM onde o mecanismo de imputação de direitos de voto para efeitos de informação/comunicação (345.º Cód.MVM) se encontrava separado do mecanismo de imputação para lançamento da OPA obrigatória (528.º Cód.MVM). Nas palavras de Daniela Baptista: “a maior inovação introduzida pelo Cód.VM foi, precisamente, a consagração de um regime unificado de imputação de direitos de voto, que é simultaneamente instrumental ao regime de comunicação de participações qualificadas e ao regime das OPA’s obrigatórias”: Baptista, 2016, p. 149.

⁷ Falamos em lista porque o Cód.VM “consagra um regime unificado de imputação de direitos de voto com uma funcionalidade plural (ou multiplicidade de funções)”: Baptista, 2016, p. 580. Em sentido diverso, referindo-se à dupla funcionalidade dos critérios de imputação, entre outros, *vd.* Costa e Silva, 2007, p. 253; Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 608; e Santos, 2007, p. 357.

⁸ Sendo que é esta imputação plurifuncional que na ótica de Andrade e Stokes leva a que este seja um dos temas mais amplamente discutidos doutrinariamente, *cfr.* Andrade & Stokes, 2021, pp. 61-62.

⁹ Requicha Ferreira, 2014, p. 14.

Aquando da criação da lista de critérios de imputação plurifuncional, este configurava-se como uma solução única quando comparada com os ordenamentos jurídicos congêneres¹⁰, visando aumentar a perceptibilidade do regime por parte dos investidores e a clareza em geral da norma. O regime português também não seguiu a forma estanque pensada pelo legislador europeu, que abordou os deveres de comunicação no âmbito das participações qualificadas na Diretiva¹¹ 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho¹² e o dever de lançamento de OPA na Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho¹³.

Devido ao critério de imputação plurifuncional preferido pelo legislador que se mantém com o Cód.VM revisto, a doutrina maioritária considera que a nossa interpretação terá de atentar ao contexto e funcionalidade da norma em apreço, isto é, seja para efeitos de informação ao mercado, seja para a obrigatoriedade de lançamento da OPA. Dito de maneira mais completa, “a doutrina maioritária parte do pressuposto fundamental de que a norma de imputação é uma norma de natureza transitiva, cujo sentido só se deixa captar em razão das especificidades do caso concreto, para defender a contextualização casuística da aplicação dos critérios de imputação e concluir que não devem ser computados como imputáveis para efeitos dos arts. 187.º e 194.º, por exemplo, todos os votos que o serão para efeitos do art. 16.º”¹⁴. Em sentido contrário, alguns autores, nomeadamente, Daniela Baptista¹⁵, não consideram que a norma do art. 20.º deva ser alvo de uma interpretação diferente caso estejamos perante deveres de informação ou de lançamento de OPA obrigatória, atribuindo à norma um cunho unívoco. No seu entender, “através do recurso à remissão, o legislador evita a repetição da mesma norma e importa-a com o sentido que ela tem no seu instituto de origem, porque reconhece existir analogia entre os casos regulados pela norma chamada”¹⁶. Com este argumento, Daniela Baptista repudia qualquer tentativa interpretativa que resulte em sentidos diferentes a retirar da norma do art. 20.º sob pena de atentar contra a própria remissão imprimida pelo legislador. Acresce o facto de a autora considerar que o risco advindo desta aplicação uniforme da norma, isto é, o de, por vezes, se gerar um dever de lançamento que em circunstâncias interpretativas não teria lugar, é “sistemicamente tolerável”¹⁷, sendo que os expedientes de afastamento da obrigatoriedade de lançamento da oferta acabam por contrabalançar este risco e equilibrar o regime do art. 20.º.

¹⁰ Cfr. Resende, 2007, p. 62.

¹¹ Em bom rigor e em bom português, a expressão a utilizar deveria ser “Diretriz”; no entanto, vamos optar pela expressão mais europeísta: “Diretiva”. A propósito, ver Cordeiro, 2004.

¹² Doravante “Diretiva da Transparência”.

¹³ Doravante “Diretiva das OPA’s”.

¹⁴ Baptista, 2016, p. 583.

¹⁵ Em sentido idêntico, *vd.* Castro, 2021, p. 178 e Câmara, 2000, p. 207. Em sentido contrário, cfr. Ferreira, 2021, p. 306.

¹⁶ Baptista, 2016, p. 587.

¹⁷ Baptista, 2016, p. 588.

No que toca à substância da norma, pouco mudou com as alterações providas da Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, sendo de relevar, a título exemplificativo, o esforço pela clarificação de alguns preceitos, nomeadamente os previstos na alínea b) e f) do número 1 do art. 20.º. O art. 20.º continua, assim, a ser uma medida de expressão da influência acionista numa dada sociedade, pois, como é notório, só se imputam os direitos de voto.

A nossa norma referente à imputação de direitos de voto foi, obviamente, altamente influenciada pelo art. 10.º da Diretiva da Transparência, onde está vertido o quadro comunitário referente a este tema. No entanto, o nosso art. 20.º tem uma personalidade muito própria, merecedora da mais profunda atenção. Na impossibilidade de se fazer uma análise detalhada a cada critério de imputação de direitos de voto, remetemos para as obras de autores que neles se debruçaram com especial atenção, sendo as suas considerações ainda atuais, salvo as devidas adaptações¹⁸.

3. Algumas notas sobre o dever de comunicação

Seria incauto aludir ao regime da imputação dos direitos de votos e não mencionar, nem que de maneira breve, mesmo não se prendendo com o tema que nos propomos desenvolver, o regime da comunicação das participações qualificadas (arts. 16.º e seguintes). Este regime desenvolve-se, à semelhança do de imputação de direitos de voto, a partir da Diretiva da Transparência,¹⁹ que também já foi revista.²⁰

As alterações ao Cód.VM operadas pela Lei n.º 99-A/2021 vieram continuar com a missão de trazer uma maior uniformização normativa europeia, tendo como objetivo consequente o alcance de uma maior clareza e certeza jurídicas. Neste seguimento, o limiar de 2%, que consubstanciava uma *goldplating rule*²¹ presente no art. 16.º, foi eliminado do quadro normativo com a revogação do número 2²². Aplauda-se a extinção do dever de comunicação neste patamar, pois atendendo à realidade global do mercado e ao seu consequente crescimento, tal limiar configurava-se como verdadeiramente anacrónico, ficando agora o limiar de 5% como o primeiro percentual em que se impõe um dever de comunicação.

Outra inovação digna de nota, visível também na revogação do número 2 do art. 16.º operada pelo novo Cód.VM, é a da consagração de uma “regra única aplicável às participações detidas em todos os emitentes relevantes”²³ por contraposição ao antigo regime, em que

¹⁸ *Vd.* Câmara, 2000, pp. 197-268; Baptista, 2016; Santos, 2010; Resende, 2010; Ferreira, 2008, pp. 19-78; Osório de Castro, 2000, pp.162-193; e Andrade & Stokes, 2021, pp. 61-93.

¹⁹ Curiosamente, o legislador português foi além do que exigia a referida Diretiva. Para um entendimento mais completo, ver Osório de Castro, 2000, pp. 162-193.

²⁰ Alterações operadas pela Diretiva 2013/50/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013.

²¹ *Cfr.* <https://www.eesc.europa.eu:> “Goldplating is known as over-regulation when transposing an EU Directive”.

²² *Cfr.* Regime do art. 9.º da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 2004. Assim, com o Cód.VM revisto, os limites percentuais passaram a corresponder aos da diretiva, mantendo a legislação nacional adicionalmente o limiar dos 90% já previsto no Cód.VM.

²³ Sobreira & Andrade, 2022.

coexistiam dois sub-regimes de categorização em que o dever de comunicação de posição qualificada obedecia a limiares percentuais distintos, conforme o tipo de sociedade em causa.

A propósito, ainda, deste regime da comunicação das participações qualificadas e da exigência aplicativa do legislador aquando da transposição da diretiva citada, consegue-se entender o que motivou tal exigência. Assumindo-se a informação como um dos requisitos essenciais para o eficiente funcionamento dos mercados, decorre daqui a prioridade de que o combate à assimetria da mesma continua a beneficiar, sendo que tal deve merecer a mais premente atenção dos reguladores e supervisores. Deste modo, resta-nos sempre louvar quando o legislador reflete estas preocupações no conteúdo normativo produzido.

Deixamos, no entanto, o alerta de que a fronteira entre uma norma que pugna pela difusão da informação no mercado e outra que se revele irrazoavelmente intromissiva é, por vezes, bastante ténue. Daqui, resulta a magnitude que o *goldplating* representa nos espectros legislativos nacionais, assumindo-se como uma externalidade negativa, *lato sensu*, da transposição das diretivas.

4. O regime da oferta obrigatória

As ofertas públicas de aquisição obrigatórias são, sistematicamente, tratadas em local próprio no Título III, Capítulo III, Secção II, separando-se das disposições gerais sobre as OPA's. Além de obrigatória, é também uma OPA de âmbito geral – *all holders rule*²⁴ –, pois a oferta é dirigida a todos os titulares de valores mobiliários da sociedade e, ainda, total – *equal opportunity rule*²⁵ –, tendo a oferta de abranger todos os valores mobiliários.

As alterações trazidas pela Lei n.º 99-A/2021 não atentam contra a sistematização apresentada pelo Cód.VM que, por sua vez, foi inovadora, quebrando com o método de sistematização do Cód.MVM que, muito provavelmente, influenciado pelo britânico City Code (que foi o principal normativo pioneiro do dever de lançamento de OPA²⁶), sistematizava a OPA obrigatória antes da voluntária.

Sendo a obrigatoriedade do lançamento da OPA uma figura relativamente extraordinária, parece-nos acertado qualificar esta matéria como especial em contraposição com as disposições gerais da OPA, tratando-a em local distinto das disposições gerais.

O regime das ofertas obrigatórias tem a difícil missão de equilibrar duas preocupações, por vezes, antagónicas. De um lado, jaz o dever de salvaguardar a posição dos acionistas minoritários²⁷ aquando de uma mudança do controlo societário, sendo que o regime visa

²⁴ Câmara, 2018, p. 626.

²⁵ Câmara, 2018, p. 629.

²⁶ Na impossibilidade de procedermos a uma aprofundada contextualização sobre as ofertas públicas de aquisição remeteremos para os autores que tão bem o fizeram: entre outros, Câmara, 2018, pp. 671 e ss.; Cordeiro, 2019, pp. 359-379; Garcia, 1995, pp. 35 e ss.; Cordeiro, 2011, pp. 930-937; e Requiça Ferreira, 2014, pp. 9-10.

²⁷ A este propósito, *vd.* Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 630.

salvaguardar não só a tutela subjetiva do acionista minoritário (alteração da titularidade do bloco controlador), como também a objetiva (a modificação do perfil de risco do investimento derivado da mudança de controlo). Por outro lado, confrontamo-nos com o dever de não interferir prejudicial e perversamente na atuação do mercado através da imposição de limites para o lançamento do dever da oferta que inibam e firam o mercado de controlo acionista. Assim, reforçando, se por um lado, pesa a preocupação pela salvaguarda dos interesses dos acionistas e consequentemente do próprio mercado, por outro, há uma sensibilidade que tem de ser descortinada e aplicada no que respeita aos limites percentuais constitutivos do dever de lançamento para que estes se revelem munidos de uma adequação e equilíbrio, para que não firam o próprio mercado que se propõem a proteger. Relativamente a este difícil, mas necessário equilíbrio, temos de atender às palavras de Paulo Câmara: “é esta a **grande dificuldade** (negrito nosso) que rodeia a fixação dos limites percentuais constitutivos do dever de lançamento de OPA”²⁸.

O legislador português no Cód.VM seguindo uma mais ou menos homogénea tendência europeia²⁹, estabeleceu um conceito de controlo que tem como consequência o dever de lançamento da OPA³⁰.

Ao analisarmos o regime da oferta obrigatória³¹ (arts. 187.º e seguintes), vamos poder não só analisar e compreender as alterações de que este foi diretamente alvo, como conseguiremos também observar traços identitários da evolução normativa operada pela Lei n.º 99-A/2021, nomeadamente os que se prendem com a simplificação, proteção dos investidores e integridade do mercado, o que, para a nossa análise, assume particular relevância. Nas palavras de Carlos Osório de Castro acerca do regime então em causa, a “construção do nosso legislador mobiliário denota[va] alguma rigidez”³². Ora, é essa própria rigidez, ou pelo menos parte dela, que o Cód.VM revisto vem mitigar, como teremos oportunidade de observar.

Sendo o art. 187.º uma norma que comporta um cunho europeísta, os arts. da Diretiva das OPA’s, em especial o seu art. 5.º, são merecedores de uma especial reflexão³³.

²⁸ Câmara, 2000, p. 256.

²⁹ Apesar de não haver uma coincidência estrita do limiar a que se reconduz uma posição de controlo, há um alinhamento europeu, decorrente da uniformização europeia, com vários ordenamentos europeus, nomeadamente o alemão e inglês, a optar por fixar este em 30%, conforme as suas normas (§ 29 WpÜG e rule 9.1 City Code, respetivamente), e o português, a partir de um terço (33,33%). Relativamente ao ordenamento inglês, merece ser feito o apontamento de que apesar de se manter atual o limiar, é uma consideração que tem de ser interpretada à luz de um contexto pré-Brexit.

³⁰ Para mais esclarecimentos sobre os motivos geradores da obrigatoriedade de lançamento de OPA, ver, entre outros autores, Santos, 2011, pp. 189 e ss.

³¹ Para um estudo mais atento da figura noutros ordenamentos jurídicos, *vd.* Picco et al., 2021, pp. 9 e ss.; BAUM et al., 2011, pp. 91-111.

³² Osório de Castro, 2021, p. 198.

³³ A Diretiva das OPA’s, através do seu art. 5.º e do Considerando nono, sublinha a importância do lançamento da oferta pública de aquisição “para proteger os titulares de valores mobiliários e, em especial, os detentores de participações minoritárias, após uma mudança do controlo das sociedades” – cfr. Considerando 9 da Diretiva das OPA’s. Na impossibilidade de procedermos nós a uma contextualização sobre a Diretiva das OPA’s e para um estudo

4.1 O direito de saída dos sócios minoritários

O fundamento do dever de lançamento da OPA obrigatória é considerado pela doutrina, de forma unânime, como derivado da existência de uma aquisição de controlo/ mudança de controlo, tendo como desiderato a proteção dos acionistas mais vulneráveis.

Nas palavras de Miguel Rodrigues Leal e Miguel Stokes, o “dever de lançamento de OPA tem na sua génese o propósito de **salvaguardar a posição patrimonial dos acionistas minoritários** (negrito nosso) no cenário de aquisição de domínio”³⁴. No entanto, *summo rigore*, podemos deparar-nos com situações em que, de facto, há uma mudança de controlo, mas correspondendo este à detenção de, por exemplo, 30% dos direitos de voto, a condição presente no 187.º/1 (detenção de mais de um terço dos direitos de voto) não se verificará, não se consubstanciando assim a obrigação de lançamento da OPA³⁵. Os limiares do 187.º/1 funcionam, assim, como garantes da segurança jurídica do regime, concretizando, ou não, o dever de lançamento, conforme sejam atingidos ou não. Esta preocupação com a proteção jurídica parece decorrer da própria Diretiva das OPA’s, conforme a redação do número 3 do seu art. 5.º: “A percentagem de direitos de voto que confere o controlo de uma sociedade”. Ou seja, a própria Diretiva ficciona que o controlo decorre da detenção de uma percentagem de direitos de voto. É evidente a preocupação com a segurança jurídica.

Paulo Câmara³⁶, no âmbito das ofertas públicas de aquisição obrigatórias, questiona a pertinência da obrigatoriedade de lançamento como mecanismo que acautele os acionistas minoritários quando existem outros mecanismos de *exit* (menos eficientes a nosso ver), nomeadamente a exoneração do sócio da sociedade, as vendas das suas participações sociais³⁷ e, até, a utilização da *voice* dos acionistas como maneira de exprimir o seu descontentamento relativamente a determinado rumo seguido pela sociedade.

No entanto, a maioria dos autores, nomeadamente Ana Perestrelo de Oliveira, Cardoso Sequeira, Requicha Ferreira, Daniela Baptista, entre outros, com a nossa concordância, defendem que um dos fundamentos presentes na obrigatoriedade da oferta reside na

mais aprofundado das suas soluções, *vd.* Guiné, 2008, pp. 151-181, em especial pp. 177 e ss. Cfr. Couto, 2006, pp. 70-78; Papadopoulos, 2007, pp. 526 e ss.

³⁴ Leal & Stokes, 2018, p. 124.

³⁵ O limiar quantitativo é a fronteira entre o dever de lançamento de oferta obrigatória ou ausência deste. Corporifica, assim, uma regra de não sujeição, podendo argumentar-se, na perspetiva de Miguel Rodrigues Leal e Miguel Stokes, que esta se assume como uma presunção inilidível de ausência de domínio, mesmo que este factualmente exista. *Vd.* Leal & Stokes, 2018, p. 132.

³⁶ Câmara, 2000, pp. 244-245.

³⁷ Merece ser dito que muitas vezes, devido à falta de liquidez no mercado, esta alternativa poderá potencialmente revelar-se como inviável, ferindo o princípio da livre transmissibilidade de ações (328.º CSC). Estando o mercado bolsista subordinado às regras da oferta e da procura, uma quebra da última pode resultar numa penalização no preço de venda ou, no limite, tornar irrealizável a mesma. Acresce que a venda de uma posição minoritária acarreta muitas vezes uma penalização antónima do prémio de controlo, agravada se as perspetivas da rentabilidade futura associadas à mudança forem pessimistamente recebidas pelo mercado. O art. 188.º/2, a propósito da contrapartida, vem salvaguardar estas situações, considerando-a como não equitativa, se existir um “risco de liquidez”, impondo que a contrapartida seja fixada por um perito, eliminando, assim, a exposição dos acionistas minoritários a este risco. A propósito do “risco de liquidez”, *vd.* Silva, 2021, pp. 351-352.

necessidade de assegurar um mecanismo de *exit* para um acionista minoritário perante uma mudança de controlo da sociedade. Esta garantia de saída é mais do que pertinente, tendo em conta as potenciais consequências³⁸ advindas de uma mudança de controlo. Sendo que uma mudança raramente vem sozinha, esta poderá ser acompanhada de outras, tão ou mais relevantes, nomeadamente, modificações no tipo de cultura/valores da empresa, na estratégia comercial e empresarial, nos objetivos prosseguidos pela empresa, etc. Tais mudanças podem desagradar e ferir os interesses dos acionistas minoritários, às quais ficariam sujeitos se não existisse um mecanismo de saída.

Assim, sendo os acionistas minoritários quem mais está numa posição de fragilidade, o lançamento de uma OPA obrigatória permite acautelar a posição involuntária³⁹ destes, sendo que lhes é assegurada uma saída remunerada do projeto social⁴⁰.

A OPA obrigatória incorpora, para os destinatários, um valor, decorrente da opção que lhe é característica: permite, como já vimos, a saída aos acionistas minoritários. No entanto, estes são livres de não o fazer (por acreditarem na sociedade ou na estratégia do acionista controlador) e de continuarem como parte integrante da sociedade.

4.2 A distribuição do prémio de controlo

A Lei n.º 99-A/2021 manteve, também, inalterada a importância do princípio de igualdade no tratamento entre acionistas como princípio justificador e fundamentador da obrigatoriedade do lançamento da OPA⁴¹. Perante uma alienação onerosa de um lote maioritário ou controlador de participações sociais, ao seu valor de mercado, calculado através da multiplicação do preço da ação pelo número de ações alienadas, acrescer-se-á, potencialmente⁴², um prémio de controlo (*tender offer premium*).

³⁸ Temos, no entanto, de entender que as consequências advindas de uma mudança de controlo tanto podem ser negativas como positivas, *vd.* Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 602.

³⁹ Sublinhamos o fator da involuntariedade da posição dos acionistas minoritários aquando de uma mudança de controlo, pois estes assistem à mesma sem que possam intervir relevantemente, ficando assim numa posição de sujeição tal que só poderá ser justamente acautelada através do lançamento de uma OPA obrigatória por parte do acionista maioritário.

⁴⁰ O regime do art. 187.º assume-se como ultra garantístico da posição dos acionistas minoritários, sendo que qualquer aquisição de uma posição de controlo, nos termos do 187.º/1, despoleta, não se verificando os institutos de exclusão do dever, a obrigatoriedade de lançamento de OPA obrigatória, independentemente desse controlo ser prejudicial para a sociedade e para os seus acionistas.

⁴¹ A este propósito, ver Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 600.

⁴² Dizemos “potencialmente” pois parece-nos crucial sublinhar que nem sempre há lugar à existência de tal prémio, algo muitas vezes ignorado pela doutrina. Vejam-se os casos em que a alienação do bloco controlador ao oferente é feita abaixo do preço de mercado para que assim se garanta uma alienação célere e facilitada. Vejam-se, também, os casos em que a transmissão do bloco de controlo é feita *mortis causa*, despoletando o dever presente no art. 187.º, (com a Lei n.º 99-A/2021, esta questão altera-se substancialmente, como teremos oportunidade de ver) inexistindo, no entanto, o pagamento de uma contrapartida patrimonial e consequentemente não existindo qualquer prémio de controlo. Assim, a nosso ver, achamos incorreto recorrer à ideia da partilha do prémio de controlo de maneira absoluta como causa motivadora do art. 187.º, pois se há casos em que tal argumento merece o nosso assentimento, noutros nem tanto.

O prêmio de controlo reflete e quantifica o valor a pagar por esse mesmo controlo, fazendo, quando o haja, com que o preço a pagar pelo bloco de ações controlador seja sempre superior à multiplicação do número de ações pelo seu valor de mercado. Do exposto, resulta que a alienação do bloco controlador poderia beneficiar os acionistas majoritários alienantes em prejuízo dos restantes. Nestes termos, uma OPA obrigatória com uma contrapartida⁴³ mínima legalmente fixada impõe a distribuição do prêmio de controlo pelos acionistas minoritários⁴⁴, fazendo com que este se estenda às restantes participações sociais, permitindo que estes vendam (no mínimo) as suas participações pelo mesmo preço que o transmitente do bloco controlador⁴⁵ (*best price rule*). Firma-se, assim, a caracterização do princípio de igualdade no tratamento como princípio justificador e fundamentador da obrigatoriedade de lançamento. Nas palavras de Carlos Osório de Castro, que mantém a sua atualidade com a revisão do Cód.VM, “A ideia de que o domínio é um bem pertencente à sociedade, e não ao acionista majoritário, está claramente por detrás do regime das OPA’s obrigatórias consagrado no CVM”⁴⁶.

No entanto, o mesmo autor adianta, não beneficiando da nossa concordância, que “não é possível explicar o dever de lançar a OPA naqueles casos em que não tenha havido o pagamento de qualquer prêmio (por ex., tomada de controlo mediante compras difusas em bolsa)”⁴⁷. Ora, a nosso ver, uma compra difusa no mercado, ou aquisição sistemática no mercado (*remassage*)⁴⁸, além dos riscos inerentes às variações de cotação, morosidade, falhanço da operação e custos da mesma, nomeadamente eventuais comissões de corretagem de peso relevante, incorpora já de si um prêmio⁴⁹ (potencial) definido pelo próprio mercado. Sendo que a compra e a venda em mercado bolsista se subordinam às leis da oferta e da procura, ao seu respetivo livro de ordens e ainda às tendências especulatórias, se o *remassage*

⁴³ A questão da contrapartida assume dimensões diferentes consoante estejamos perante uma OPA voluntária ou uma OPA obrigatória: se nas OPA’s voluntárias há, desde logo, uma preocupação por parte do oferente em garantir a atratividade da operação e o consequente sucesso desta através da fixação de uma contrapartida valorizada, nas OPA’s obrigatórias tal nem sempre se manifesta, como decorre da metodologia do próprio art. 188.º, que acarreta uma preocupação garantística do valor da contrapartida. Na prática, esta questão não assume grande relevância, pois as OPA’s, mesmo quando obrigatórias, raramente o são por acidente, havendo interesse por parte do oferente em assumir o controlo total da sociedade. Destarte, a questão da contrapartida perde a polarização decorrente do entendimento acima explanado.

⁴⁴ No direito pátrio, a favor da repartição do prêmio de controlo, além do exposto no considerando n.º 12 do Preâmbulo do DL n.º 486/99 de 13 de novembro, *vd.* Câmara, 2000, pp. 246-252; Garcia, 1995, p. 209; Andrade & Stokes, 2021, p. 62; Osório de Castro, 2021, p. 184; Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 597; e Sequeira, 2014, p. 70.

⁴⁵ Merece ser dito que a ideia de partilha do prêmio de controlo não é absolutamente consensual, havendo autores que a criticam, argumentando que prejudica a criação de riqueza no mercado, podendo inviabilizar a lucratividade da própria transação, pois a extensão do prêmio de controlo aos acionistas minoritários acarreta um encarecimento adicional da operação que poderá afastar investidores. A propósito, ver Easterbrook & Fischel, 1981, p. 716.

⁴⁶ Osório de Castro, 2021, p. 184. A ideia de que o prêmio de controlo é um bem social é uma ideia centenária. Em sentido idêntico, na literatura internacional, *vd.* Berle & Means, 1967 e Andrews, 1965, pp. 505-563.

⁴⁷ Osório de Castro, 2021, p. 185.

⁴⁸ Cfr. Garcia, 1995, p. 16: “Consiste este processo em o interessado comprar pouco a pouco, em bolsa, ações da sociedade visada, até atingir um nível de títulos que lhe atribuam o controlo”.

⁴⁹ De referir que Osório de Castro, perante a tomada do controlo mediante compras difusas em bolsa, não se refere à inexistência de um prêmio de controlo, mas sim à inexistência de qualquer prêmio, sendo isto que visamos criticar. O seu restante raciocínio merece a nossa profunda concordância.

não for suficientemente difuso no tempo, ou se corresponder a um número muito próximo das ações que se encontram em *free float*, a cotação das mesmas irá disparar. Verificando-se esta realidade, tal empolamento do preço das ações representa, no nosso entender, um valor de prémio imposto pelo mercado que, apesar de ao contrário do que se verifica nas OPA's, não permitir um tratamento igualitário entre os titulares de valores mobiliários da mesma espécie, não se conseguindo distribuir o prémio de igual maneira pelos acionistas, não deixa de ser um prémio pago pelas aquisições daquelas ações, na maioria das vezes numa operação mais onerosa do que em sede de OPA⁵⁰.

Assim, embora admitindo que o prémio imposto pelo mercado que aqui defendemos existir não se assemelha indiscutivelmente com o consensual prémio de controlo inerente à aquisição do controlo da sociedade, ambos têm um traço identitário semelhante: o montante acrescido pago (ou no mercado ou numa transação privada do bloco acionista controlador) pelo domínio de uma dada sociedade.

Avançando no nosso raciocínio, e atendendo à redação⁵¹ da al. b) do número 1 do art. 188.º, o legislador, ao estabelecer que a contrapartida pode corresponder (se for o valor mais elevado comparativamente com o da al. a)) ao “preço médio ponderado desses valores mobiliários apurado em mercado regulamentado durante o mesmo período”, visa, a nosso ver, refletir no valor da contrapartida o potencial⁵² prémio imposto pelo mercado, decorrente da valorização da cotação. Repare-se, também, que este mesmo preceito (188.º/1, b) impede que seja praticado um desconto de controlo⁵³.

Vimos que a revisão do Cód.VM manteve, naturalmente, inalterada a importância do princípio de igualdade no tratamento no âmbito das OPA's obrigatórias. No entanto, em relação ao tema da contrapartida mínima e à sua fixação, tema decorrente da distribuição do prémio de controlo, a Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, agraciou-nos com uma intervenção mais específica, que iremos abordar e desenvolver adiante⁵⁴.

⁵⁰ O aparecimento da OPA no mercado veio solucionar muitos dos problemas, mitigando ainda vários riscos (ver *infra*) trazidos pela aquisição sistemática em mercado.

⁵¹ Redação essa que se manteve inalterada com a reforma preconizada pela Lei 99-A/2021, de 31 de dezembro.

⁵² Dizemos potencial porque o prémio imposto pelo mercado pode, em dado caso, nem existir, mas, existindo, estará já incorporado no valor das ações em bolsa.

⁵³ Falamos de desconto de controlo por contraposição ao prémio de controlo. Ou seja, se um bloco acionista controlador fosse adquirido pelo oferente a desconto, isto é, a um preço inferior ao preço médio praticado no mercado (nos seis meses imediatamente anteriores à data da publicação do anúncio preliminar da oferta) o art. 188.º/1, b), ao impor que o preço a pagar seja o praticado no mercado durante o período dos seis meses antecedentes ao anúncio preliminar da oferta (por ser o mais elevado) impede que esse desconto suportado pelo oferente seja estendido aos acionistas minoritários. Esta previsão, bastante garantística da situação patrimonial dos acionistas minoritários, poderá atentar, no entanto, contra o princípio de igualdade de tratamento dos acionistas, ao não estender o desconto suportado pelos maioritários aos minoritários.

⁵⁴ A ideia de partilha do prémio de controlo como motivadora do dever de lançamento não nos é estranha, encontrando-se desde 1999 no normativo nacional – Considerando 12 do Preâmbulo do Cód.VM: “O regime das ofertas públicas de aquisição obrigatórias assenta na ideia geral de que os benefícios de aquisição de domínio sobre uma sociedade aberta devem ser compartilhados pelos acionistas minoritários”.

Alteração de grande relevo no universo normativo do art. 187.º, mais precisamente no seu número 4, foi o fim da autonomia estatutária respeitante à obrigação de lançamento da oferta, uma espécie de *opting out*⁵⁵, que permitia às sociedades abertas⁵⁶ que não tivessem ações negociadas em mercado regulamentado poderem prever nos seus estatutos a supressão do primeiro limite – um terço dos direitos de voto – que determina o dever legal do lançamento da OPA. Com o fim das sociedades abertas – inovação que peca pelo seu atraso⁵⁷ trazida pela Lei n.º 99-A/2021 – é eliminado o número 4 do art. 187.º por deixar de fazer sentido, sendo uma das consequências do fim destas⁵⁸ e tendo como desfecho o fim da autonomia estatutária respeitante a esta questão.

5. A técnica legislativa de exclusão da obrigatoriedade de lançamento da OPA

Numa análise ao enquadramento do art. 187.º, mais especificamente do seu número 1, salta-nos à vista a tendência mista que caracteriza a norma: por um lado existem, como já vimos, formalizados na redação normativa os limiares estanques que, atingidos, motivam o lançamento da oferta, mas, por outro, somos confrontados com o conceito substantivo de controlo. Esta natureza mista endógena da norma tem de ser compreendida, e será adiante analisada, pois irá marcar todo o regime das ofertas obrigatórias.

Em estreita dependência da questão relativa ao dever de lançamento de OPA obrigatória, encontra-se outra, que procura saber em que circunstâncias pode haver uma exclusão do dever de lançamento. Nas palavras de Ana Perestrelo de Oliveira, a este propósito, “o regime português é mais exigente e apresenta menos exceções que os congéneres europeus, o que

⁵⁵ Dizemos “uma espécie de *opting out*” porque, em bom rigor, não o é, sendo, no entanto, o resultado alcançado materialmente semelhante. Ao contrário do que acontece no ordenamento suíço, em que o legislador permite a escolha do limiar entre um terço e metade dos direitos de voto, no ordenamento jurídico nacional tal não acontecia, sendo unicamente possível eliminar a primeira fasquia no caso de se tratar de uma sociedade aberta cujas ações não estivessem admitidas à negociação em mercado regulamentado. Para uma explicação mais profunda, consultar: <https://www.caplax.ch/2021/the-use-and-modalities-of-opting-out-up-clauses-new-developments/>.

⁵⁶ No âmbito do Cód.VM anterior à revisão alvo do nosso estudo, merece ser feito o seguinte reparo: apesar de certas normas específicas só valerem para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidas à negociação em mercado regulamentado, vejam-se os arts. 188.º/1, b), 188.º/3, b) e c) e 188.º/5, a generalidade do regime das OPA's obrigatórias aplicava-se a todas as sociedades abertas, *vd.* Baptista, 2016, p. 160. Ora, com o fim destas, ditado pela Lei 99-A/2021, de 31 de dezembro, este regime passa, agora, a aplicar-se apenas às empresas “cotadas”.

⁵⁷ O conceito de “sociedade aberta”, não tendo paralelo em outros ordenamentos jurídicos, é substituído no Cód.VM revisto pela expressão “sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado”, num esforço que visa, além da simplificação de regimes, facilitar o acesso ao mercado e garantir um maior alinhamento com o direito europeu, *cfr.* Exposição de Motivos da Proposta de Lei 94/XIV/2.º: “A figura da sociedade aberta não encontra paralelo em outros ordenamentos jurídicos e a sua aplicação tem-se revelado um fator de incerteza nos agentes económicos, nomeadamente quanto aos critérios de qualificação, âmbito do regime e requisitos para a perda de qualidade de sociedade aberta”. Nestes termos, a partir de 31 de dezembro de 2022, não terão mais assentamento no ordenamento jurídico português. Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre a supressão da figura da sociedade aberta *vd.* Viçoso & Rosa, 2022; Pinto, 2021, pp. 263-277.

⁵⁸ Acrescente-se ainda relativamente ao fim das sociedades abertas a revogação dos arts. 13.º, 14.º, 16.º-C, 27.º, etc., referentes à figura. Aplauda-se, mais uma vez, a extinção do estatuto de sociedade aberta, que consubstanciava, além do que já foi dito, também uma causa de *goldplating* (ver *infra*), pois impunha às sociedades abertas que não eram emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado e aos seus acionistas deveres e imposições legais que na legislação europeia estavam concebidos apenas para sociedades cotadas.

tenderá a traduzir-se, como bem se compreender, numa maior eficácia da tutela conferida aos acionistas minoritários”⁵⁹. A técnica legislativa de exclusão do dever⁶⁰ de lançamento da OPA obrigatória assenta em quatro institutos distintos que, assim, permitem afastar a obrigatoriedade da oferta. São estes a prova negativa do domínio, as derrogações, a suspensão e a substituição. Iremos de seguida abordar estes institutos, focando-nos com maior atenção nas alterações operadas pela Lei n.º 99-A/2021, de modo a podermos compreender as intenções reformistas e conseguirmos, dotados de espírito crítico, analisar se são ou não, no nosso ver, pertinentes.

5.1 Prova negativa do domínio

Sendo que o dever de lançamento de OPA nasce quando atingidos os limiares quantitativos constantes no art. 187.º/1, limiares esses que incorporam uma presunção de aquisição de domínio, o legislador veio permitir a possibilidade de se demonstrar que, apesar de ter sido ultrapassado o seu limite quantitativo, não foi ultrapassado o seu limite qualitativo, ou seja, esta ultrapassagem não consubstanciou a aquisição do domínio da sociedade em causa⁶¹, não acarretando assim o dever de lançamento. Este espírito do “teste da realidade do domínio”⁶², contido no 187.º/2, é o mesmo que se encontra vertido no art. 5.º da Diretiva das OPA’s.

Como vimos, no respeitante aos limiares percentuais relevantes de direitos de voto em que se funda o dever de lançamento, previstos no 187.º/1, a Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, mantém ambos os limiares do Cód.VM (um terço ou metade dos direitos de voto)⁶³ que resultaram da estratégia de simplificação imprimida no Cód.VM.

A grande mudança imposta pela Lei n.º 99-A/2021 nesta norma é a extensão do âmbito de aplicação da prova negativa do domínio, um crivo de segurança jurídica⁶⁴, patente no art. 187.º/2, que permite rebater as presunções *iuris tantum* de domínio através da apresentação de uma prova que ilida essa mesma presunção. Dito por outras palavras, o 187.º/2 consagra a inexigibilidade de lançamento de oferta obrigatória para quem faça prova negativa do domínio, apesar de ter ultrapassado as fasquias relevantes constantes do 187.º/1.

Se, normativamente, na redação do Cód.VM a prova negativa de domínio era, nas palavras de Paulo Câmara, “um expediente de afastamento do dever”⁶⁵, potencialmente

⁵⁹ Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 619.

⁶⁰ *Vd.* Câmara, 2000, p. 256.

⁶¹ *V.g.*, se existir um adicional acionista que detenha uma posição independente superior na sociedade. A prova negativa do domínio foi assim inicialmente configurada, tanto no regime nacional, como em vários outros. Ver, a título de exemplo, o caso alemão: § 9, II, 1 WpÜG.

⁶² Martins, 2012, p. 152.

⁶³ Na redação do Cód.MVM, eram cinco os limiares de percentagem, tendo sido a grande evolução normativa do Cód.VM, no que diz respeito ao tema, consagrar apenas dois limiares, seguindo a tendência europeia. Para melhor compreensão e desenvolvimento, *vd.* Câmara, 2000, pp. 195-270.

⁶⁴ Andrade & Stokes, 2021, p. 73.

⁶⁵ *Cfr.* Câmara, 2000, p. 257 e Baptista, 2016, p. 589.

aplicável a posições que ultrapassassem o limite de um terço dos direitos de voto, agora, com a nova redação, o legislador veio acolher as posições doutrinárias que já se faziam notar em número e força, e que entendiam que a prova negativa do domínio também se devia estender às posições que ultrapassassem metade dos direitos de voto⁶⁶. Ora, não podemos louvar ou criticar esta alteração, sem antes refletirmos sobre os fundamentos que a motivaram. A prova negativa de domínio, da maneira que estava delineada no ordenamento jurídico português, isto é, assentando em limites quantitativos estanques, comportava várias dificuldades, que merecem a nossa mais atenta análise. Acresce o facto de no contexto anterior à revisão do Cód.VM ter existido uma barreira hermenêutica assente também na letra da lei que impossibilitava a extensão, na ótica de parte da doutrina, da prova negativa do domínio a quem detivesse mais de 50% dos direitos de voto correspondentes ao capital social, pois nos termos do 187.º *ex vi* 21.º a detenção dessa maioria consubstancia uma presunção *iuris et de iure* de situação de controlo (ou domínio⁶⁷).

Contrariamente, e a propósito do regime anterior à Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, Daniela Baptista não considerava que a intenção do legislador era aplicar estanquemente a prova negativa do domínio unicamente nas situações em que era ultrapassado o limite de um terço dos direitos de voto até metade dos mesmos. A autora considerava, e bem, a nosso ver, que o que releva nesta análise não são os direitos de voto, mas sim o alcance de uma posição que possibilite o exercício de uma influência dominante. Ora, se nos termos do art. 187.º/3 era exigível a quem fizer a prova negativa do domínio a comunicação do incremento de participações sociais superiores a 1%, sendo que este incremento não gerava necessariamente o dever de lançamento de oferta, situação idêntica era aquela em que o participante conseguia provar a falta de domínio mesmo depois do incremento da posição quando este resultasse na obtenção de mais de 50% dos direitos de voto, ao invés de múltiplos incrementos. Nestes termos, o corolário da prova negativa de domínio mantinha-se válido, fazendo todo o sentido estender-se a este caso.

Em retrospectiva, concluímos que as posições doutrinárias que antes da revisão do Cód.VM pugnavam pela solução de uma concreta verificação de influência dominante através de uma análise casuística, estendendo assim a prova negativa do domínio também aos casos em que a

⁶⁶ Um tema que no seu tempo foi muito discutido pela doutrina: nos tempos precedentes à Lei n.º 99-A/2021, existia já um consenso quase maioritário de que a prova negativa de domínio devia ser estendida às posições que ultrapassassem metade dos direitos de voto, cfr. José Ferreira Gomes, Daniela Baptista, Diogo Costa Gonçalves, Juliano Ferreira e Paula Costa e Silva. Em sentido contrário, *vd.* Menezes Falcão, Hugo Moredo Santos, João de Mattamouros Resende, Vítor Pereira Neves e Juliano Ferreira. Também argumentando que no caso da metade dos direitos de voto o legislador entende tratar-se de uma verdadeira ficção legal e não de uma mera presunção de domínio, temos Carlos Osório de Castro e Paulo Câmara, este último considerando que a detenção de metade dos direitos de voto resulta numa presunção *iuris et de iure* de aquisição do domínio. De sublinhar que Carlos Osório de Castro é a favor de que a prova negativa do domínio possa ser feita independentemente da percentagem de votos imputáveis ao oferente; no entanto, devido à letra da lei do Cód.VM, não considerava que se a podia invocar – *vd.* Carlos Osório de Castro, 2021, p. 200.

⁶⁷ O legislador nacional usa as expressões “controlo” e “domínio” como sinónimos, *vd.* Andrade & Stokes, 2021, p. 79.

imputação dos votos resultasse numa detenção superior a 50% dos direitos de voto eram as posições que mais se aproximavam do verdadeiro espírito do legislador, agora expressamente consagrado no Cód.VM revisto.

Concomitantemente, o legislador, ao prever na Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, a extensão da prova negativa do domínio a quem ultrapasse direta ou indiretamente (nos termos do art. 20.º/1) o limiar de metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social, vem encerrar duas décadas de discussões doutrinárias⁶⁸.

Adicionalmente, merece ponderação saber se a extensão da prova negativa do domínio para mais de metade dos votos vem romper com o entendimento postulado pela CMVM e pelos tribunais de que as limitações estatutárias de exercício dos direitos de voto dificilmente relevariam nos casos em que estivessemos perante uma posição superior a 50% dos mesmos, pois presumir-se-ia de maneira inilidível o domínio. Estando esta presunção afastada, perguntamo-nos se, na vigência do Cód.VM revisto, a limitação estatutária ao exercício dos direitos de voto poderá consubstanciar prova negativa do domínio nos casos em que haja uma detenção superior a metade dos direitos de voto.⁶⁹

Finalmente, não podemos deixar de considerar acertada a técnica de redação utilizada no art. 187.º/2 Cód.MV revisto. Ao invés de adicionar o limiar de “metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social” à norma, o legislador optou por uma forma negativa de previsão, ou seja, eliminou da redação o limiar previsto no Cód.MV de “um terço dos direitos de voto correspondentes ao capital social”, imprimindo, assim, na norma a perspetiva material de controlo, em vez da formal.

Esta inovação tem como consequência o final, como já vimos, da *vexata quaestio* relativa à extensão da prova negativa do domínio. Resta dizer que as divergências doutrinárias sobre a prova negativa do domínio, explorando e interpretando o regime da imputação de votos, permitiram que se gerasse uma interessante e valiosa discussão que poderemos sempre visitar.

5.2 Derrogações

Sendo as derrogações (189.º Cód.VM), paralelamente à prova negativa de domínio, um dos institutos que exclui a obrigatoriedade do lançamento da oferta, nos termos do art. 187.º, este instituto merece também a nossa melhor atenção, em especial devido ao acréscimo de uma

⁶⁸ A propósito, ver nota de rodapé número 66.

⁶⁹ *Vd.* Almeida, 2013, p. 220. As limitações estatutárias de exercício de direitos de voto deviam relevar para o cálculo da percentagem de direitos de voto no âmbito do art. 187.º/1. Escusava-se, assim, de proceder posteriormente à prova negativa do domínio. Este entendimento não é partilhado pela CMVM, ver por exemplo o caso da aquisição pelo Caixa Bank de uma participação adicional de 18,87% no capital do BPI, totalizando uma participação no banco português de 48,97%: ver entendimento da CMVM no ANEXO I. A CMVM admite a limitação estatutária como prova negativa de domínio, sempre que for acompanhada por outros indícios de falta de domínio, mas não admite *a priori* que a limitação estatutária resulte na derrogação do dever de lançamento de OPA presente no art. 187.º/1.

nova causa de derrogação⁷⁰ pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro. A inclusão de uma nova causa derogatória, além das já taxativamente previstas nas alíneas a), b) e c) do número 1 do art. 189.^{o71}, contraria a tendência legislativa neste regime, pois a mencionada lei veio inverter o pendor para a simplificação observado no Cód.VM que foi responsável pela redução do leque das situações passíveis de derrogação⁷².

A “nova”⁷³ causa de derrogação que estatui como exceção à aplicação do disposto no art. 187.^o a ultrapassagem do limite de direitos de voto relevantes, quando esta resultar da aquisição de valores mobiliários por herança ou legado (ressalvando-se a necessidade de previsão nos estatutos das situações transmissivas), merece o nosso aplauso. Este acrescento normativo visa, de acordo com a Exposição dos Motivos da Proposta de Lei 94/XIV/2.^o, ter em consideração “o interesse de acionistas fundadores em garantir que o controlo da sociedade se mantém na esfera familiar, mesmo que parte do capital da sociedade se encontre disperso pelo público”.

Em boa verdade, já muito antes da alteração introduzida pela Lei n.º 99-A/2021, o dever de lançamento de OPA nos casos de sucessão *mortis causa* estava longe de ser um tema consensual. Alertamos que já em 2014 Manuel Requicha Ferreira tinha amplamente criticado o preceito⁷⁴.

Em sede do instituto das derrogações, é esta problemática, envolvendo os casos de sucessão *mortis causa*, que vai merecer uma mais aprofundada análise, adiantando-se já que a consagração desta derrogação merece a nossa mais profunda concordância. É muito provável que esta “reinvocação” tenha uma costela germânica, tendo sido influenciada pelo ordenamento jurídico alemão⁷⁵, neste tema muito mais atual, pois possibilita, mediante uma solicitação por escrito, que sejam desconsiderados os direitos de voto para o cálculo dos limiares de obrigação de lançamento se estes tiverem sido obtidos por herança.

O Cód.VM, ao contrário do que acontecia no Cód.MVM⁷⁶, não previu a questão da obrigatoriedade de lançamento de OPA no caso de aquisição por sucessão⁷⁷, admitindo, em linha com a sua filosofia de simplificação, meramente, três situações (189.^o/1 a), b) e c)) passíveis de derrogação, sendo que nenhuma delas, tal como nenhum outro instrumento de

⁷⁰ O art. 4.^o/5 da Diretiva das OPA's permite aos Estados-Membros alguma discricionariedade na fixação de derrogações, de modo a harmonizar as normas europeias com fundamentados circunstancialismos nacionais.

⁷¹ É devido o apontamento que com o Cód.VM revisto, também estas três causas derogatórias foram reescritas, clarificando-se o seu sentido, sem, no entanto, sofrerem alterações de fundo.

⁷² O art. 528.^o-A do Cód.MVM incluía um leque de derrogações muito superior ao elenco presente no art. 189.^o Cód.VM.

⁷³ Veremos, adiante, que não se trata de uma causa derogatória inovadora.

⁷⁴ Cfr. Requicha Ferreira, 2014, pp. 9-58. Em sentido contrário, *vd.* Ferreira, 2021, p. 316.

⁷⁵ Ver § 36 WpÜG.

⁷⁶ O Cód.MVM previa inicialmente, em 1991, na alínea e) do número 1 do art. 529.^o, a possibilidade de dispensa (sujeita a decisão da CMVM) de lançamento da OPA obrigatória em caso de aquisição dos valores mobiliários por herança ou legado. Através das alterações introduzidas pelo DL n.º 261/95, de 3 de outubro, e consequente criação do art. 528.^o-A/1, a), tal passou a consubstanciar uma causa derogatória do dever da realização da OPA obrigatória.

⁷⁷ Para uma análise mais detalhada, *vd.* Requicha Ferreira, 2014, p. 24.

afastamento do dever de lançamento de OPA, versava sobre a sucessão *mortis causa*. Destarte, tínhamos, por um lado, este argumento histórico⁷⁸ como inibidor da derrogação do dever de lançamento de OPA aquando da obtenção dos direitos de voto relevantes por sucessão *mortis causa*. Por outro lado, a pesar neste exercício de interpretação jurídica tínhamos o argumento racional ou teleológico, que é o que acaba por ter mais relevância comparativamente com o histórico, pois é o que descortina a razão finalística visada pelo legislador ao elaborar a norma, *rectius*, a *ratio legis*⁷⁹. Assim, já Requicha Ferreira questionava se “a ratio do dever de lançamento exige o lançamento de OPA por parte do(s) respetivo(s) herdeiro(s), quando a ultrapassagem das fasquias constitutivas deste dever resulte de sucessão”⁸⁰.

Esta pergunta merece certamente uma resposta, resposta essa dada pelo autor e que, em parte, perfilhamos.

Um dos argumentos que podemos utilizar a favor da nossa pretensão é o de que, embora o dever de lançamento de oferta vise acautelar a igualdade de tratamento entre o acionista maioritário, ou seja, o que detinha e alienou a posição de controlo, e os restantes acionistas minoritários, no caso da transmissão *mortis causa*, esta realidade não se verifica, pois não houve uma alienação pecuniária da posição de controlo; houve meramente uma transferência sucessória⁸¹. Destarte, não tendo havido esta transmissão com contrapartida pecuniária, onde estaria refletido no preço o prémio de controlo, não existe o dever de acautelar o tratamento paritário. Conclui-se que, nos casos de sucessão *mortis causa*, o princípio de igualdade não determina o dever de lançamento de oferta ao sucessor.⁸² Tem de se aplicar, consequentemente, um idêntico raciocínio em relação à repartição do prémio de controlo, que, como já vimos, não tem lugar porque não estamos perante uma transmissão onerosa. No limite, podemos equacionar uma onerosidade indireta se houver lugar ao pagamento de tornas para condensar a participação social do *de cuius* num único herdeiro, mas esta compensação não equivale a um prémio de controlo. Assim, a ideia de repartição do prémio de controlo não se pode assumir, nos casos de transmissão *mortis causa*, como um argumento viável que justifique o dever de lançamento da oferta.

Adicionalmente, temos de verificar se a ideia justificadora da OPA obrigatória como mecanismo de saída para os acionistas minoritários é de pertinente aplicação nos casos de sucessão *mortis causa*. Ora, se é verdade que a sucessão implica obrigatoriamente uma mudança na pessoa detentora (direta ou indiretamente) das participações sociais e, no

⁷⁸ Requicha Ferreira repudiava este argumento, considerando-o como falacioso, já que havia situações idênticas, previstas no Cód.MVM, que deixaram de o estar no Cód.VM, em que a CMVM, através das suas considerações, continuava a aplicar a solução material do Cód.MVM, *vd.* Requicha Ferreira, 2014, p. 25.

⁷⁹ Machado, 1989, pp. 182-183.

⁸⁰ Requicha Ferreira, 2014, p. 26.

⁸¹ A propósito, determinados ordenamentos, nomeadamente o italiano, recorrem à não onerosidade da transmissão *mortis causa* para justificarem a derrogação do dever de lançamento de OPA, *vd.* Mucciarelli, 2014, pp. 142-143.

⁸² Sánchez Calero, 2009, p. 197.

contexto em análise, adicionalmente detentora do controlo da sociedade, também é verdade que essa mudança pode não justificar a consequência do dever de lançamento da oferta. Podemos apontar variados exemplos, uns mais eventuais do que outros, que permitem conceber a injustificação da atribuição de um direito de saída aos acionistas minoritários, em caso de transmissão *mortis causa*, da posição de acionistas.

Um argumento meramente eventual, mas com relevo e peso devido à sua extensa verificação na vida prática, é o da sucessão em vida, isto é, em muitos casos, o sucessor já ocupa um lugar de destaque na orientação do rumo da empresa⁸³ ou, até, já foi nomeado como sucessor para assumir o comando da empresa quando o *de cuius* falecer. Isto, numa perspetiva económico-financeira, faz com que o mercado já incorpore o (des)valor deste fenómeno sucessório na valoração das participações sociais e expectativas dos *stakeholders*, com especial destaque às dos *shareholders*.

Outro argumento, apontado por Requicha Ferreira⁸⁴, prende-se com o facto de a sucessão ser na generalidade espontânea, isto é, com um grande grau de imprevisibilidade, o que faz com que seja um fenómeno rodeado de desconhecimento, acarretando um risco sucessório⁸⁵, pois o sócio controlador, ao falecer, estaria a transmitir aos seus herdeiros não só a sua posição, mas também um ónus que resultaria no lançamento da oferta em caso de aceitação da herança. Isto, dependendo da situação patrimonial dos herdeiros, poder-se-ia revelar impossível ou penalizante.

Além do exposto, também merece assentimento o desígnio de que a imposição da obrigatoriedade do lançamento de oferta fere a própria ideia de sucessão⁸⁶ e, no limite, a última vontade do *de cuius*, se os seus herdeiros não tiverem estofos financeiros para lançar a oferta.

Por fim, temos o argumento constitucional, invocado por Requicha Ferreira, que aqui meramente pretendemos resumir na medida em que nos permita sucintamente discordar de tal invocação. Requicha Ferreira apoia-se na norma referente ao direito de propriedade privada constante do art. 62.º/1 CRP: “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”. Sendo o termo “propriedade” utilizado em sentido amplo, incluem-se, além da *proprietatis rerum*⁸⁷, também os direitos reais menores e outros direitos não incluídos sob a designação de propriedade onde se subsumem

⁸³ No mesmo sentido, e explicado com melhor detalhe, *vd.* Requicha Ferreira, 2014, p. 28. Em sentido contrário, *vd.* Ferreira, 2021, pp. 310-311, nota 11.

⁸⁴ *Vd.* Requicha Ferreira, 2014, pp. 28-29.

⁸⁵ Discordamos da expressão “risco sucessório” utilizada por Manuel Requicha Ferreira pois, em bom rigor, estamos mais próximos de um “tributo sucessório” do que de um risco. Mesmo admitindo que os herdeiros tenham capacidade financeira para lançar a OPA, estariam sempre a ser prejudicados pois, consubstanciando-se o lançamento da oferta como uma obrigação leonina, acabará por resultar sempre num maior ou menor prejuízo para estes.

⁸⁶ Segundo Gomes da Silva, “apontámos como exigência inicial, indiscutível, a de que o *de cuius* tenha, sempre, um sucessor: torna-se necessária assegurar a continuidade das relações jurídicas patrimoniais do autor”, *vd.* Silva, 1978, pp. 138-139.

⁸⁷ *Vd.* Ac. do T.C. n.º 310/99, 491/02.

as participações sociais (direitos sociais). Face ao contexto constitucional português, também não se deve aceitar a imposição de uma obrigatoriedade de lançamento de OPA pelo herdeiro ou legatário em caso de sucessão *mortis causa*. Ora, apesar da impossibilidade de nos alongarmos sobre esta questão, lateral ao estudo que nos propomos desenvolver, no nosso entender e apoiando-nos na bondade doutrinal⁸⁸ de Engrácia Antunes e Juliano Ferreira, não podemos compactuar com o argumento constitucional invocado por Requicha Ferreira. Primeiro, porque não devemos falar no âmbito societário de propriedade privada, mas antes, atendendo “à natureza específica do direito de propriedade quando o seu objeto são ações [de] propriedade corporativa”⁸⁹. Segundo, porque correndo o risco de desvirtuar o próprio sentido do *status socii*, a coletividade de sócios, subordinada à lógica capitalístico-maioritária, “o domínio protetivo da norma constitucional do art. 62.º/1 CRP jamais poderá ser estendido, no caso da propriedade corporativa em sociedades comerciais”⁹⁰.

Apesar de discordarmos veemente com a invocação deste argumento constitucional – que, a nosso ver, não pode ser aplicado neste âmbito –, facilmente depreendemos, com base nos restantes argumentos apresentados, que, nos casos de sucessão *mortis causa*, a imposição do dever de lançamento de oferta se assumiria como altamente irrazoável. Em súmula, este dever poderia consubstanciar-se como financeiramente lancinante, no limite até superior a mais de duas vezes o valor da participação herdada. Resta-nos concluir que isto tem a potencialidade para tolher a sucessão *mortis causa* e a continuidade sucessória pelo *de cujus* pretendida. De notar que esta potencialidade se pode adensar se a participação em causa se assumir como a parte mais substancial da herança do *de cujus*, sendo que quanto maior for o peso da participação no património total, maiores serão também as dificuldades dos sucessores em garantir a continuidade do projeto social. E é exatamente a possibilidade de inviabilizar a continuidade do projeto social familiar que é usada como linha argumentativa na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 94/XIV/2.º como justificativa desta exceção ao dever de lançamento da OPA⁹¹.

Num último apontamento relativo a esta questão, temos de referir que são vários os casos em que nos deparamos com dissimulações sobre o controlo societário que permitem, recorrendo à configuração formal do conceito, contornar a imposição dos deveres pretendidos, frustrando a aplicação da lei. Relativamente à transmissão da participação *mortis causa*, merece ser dito que, numa sociedade admitida à negociação em mercado regulamentado, a posição de controlo raramente se encontra diretamente na esfera de uma pessoa singular,

⁸⁸ Remetemos, para uma análise digna desta problemática, para as obras dos mencionados autores citadas *infra*.

⁸⁹ Cfr. Ferreira, 2021, pp. 322-323. Em sentido idêntico, Engrácia Antunes, 2001, pp. 109-121.

⁹⁰ Engrácia Antunes, 2001, pp. 150-151.

⁹¹ Ver *infra*.

sendo por norma detida diretamente por uma pessoa coletiva, muito comumente inserida num grupo piramidal de natureza familiar⁹².

Paralelamente, é possível, em vida, o *de cujus* socorrer-se de vários mecanismos, nomeadamente, de sistemas intrincados de participações recíprocas/cruzadas nos grupos societários que levam à reconfiguração do sistema de imputação de votos, acordos parassociais e cláusulas estatutárias para garantir a continuidade do domínio familiar na sociedade, contornando, assim, o dever de lançamento de OPA, nos termos do art. 187.º Cód.VM, e acautelando consequentemente a posição dos seus sucessores⁹³.

Destarte, e atendendo a todas as considerações tecidas, é de louvar a retratação normativa⁹⁴ que o Cód.VM revisto veio impor em relação ao dever de lançamento de OPA em caso de sucessão *mortis causa*, pois, como já vimos, era amplamente criticável.

Ainda respeitante ao regime das derrogações, é de assinalar que o acréscimo da alínea d) ao número 1 do art. 189.º, que acabámos de analisar, não foi a única alteração digna de apreço, apesar de ter sido a que no âmbito da nossa análise mereceu a nossa atenção.

5.3 Suspensão

Outra alteração que merece menção prende-se com o regime do instituto da suspensão, um mecanismo adicional excludente do dever de lançamento da OPA. A redação do art. 190.º Cód.VM foi alargada em dois números, mantendo-se, porém, a condicionante temporal⁹⁵ dos quatro meses (120 dias, conforme a redação do número 1) como limite perentório em que pode operar a suspensão do dever de lançamento da OPA.

O instituto da suspensão revela a preocupação do legislador com a verdade e a justiça, distinguindo a ultrapassagem material da fasquia dos direitos de voto que implica o dever de lançamento da oferta da ultrapassagem formal. Destarte, se estivermos perante uma mera detenção de “domínio conjuntural”,⁹⁶ ao invés de uma de “domínio estrutural”, o legislador, ao não atender a um mero conceito formal de domínio, permite que se ponha “termo à situação (de detenção de mais de um terço ou mais de metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social) nos 120 dias subsequentes”⁹⁷, sendo que, com o tal termo, termina também a obrigatoriedade de lançamento da oferta.

⁹² Cfr. Ferreira, 2021, p. 328.

⁹³ Certos de que não desenvolvemos devidamente este raciocínio por não se prender diretamente com o tema que nos propomos a analisar, remetemos para as obras de autores que tão bem o fizeram: *vd.* Ferreira, 2021, pp. 306-350; Osório de Castro, 2021, pp. 165-200; Engrácia Antunes, 2002; e Baptista, 2016.

⁹⁴ Utilizamos esta expressão, pois, como já foi dito, foi com o Cód.VM que este dever ficou consagrado, sendo que no Cód.MVM a aquisição em sucessão *mortis causa* consubstanciava uma causa derogatória do dever de lançamento.

⁹⁵ Para um desenvolvimento mais aprofundado, ver Câmara, 2000, p. 268.

⁹⁶ Expressão conforme o número 12.º do Preâmbulo do Decreto-Lei 486/99, de 13 de novembro.

⁹⁷ O conteúdo em parêntesis é nosso; no entanto, a citação é da redação do número um do art. 190.º CVM, cuja redação se manteve inalterada com a reforma da Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro.

A redação do art. 190.º veio, com a Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, beneficiar da clareza imposta pelo seu n.º 4, que impõe o carácter imediato à comunicação prevista no n.º 1 do mesmo art., bem como a imposição da obrigação da divulgação imediata do anúncio preliminar, “caso o participante não ponha termo à situação, no prazo previsto do número 1”. O legislador, neste acréscimo normativo, banhou do espírito subjacente no 191.º/1 a norma do 190.º. Aplauda-se aqui o esforço de pautar a norma do art. 190.º de mais clareza, sendo esta uma óbvia concretização da estratégia de proteção dos investidores e salvaguarda da integridade do mercado, desiderato esse que motivou algumas das alterações ao CVM trazidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro.

5.4 Substituição

Por fim, o último instituto utilizado como técnica de exclusão do dever de lançamento da OPA é a substituição, se bem que, *summo rigore*, não derroga a obrigatoriedade de lançamento da oferta, pois esta, nos termos do regime do art. 191.º/2, acaba imperiosamente por sempre acontecer. No entanto, através da substituição da pessoa do oferente por outra, este dever acaba por não ter de ser concretizado pela pessoa substituída, libertando-a, consequentemente, dessa obrigatoriedade. A figura da substituição manteve-se inalterada com a reforma da Lei n.º 99-A/2021, conservando-se, assim, atuais o seu sentido e o seu alcance.

6. A contrapartida: análise do artigo 188.º

Uma das questões centrais que padece de obrigatória análise aquando da reflexão sobre o regime das OPA's obrigatórias é a questão da contrapartida. Nas palavras de Barreto Menezes Cordeiro, “O cálculo da contrapartida das OPA's obrigatórias assume especial delicadeza, na medida em que o sistema impõe, a um acionista, o dever de lançar uma proposta sobre a totalidade das ações”⁹⁸.

O Cód.VM revisto veio impor algumas alterações ao regime da contrapartida. Importa, portanto, analisá-las e refletir sobre a pertinência das mesmas.

Já tivemos a oportunidade de comentar a alínea b) do n.º 1 do art. 188.º aquando da nossa exposição sobre o prémio imposto pelo mercado, tendo reparado que a redação da alínea presente se manteve inalterada com a entrada em vigor da Lei n.º 99-A/2021.

Diferentemente, a al. a) do respetivo art. e número beneficiou de um acréscimo na sua redação: “ou que o oferente ou alguma daquelas pessoas (as respeitantes ao art. 20.º) se obrigou a pagar”, que vem transmitir segurança jurídica, banhando a norma de uma clareza que se mostrava em falta. A doutrina, nomeadamente Jorge Alves Morais e Joana Matos Lima,

⁹⁸ Cfr. Cordeiro, 2019, p. 378: o autor refere-se aqui ao facto de a OPA ter de ser geral, incidindo sobre a totalidade das ações não controladas (diretamente ou nos termos do art. 20.º Cód.VM) pelo acionista maioritário.

já alertava⁹⁹ que o conceito de “o maior preço pago”, que no Cód.VM prévio à revisão aparecia só no contexto da “aquisição de valores mobiliários da mesma categoria”, se devia estender também aos acordos¹⁰⁰ feitos pelo oferente, ainda que a transação e o seu consequente pagamento não tivessem tido ainda lugar. O legislador – e bem – veio consagrar este entendimento na letra da norma, trazendo assim um fim às discussões que brotavam reféns da falta desta clareza.

Já no âmbito da norma subsidiária presente no n.º 2 do art. 188.º, o legislador procedeu a certas alterações normativas, de espírito corretivo e esclarecedor, nomeadamente quando substituiu o auditor nomeado pela CMVM por um perito independente, alargando assim o leque de profissionais capazes de desempenhar esta função. Esta alteração, embora não inovadora¹⁰¹, assume-se, no nosso entender, como francamente positiva, pois existem, muitas vezes, profissionais mais capazes de avaliar integralmente o valor de uma empresa do que os auditores¹⁰². A CMVM, através desta pequena, mas muito relevante modificação, que padece ainda de regulamentação¹⁰³, vem promover uma captação de competência técnica, presente, a título exemplificativo, em bancos de investimento ou consultoras financeiras, através dos seus analistas financeiros, já experimentados e proficientes na avaliação corporativa. Releva, aqui também, o facto de que, ao permitir que outros profissionais desempenhem essa função, imprimirá, potencialmente, uma celeridade a esse procedimento, tornando assim o próprio mercado mais dinâmico.

Outra alteração relevante foi a substituição da presunção de falta de equitatividade presente no n.º 3, pelo imperativo “não é equitativa nas seguintes circunstâncias”. Assim, relativamente à contrapartida imposta pelo art. 188.º/3 nas ofertas obrigatórias, a nova redação veio eliminar a presunção que assistia a essa norma, sublinhando a imperatividade da falta de equidade da prestação se verificadas quaisquer das situações presentes nas als. a), b) e c) do art. 188.º/3.

Por fim, a Lei n.º 99-A/2021 normatizou, na redação do 188.º/4, as regras de cálculo da contrapartida pelo perito no âmbito do n.º 2, incorporando a já analisada inovação presente na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo.

⁹⁹ Aquando da anotação respeitante ao art. 188/1, a) ver Moraes & Lima, 2015, p. 303. Em sentido idêntico, *vd.* Câmara, 2000, p. 253.

¹⁰⁰ Sendo esta interpretação facilmente entendida no âmbito de um contrato de opção de compra (*call options*).

¹⁰¹ Relembremos que, no primeiro código mobiliário, a propósito da regra reguladora da contrapartida da OPA obrigatória, presente no art. 528.º/3, d) Cód.MVM, antecessor do 188.º Cód.VM, a expressão contida no normativo era “perito qualificado e independente”.

¹⁰² Mais, os ROC’s, que são a quem se refere a expressão presente no normativo desatualizado (“auditores independentes”), não dispõem de nenhuma metodologia de avaliação que os outros profissionais capazes de avaliar empresas também não disponham, ou seja, os ROCs não têm uma especial qualificação para a avaliação de empresas. Têm, no entanto, uma especial qualificação para a certificação legal de contas, algo que em nada se relaciona com o objetivo do art. 188.º/2.

¹⁰³ *Vd.* Art. 155.º, p) Cód.VM revisto e Circular – Revisão do Código dos Valores Mobiliários: prevê-se que a CMVM, através de regulamento, indique tanto os requisitos mínimos respeitantes aos relatórios de avaliação, como os critérios a atender para a seleção dos peritos.

7. A aquisição potestativa anterior ao novo normativo: uma exposição crítica

O Cód.VM, revisto na sua missão de clarificação e simplificação das vias possibilitadoras da saída do mercado das empresas admitidas à negociação em mercado regulamentado, trouxe-nos também uma alteração fundamental no âmbito do regime da aquisição potestativa¹⁰⁴. Para a compreender, e adiantando já que a louvamos, é pertinente fazer uma análise ao regime da aquisição tendente ao domínio total¹⁰⁵ e contextualizarmos a própria figura da aquisição potestativa¹⁰⁶.

A aquisição potestativa (art. 194.º Cód.VM) assume-se como um direito extintivo que visa possibilitar potestativamente a um acionista maioritário uma aquisição integral das participações sociais ainda não detidas por este, não ficando o domínio total pretendido “dificultado, ou mesmo frustrado, pela oposição de sócios minoritários dissidentes, detentores de pequenas ou mesmo insignificantes frações de capital naquela sociedade”¹⁰⁷.

Em contrapartida, a alienação potestativa (art. 196.º Cód.VM) visa proteger os titulares de valores mobiliários e, em especial, os detentores de participações minoritárias, após uma mudança do controlo das sociedades, assumindo-se a figura, neste contexto, como um “importante mecanismo de tutela dos próprios sócios minoritários (...) conferindo-lhes uma real possibilidade de exit¹⁰⁸ a ser realizada no quadro de um processo de compensação patrimonial orientado pelos princípios da equidade das contrapartidas e da igualdade de tratamento”¹⁰⁹. A alienação potestativa revela-se, assim, à semelhança da OPA obrigatória, como um instituto especial criado pelo legislador, com o objetivo último de proteger as minorias¹¹⁰.

Nas palavras de Juliano Ferreira, estamos perante um “mecanismo adicional e subsequente à OPA que permite ora a aquisição das ações remanescentes, ora a saída dos acionistas minoritários em condições justas”¹¹¹. A nosso ver, tal mecanismo de concentração social, em especial a aquisição potestativa, é a “muleta” da OPA¹¹², permitindo, muitas vezes,

¹⁰⁴ O regime da aquisição tendente ao domínio total encontra-se previsto nos arts. 194.º a 197.º Cód.VM e insere-se sistematicamente na disciplina das ofertas públicas de aquisição.

¹⁰⁵ À semelhança do que temos feito, vamos analisar as figuras e o regime particular mobiliário optando por nos focarmos nas sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado regidas pelo Cód.VM, aceitando, assim, a remissão presente no art. 490.º/7 CSC e excluindo da nossa análise o regime pioneiro e paralelo presente no CSC.

¹⁰⁶ Para uma definição e contextualização mais aprofundada sobre a figura, *vd.* Almeida, 2020, pp. 1201-1216.

¹⁰⁷ Engrácia Antunes, 2001, p. 8.

¹⁰⁸ Este direito potestativo torna-se exercitável quando o oferente não tenha exercido o seu direito de aquisição. Esta engenharia jurídica presente no regime da aquisição tendente ao domínio total permite que se chegue ao resultado pretendido, independentemente da convergência de vontades, ou seja, potestativamente, porque se uma de as partes não exercer o direito, poderá sempre a outra fazê-lo, evitando-se, assim, um potencial prejuízo.

¹⁰⁹ Engrácia Antunes, 2001, p. 8.

¹¹⁰ *Vd.* Almeida, 2020, p. 1214.

¹¹¹ Ferreira, 2017, p. 242.

¹¹² Fica o apontamento de que a aquisição potestativa não vale só para as OPA's obrigatórias, aplicando-se também às OPA's voluntárias, desde que sejam gerais e cumpram o disposto no art. 194.º.

conseguir o que a OPA não conseguiu, isto é, a aquisição total de uma dada sociedade¹¹³ – a singularização de uma pluralização.

Outro traço característico deste mecanismo é o facto de a aquisição potestativa ser condição *sine qua non* da alienação potestativa, sendo que, nestes termos, a última só poderá ser exercida caso a primeira não tenha o tenha sido previamente.

O direito de aquisição potestativa, no âmbito das sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado, constituía-se no regime do Cód.VM não revisto, depois do lançamento de uma OPA geral¹¹⁴ e se observados os dois requisitos cumulativos (compostos pelo primeiro requisito e um segundo que comporta uma dupla percentagem) presentes na norma do 194.º/1: “Quem, na sequência do lançamento de oferta pública de aquisição geral (sublinhado nosso) em que seja visada sociedade aberta que tenha como lei pessoal a lei portuguesa, atinja ou ultrapasse, diretamente ou nos termos do n.º 1 do artigo 20.º, 90% dos direitos de voto correspondentes ao capital social até ao apuramento dos resultados da oferta (sublinhado nosso) e 90% dos direitos de voto abrangidos pela oferta (sublinhado nosso) pode, nos três meses subsequentes, adquirir as ações remanescentes mediante contrapartida justa, em dinheiro, calculada nos termos do artigo 188.º”. Estes dois requisitos encontravam-se em estreita dependência, pois a apreciação do segundo necessitava da verificação do primeiro. Adicionalmente, note-se que o exercício do direito de aquisição potestativa, à semelhança do que também se verifica na figura presente no regime societário, acolhe o valor percentual de 90%¹¹⁵.

Num pequeno apontamento, é meritória a análise do regime mobiliário à luz do art. 15.º da Diretiva das OPA’s, o qual também ordena, a nível europeu, a aquisição potestativa e inspirou o legislador nacional – a nosso ver, incorretamente, como iremos descortinar.

O legislador pátrio escolheu importar o duplo requisito constante do art. 15.º/2, b) da Diretiva, ao invés do previsto na alínea a), que se assume como menos exigente e mais garantístico da posição dos acionistas, tanto do maioritário como dos minoritários, além de mais inserido na congruência do próprio mercado, pois a sua menor exigência criterial resulta em menos entraves às manifestações aquisitivas.

De facto, a solução presente no art. 15.º/2, a) da Diretiva foi a mais comumente adotada pela generalidade dos países europeus. Vejam-se os casos da Áustria, Chipre, Dinamarca, Estónia, Irlanda, Letónia e República Checa. Curiosamente, houve também países que adotaram a mesma solução, mas reforçando o limite percentual mínimo respeitante ao capital

¹¹³ Nas palavras de Engrácia Antunes, a figura da aquisição potestativa “passa também a desempenhar simultaneamente, entre nós, à semelhança do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, a função de instrumento coadjuvante daquela técnica de aquisição de valores mobiliários”. Vd. Engrácia Antunes, 2001, p. 38.

¹¹⁴ Falamos de OPA geral, em contraposição com a OPA parcial.

¹¹⁵ Ver art. 490.º CSC.

com direitos de voto e direitos de voto para o máximo permitido pela Diretiva (95%). Confira-se, a este propósito, as legislações da Bélgica, Itália, Lituânia, Luxemburgo e Holanda.

Ora, no caso português, o primeiro percentual do segundo requisito presente na lei nacional no Cód.VM não revisto ia ao encontro do que está estabelecido no critério da al. b) do n.º 2 do art. 15.º da Diretiva das OPA's, representando um critério e um valor percentual comum em certas legislações europeias¹¹⁶.

No entanto, o segundo limiar que se encontrava presente no duplo requisito do art. 194.º “atinga ou ultrapasse 90% dos direitos de voto abrangidos pela oferta”, apesar de também presente na mesma norma da Diretiva, merecia a nossa estranheza e crítica. Primeiro, podíamos apresentar um argumento histórico e estabelecer um paralelo com o regime simétrico do CSC, aplicável às sociedades “fechadas”, sendo que, no seu art. 490.º CSC, esse segundo limiar não tem, nem nunca teve, assentamento. Ora, se no presente, tal se verifica por uma questão de impossibilidade material, por não se realizarem OPA's no universo do CSC¹¹⁷, nas versões anteriores à remissão presente no art. 490.º/7¹¹⁸, que autonomizou no regime mobiliário a aquisição tendente ao domínio total, tal argumento (impossibilidade material) não poderia ser usado, já que a norma regulava as aquisições potestativas, tanto no universo societário, como no mobiliário.

A verdade é que a existência do duplo requisito, em concreto do segundo limiar, tornava o regime da aquisição potestativa bastante exigente. No entanto, como veremos adiante, tal era facilmente contornável.

A dificuldade em observar o segundo limiar acabava por desvirtuar o próprio papel e alcance da aquisição potestativa, pois estando perante uma adesão maciça por parte dos investidores à OPA, conseguindo esta reunir 90% ou mais dos direitos de voto abrangidos pela oferta, legitimava-se incontestavelmente a aquisição tendente ao domínio total. Esta legitimação veio com um preço. Sendo este requisito absolutamente exigente, observava-se uma dificuldade generalizada em cumpri-lo, levando assim a que muitas empresas não conseguissem exercer o direito à aquisição potestativa,¹¹⁹ frustrando consequentemente as

¹¹⁶ Veja-se, a título de exemplo, a lei espanhola, que, à semelhança da nossa, importou o requisito presente no art. 15.º/2, b).

¹¹⁷ No entanto, quando surgiram as primeiras referências normativas sobre as OPA's no direito pátrio, na década de 80, o seu inicial enquadramento legal foi estabelecido também no CSC aquando da sua aprovação em 1986. Cfr. Baptista, 2016, p. 128.

¹¹⁸ O número 7 do art. 490.º foi aditado pelo Decreto-Lei N.º 486/99, de 13 de novembro, entrando em vigor em 01/03/2000.

¹¹⁹ Atenda-se ao caso paradigmático da cimenteira CIMPOR, em que o grupo Camargo Corrêa, após o lançamento em 2012 de OPA obrigatória sobre a CIMPOR não ter conseguido observar o segundo patamar do duplo requisito (os 90% dos direitos de voto abrangidos pela oferta), tendo só conseguido obter além dos 94,1% dos direitos de voto 87,1% dos direitos de voto abrangidos pela oferta, frustrando, assim, o seu direito da aquisição potestativa, tendo ferido em última análise, além dos acionistas que convictos da adesão maciça à OPA esperavam vender as suas ações, no limite, momento da alienação potestativa, a própria sociedade. A propósito, consultar ANEXO II. Podemos ainda mencionar os casos análogos da SONAE Capital e da SONAE indústria: tendo a EFANOR lançado uma OPA voluntária sobre as duas empresas e não tendo conseguido observar os requisitos pautados no art. 194.º, ficando consequentemente impedida de adquirir potestativamente as ações remanescentes. Volteando tal problema, a

expectativas dos investidores majoritários e deixando os próprios investidores minoritários num “limbo”, além do claro impasse em que ficava a própria sociedade.

Tendo o regime da aquisição potestativa sido equacionado com o objetivo último de garantir o difícil equilíbrio entre as expectativas do sócio majoritário, a proteção dos acionistas minoritários e ainda o interesse da própria sociedade, sempre se revelou bastante difícil uma conciliação razoável e justa. A nosso ver, tal conciliação apresentava-se desajustada no regime constante no Cód.VM não revisto.

Ora, se o duplo requisito representava já uma excessiva exigência, que, como vimos, levava a uma penalização do exercício da aquisição potestativa gorando o mesmo e acabando por prejudicar todos os intervenientes, ferindo a relação societária, adicionalmente, tinha como consequência “a utilização de expedientes aquisitivos alternativos”¹²⁰.

Deste modo, a não observância do segundo requisito da dupla percentagem acarretava concretos problemas, não só para o sócio majoritário, mas também para os acionistas minoritários, porque, sendo que o direito de alienação potestativa depende do direito de aquisição potestativa (ver *infra*), não existindo uma autonomia entre estas duas figuras, se este último não se verificasse, o primeiro também não teria lugar, deixando assim os acionistas minoritários desprotegidos.

Em relação à justa contrapartida¹²¹, como veremos adiante, o regime da aquisição potestativa no Cód.VM não revisto remetia para o art. 188.º Cód.VM, que regulava tanto a contrapartida em sede de OPA obrigatória, como a contrapartida em sede de aquisição potestativa¹²².

EFANOR recorreu ao expediente presente no art. 27.º/1, b), requerendo a perda da qualidade de sociedade aberta da SONAE Indústria, para assim adquirir o domínio total desta no âmbito societário, através do instituto paralelo, mas menos exigente, do 490.º CSC (conferir ANEXO III). Paralelamente, o mesmo se verificou com a SONAE Capital.

¹²⁰ Santos, 2007, p. 397 e Engrácia Antunes, 2001, p. 28, nota 31. Adiantamos também que, à luz do Cód.VM não revisto, não se conseguindo observar o segundo limiar do duplo requisito presente no art. 194.º/1, era possível, se observado o primeiro limiar do já mencionado duplo requisito, o acionista majoritário promover, ao abrigo do disposto no art. 27.º/1, a), a perda de qualidade aberta da sociedade visada para depois, já no âmbito societário, socorrer-se do mecanismo de aquisição potestativa constante do art. 490.º CSC. Adicionalmente, existia também a solução presente no art. 27.º/1, b). Estes “caminhos” permitiam ao acionista majoritário contornar a rigidez do regime mobiliário da aquisição tendente ao domínio total. O Cód.VM revisto veio, além de revogar o art. 27.º, alterar esta realidade (ver *infra* os comentários tecidos sobre o fim das sociedades abertas).

¹²¹ Parece-nos pertinente mencionar que o regime da contrapartida em sede mobiliária se mostra mais completo do que o regime homólogo presente no CSC, dado que até era equacionável o recurso à aplicação analógica das regras jurídico-mobiliárias para suprir as insuficiências do regime societário. Cfr. Engrácia Antunes, 2001, p. 35. No entanto, como teremos oportunidade de ver, nem sempre o regime mobiliário será o mais garantístico e previdente.

¹²² No regime antecedente à entrada em vigor da Lei 99-A/2021 de 31 de dezembro, o art. 194.º, no seu número 2, comportava uma presunção (*iuris tantum*) de justiça da contrapartida praticada na OPA quando o oferente conseguia adquirir pelo menos 90% das ações representativas de capital social com direitos de voto abrangidas pela oferta. O Cód.VM revisto vem ampliar esta solução.

8. A aquisição potestativa conforme o novo normativo

As alterações trazidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, vieram simplificar o regime da aquisição tendente ao domínio total. A mais relevante alteração, em sede da aquisição potestativa, foi a reformulação feita ao art. 194.º incidente sobre o duplo requisito. Ao eliminar a segunda parte do duplo requisito¹²³, “90% dos direitos de voto abrangidos pela oferta”, mantendo unicamente a primeira parte, “90% dos direitos de voto correspondentes ao capital social”, o legislador imprime à norma uma facilidade merecedora da nossa concordância¹²⁴.

A nova norma, através da simplificação do regime, garante uma maior aplicação do mecanismo da aquisição potestativa, consequentemente diminuindo os casos em que, após uma OPA obrigatória (ou voluntária), a aquisição potestativa saia frustrada.

Analisemos um exemplo, para melhor entendermos as alterações aos requisitos em sede de aquisição potestativa, dissecando a pertinência da alteração imposta pelo Cód.VM revisto:

- Suponhamos que a sociedade A, que detinha uma participação de cerca de 30% dos direitos de voto da sociedade B, adquira uns adicionais 30%, elevando a sua posição acionista para 60%¹²⁵. Constituído nos termos do art. 187.º/1 o dever de lançamento de OPA sobre os adicionais 40%, a sociedade A consegue adquirir 35% dos direitos de voto, ficando com 95% das ações da sociedade B. Analisando este caso à luz do antigo regime, facilmente percebemos que o duplo requisito para o exercício da aquisição potestativa dos restantes 5% não se encontra preenchido, pois, embora o primeiro limiar se encontre observado, porque a sociedade A passou a deter mais de 90% da sociedade B, o segundo requisito não se encontra preenchido, pois a sociedade A, ao lançar uma OPA sobre os 40 direitos de voto restantes, só conseguiu adquirir 35, sendo que estes representam “meramente” 87,5% dos direitos de voto abrangidos pela oferta, ficando aquém dos 90% exigidos. Nestes termos, não haveria lugar ao exercício da aquisição potestativa, saindo gorado este esforço aquisitivo.

À luz do regime implementado pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, e aplicando-o ao presente exemplo, a aquisição potestativa já seria passível de ser exercida pela sociedade A, já que o único requisito que condiciona a mesma está observado: ter mais de 90% dos direitos de voto correspondentes ao capital social.

Concluimos facilmente, com base no exemplo exposto e no que anteriormente já tinha sido dito, que a segunda parte do duplo requisito, agora eliminado com o Cód.VM revisto, se

¹²³ Vd. Circular da CMVM – Revisão do Código dos Valores Mobiliários: “a exigência de ter sido alcançado 90% dos direitos de voto abrangidos pela oferta não resulta de uma imposição da Diretiva das OPA’s, considerando-se não se justificar a manutenção daquela exigência adicional”.

¹²⁴ A nova solução adotada no art. 194.º é provavelmente inspirada pelo ordenamento alemão (§ 39a WpÜG), que, tal como o sueco, condiciona a aquisição potestativa à verificação de um limite percentual mínimo do capital com direitos de voto, embora tanto no ordenamento alemão como no sueco este limite seja de 95%.

¹²⁵ Ficcionemos que, por cada ponto percentual, equivale uma ação com direito de voto, havendo na sociedade B unicamente 100 ações, todas elas com direito de voto.

apresentava como uma condicionante opressiva à possibilidade de exercício tanto da aquisição potestativa, como consequentemente da alienação potestativa.

Por último, embora não tão impactante, merece também menção a alteração respeitante ao n.º 2 do art. 194.º, que versa sobre a contrapartida da aquisição. O legislador pátrio introduziu uma mudança sistemática no número em análise, tendo ajustado os critérios de fixação da contrapartida através da autonomização da temática da contrapartida na própria norma do art., dedicando-lhe o n.º 2 e rompendo com a remissão para o art. 188.º. Esta alteração é merecedora da nossa concordância, pois acaba, em primeiro lugar, por simplificar o regime da contrapartida no âmbito da aquisição potestativa, assumindo-se, também, como mais garantística ao estipular uma contrapartida mínima, sendo esta a que foi aplicada na oferta pública de aquisição ou, se mais elevada, a contrapartida (com o valor mais alto registado) estipulada num acordo para a aquisição de valores mobiliários da mesma categoria entre o momento do apuramento de resultados da oferta e o registo da aquisição potestativa pela CMVM.

Ora, este acréscimo normativo, que serve como um aperfeiçoamento da norma, passa a refletir a igualdade de tratamento entre os titulares das ações remanescentes, garantindo que todos beneficiem da aplicação do mesmo preço aquando do exercício da aquisição potestativa. No entanto, por outro lado, poderíamos, numa primeira análise, considerar que o fim da remissão para o art. 188.º acarreta uma eventual penalização respeitante à questão da fiscalização e contestação da contrapartida. Se, à luz do Cód.VM anterior à revisão imposta pela Lei n.º 99-A/2021, o regime mobiliário relativamente a essa questão remetia genericamente “para as regras gerais previstas para as ofertas públicas de aquisição obrigatória (art. 188.º, “*ex vi*” do art. 194.º, n.º 1, CVM)”¹²⁶, parecendo (apenas) deixar margem para uma intervenção por parte da CMVM (188.º/2), agora, com a extinção dessa remissão na nova redação do n.º 1, nem isso se poderá verificar, ficando o regime mais enfraquecido. Não obstante, encontrando-se a contrapartida firmemente estabelecida no n.º 2 do art. 194.º, a necessidade de uma intervenção por parte da CMVM revela-se, a nosso ver, prescindível.

Outrossim, o novo regime da aquisição tendente ao domínio total revisto pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, apresenta-se não só como mais simples, fazendo jus à missão do legislador de simplificar o normativo mobiliário, mas também como mais razoável e praticável, conseguindo, a nosso ver, alcançar o tão almejado equilíbrio entre as pretensões do sócio maioritário, a salvaguarda dos acionistas minoritários e, ainda, o interesse da própria sociedade.

¹²⁶ Engrácia Antunes, 2001, p. 39, nota 51.

Conclusão

A presente dissertação tentou respeitar uma lógica comparativa “antes *versus* depois”, procurando contextualizar a realidade que se observava no Cód.VM anterior às alterações promovidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, analisando de forma crítica a pertinência das últimas.

Concluído o nosso estudo, sabendo que muito ficou por tratar, cumpre-nos mencionar as conclusões advindas da apreciação e investigação que realizámos.

Em primeiro lugar, é de louvar a iniciativa do legislador e, conseqüentemente, a redação da Lei n.º 99-A/2021 no respeitante às alterações do Cód.VM que analisámos. O contexto mobiliário atual é muito diferente do de há duas décadas. Se é verdade que, por um lado, a globalização, a digitalização e a sofisticação de certos instrumentos e procedimentos vieram revolucionar o mercado, também é verdade que não vieram sozinhas, trazendo vários problemas que necessitam de previsão e resposta.

A revisão do Cód.VM operada pela presente lei evidencia uma clara preocupação evolutiva e de adaptação ao século XXI, pugnando pela simplificação, dinamização e redução da onerosidade das soluções constantes.

Em segundo lugar, ainda respeitante às alterações operadas pela Lei n.º 99-A/2021, aplaudimos em específico, entre outras, também mencionadas na dissertação:

- A extensão da prova negativa do domínio às situações em que se encontra ultrapassado o limite de metade dos direitos de voto, privilegiando o legislador um entendimento material de domínio ao invés do formal;
- A (re)inclusão da transmissão de controlo *mortis causa* como motivo derogatório da obrigação de lançamento de OPA;
- As alterações ao regime da contrapartida em sede de OPA obrigatória;
- A reformulação do art. 194.º Cód.VM, que veio permitir, com a eliminação do segundo limiar presente no segundo requisito, uma maior aplicação da figura da aquisição potestativa.

Por fim, consideramos válidas as nossas reflexões sobre a abrangência do prémio de controlo, um tema merecedor de uma análise própria. Cremos que se assume como redutor classificar unicamente como prémio de controlo o pago ao alienante de um bloco controlador, considerando que pode, no próprio mercado bolsista, haver lugar também ao pagamento de um prémio imposto pelo mercado.

Referências bibliográficas

Obras e artigos:

- ALMEIDA, A.P. (2013). *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, A.P. (2020). Aquisição potestativa versus alienação potestativa. *Revista de Direito Comercial – Liber Amicorum*, pp. 1201-1216.
- ANDRADE, C.C. & STOKES, M. (2021). contributo para o estudo da imputação de direitos de voto no contexto do dever de lançamento de OPA. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 61-93.
- ANDREWS, W. (1965). The stockholder's right to equal opportunity in the sale of shares. *Harvard Law Review*, vol. 78, pp. 505-563.
- ANTUNES, J.E. (2001). *A aquisição tendente ao domínio total (da sua constitucionalidade)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BAPTISTA, D.F. (2016). *A atuação concertada como fundamento de imputação de direitos de voto no mercado de capitais*. Porto: Universidade Católica Editora.
- BAUM, H., KUMPAN, C., STEFFEK, F. & WATANABE, H. (2011). Issues in German takeover law (interview with researchers from the Max Planck Institute for Private Law). *The Quarterly Review of Corporation Law and Society*, vol. 29, pp. 91-111.
- BERLE, A. & MEANS, G. (1967). *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers.
- CÂMARA, P. (2000). O dever de lançamento de oferta pública de aquisição no novo Código dos Valores Mobiliários. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, pp. 195-270.
- CÂMARA, P. (2018). *Manual de direito dos valores mobiliários*, 4.ª ed. Lisboa: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2004). Vernáculo jurídico: Diretrizes ou directivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 64, n.º I/II.
- CORDEIRO, A.M. (2011). OPA's obrigatórias: Pressupostos e consequências da sua não-realização. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, pp. 927-984.
- CORDEIRO, A.M. (2019). *Manual de direito dos valores mobiliários*, 2.ª ed. Lisboa: Almedina.
- COUTO, A.S. (2006). Breve comentário à transposição da diretiva das OPA. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 25, pp. 70-78.
- EASTERBROOK, F. & FISCHER, D. (1981). Corporate control transactions. *The Yale Law Journal*, pp. 698-737.
- FEREIRA, J. (2017). Sociedade com o capital aberto ao investimento do público: Relevância da lei pessoal na aquisição e perda da qualidade de sociedade aberta. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 2, pp. 219-254.
- FERREIRA, J. (2021). Contributo para o estudo da imputação de direitos de voto no contexto do dever de lançamento de OPA. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 305-350.

- GARCIA, A.T. (1995). OPA – Da Oferta Pública de Aquisição e seu regime jurídico. Coimbra: Coimbra Editora.
- GUINÉ, O.V. (2008). Do contrato de gestão de carteiras e do exercício do direito de voto: OPA obrigatória, comunicação de participação qualificada e imputação de direitos de voto. In *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. VIII, pp. 151-181. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEAL, M.R. & STOKES, M. (2018). A prova negativa de domínio no regime português da OPA obrigatória. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. XX, pp. 123-147.
- MACHADO, J.B. (1989). Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, J.F. (2012). Operações sobre instrumentos derivados, imputação de direitos de voto e contrapartida da Oferta Pública de Aquisição. In *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, pp. 133-166.
- MORAIS, J.A. & LIMA, J.M. (2015). *Código dos Valores Mobiliários anotado*. Quid Iuris.
- MUCCIARELLI, F. (2014). Le offerte pubbliche d'acquisto e di scambi. Torino: Giappichelli Editore.
- OLIVEIRA, A.P. de (2012). OPA obrigatória e controlo indireto. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 593-661.
- OSÓRIO DE CASTRO, C. (2000). A imputação de direitos de voto no Código dos Valores Mobiliários. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, pp. 162-193.
- OSÓRIO DE CASTRO, C. (2021). A imputação de direitos de voto para efeitos de OPA's e algumas notas avulsas. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 165-200.
- PAPADOPOULOS, T. (2007). The mandatory provisions of EU Takeover Bid Directive and their deficiencies. *Law and Financial Markets Review*, vol. 6, pp. 525-533.
- PICCO, F., PONZIANI, V., TROVATORE, G. & VENTORUZZO, M. (2021). Tender offers and takeover bids in Italy from 2007 to 2019. Empirical evidence and discussion points. CONSOB Discussion Papers, no. 9.
- PINTO, R.O. (2021). A extinção do estatuto da Sociedade Aberta. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 263-277.
- REQUICHA FERREIRA, M. (2008). OPA concorrente. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 30, pp. 19-78.
- REQUICHA FERREIRA, M. (2014). O dever de lançamento de OPA nos casos de sucessão mortis causa. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, pp. 9-58.
- RESENDE, J. de M. (2007). a imputação dos direitos de voto no mercado de capitais. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 26, pp. 59-70.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2009). *Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS)*. Editorial Civitas, Madrid.
- SANTOS, H.M. (2007). Aquisição tendente ao domínio total de Sociedades Abertas. *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. VII, pp. 275-402.
- SANTOS, H.M. (2011). *Transparência, OPA obrigatória e imputação de direitos de voto*. Coimbra Editora.

- SEQUEIRA, M.C. (2014). OPA obrigatória – Impacto das relações de domínio e de grupo. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, pp. 61-150.
- SILVA, N.G. da (1978). *Direito das sucessões*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- SILVA, P.C. e (2007). A imputação de direitos de voto na Oferta Pública de Aquisição. In *Jornadas das Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, pp. 243-282.
- SOBREIRA, N., ANDRADE, I.R. de (2022). Participações qualificadas – Da perspetiva do emitente e dos investidores. In *Revisão do Código dos Valores Mobiliários – Um roteiro*. Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.
- VIÇOSO, M. & ROSA, M.P. (2022). Supressão da figura de “sociedade aberta” – principais impactos da perspetiva dos emitentes, dos investidores e dos newcomers, In *Revisão do Código dos Valores Mobiliários – Um roteiro*, pp. 8-12. Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 26 de novembro de 2002 (Processo n.º 310/99), (www.dgsi.pt).

ANEXOS



Anexo I

Banco BPI, S.A.
Sociedade Aberta
Sede: Rua Tenente Valadim, 284, Porto
Capital Social € 990 000 000
Número único de matrícula na Conservatória do
Registo Comercial do Porto e de Pessoa Colectiva 501 214 534

Banco BPI, S.A. informa ter recebido do CaixaBank, S.A. a seguinte comunicação:

“O CaixaBank, S.A. vem, pela presente, solicitar ao Banco BPI, S.A., no âmbito do enquadramento das participações qualificadas em sociedades abertas, a publicação da seguinte informação:

FACTO RELEVANTE

O CaixaBank informa que celebrou, na presente data, um contrato de compra e venda da participação de 18,87% no banco português Banco BPI, S.A. (“**BPI**”) detida indiretamente pela Itaú Unibanco Holding S.A. (Banco Itaú), por um preço total de 93.420.330 euros (€0,50 por ação). Esta aquisição encontra-se condicionada à declaração de não oposição do Banco de Portugal nos termos da legislação aplicável, cujo pedido foi já apresentado pelo CaixaBank em momento anterior à celebração do contrato. Verificando-se a condição, o CaixaBank adquirirá a referida participação, passando a deter 48,97% do capital social do mencionado banco.

Nesta data foi solicitado, formalmente, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“**CMVM**”), nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 187.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, o reconhecimento da inexistência de domínio do Banco BPI pelo CaixaBank e, em resultado, a inexigibilidade de lançamento de uma OPA obrigatória sobre 100% do capital do BPI, em virtude da ultrapassagem do limiar de um terço dos direitos de voto correspondentes ao capital social de uma sociedade aberta em Portugal.

Na sequência de requerimento do CaixaBank a CMVM reconheceu que com a informação atualmente disponível não é exigível o lançamento de oferta pública de aquisição obrigatória por considerar provado que, com a referida participação, o CaixaBank não obtém o domínio do BPI, na medida em que: (i) o CaixaBank não possa exercer por si só o domínio na Assembleia Geral do BPI por existirem acionistas qualificados que, no seu conjunto, superem o poder de voto do CaixaBank; (ii) haja proporcionalidade entre a percentagem dos direitos de voto que o CaixaBank pode exercer e o número de administradores por si designados para o Conselho de Administração do BPI; (iii) se mantenha a atual limitação estatutária aos direitos de voto e (iv) a evolução da intervenção do CaixaBank no governo societário do BPI seja comunicada regularmente à CMVM. Adicionalmente, o regulador considera que, no caso hipotético de lançamento pelo CaixaBank de uma OPA sobre o BPI nos próximos dois anos, a contrapartida da oferta - sem prejuízo do cumprimento dos critérios da contrapartida mínima em caso de OPA obrigatória - não poderá ser inferior ao preço por ação pago na presente aquisição.

Barcelona, 20 de Abril de 2012.”

Banco BPI, S.A.

Porto, 20 de Abril de 2012

PARTICIPAÇÃO QUALIFICADA

Nos termos e para os efeitos do artigo 17.º do Código dos Valores Mobiliários, torna-se público o conteúdo da comunicação hoje recebida da InterCement Austria Holding GmbH:

"Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 16.º do Código dos Valores Mobiliários ("Cód.VM") e do artigo 2.º do Regulamento da CMVM n.º 5/2008, a InterCement Austria Holding GmbH, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Hohenstaufengasse, n.º 10, 3.º Piso, 1010 Viena, Áustria, inscrita no Tribunal do Comércio de Viena, sob o número FN 358795s, com o capital social de € 35.000 (trinta e cinco mil euros), vem por este meio comunicar a V/Exas. o seguinte:

- (i) No dia 20 de junho de 2012, procedeu-se ao apuramento do resultado da Oferta Pública Geral e Obrigatória de Aquisição de ações da Cimpor - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A. ("Cimpor") lançada pela InterCement sobre a Cimpor ("OPA"), em virtude da qual a InterCement adquiriu 183.607.708 ações, representativas de 27,32% do capital social e de igual percentagem dos direitos de voto da Cimpor. A contrapartida paga pela InterCement na Oferta foi de € 5,50 (cinco euros e cinquenta cêntimos) por ação representativa do capital social Cimpor.
- (ii) Adicionalmente, durante o período da Oferta, que decorreu entre os dias 30 de Maio de 2012 e 19 de Junho de 2012 (inclusive), a InterCement adquiriu no mercado Euronext, pelo preço unitário de €5,50 (cinco euros e cinquenta cêntimos), 84.936.946 ações representativas de 12,64% do capital social e dos direitos de voto da Cimpor.
- (iii) Assim, em resultado da aquisição das referidas ações e na sequência do entendimento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM"), considerando o posicionamento da Caixa Geral de Depósitos, S.A., do Grupo Camargo Corrêa e da Votorantim Cimentos S.A. perante a OPA, passaram a ser imputáveis à InterCement:
 - a. a título direto, nos termos e para os efeitos do disposto no proémio do n.º 1 do artigo 20.º do Cód.VM, um total de 39,96% dos direitos de voto da Cimpor, inerentes a 268.544.654 ações ordinárias, escriturais e nominativas, representativas de igual percentagem do capital social da Cimpor;

1 / 3

Cimpor – Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.

Sociedade Aberta

Sede: Rua Alexandre Herculano, 35 | 1250-009 LISBOA | PORTUGAL

Capital Social: 672.000.000 Euros

Número Único de Pessoa Coletiva e Conservatória do Registo, Comercial de Lisboa: 500 722 800

Relações com investidores

Filipa Mendes, IR0 | Francisco Sequeira, IR

E-mail: InvestorRelations@cimpor.com

Tel. (+351) 21 311 8889

Anexo II



- b. a título indireto: (i) 32,94% dos direitos de voto da Cimpor, detidos pela Camargo Corrêa Cimentos Luxembourg, S.à.r.l., sociedade constituída de acordo com as leis do Luxemburgo, com sede em 65 Boulevard Grande - Duchesse Charlotte, Luxemburgo (subsidiária integral da Camargo Corrêa S.A.), acrescidos de (ii) 21,20% detidos pela Votorantim (imputáveis ao Grupo Camargo Corrêa, no entender da CMVM, ao abrigo das alíneas c) e h) do n.º 1 do artigo 20.º do Cód.VM),

totalizando uma participação qualificada global de 94,11% do capital social e dos direitos de voto da Cimpor.

- (iv) Os direitos de voto na Cimpor detidos pela InterCement são igualmente imputáveis às seguintes entidades:

- a. À sociedade InterCement Participações S.A., sociedade constituída de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 10.456.140/0001-22, com sede na Avenida das Nações Unidas, 12495, 14.º - A, na capital do estado de São Paulo, que detém a totalidade do capital social da InterCement;
- b. À sociedade Camargo Corrêa S.A., sociedade constituída de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.098.905/0001-09, com sede em Rua Funchal, 160 – Vila Olímpia, na capital do estado de São Paulo (“Camargo Corrêa”), que detém 99,99% do capital social da InterCement Participações S.A.;
- c. À sociedade Participações Morro Vermelho S.A., sociedade constituída de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, com sede em Rua Funchal, 160 – Vila Olímpia, na capital do estado de São Paulo, que domina integralmente a Camargo Corrêa;
- d. Às sociedades RRRPN Empreendimentos e Participações S.A., RCABON Empreendimentos e Participações S.A., RCABPN Empreendimentos e Participações S.A., RCNON Empreendimentos e Participações S.A., RCNPN Empreendimentos e Participações S.A., RCPDON Empreendimentos e Participações S.A. e RCPDPN Empreendimentos e Participações S.A. (todas constituídas de acordo com as leis da República Federativa do Brasil e com sede em Rua Funchal, 160 – Vila Olímpia, na capital do estado de São Paulo), que

2 / 3

Anexo II



detêm o domínio conjunto direto da Participações Morro Vermelho S.A. através de acordo parassocial entre elas celebrado; e

- e. Às seguintes pessoas singulares, que detêm em conjunto o domínio da sociedade RRRPN – Empreendimentos e Participações S.A. e isoladamente o domínio das sociedades que a seguir se identificam:
 - i. Rosana Camargo de Arruda Botelho, que detém o domínio direto das sociedades RCABON Empreendimentos e Participações S.A. e RCABPN Empreendimentos e Participações S.A.;
 - ii. Renata de Camargo Nascimento, que detém o domínio direto das sociedades RCNON Empreendimentos e Participações S.A. e RCNPN Empreendimentos e Participações S.A.; e
 - iii. Regina de Camargo Pires Oliveira Dias, que detém o domínio direto das sociedades RCPODON Empreendimentos e Participações S.A. e RCPODPN Empreendimentos e Participações S.A.
- f. À Camargo Corrêa Cimentos Luxembourg, S.à.r.L.; e
- g. À Votorantim Cimentos, S.A.;"

Lisboa, 25 de junho de 2012.

3 / 3

Anexo III

PRIMEIRO ANÚNCIO

Perda da Qualidade de Sociedade Aberta

Sonae Indústria, SGPS, S.A

Nos termos e para os efeitos dos artigos 28.º e 29.º do Código dos Valores Mobiliários (“Cód.VM”), informam-se os Senhores Acionistas da Sonae Indústria, SGPS, S.A. e o público em geral de que:

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1, alínea b), e do n.º 2 do artigo 27.º do Cód.VM, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”) deferiu, em 22 de julho de 2021, a perda da qualidade de sociedade aberta da Sonae Indústria SGPS, S.A. sociedade com sede social no Lugar do Espido, Via Norte, 4470 Maia, matriculada na Conservatória do Registo Comercial da Maia sob o número único de matrícula e de pessoa coletiva 506.035.034, com o capital social integralmente subscrito e realizado de €308.321.344,20, representado por 93.650.000 ações ordinárias, escriturais e nominativas, sem valor nominal (a “**Sonae Indústria**”).
2. A perda da qualidade de sociedade aberta foi requerida à CMVM na sequência da deliberação da assembleia geral anual de acionistas da Sonae Indústria, realizada em 28 de junho de 2021 (“**Assembleia Geral**”), com os votos favoráveis correspondentes a 92,497% do capital social e dos direitos de voto da Sonae Indústria.
3. Em cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 27.º do Cód.VM, a acionista Efanor Investimentos - SGPS, S.A., sociedade com sede social na Avenida da Boavista, 1277/1281 - 4.º, Porto, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Porto, com o número único de matrícula e de pessoa coletiva 502.778.466, com o capital social integralmente subscrito e realizado de €82.999.666,34, (a “**Efanor**”) obrigou-se a adquirir, durante o prazo de três meses contado a partir da data de publicação de decisão favorável da CMVM, ou seja, entre 22 de julho de 2021 e 23 de outubro de 2021, ambas as datas *inclusive*, as ações pertencentes aos acionistas da Sonae Indústria que não a Efanor e a Pareuro, BV, sociedade cujo capital social é integralmente detido pela Efanor, desde que as mesmas se encontrem livres de quaisquer ónus, encargos ou responsabilidades, bem como de quaisquer limitações ou vinculações, nomeadamente quanto aos respetivos direitos patrimoniais e/ou sociais ou à sua transmissibilidade.
4. Tendo em conta que, à data de 15 de julho de 2021, a Efanor e a Pareuro, BV, detinham um total de 86.829.520 (oitenta e seis milhões oitocentas e vinte e nove mil quinhentas e vinte) ações representativas do capital social da Sonae Indústria, a obrigação de aquisição referida no parágrafo *supra* tem por objeto um máximo de 6.820.480 (seis milhões, oitocentas e vinte mil quatrocentas e oitenta) ações representativas de 7,28% do capital social e dos direitos de voto da Sonae Indústria.
5. A contrapartida oferecida pela Efanor é de €1,14 (um euro e catorze cêntimos) por ação, contrapartida que (i) excede a cotação média ponderada das ações da Sonae Indústria no Euronext Lisbon, nos 6 (seis) meses anteriores à divulgação da convocatória da Assembleia Geral, que foi de €1,064 (um euro e seis vírgula quatro cêntimos) por ação; (ii) corresponde ao maior preço pago pela Efanor (ou, tanto quanto é do conhecimento desta, por entidades que em relação a esta se encontrem em alguma das situações previstas no n.º 1 do artigo 20.º do Cód.VM) no período de 6 (seis) meses anterior à divulgação da convocatória da Assembleia Geral e (iii) tem em conta que, considerando os elementos

Anexo III

existentes à data da convocação da Assembleia Geral, incluindo, designadamente, o nível de liquidez das ações da Sonae Indústria e a circunstância de a Efanor ser já titular de participação que a habilita a recorrer ao mecanismo previsto no artigo 27.º, n.º1, b), do Cód.VM, a CMVM confirmou à Efanor não serem neste caso aplicáveis as disposições dos n.ºs 2 e 3 do artigo 188.º do CódVM.

6. Para os efeitos previstos no parágrafo 3 *supra*, a Efanor efetuou, junto do Caixa - Banco de Investimento, S.A., depósito caução no montante global de €7.775.347,20 (sete milhões, setecentos e setenta e cinco mil trezentos e quarenta e sete euros e vinte centimos), destinado a garantir o pontual cumprimento da obrigação de pagamento da totalidade do valor da contrapartida de aquisição das ações representativas do capital social da Sonae Indústria, detidas pelos referidos acionistas da Sonae Indústria.
7. Foi transmitida ao Caixa - Banco de Investimento, S.A. uma ordem permanente de compra que abrange as referidas 6.820.480 ações da Sonae Indústria, ao preço unitário €1,14 (um euro e catorze centimos) por ação, válida pelo período de 3 (três) meses compreendido entre 22 de julho de 2021 e 23 de outubro de 2021 (ambos *inclusive*), ou até ao momento em que seja concretizada a potencial aquisição potestativa das ações remanescentes da Sonae Indústria, nos termos do artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais, se anterior.
8. Neste sentido, igualmente se comunica que os Senhores Acionistas poderão, a partir da presente data e até às 15:00 horas do dia 23 de outubro de 2021, vender as suas ações, pela contrapartida oferecida de €1,14 (um euro e catorze centimos) por cada ação, mediante a apresentação, através dos seus intermediários financeiros, da respetiva ordem de venda.
9. Mais se refere que a Efanor considera vir subsequentemente a promover o recurso ao mecanismo legal de aquisição potestativa das ações remanescentes da Sonae Indústria, previsto no artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais, dentro dos prazos legais e mediante contrapartida não superior a € 1,14 por cada ação.
10. Considerando esta decisão de deferimento da perda da qualidade de sociedade aberta do Conselho de Administração da CMVM:
 - a A Sonae Indústria perde a qualidade de sociedade aberta a partir da publicação da decisão da CMVM, que ocorreu no presente dia 22 de julho de 2021; e
 - b Em consequência, ocorre automaticamente a exclusão da negociação em mercado regulamentado das ações da Sonae Indústria a partir da data mencionada no número anterior, isto é, de 22 de julho de 2021, ficando vedada a sua readmissão no prazo de um ano.
11. Todos os anúncios cuja publicação seja devida ao abrigo do artigo 28.º do Cód.VM serão divulgados nos prazos previstos nesse preceito e no sistema de difusão de informação da CMVM, disponível em www.cmvm.pt.

Lugar do Espido, 22 de julho de 2021

Sonae Indústria, SGPS, S.A.

**Comercialização dos direitos audiovisuais das competições
profissionais em Portugal – perspectivas futuras**

Henrique Mendes Monteiro

Sob orientação do Professor
Doutor Manuel Fontaine Campos

Aos meus pais, por tudo aquilo que sou hoje.
À Sónia e ao Tiago, pelo papel fundamental
no meu desenvolvimento pessoal e profissional.
Ao meu orientador, por todo o acompanhamento.

Resumo: A presente dissertação incide sobre a titularidade e formas de comercialização dos direitos de transmissão televisiva e multimédia dos conteúdos associados às competições profissionais de futebol em Portugal.

No âmbito deste trabalho, sinalizamos o modelo que atualmente vigora em Portugal, perspetivando como poderá ser o futuro da comercialização destes direitos à luz de recentes e relevantes alterações legislativas.

Assim, qualificámos os direitos audiovisuais tanto no mercado internacional como nacional, elaboramos uma caracterização da evolução histórica e situação atual do mercado dos direitos audiovisuais em Portugal. De seguida, apresentámos as diferentes preocupações jusconcorrenciais do modelo de comercialização conjunta e, por fim, expusemos de que forma, e através de que ferramentas, é que este modelo poderá precaver as supramencionadas preocupações, beneficiando o desenvolvimento do mercado.

Assim, entre outros, identificámos e caracterizámos a adoção de instrumentos como a limitação da duração da exclusividade, o *unbundling* de direitos e a adoção de uma cláusula no *single buyer*, e a utilização de regras de participação em leilões e de cláusulas de *use it or lose it*.

Palavras-chave: Direitos audiovisuais; direitos televisivos; comercialização individualizada; comercialização conjunta; futebol profissional; concorrência.

Abstract: This dissertation focuses on the ownership and forms of selling television and media broadcasting rights associated with professional football competitions in Portugal.

In this view, we will point out the agreements that are currently in force in Portugal, foreseeing how the future of the sale of these rights may evolve in the light of the recent and relevant legislative shifts.

Therefore, we will classify media rights in the international and in the national markets, elaborate an overview of the historical evolution and present state of said rights in Portugal, address the different legal and competition concerns linked with a collective commercialization, and, finally, show how this system may prevent the above-mentioned concerns and benefit the development of the market.

Lastly, we will identify and characterize instruments such as limiting the duration of exclusivity, the unbundling of rights, the implementation of a single buyer clause, and the use of rules for participation in auctions and use it or lose it clauses, among others.

Keywords: Audiovisual rights; television rights; broadcasting rights; individual selling; joint selling; professional football; competition.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AdC	Autoridade da Concorrência
Cf.	Confronte
DL	Decreto-Lei
FIFA	<i>Fédération Internationale de Football Association</i>
LBAFD	Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto
Ob. Cit.	Obra citada
P. (pp.)	Página(s)
Par.	Parágrafo
Proc.	Processo
RJFD	Regime Jurídico das Federações Desportivas
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UCL	<i>UEFA Champions League</i>
EU	União Europeia
UECL	<i>UEFA Europa Conference League</i>
UEFA	<i>Union des Associations Européennes de Football</i>
UEL	<i>UEFA Europa League</i>
UMTS	<i>Universal Mobile Telecommunications System</i>

Índice

Introdução	7
1. Caracterização do futebol e dos direitos audiovisuais no contexto nacional	9
1.1 Impacto socioeconómico do futebol em Portugal	9
1.2 Distinção entre futebol profissional e amador	10
1.3 Principais <i>stakeholders</i> no ecossistema desportivo	11
1.4 Direitos audiovisuais no futebol profissional português	11
2. Caracterização do futebol português e dos direitos audiovisuais no contexto internacional	14
2.1 Relevância do futebol português internacionalmente	14
2.2 Forma de comercialização dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais	15
2.3 Forma de distribuição da receita dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais	17
2.4 Importância dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais	19
3. Histórico e situação atual do mercado dos direitos audiovisuais em Portugal	20
4. Preocupações jusconcorrenciais da venda conjunta	23
4.1 Empresas e associações de empresas	24
4.2 O mercado relevante	26
4.2.1 Mercado do produto	26
4.2.2 Mercado geográfico	27
4.3 Venda conjunta	28
5. Modelo de comercialização conjunta	31
5.1 Limitação da duração da exclusividade	32
5.2 <i>Unbundling</i> de direitos e cláusula no <i>single buyer</i>	33
5.3 Regras de participação no leilão	35
5.4 Cláusula <i>use it or lose it</i>	35
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

O principal objeto desta dissertação são os direitos audiovisuais¹ das competições profissionais de futebol em Portugal, com especial incidência na sua titularidade e formas de comercialização. A venda destes direitos pode ser feita de forma individualizada ou conjunta, sendo que em Portugal ainda vigora o primeiro modelo, em total desalinhamento com o que se verifica atualmente no resto da Europa.

Afigura-se como consensual que o futebol, tanto a nível mundial como doméstico, ocupa o lugar cimeiro no que concerne à mediatização e visibilidade no ecossistema desportivo. Assim, esta modalidade é amplamente reconhecida além-fronteiras, e em Portugal, como o “desporto-rei”.

No contexto nacional, constatamos que o futebol ultrapassa as barreiras da mera competição desportiva e se posiciona como um eixo relevante da sociedade portuguesa. Este destaque pode ser comprovado por todo o mediatismo que o futebol gera na comunicação social pelas enormes audiências televisivas, que mais nenhuma atividade vislumbra alcançar, e da qual o futebol é o principal impulsionador².

No que concerne à relação entre o Direito e o Desporto, verificamos que o Legislador Português apenas passou a dedicar esforços e atenção a este fenómeno quando constatou uma acentuada evolução social e económica do Desporto³.

O futebol profissional português é hoje muito mais do que só um jogo. É também uma atividade empresarial em que trinta e quatro empresas (sociedades desportivas⁴), e

¹ Direitos de radiodifusão (rádio, televisão, internet e UMTS).

² Concretamente, em 2021, dos vinte programas com maior audiência televisiva, todos tiveram como objeto eventos desportivos, nomeadamente jogos de futebol. O jogo que opôs a seleção da Bélgica a Portugal, no âmbito do Euro 2020, foi o programa mais visto de 2021, tendo uma assistência superior a 3,8 milhões de espetadores, alcançando uma audiência média de 40% e um *share* televisivo de mais de 69% (cf. TOP 20 – Programas mais vistos em 2021 FY. <https://www.meiosepublicidade.pt/2022/01/2021-termina-com-a-sic-a-liderar-pelo-30-ano-consecutivo/>). Já no ano de 2022, a Final da Final Four da Allianz CUP (Taça da Liga), disputada entre o SL Benfica e Sporting CP, foi o programa televisivo mais visto, até ao momento, do ano 2022 (cf. Liga Portugal, 2022). Adicionalmente, uma vez que atesta à relevância que o desporto e o futebol em particular ocupam na sociedade portuguesa, cumpre referir que o Despacho n.º 11189/2021 de 15 de novembro de 2021, do Gabinete do Secretário de Estado do Cinema, Audiovisual e Media, que torna pública a lista de acontecimentos que devem ser classificados, em 2022, como de interesse generalizado do público, prevê, na sua totalidade, apenas eventos desportivos e, na sua grande maioria, eventos no âmbito de competições de futebol.

³ De acordo com Lúcio Correia, “A princípio, enquanto o Desporto era uma atividade lúdica, de mero divertimento e organizada por entusiastas, entendia-se que não devia existir qualquer relacionamento entre este e o Direito (...) Contudo, e à medida que o fenómeno desportivo evoluiu social e economicamente, as relações entre o Direito e o Desporto abandonaram a “atitude” de mera ignorância recíproca, passando a ter uma estreita relação na qual o Legislador Português, a partir do final do século passado, começou a dedicar uma especial atenção”. (cf. Correia, 2007, p. 31). Adicionalmente, no que concerne à relação entre o Direito e o Desporto, José Manuel Meirim refere que estes “protejam-se em múltiplos tabuleiros, como um jogo de xadrez disputado em simultânea. (...) Aqui, pois, nada mais existe que uma aplicação do Direito a mais um segmento da vida, sem que, por via de regra, tal gere alguma especificidade” (cf. Meirim, 2017, p. 5.).

⁴ De acordo com o Decreto-Lei n.º 10/2013, de 25 de janeiro, que estabelece o regime jurídico das sociedades desportivas a que ficam sujeitos os clubes desportivos que pretendem participar em competições desportivas profissionais, a participação nestas competições passou, a partir de 2013, obrigatoriamente, a ter de concretizar-se sob a forma jurídica societária – extinguindo-se o chamado regime especial de gestão –, admitindo-se agora que as entidades desportivas de natureza associativa, ou aquelas que pretendam constituir *ex novo* uma sociedade desportiva, possam optar entre a constituição de uma sociedade anónima

os demais *stakeholders* desta indústria de entretenimento, contribuem de forma ativa para o desenvolvimento socioeconómico do país e onde esse peso tem, na última década, apresentado um crescimento muito significativo.

No contexto atual do desporto em geral, os direitos de transmissão televisiva e multimédia dos conteúdos associados às competições desportivas são considerados um dos principais ativos destas indústrias, uma das propriedades com maior valor comercial e, consequentemente, capacidade de gerar receita. Adicionalmente, são um instrumento fundamental para a promoção da marca, industrialização e criação de valor associado ao produto. A configuração da forma de comercialização dos direitos audiovisuais é fundamental, como se verá, para a maximização do seu valor, a redução das disparidades financeiras entre as sociedades desportivas, o estímulo da competitividade desportiva entre os concorrentes (equipas), a salvaguarda de possíveis preocupações jusconcorrenciais do mercado e a implementação de um processo de comercialização mais transparente onde o acesso à informação está centralizado em apenas uma entidade.

Assim, no âmbito desta dissertação, pretendemos elaborar, numa fase inicial, uma caracterização do futebol profissional e dos direitos audiovisuais, tanto num contexto nacional como internacional, produzindo para este efeito um *benchmark* com as melhores práticas de mecanismos de comercialização destes direitos. De seguida, propomo-nos à identificação e caracterização da evolução histórica e situação atual do mercado dos direitos audiovisuais em Portugal, dando especial destaque à recomendação⁵ da Autoridade da Concorrência, doravante AdC, relativa a alterações na comercialização dos direitos de transmissão televisiva e multimédia da Primeira e Segunda Ligas de futebol, e à recente aprovação do Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de 22 de março, que determina a titularidade de direitos de transmissão dos campeonatos de futebol das Primeira e Segunda Ligas e estabelece regras relativas à sua comercialização.

Por fim, serão identificadas as diferentes preocupações jusconcorrenciais da centralização do modelo de comercialização e de que forma, e através de que ferramentas, é que o modelo de comercialização conjunta destes direitos poderá precaver as supramencionadas preocupações beneficiando o desenvolvimento económico-social da indústria do futebol e dos seus principais intervenientes.

desportiva (SAD) ou de uma sociedade desportiva unipessoal por quotas (SDUQ, Lda.). Os interesses, designadamente de natureza económica, que, na atualidade, gravitam em torno do futebol profissional ditam que seja necessário adotar formas jurídicas que permitam uma maior profissionalização, rigor e escrutínio destas estruturas (Cf. Ribeiro, 2017).

⁵ Cf. Recomendação dirigida ao Governo sobre criação de regulamentação destinada a permitir a venda em leilão dos direitos de transmissão televisiva e multimédia dos jogos da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional, da Adc, processo n.º EPR/2018/38, doravante, Recomendação da AdC (Cf. https://extranet.concorrenca.pt/pesquisAdC/EPR.aspx?Ref=EPR_2018_38&isEnglish=False).

1. Caracterização do futebol e dos direitos audiovisuais no contexto nacional

1.1 Impacto socioeconómico do futebol em Portugal

O futebol assume cada vez mais um papel profundamente relevante nas sociedades contemporâneas, envolvendo massas e estimulando as economias nacionais e internacionais.

A época desportiva 2020-21 ficou integralmente marcada pela pandemia da COVID-19, que impactou adversamente toda a economia nacional. Ainda assim, e apesar da ausência dos adeptos nos estádios, o futebol profissional – a Liga Portuguesa de Futebol Profissional, doravante, Liga Portugal⁶, e as trinta e quatro sociedades desportivas suas associadas ordinárias⁷ – contribuiu com mais de 550 milhões de euros para o PIB português, representando pelo menos 0,25% do PIB, tendo apenas em consideração os impactos diretos. Adicionalmente, o futebol profissional português contribuiu com mais de 192 milhões de euros em impostos para o Orçamento do Estado. Por sua vez, o IRS e as contribuições para a segurança social somaram, pelo menos, 169 milhões de euros⁸.

Assim, numa época que foi ainda altamente marcada pela pandemia, verificou-se uma avultada contribuição por parte do futebol profissional português e dos seus principais intervenientes para o desenvolvimento económico do país.

Não obstante a sua relevância económica e forte enraizamento na sociedade, o futebol profissional português é objeto de sérios constrangimentos estruturais que são castradores de um maior crescimento e desenvolvimento da sua atividade. Nesse sentido, temos assistido a um esgotamento do atual modelo de financiamento das competições profissionais, das sociedades desportivas e a uma perda de competitividade, tanto no panorama nacional, como internacional.

Na nossa perspetiva, estes *handicaps* poderiam, em parte, ser mitigados pela adoção de uma forma distinta de comercialização dos direitos audiovisuais, acompanhada de ferramentas apropriadas para a sua implementação. Este modelo de venda, como veremos adiante, contribuiria para a potenciação de uma maior industrialização do futebol e estimularia um modelo de financiamento mais sustentável para as sociedades desportivas.

⁶ No termos do art. 2.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional a instituição adotou a denominação “Liga Portuguesa de Futebol Profissional”, sem prejuízo da utilização, nomeadamente para fins comunicacionais, de marketing ou de exploração comercial, da designação “Liga Portugal”.

⁷ Nos termos do n.º 2 do art. 11.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, “São associados ordinários as Sociedades Desportivas que disputem competições de futebol de natureza profissional, de acordo com as normas vigentes aplicáveis”.

⁸ Cf. EY & Liga Portugal, 2021.

1.2 Distinção entre futebol profissional e amador

Cumprir fazer uma distinção entre o futebol amador, com um caráter predominantemente recreativo, e o futebol profissional, que tem experienciado uma crescente industrialização da sua atividade e sobre o qual esta nossa dissertação se debruçará.

Assim, o n.º 1 do art. 22.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto⁹, doravante LBAFD, que define as bases das políticas de desenvolvimento da atividade física e do desporto, estabelece que “As federações unidesportivas em que se disputem competições desportivas de natureza profissional, como tal definidas na lei, integram uma liga profissional, sob a forma de associação sem fins lucrativos, com personalidade jurídica e autonomia administrativa, técnica e financeira”.

Entre os poderes concedidos pelo legislador às ligas profissionais, encontra-se previsto, na al. a) do n.º 2 do art. 22.º da LBAFD, o poder de “organizar e regulamentar as competições de natureza profissional”.

Por sua vez, o art. 59.º do Decreto-Lei 248-B/2008, de 31 de dezembro, que estabelece o regime jurídico das federações desportivas, doravante RJFD, estatui que “Os parâmetros para o reconhecimento da natureza profissional das competições desportivas e os consequentes pressupostos de participação nas mesmas são estabelecidos por portaria¹⁰ do membro do Governo responsável pela área do desporto, ouvido o Conselho Nacional de Desporto, a qual igualmente estabelece o procedimento a observar para tal reconhecimento”.

De acordo com o art. 14.º da Portaria 50/2013, de 5 de fevereiro, “Na data da entrada em vigor da presente portaria são consideradas competições desportivas profissionais os campeonatos de futebol da I e II Liga”.¹¹

Verifica-se que as competições organizadas pela Liga Portugal, nomeadamente a Primeira e Segunda Ligas, são competições profissionais. Contudo, nos termos do n.º 1 do art. 7.º do Regulamento das Competições Organizadas pela Liga Portugal, para além da Primeira e Segunda Ligas, a Liga Portugal organiza também a Taça da Liga. Assim, no que concerne à Taça da Liga, a organização e promoção desta competição por parte da

⁹ Aprovada pela Lei 5/2007, de 16 de janeiro.

¹⁰ Portaria 50/2013, de 5 de fevereiro.

¹¹ No passado, competições inseridas no âmbito de outras modalidades foram também consideradas competições desportivas profissionais. Atualmente, apenas os campeonatos de futebol da Primeira e Segunda Ligas são previstos como competições desportivas profissionais.

Liga Portugal não resulta expressamente da Lei, mas de um contrato¹² estabelecido entre a Liga Portugal e a Federação Portuguesa de Futebol¹³, doravante FPF.

Assim, a Liga Portugal, uma associação de direito privado, sem fins lucrativos¹⁴, tem como objeto assegurar a gestão e regulamentação das atividades do futebol profissional em Portugal de acordo com a lei aplicável¹⁵. Tem, entre os seus fins principais, organizar, regulamentar e explorar comercialmente as competições de natureza profissional, nomeadamente a Primeira Liga, a Segunda Liga e a Taça da Liga, atualmente disputadas com as designações comerciais: Liga Portugal bwin, Liga Portugal SABSEG e Allianz CUP.

1.3 Principais *stakeholders* no ecossistema desportivo

No ecossistema desportivo do futebol português existem diversas organizações que contribuem de forma central para a organização e promoção desta indústria, sendo as principais a FPF, a Liga Portugal e as sociedades desportivas que participam nas competições profissionais¹⁶.

Os desafios estruturais que caracterizam o futebol profissional português, que já elencámos anteriormente, exigem um maior protagonismo por parte de algumas das principais organizações do ecossistema desportivo.

As instituições supramencionadas, que regulam e promovem esta atividade desportiva e económica, têm uma responsabilidade determinante em potenciar esta indústria, cabendo ao Governo e à Assembleia da República o papel determinante de criar o enquadramento jurídico que permita esse potenciamento.

1.4 Direitos audiovisuais no futebol profissional português

Como inicialmente espelhado, o futebol é desporto, no caso em concreto desporto profissional; contudo, é indissociável da componente económica e industrial e, nessa medida, deve ser cada vez mais encarado como uma área de negócio onde a dimensão empresarial e económica é fundamental.

¹² Nos termos do n.º 3 do art. 3.º do Contrato celebrado entre a FPF e a Liga Portugal ao abrigo dos números 1 e 2 do art. 23.º da LBAFD (Lei n.º 5/2007, de 16 de janeiro) e do art. 28.º do RJFD (Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro alterado pelo Decreto-Lei n.º 93/2014, de 23 de junho), “A FPF reconhece ainda à LPFP a competência para organizar e regulamentar a Taça da Liga”.

¹³ Foi concedido o estatuto de utilidade pública desportiva à Federação Portuguesa de Futebol pelo Despacho n.º 56/95, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 213, de 14 de setembro de 1995. Este despacho foi suspenso por despachos prorrogatórios subsequentes, mas plenamente restaurado pelo Despacho n.º 8172/2011). Cf. Art. 19.º da LBAFD que estabelece o “Estatuto de utilidade pública desportiva”.

¹⁴ Cf. Art. 1.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

¹⁵ Cf. Art. 6.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

¹⁶ Ou seja, as associadas ordinárias da Liga Portugal, nos termos do n.º 2 do art. 11.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

Assim, um dos fatores determinantes na sustentabilidade das sociedades desportivas e do setor são os direitos audiovisuais e as receitas provenientes da sua comercialização¹⁷. Adicionalmente, o surgimento das novas tecnologias e de novos modelos de negócio associados à produção de conteúdos e à sua distribuição torna esta temática cada vez mais premente e relevante.

Os direitos audiovisuais das principais competições desportivas são conteúdos extremamente importantes, não só para os vendedores destes direitos, mas também para os adquirentes dos conteúdos. O interesse generalizado pelo futebol profissional torna estes conteúdos essenciais e atrativos – assim, verificamos que os acessos a conteúdos audiovisuais associados às competições profissionais são disponibilizados ao consumidor, na sua grande maioria, através de canais televisivos de acesso pago (*Pay TV*), amplamente reconhecidos como canais *premium*, que pressupõem o pagamento de uma subscrição¹⁸. Adicionalmente, as alterações nos hábitos de consumo, aliadas ao surgimento de novas tecnologias e formas de distribuição, permitiram que estes conteúdos fossem também disponibilizados através de outras plataformas de consumo, como ferramentas *Over-the-top* (OTT)¹⁹.

A atratividade destes conteúdos permite catalogá-los como programas de *mass appeal*, ou seja, conteúdos que têm a capacidade de gerar audiências muito significativas²⁰, sendo assim importantes para os distribuidores (canais televisivos e outros) gerarem grandes números de subscritores e, consequentemente, também de anunciantes²¹.

Cumpramos agora fazer uma clara distinção entre os diferentes formatos de comercialização de direitos de transmissão televisiva e multimédia dos conteúdos associados às competições desportivas.

¹⁷ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 41, que refere que a receita proveniente da comercialização de direitos televisivos (venda de direitos dos jogos em casa) representou, na época desportiva de 2020-21, na Primeira Liga, 27% da receita global das sociedades desportivas. Este valor representa cerca de € 203M (uma variação de +27,9% em comparação com a época 2019-20). Assim, a importância dos direitos televisivos como fonte de receita das Sociedades Desportivas entre o 7.º e o 18.º lugar da tabela classificativa – cerca de 40% do total das receitas. Este facto indica uma maior dependência desta fonte de receita por parte das Sociedades Desportivas de menor dimensão.

¹⁸ Até 2013, a Sport TV Portugal, S.A. (Sport TV) era o único fornecedor de jogos da principal competição portuguesa de clubes. Nesta altura, a Sport Lisboa e Benfica – Futebol, SAD (SL Benfica) passou a explorar, através do canal Benfica TV (agora BTV), os jogos do SL Benfica na qualidade de clube visitado. Cumpramos esclarecer que ambos os canais são de acesso pago através de uma subscrição mensal. Estes dois canais *premium* são atualmente os únicos distribuidores de jogos da Primeira Liga a nível nacional.

¹⁹ *Over-the-top* (OTT) é um serviço de distribuição de conteúdos através da internet. De acordo com uma pesquisa de mercado publicada pela Ampere Analysis (cf. <https://www.ampereanalysis.com>, de 1300 acordos de direitos analisados, a subscrição OTT constituirá, em 2022, nos principais territórios europeus, cerca de 20% de todos os custos com a aquisição de direitos desportivos. Assim, verificamos que consumidores modernos e voltados para as tecnologias digitais têm motivado um crescimento considerável de formas alternativas de consumo destes conteúdos.

²⁰ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 76.

²¹ Cf. Chetcuti, 2008, pp. 2-3.

A comercialização conjunta de direitos audiovisuais pressupõe a existência de uma organização que centraliza, gere e comercializa todos os direitos audiovisuais por conta das sociedades desportivas. Assim, federações desportivas, associações de clubes ou outras entidades são autorizadas, ao abrigo de normas internacionais e nacionais da concorrência, a comercializar, de forma centralizada, o acesso aos direitos audiovisuais das competições que organizam²². Conclui-se, desta forma, que este tipo de comercialização se baseia na cooperação entre os clubes (que são concorrentes), através de uma entidade terceira, para a venda destes direitos.

Por sua vez, na comercialização individualizada cada sociedade desportiva vende, de forma individual e autónoma, os direitos audiovisuais dos jogos que disputa na qualidade de equipa visitada.

Relativamente aos campeonatos de futebol da Primeira e Segunda Ligas, de acordo com o n.º 2 do art. 68.º do Regulamento das Competições organizadas pela Liga Portugal, doravante RC, “Os clubes detêm individualmente a titularidade dos direitos de transmissão televisiva dos jogos e resumos”. Já no que concerne à Taça da Liga, o n.º 3 do art. 23.º do Anexo III do RC da Liga Portugal dita que “Os direitos descritos no número 1 do presente artigo (os direitos de radiodifusão dos jogos e outros eventos da Competição) são comercializados, em nome e representação dos clubes, pela Liga Portugal, com a faculdade de os ceder a terceiros”.

Fica claro que, regulamentarmente, a titularidade dos direitos audiovisuais dos jogos destas competições é das sociedades desportivas. Contudo, no que concerne à forma de comercialização destes direitos (individualizada ou conjunta), a mesma varia consoante a competição em causa (nos campeonatos de futebol da Primeira e Segunda Ligas, de forma individualizada; na Taça da Liga, de forma conjunta através da Liga Portugal).

A recente aprovação, a 25 de fevereiro de 2021, em Conselho de Ministros, do Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de 22 de março, vem alterar drasticamente toda a conjuntura da comercialização de direitos audiovisuais das competições profissionais de futebol, nomeadamente da Primeira e Segunda Ligas, determinando que os direitos audiovisuais referentes às épocas desportivas subsequentes à época de 2027-28 serão comercializados de forma centralizada.

²² Cf. Rumphorst, 2021.

2. Caracterização do futebol português e dos direitos audiovisuais no contexto internacional

2.1 Relevância do futebol português internacionalmente

No âmbito do futebol, Portugal é sem dúvida reconhecido internacionalmente pela sua capacidade de desenvolver talentos, onde o maior de todos os exemplos é Cristiano Ronaldo¹, mas não é, claramente, o único. Na verdade, para além dos jogadores, os treinadores portugueses e agentes desportivos são também cada vez mais conceituados e requisitados a nível internacional. Neste sentido, o futebol profissional português tem desempenhado um papel preponderante na internacionalização e promoção da marca Portugal.

No que concerne à prestação internacional das seleções portuguesas, estas têm-se destacado com diversas consagrações, nomeadamente, a conquista do Campeonato Europeu de Futebol nas categorias A e Sub-19 e também da Liga da Nações, na categoria A.

Já no domínio dos clubes, o futebol nacional não goza do mesmo posicionamento – a perda de competitividade do futebol português depreende-se facilmente da análise do ranking da UEFA.

No que concerne à relevância do principal campeonato português num contexto europeu, a Liga Portugal é atualmente considerada, no ranking da UEFA, a sexta melhor liga da Europa². Em termos práticos, uma vez que o futebol europeu é amplamente reconhecido como o mais evoluído no âmbito mundial, é justo afirmar que Portugal ocupa esta mesma posição num contexto global.

Se confrontarmos a dimensão económico-social de Portugal com as nações posicionadas imediatamente à frente neste *ranking* – nomeadamente Inglaterra, Espanha, Alemanha, Itália e França –, este posicionamento aparenta ser bastante positivo. Contudo, a realidade é que quando comparado com os mais diretos concorrentes que seguem nas posições imediatamente acima e abaixo – a França e os Países Baixos –, Portugal tem-se distanciado cada vez mais.

Em contraste com as principais associações de clubes internacionais, a inexistência, em Portugal, de uma estratégia clara para a comercialização e promoção do produto de forma centralizada e coordenada e o esgotamento do atual modelo de financiamento, assente

¹ De acordo com uma investigação realizada pelo Gabinete de Estudos de Marketing para Desporto, do Instituto Português de Administração de Marketing (IPAM), em 2017, o valor da marca Cristiano Ronaldo cresceu 77,5 milhões de euros desde 2011, atingindo um valor potencial de 102 milhões de euros (cf. <https://www.ipam.pt/media/ipam-avalia-marca-cristiano-ronaldo-em-102-milh%C3%B5es-de-euros>).

² O ranking de coeficientes de clubes das federações tem por base os resultados dos clubes de cada federação nas cinco anteriores edições da UCL, da UEL e da UECL. Este ranking determina o número de lugares destinados a cada federação (país) na temporada seguinte das competições de clubes da UEFA. O ranking de coeficientes de clubes das federações da época tem por base os resultados dos clubes de cada federação numa dada época da UCL, UEL e UECL. Importa referir que 93% dos pontos do ranking atual (acumulado nos últimos cinco anos) foram conquistados apenas por quatro equipas, nomeadamente, Sporting CP, FC Porto, SL Benfica e SC Braga.

sobretudo na venda individual dos direitos audiovisuais, têm castrado o desenvolvimento externo do futebol português, resultando em falta de competitividade e fomentado o desequilíbrio desportivo e financeiro entre os clubes.

2.2 Forma de comercialização dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais

No que concerne ao contexto internacional da comercialização dos direitos audiovisuais de competições profissionais de futebol, o principal escalão do futebol português é a única liga, dos quinze melhores campeonatos europeus, que não comercializa os seus direitos audiovisuais de forma centralizada³. Assim, as soluções de centralização da comercialização dos direitos são a opção esmagadoramente maioritária no ecossistema do futebol europeu⁴.

Nestas competições além-fronteiras, onde a venda é feita de forma conjunta, as sociedades desportivas, que são, como já verificámos anteriormente, as titulares dos direitos audiovisuais, confiam numa entidade terceira – habitualmente a associação de clubes que organiza e regulamenta a competição – a comercialização dos referidos direitos em conjunto e no interesse comum.

A LaLiga (o principal escalão de futebol profissional em Espanha) e a Premier League (o principal escalão de futebol profissional em Inglaterra) são as duas competições mais bem posicionadas no ranking da UEFA, já anteriormente identificado, e, em simultâneo, as que apresentam as maiores audiências globais⁵. A estratégia de crescimento destas duas ligas privilegia diversas áreas de ação, sendo a comercialização centralizada dos direitos audiovisuais a nível doméstico e internacional um pilar fundamental.

Nos mercados internacionais, a comercialização conjunta dos direitos audiovisuais foi atingida através de mecanismos diversos. Em Inglaterra, Alemanha e França, a venda conjunta dos direitos televisivos foi alcançada através da iniciativa dos clubes em adotar esta forma de comercialização. Já em Espanha e Itália, uma vez que não foi possível alcançar um consenso generalizado entre os clubes, a venda conjunta foi implementada através de intervenção governamental, nomeadamente iniciativas legislativas.

No que concerne à comercialização destes direitos, as regras e procedimentos que devem ser adotados pelas entidades vendedoras foram inicialmente definidos pela Comissão

³ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 36.

⁴ Cf. Recomendação da AdC, pp. 60 e 61.

⁵ A título exemplificativo, de acordo com o Relatório dos serviços financeiros da EY para 2019-20, 3,2 mil milhões de telespectadores assistiram, na época desportiva de 2019-20, aos jogos da Premier League em todo o mundo, com jogos transmitidos em 878 milhões de lares em todo o mundo.

Europeia⁶ e, atualmente, estão também sujeitos à supervisão da autoridade da concorrência local ou outra entidade de fiscalização⁷.

No caso espanhol, que nos parece ser o mais similar à realidade portuguesa, pelas características do mercado e pela necessidade da intervenção governamental, a venda conjunta foi alcançada pela introdução do Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril⁸, que executou medidas urgentes em relação à comercialização dos direitos de exploração de conteúdos audiovisuais de competições profissionais de futebol em Espanha.

Contudo, em contraste com o Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, o Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de 22 de março, apenas estabelece qual o modelo de comercialização que deve ser adotado, não oferecendo detalhe nas especificidades que o modelo deve observar, como a chave de repartição da receita obtida, os critérios para a comercialização dos direitos audiovisuais dos jogos, entre outros⁹.

Assim, parece-nos que com a introdução do Decreto-Lei n.º 22-B/2021, ao contrário do que verificamos em Espanha, o Governo português pretendeu apenas criar as bases para comercialização conjunta dos direitos, confiando na Liga Portugal, nos seus associados ordinários e na FPF a construção da especificidade e do detalhe que a comercialização centralizada deverá adotar¹⁰.

2.3 Forma de distribuição da receita dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais

A distribuição da receita proveniente da comercialização dos direitos audiovisuais é um dos temas fundamentais no que concerne à venda conjunta destes conteúdos. O formato de distribuição detém um papel basilar na promoção da equidade e consequentemente da competitividade desportiva, reduzindo as disparidades financeiras entre as sociedades

⁶ Cf. Processo da Comissão Europeia 38173 FA Premier League.

⁷ A título exemplificativo, na Alemanha estão sujeitas à Autoridade da Concorrência Alemã (Bundeskartellamt), no Reino-Unido ao regulador responsável pelos serviços de comunicações eletrónicas, media e postais (Ofcom) e em Espanha estão sujeitas à Autoridade da Concorrência Espanhola (CNMC).

⁸ De acordo com o n.º 1 do art. 1.º do Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, “El objeto de este real decreto-ley es establecer las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España, así como los criterios para la distribución de los ingresos obtenidos entre los organizadores y participantes en las mismas. Dichos contenidos audiovisuales comprenden los eventos que se desarrollen en el terreno de juego, incluyendo las zonas del recinto deportivo visibles desde el mismo, desde los dos minutos anteriores a la hora prevista para el inicio del acontecimiento deportivo hasta el minuto siguiente a su conclusión, e incluyen los derechos para su emisión tanto en directo como en diferido, en su integridad y en versiones resumidas o fragmentadas, destinados a su explotación en el mercado nacional y en los mercados internacionales”.

⁹ Cumpre referir que o Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, oferece maior detalhe no que concerne às especificidades do modelo de comercialização conjunta. Entre outros, estabelece os critérios de partilha de receitas entre os participantes no Campeonato Liga Nacional (cf. Artículo 5.).

¹⁰ O Decreto-Lei estabelece no seu art. 5.º que “os direitos de transmissão referentes às épocas desportivas subsequentes à época desportiva de 2027-2028 são objeto de comercialização centralizada em termos a definir mediante proposta da Federação Portuguesa de Futebol e da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, sujeita a aprovação da Autoridade da Concorrência, até ao final da época desportiva de 2025-2026”.

desportivas e permitindo uma distribuição mais equitativa das receitas geradas. Contudo, cremos que o modelo deverá também observar critérios de proporcionalidade e compensação do valor que cada sociedade desportiva representa na coletividade dos direitos.

De forma a apurar o valor a repartir por cada clube, a distribuição da receita é calculada através da formulação de uma chave de repartição, onde são previstos critérios com características e fundamentos diversos.

Nas principais competições europeias,¹¹ a distribuição das receitas provenientes da comercialização dos direitos audiovisuais das competições é feita da seguinte forma:

LIGA	CHAVE DE DISTRIBUIÇÃO
Premier League (Inglaterra)	• 50% distribuído de forma igual entre todos os clubes (20 clubes); • 25% distribuído tendo em conta o número de jogos transmitidos ao vivo ou em outro formato (<i>Facility Fees</i>¹²); • 25% distribuído através do mérito desportivo tendo em consideração a classificação no final da época desportiva.
LaLiga (Espanha)	• 90%: Primeira divisão (20 clubes); ○ 50% distribuído de forma igual entre todos os clubes; ○ 25% distribuído através do mérito desportivo tendo em consideração a classificação nas últimas 5 épocas desportivas; ○ 25% distribuído tendo em conta a dimensão social de cada clube (1/3 referente à % de vendas de ingressos e 2/3 referente às audiências de TV); • 10%: Segunda divisão (22 clubes)
Bundesliga (Alemanha)	• 50% distribuído de forma igual entre todos os clubes; • 43% distribuído através do mérito desportivo tendo em consideração a classificação nas últimas 4 épocas desportivas; • 5% distribuído através da classificação nas últimas 20 épocas desportivas; • 4% determinado pela utilização de atletas sub-23;

¹¹ Top 5 ligas através do Ranking da UEFA.

¹² As *Facility Fees* são atribuídas a cada clube sempre que os seus jogos sejam transmitidos em direto no Reino Unido, cada clube tem garantido um mínimo de dez transmissões.

	• 2% com base no <i>club interest</i>¹³.
Serie A (Itália)	• 50%: Distribuído de forma igual entre todos os clubes (20 clubes); • 20%: <i>Market Pool</i> (12% com base no número de espectadores ao vivo nos jogos em casa disputados nas últimas três temporadas e 8% com base na audiência de televisão certificada); • 30%: com base em resultados desportivos (15% de acordo com os resultados da temporada atual, 10% de acordo com os resultados das cinco temporadas anteriores e 5% de acordo com o resultado histórico).
Ligue 1 (França)	• 30% distribuído de forma igual entre todos os clubes (20 clubes); • 30% distribuído através do mérito desportivo (classificação final da Liga: 25% para a temporada atual e 5% para as cinco últimas temporadas); • 20% distribuído tendo em conta o número de jogos transmitidos ao vivo; • 20% através do <i>Club Licence</i>¹⁴.

De acordo com o Estudo Internacional sobre Direitos Audiovisuais Desportivos da EY e da Liga Portugal, “A par da divergência das receitas médias por clube com outras ligas europeias, o grau de assimetrias entre sociedades desportivas em Portugal, que tem vindo a aumentar (em 2020-21, 73% das receitas concentra-se nos três primeiros classificados), ameaça a competitividade interna. Note-se, por exemplo, que esta desigualdade colocou alguns clubes no limiar da sobrevivência durante a crise, com desfecho ainda incógnito”.¹⁵

Por sua vez, no que concerne à arrecadação de receitas provenientes da comercialização de direitos audiovisuais, as sociedades desportivas associadas da Liga Portugal são aquelas onde se verifica uma maior assimetria de receitas provenientes dos direitos audiovisuais. Nesse sentido, verificamos que os três principais emblemas arrecadam 15,4 vezes mais do que a média das restantes sociedades desportivas¹⁶. Em contraste, a título exemplificativo, em

¹³ O *club interest* da Bundesliga e Bundesliga 2 é analisado através de estudo de mercado, através de inquirição de uma amostra (23 mil pessoas) representativa da população alemã com mais de 14 anos. A distribuição desta parcela de receitas é efetuada no final da temporada.

¹⁴ Estabelecidos pela Liga, relacionados por exemplo com infraestruturas, rácios financeiros, com critérios do licenciamento de clubes, entre outros.

¹⁵ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 36.

¹⁶ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 36.

Espanha e em Itália a diferença é de 3 vezes mais, na Alemanha 2,5 vezes mais e em Inglaterra 1,3 vezes mais¹⁷.

Tal como já referimos anteriormente, uma vez que o Decreto-Lei n.º 22-B/2021 não estabelece quais os critérios de partilha de receitas provenientes da comercialização conjunta dos direitos audiovisuais da Primeira e Segunda Ligas em Portugal, a definição desta chave de repartição será das temáticas que certamente levantará maior discussão aquando da elaboração da proposta de modelo.

2.4 Importância dos direitos audiovisuais nas principais competições internacionais

Analizando as receitas globais das principais Ligas na Europa relativas à venda nacional e internacional de direitos audiovisuais, percebemos que há um grande fosso que separa a Liga Portugal das restantes organizações.

No que concerne às receitas globais de audiovisuais por época desportiva, a Premier League ocupa o primeiro lugar e arrecada cerca de 2,8 mil milhões de euros pela cedência dos conteúdos audiovisuais, a LaLiga auferir cerca de 1,9 mil milhões de euros, a Bundesliga cerca de 1,5 mil milhões de euros, a Serie A cerca de 1,4 mil milhões de euros e a Ligue 1 cerca de 900 milhões de euros. Num patamar inferior encontra-se o principal escalão do futebol português, que se estima que arrecade cerca de 175 milhões de euros por época desportiva com a comercialização dos seus direitos audiovisuais nacionais e internacionais¹⁸.

Assim, verificamos que, em Portugal, o valor global da receita gerada com a cedência destes direitos é catorze vezes inferior ao gerado pela liga que ocupa o lugar cimeiro deste ranking, a Premier League.

À semelhança de outras indústrias, com a globalização, os mercados internacionais tornaram-se importantes fontes de receitas para o futebol profissional. Em Inglaterra e Espanha, os direitos audiovisuais internacionais pesam 46% e 43%, respetivamente¹⁹. Além disso, com o objetivo de aumentar a sua penetração no mercado global e alavancar a sua notoriedade, estas duas ligas dispõem de fortes estruturas dedicadas à internacionalização.

Através da análise que realizámos, considerando a experiência das principais ligas europeias, acreditamos que a ausência de centralização dos direitos audiovisuais constitui um forte elemento castrador do desejável aumento da competitividade do futebol profissional português e de um maior equilíbrio competitivo das provas que organizadas.

¹⁷ Cf. Centralização dos direitos televisivos – XXII Governo – República Portuguesa. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=centralizacao-dos-direitos-televisivos>.

¹⁸ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 18

¹⁹ Cf. EY & Liga Portugal, 2021, p. 37

3. Histórico e situação atual do mercado dos direitos audiovisuais em Portugal

De forma a compreendermos todo o ecossistema da comercialização de direitos audiovisuais das competições profissionais de futebol em Portugal e conseguirmos projetar o que poderão ser as práticas futuras neste mercado, é importante fazermos uma contextualização histórica da evolução da venda destes conteúdos e dos principais intervenientes.

Cumprе esclarecer que o mercado de compra e venda de direitos audiovisuais é composto por entidades vendedoras de direitos (do lado da oferta), nomeadamente as sociedades desportivas associadas da Liga Portugal, e entidades compradoras de direitos (do lado da procura), nomeadamente, operadores de telecomunicações, canais televisivos de acesso livre (*Free-to-air*) e *Pay TV*, e intermediários.

Em 2018, na sequência de acordos exclusivos e de longa duração de cedência de direitos audiovisuais celebrados entre diversas sociedades desportivas e empresas de telecomunicações²⁰, do estabelecimento de um Acordo de Disponibilização Recíproca de Direitos entre os principais operadores televisivos²¹ e de alterações na estrutura acionista da Sport TV²², assumindo assim este canal uma posição primordial na aquisição, exploração e distribuição dos direitos, suscitando preocupações jusconcorrenciais de potencial coordenação nesses âmbitos, a AdC elaborou uma recomendação ao Governo onde aconselhou a adoção do modelo de venda conjunta.

Nesta recomendação, a AdC referiu que “A resolução dos problemas jusconcorrenciais em causa requer uma abordagem integrada global, que extravasa o âmbito das regras da concorrência, implicando alterações no modelo de comercialização dos direitos de transmissão televisiva da Primeira e Segunda Ligas em Portugal”.²³

Impulsionado por esta recomendação da AdC e também por manifestações públicas a favor da centralização dos direitos audiovisuais por parte de entidades de relevo no ecossistema desportivo, foi aprovado em 2021, em Conselho de Ministros, o Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de

²⁰ Cf. par. 29 da Recomendação da AdC: “O grupo NOS e o grupo Altice celebraram acordos exclusivos de longa duração com vários clubes da Primeira e Segunda Ligas, destacando-se a existência de treze acordos com clubes da Primeira e Segunda Ligas em que a cedência foi acordada por períodos entre sete e doze épocas desportivas. Salienta-se também que o termo destes acordos varia, provocando uma situação de assincronismo (desfasamento temporal) na duração dos mesmos”.

²¹ Cf. par. 2 da Recomendação da AdC, “Os grupos NOS, Altice, Vodafone e NOWO assinaram um Acordo de Disponibilização Recíproca de Direitos, que tem por objeto a disponibilização recíproca de conteúdos desportivos nacionais e internacionais, com especial incidência para os direitos da Primeira e Segunda Ligas, e a comparticipação dos custos suportados ou a suportar com a aquisição, licenciamento e detenção desses direitos”.

²² Cf. <https://www.sporttv.pt/lei-da-transparencia>; adicionalmente, cf. par. 52 da Recomendação da AdC: “Em 29 de julho de 2016 e 24 de fevereiro de 2017, verificou-se a entrada da Vodafone e da MEO no capital social da Sport TV. Em concreto, a Vodafone e a MEO adquiriram participações de 25% na Sport TV, tendo a Olivedesportos e a NOS reduzido as suas participações sociais na Sport TV de 50% para 25%, ficando os referidos acionistas com participações minoritárias e igualitárias de 25%”.

²³ Cf. Par. 5 da Recomendação da AdC.

22 de março, que determina a titularidade de direitos de transmissão dos campeonatos de futebol das Primeira e Segunda Ligas e estabelece regras relativas à sua comercialização.

O referido Decreto-Lei determina que os direitos audiovisuais referentes às épocas desportivas subsequentes à época de 2027-28 serão comercializados de forma centralizada, bem como que não será permitida a celebração de contratos de cedência desses direitos cuja duração se prolongue para além daquela época desportiva²⁴.

Cumprе esclarecer que os contratos atualmente em vigor estão desfasados no que concerne aos seus termos, findando os últimos na época desportiva 2027-28²⁵. Assim, a introdução do Decreto-Lei n.º 22-B/2021 não prejudica a plena produção de efeitos dos contratos atualmente em vigor.

De forma a garantir que é possível avançar com o modelo de comercialização conjunta a partir de 2027-28, o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 22-B/2021 impõe que os contratos celebrados não produzam efeitos para além da época 2027-28, assim, considera “não escritas as cláusulas que disponham em contrário”.

Adicionalmente, o mesmo Decreto-Lei, estabelece no seu art. 5.º que “os direitos de transmissão referentes às épocas desportivas subsequentes à época desportiva de 2027-2028 são objeto de comercialização centralizada em termos a definir mediante proposta da Federação Portuguesa de Futebol e da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, sujeita a aprovação da Autoridade da Concorrência, até ao final da época desportiva de 2025-2026”.

Assim, conclui-se que os principais intervenientes do futebol profissional, nomeadamente as sociedades desportivas, através da sua associação, a Liga Portugal e a FPF, deverão elaborar e apresentar, até ao final da época 2025-26, para aprovação da AdC, uma proposta que deve estabelecer todos os aspetos indispensáveis e relevantes de um modelo de comercialização conjunta dos direitos audiovisuais das competições profissionais de futebol²⁶.

Caso, até ao final da época desportiva de 2025-26, não haja lugar a apresentação de proposta, ou caso a sugestão apresentada não mereça a aprovação por parte da AdC, o n.º 3 do art. 5.º do Decreto-Lei determina que os termos do modelo de comercialização centralizada serão definidos por Decreto-Lei, ouvida a AdC.

²⁴ Nos termos do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de 22 de março, “Os contratos celebrados por clube ou sociedade desportiva participantes nos campeonatos masculinos de futebol das I e II Ligas relativos aos direitos de transmissão não produzem efeitos para além da época desportiva de 2027-2028, considerando-se não escritas as cláusulas que disponham em contrário”.

²⁵ De acordo EY & Liga Portugal, 2021, “Os contratos de direitos audiovisuais atualmente em vigor apontam como o ano de 2028 como a melhor perspetiva temporal para a adoção de um modelo de comercialização centralizado. A maioria dos contratos celebrados pelos clubes da Liga NOS termina até 2023, pelo que se podem começar a desencadear esforços no sentido de assegurar a centralização dos direitos audiovisuais. Contudo, importa referir que os contratos de maior valor, designadamente os contratos do FC Porto, SL Benfica e Sporting CP, só terminam entre 2026 e 2028”.

²⁶ Entre outros, a chave de repartição para a redistribuição da receita proveniente da comercialização destes direitos pelas sociedades desportivas. Como já verificámos anteriormente, no caso espanhol, o Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, prevê todas estas especificidades, não dando margem a outras instituições do universo desportivo para as sugerir.

A promulgação do referido Decreto-Lei foi justificada, em nota à comunicação social, pelo gabinete do Secretário de Estado da Juventude e do Desporto da República Portuguesa, referindo que “O modelo atualmente em vigor traduz-se numa menor competitividade dos campeonatos e limita a concorrência nos mercados de comercialização destes direitos. Já a centralização dos direitos de transmissão televisiva responde positivamente à recomendação da Autoridade da Concorrência sobre esta matéria, sendo expectável, igualmente, um aumento de receitas, tendo em conta as diversas experiências internacionais conhecidas”.²⁷

Após a aprovação do referido Decreto-Lei, realizou-se, em setembro de 2021, a VII Cimeira de Presidentes dos clubes associados da Liga Portugal, onde a centralização dos direitos audiovisuais foi o tema central. Neste fórum ficou estabelecida a criação de um Comité para “estudar o modelo de comercialização, a exploração de conteúdos, a repartição de receitas, o plano de expansão para mercados internacionais, e a estratégia para melhorar o produto audiovisual e marca das competições”.²⁸ Mais tarde, este Comité evoluiu para a criação de uma empresa²⁹, nomeadamente a Liga Centralização, que atualmente continua a debruçar-se sobre o modelo para a centralização dos direitos audiovisuais nas competições profissionais de futebol em Portugal.

4. Preocupações jusconcorrenciais da venda conjunta

O Direito da Concorrência tem como principal desígnio garantir uma concorrência não falseada entre empresas, partindo do pressuposto de que as economias de mercado assentes no mercado livre concorrencial trarão maiores benefícios económicos, políticos e sociais para o mercado, tendo como principal favorecido o consumidor³⁰.

Cumpre referir que o Direito da Concorrência é constituído por normas de fonte europeia e normas de fonte nacional, respetivamente, os arts. 101.º e ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE, e a Lei da Concorrência³¹. Relativamente à questão em análise, as normas visadas e que devem ser consideradas são os arts. 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência.

²⁷ Cf. Centralização dos direitos televisivos – XXII Governo – República Portuguesa. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=centralizacao-dos-direitos-televisivos>.

²⁸ Cf. <https://www.ligaportugal.pt/pt/epocas/20212022/noticias/institucional/conclusoes-da-vii-cimeira-de-presidentes/>.

²⁹ Nomeadamente uma sociedade por quotas com a firma “Liga Centralização, Sociedade Unipessoal, Lda.”. Adicionalmente, Cf. <https://www.ligaportugal.pt/pt/epocas/20212022/noticias/institucional/empresa-de-centralizacao-dos-direitos-audiovisuais-com-quatro-administradores/Cf>. <https://www.ligaportugal.pt/pt/paginas/contenudos/liga-portugal-centralizacao/>: “A Liga Centralização tem por objetivo o estudo e a definição de uma proposta para o futuro modelo de comercialização centralizada dos direitos televisivos e multimédia, e demais conteúdos audiovisuais, das competições profissionais de futebol em Portugal, bem como a posterior comercialização dos mesmos”.

³⁰ Cf. Pais, 2011, pp. 61- 64.

³¹ Cf. Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, que estabelece o regime jurídico da concorrência e é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo.

Os referidos arts. Proíbem, de forma expressa, “as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte”³². Adicionalmente, com o objetivo de impedir que seja restringida a concorrência, estas normas sancionam com a nulidade as práticas descritas anteriormente, assim, “exceto nos casos em que se consideram justificados (...) são nulos os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas”³³.

Em 2017, o Livro Branco sobre desporto, publicado pela Comissão Europeia, doravante Comissão, refere que “A atividade desportiva está sujeita à aplicação do direito comunitário, (...). O direito da concorrência e as disposições em matéria de mercado interno aplicam-se ao desporto na medida em que este constitui uma atividade económica”.³⁴

Neste mesmo sentido, no que concerne à submissão de matérias desportivas à aplicação do direito comunitário, encontramos diversa jurisprudência do TJUE com posições similares. De destacar o célebre acórdão *URBSF v. Bosman*³⁵, relativo à livre circulação de trabalhadores, que no seu par. 73 dita que “a prática de desportos só é abrangida pelo direito comunitário na medida em que constitua uma atividade económica na aceção do artigo 2.º do Tratado”³⁶.

Assim, é natural que deva haver, e tenha havido no passado, uma intromissão do Direito da Concorrência no futebol profissional e, nomeadamente, no que concerne às diferentes formas de comercialização (individualizada ou conjunta) de direitos audiovisuais de jogos de futebol.

Relativamente a apurar se esta comercialização centralizada de direitos resulta numa prática restritiva da concorrência, esta temática foi abordada pela Comissão em três ocasiões, nomeadamente, os casos *Champions League*³⁷, *Deutsche Bundesliga*³⁸ e *Premier League*³⁹, na principal competição europeia de clubes, na principal competição alemã e na principal competição inglesa, respetivamente.

Para uma análise completa desta matéria, cumpre ainda, em primeira instância, compreender se as sociedades desportivas (clubes) são consideradas empresas e se as associações de clubes são associações de empresas.

Adicionalmente, de forma a diferenciá-lo de outros mercados do mesmo produto, é essencial precisar qual o mercado relevante dos direitos audiovisuais. De acordo com a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, “O objetivo de definir um mercado tanto em função do seu

³² Nos termos do n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

³³ Nos termos do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Ou seja, salvo se se verificarem cumulativamente as condições consagradas no n.º 3 do art. 101.º do TFUE.

³⁴ Cf. Livro Branco sobre Desporto Bruxelas, 11.7.2007 COM (2007) 391, p. 14.

³⁵ Cf. Acórdão de 15. 12. 1995 – Processo C-415/93, *URBSF v. Bosman*.

³⁶ No mesmo sentido, cf. acórdão de 12 de dezembro de 1974, *Walrave*, 36/74, Colect., p. 595, n.º 4.

³⁷ Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE.

³⁸ Decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2005, COMP/C-2/37.214.

³⁹ Decisão da Comissão de 22 de março de 2006, COMP/C-2/38.173.

produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva”.⁴⁰

4.1 Empresas e associações de empresas

As proibições supramencionadas e que estão estabelecidas tanto no art. 101.º do TFUE, como no art. 9.º da Lei da Concorrência, são impostas a “empresas”. Neste sentido, de forma a compreender a aplicabilidade destes impedimentos, cumpre perceber qual o conceito adotado para o reconhecimento de uma organização como empresa.

Para este efeito, são consideradas empresas as entidades que exerçam uma atividade económica⁴¹, independentemente do seu estatuto jurídico ou modo de financiamento⁴². Adicionalmente, no que concerne à definição de atividade económica, esta comporta qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado⁴³.

No caso *Champions League*, a Comissão refere que “Os clubes de futebol desenvolvem atividades económicas”, nomeadamente “venda de bilhetes, transferência de jogadores, distribuição de artigos comerciais, celebração de contratos de publicidade e de patrocínio, venda de direitos de transmissão”⁴⁴, entre outros.

Em termos práticos, se olharmos para a receita agregada na época desportiva 2020-21 dos vinte principais clubes mundiais, verificamos que os mesmos arrecadaram 111 milhões de euros em atividade *match-day*⁴⁵ (valor mais baixo de sempre na história do *Football Money League* devido à ausência de adeptos nos estádios), 4,5 mil milhões de euros em receita de direitos audiovisuais e 3,5 mil milhões de euros em receita comercial⁴⁶. Assim, como podemos verificar, é inegável a prossecução por parte de clubes de futebol de atividades económicas, alcançado até, a nível financeiro, proporções extremamente relevantes⁴⁷.

De acordo com o parecer do advogado-geral Lenz no processo C-415/93, URBSF contra Bosman, o “argumento da URBSFA de que isto apenas é válido para os grandes clubes, mas não para os pequenos, (...) dado que estes apenas exercem uma atividade económica

⁴⁰ Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, OJ C 372 on 9/12/1997 par. 2.

⁴¹ Cf. Pais, 2011, pp. 204-209. Adicionalmente, cf. acórdão de 23 de abril de 1991, Höfner e Eiser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21); no mesmo sentido, acórdão de 17 de fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.º 17).

⁴² Cf. Acórdão *Hofner* de 23 de abril de 1991, processo C-41/90, Col. p. 1979; no mesmo sentido, acórdão Albany de 21 de setembro de 1999, processo C-67/96, Col. p. 5751.

⁴³ Cf. Acórdão de 19 de fevereiro de 2002, processo C-309/99, J. C. J. *Wouters*, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, par. 47.

⁴⁴ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 106.

⁴⁵ A receita de *match-day* é definida como a receita gerada pelos clubes como resultado da realização de jogos no seu estádio e em grande parte derivada da venda de bilhetes de acesso aos jogos.

⁴⁶ Cf. Deloitte, *Football Money League* 2022, p. 2.

⁴⁷ Adicionalmente, deste relatório destacamos que dos quatro eixos de obtenção de receita analisados, o vetor com maior expressão é o referente ao rendimento proveniente da comercialização de direitos audiovisuais (4,5 mil milhões de euros).

insignificante, não resiste ao mínimo exame”.⁴⁸ Assim, e de acordo com a Comissão, segundo o qual a dimensão da empresa não é relevante⁴⁹, independentemente da dimensão, concluímos que as sociedades desportivas e os clubes de futebol são efetivamente empresas.

Cumpra ainda clarificar que o conceito de empresa não pressupõe obrigatoriamente a necessidade da prossecução de um fim lucrativo⁵⁰.

No que concerne às associações de empresas (neste caso, de clubes ou sociedades desportivas), esclarecemos que as referidas proibições do Direito da Concorrência são aplicáveis a decisões das mesmas, desde que elas próprias exerçam uma atividade económica⁵¹. A Comissão refere que as associações de empresas “são igualmente empresas, uma vez que elas próprias desenvolvem atividades económicas”⁵².

Concretamente, a Liga Portugal tem elencado no seu Plano de Atividades e Orçamento para a época 2020-21⁵³ uma série de atividades com fins estritamente económicos e de cariz comercial⁵⁴. Adicionalmente, de acordo com a al. b) do n.º 2 do art. 48.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, “Compete à Direção da Liga Portugal: (...) Explorar comercialmente as competições de natureza profissional”. Assim, verificamos que as associações de clubes são também consideradas empresas, ainda que, tal como a Liga Portugal, não prossigam um fim lucrativo⁵⁵.

4.2 O mercado relevante

O mercado relevante é determinado em dois níveis: mercado de produto e mercado geográfico. Tal como refere o par. 4 da comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, “definição de mercado relevante tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica tem muitas vezes uma influência decisiva na apreciação de um processo de concorrência”.⁵⁶

⁴⁸ Cf. Gleiss & Hirsch, 1993, ponto 26 sobre o artigo 85.º, n.º 1. *Apud* parecer do advogado-geral Lenz no processo C-415/93, URBSF contra Bosman, Col. 1995, p. I-4921, ponto 255, no que se refere ao acórdão nos processos apensos 209 a 215 e 218/78, Van Landewyck contra Comissão, Col. 1980, p. 3125, ponto 88.

⁴⁹ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE par. 54.

⁵⁰ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE par. 54; no mesmo sentido, cf. acórdão de 29 de outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 88).

⁵¹ Cf. Schröter, 1991, nota aos artigos 85.º a 89.º, n.º 17 *apud* parecer do advogado-geral Lenz no processo C-415/93, URBSF contra Bosman, Col. 1995, p. I-4921, ponto 255 no que se refere ao acórdão nos processos apensos 209 a 215 e 218/78, Van Landewyck contra Comissão, Col. 1980, p. 3125, ponto 88.

⁵² Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE par. 106.

⁵³ Cf. <https://www.ligaportugal.pt/pt/epocas/20202021/publicacoes/plano-de-atividades-e-orcamento-2020-21/>.

⁵⁴ Nomeadamente a comercialização de patrocínios, a venda de merchandising oficial da Liga Portugal e dos seus associados ordinários, entre outras atividades.

⁵⁵ Cf. Art. 1.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional: “a Liga Portugal é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos”.

⁵⁶ Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, OJ C 372 on 9/12/1997.

4.2.1 Mercado do produto

No que concerne ao mercado do produto, este “compreende todos os produtos e /ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”.⁵⁷

Numa primeira fase, o mercado relevante do produto dos direitos televisivos⁵⁸ de jogos de futebol foi definido de uma forma extremamente ampla. Nesse sentido, faziam parte do mercado do produto todos os conteúdos que tivessem um nível de atratividade que permitisse catalogá-los como programas de *mass appeal*. Como já referimos anteriormente, estes conteúdos são extremamente relevantes para os operadores televisivos, uma vez que têm a capacidade de gerar audiências muito significativas e, nesse sentido, aumentar a receita que advém das subscrições e, consequentemente, da publicidade dos anunciantes.

No processo TPS,⁵⁹ a Comissão identificou que as manifestações desportivas e os filmes são os produtos mais atrativos da televisão por assinatura (*pay-TV*); contudo, sugeriu a existência de um eventual mercado distinto para os conteúdos desportivos, uma vez que estes têm características específicas, atraem elevados níveis de audiência e atingem uma audiência identificável, que constitui o grupo-alvo de alguns anunciantes⁶⁰.

Mais tarde foi sugerido que se estabelecesse uma distinção entre acontecimentos futebolísticos que não se realizam regularmente ao longo de todo o ano e eventos da mesma categoria, mas com uma periodicidade maior e transversal. Esta distinção foi adotada uma vez que os eventos desportivos que não têm uma periodicidade duradoura não constituem uma fonte tão regular de programação para os organismos de radiodifusão e, consequentemente, não proporcionam uma fidelização tão efetiva do consumidor ao operador televisivo.

A investigação da Comissão “demonstra não existirem quaisquer programas que exerçam pressão concorrencial sobre a capacidade de o titular de direitos de transmissão televisiva de acontecimentos futebolísticos realizados regularmente ao longo do ano determinar o preço destes direitos televisivos”.⁶¹

Adicionalmente, a Comissão referiu que “não existe qualquer substituíbilidade entre os direitos de transmissão televisiva de futebol e os direitos relativos a outros tipos de programas”.⁶² Esta conclusão assentou também na capacidade que estes conteúdos têm na contribuição para a criação de uma imagem de marca dos canais de televisão e na audiência específica que conseguem cativar. Neste sentido, considera-se que os conteúdos futebolísticos

⁵⁷ Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, OJ C 372 on 9/12/1997, par. 7.

⁵⁸ Os mercados de compra e venda de direitos para a televisão de acesso livre (*free-to-air*), televisão por assinatura (*pay-TV*) e televisão de pagamento por visualização (*pay-per-view*).

⁵⁹ Cf. Decisão 1999/242/CE da Comissão – TPS JO 90 de 2.4.1999, p. 6.

⁶⁰ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 60.

⁶¹ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 77.

⁶² Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 77.

constituem uma aposta na criação de marcas fortes alinhadas com as vontades dos telespectadores.

4.2.2 Mercado geográfico

No que concerne ao mercado geográfico relevante, este “compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”.⁶³

Relativamente à dimensão do mercado dos direitos televisivos de jogos de futebol, verificamos que a Comissão considerou, nos casos *Champions League*, *Deutsche Bundesliga* e *Premier League*, devido aos diferentes regimes regulatórios, às preferências dos consumidores e às barreiras linguísticas, que este mercado tinha uma dimensão nacional ou, pelo menos, circunscrito a regiões linguísticas.⁶⁴

4.3 Venda conjunta

No que concerne à venda conjunta de direitos audiovisuais de jogos de futebol, como já referimos anteriormente, neste modelo, os clubes, através de uma associação representativa, cooperam entre si para a comercialização destes direitos de forma agregada. Este modelo é identificado como restritivo da concorrência, uma vez que a estratégia de preço e outras condições relevantes da venda passam a ser definidos apenas por uma entidade, o que não aconteceria se houvesse uma pluralidade de clubes a vender os seus direitos e a estabelecer condições de venda de forma individualizada e particular⁶⁵.

Nos casos *Champions League*, *Deutschen Bundesliga* e *Premier League*, onde existe uma venda conjunta por associações de clubes de futebol, a Comissão foi uniforme na apreciação que a venda conjunta se traduz numa prática restritiva da concorrência.

Concretamente, no caso *Champions League*, a Comissão refere que “O acordo de venda conjunta restringe a concorrência entre os clubes de futebol, na medida em que tem o efeito de coordenar a política de fixação de preços e todas as outras condições comerciais em nome de todos os clubes de futebol individuais”⁶⁶.

⁶³ Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, OJ C 372 on 9/12/1997, par. 8.

⁶⁴ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE; no mesmo sentido, decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2005, COMP/C-2/37.214, e decisão da Comissão de 22 de março de 2006, COMP/C-2/38.173.

⁶⁵ Cf. Ruijsenaars & Kellezi, 2010, p. 60.

⁶⁶ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE par. 114, também referido na Decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2005, COMP/C-2/37.214, par. 22, e na Decisão da Comissão de 22 de março de 2006, COMP/C-2/38.173, par. 25 e 29.

Adicionalmente, verifica-se que, nestes casos, a entidade que comercializa estes conteúdos audiovisuais poderia, querendo, restringir a quantidade de conteúdos (jogos) que colocaria no mercado para venda e desta forma restringir também a produção e consequentemente a distribuição do produto⁶⁷.

Ainda assim, a Comissão referiu que, desde que adotadas certas ferramentas de compromisso que acautelem algumas preocupações concorrenciais, a comercialização centralizada destes conteúdos é passível de produzir diversos efeitos positivos.

Relativamente a esta matéria, de acordo com Manuel Fontaine Campos, “A venda dos direitos de transmissão dos jogos de futebol tem sido caracterizada pela adoção de práticas comerciais que colocam problemas do ponto de vista do Direito da Concorrência. [...] Não obstante, [...] a instituição da UE entendeu que essas práticas contêm virtualidades económicas que permitem a isenção de aplicação das normas que interditam a restrição da concorrência”.⁶⁸

Repare-se que o n.º 3 do art. 101.º do TFUE prevê a inaplicabilidade da proibição de acordos restritivos da concorrência quando as práticas em causa “contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contando que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante”.

Relativamente ao eventual benefício para o utilizador, cumpre primeiro precisar o conceito de “utilizador”. Este tem sido interpretado de forma lata, abrangendo assim não apenas os consumidores finais, mas também os distribuidores⁶⁹. Portanto, neste caso, os difusores de conteúdos, os canais televisivos de acesso live (*Free-to-air*) e *Pay TV*, devem também ser considerados nesta análise de eventuais benefícios que podem advir do modelo centralizado.

No caso *Champions League* foram elencados os benefícios concretos que advêm da comercialização conjunta destes direitos, nomeadamente como consegue melhorar a produção e distribuição do produto, promover o progresso técnico e económico e beneficiar os utilizadores.

A Comissão considerou que a venda conjunta “melhora a produção e a distribuição dos direitos (...) ao permitir a criação de um produto de conteúdos com uma marca de qualidade e ao conferir uma vantagem aos operadores de media, aos clubes de futebol e aos telespectadores, posto que cria um ponto de venda único para produtos da liga apresentados em pacotes”.⁷⁰

Assim, verificamos que a venda centralizada possibilita uma maior inovação e o desenvolvimento de uma proposta de valor mais atraente, uma vez que permite ao organizador

⁶⁷ Cf. Campos, 2013, p. 600.

⁶⁸ Cf. Campos, 2013, p. 606.

⁶⁹ Cf. Pais, 2011, p. 73.

⁷⁰ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 168.

da competição trabalhar diretamente sobre o produto e potenciar o desenvolvimento do mesmo.

Num modelo de comercialização conjunta, a entidade vendedora do produto, nomeadamente a liga, estaria numa posição privilegiada e de controlo que permitiria promover uma maior qualidade e uniformidade na forma como os conteúdos audiovisuais são disponibilizados ao consumidor. Neste momento, em Portugal, a Liga Portugal tem um controlo limitadíssimo no que concerne à forma como o produto audiovisual das suas competições é disponibilizado aos consumidores. Concretamente, esta incumbência é deixada à discricionariedade de cada distribuidor.

Neste sentido, no que concerne à criação de uma marca, a comercialização conjunta permite a valorização da marca da competição que pode ser comercializada para a geração de receita, isto é especialmente importante nos mercados internacionais. Naturalmente, este trabalho de construção de *branding* resultaria no crescimento do valor dos direitos audiovisuais e na distribuição de um produto de maior qualidade ao consumidor.

Principalmente derivado do ponto de venda único, a Comissão considerou ainda que o acordo de venda conjunta reserva aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios.⁷¹

No que concerne aos distribuidores, “Os operadores de media, enquanto consumidores de conteúdos futebolísticos, obtêm um acesso mais eficaz e mais fácil a este conteúdo único”⁷². Olhando por exemplo para a principal competição de futebol em Portugal, a Liga Portugal bwin, que é composta por dezoito equipas, os operadores teriam um acesso mais eficaz e facilitado se tivessem apenas de dialogar e negociar com uma entidade (a associação de clubes). Ao invés, têm forçosamente de interagir com as dezoito sociedades desportivas, que eventualmente podem ter interesses, convicções e posições diversas no que concerne às condições para a venda destes conteúdos. Ainda sobre esta matéria, a Comissão defende que, “Por conseguinte, o acordo de venda conjunto cria eficiências, que permitem aos operadores investir mais em tecnologias de produção e de transmissão novas e melhoradas, numa cobertura televisiva adequada, numa produção e apresentação de qualidade, etc”.⁷³

Cumprе sublinhar que, relativamente à transmissão audiovisual de jogos de futebol, a crescente aposta em novas tecnologias e na digitalização é absolutamente fundamental para uma penetração eficaz do produto e criação de um maior envolvimento com o consumidor. Assim, a capacitação tecnológica, que é reforçada na implementação de um modelo centralizado de comercialização, é vital para fomentar um maior envolvimento dos adeptos e, consequentemente, a valorização do produto.

⁷¹ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, p. 169.

⁷² Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, p. 170.

⁷³ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, p. 171.

Adicionalmente, para além destes fatores, a Comissão considera “ser desejável a manutenção de um certo equilíbrio entre os clubes de futebol que disputam uma liga, dado que esse equilíbrio proporciona jogos de futebol de melhor qualidade e mais interessantes, que se refletem/traduzem em melhores direitos de transmissão”⁷⁴. Este equilíbrio é possível através de uma solidariedade financeira alcançada pela distribuição mais equitativa da receita proveniente da comercialização conjunta dos direitos, que já analisámos anteriormente.

Como já referimos anteriormente, também a AdC, através da sua recomendação dirigida ao Governo, entende que a centralização dos direitos audiovisuais facilita a implementação de critérios mais equitativos de partilha de receitas que melhoram a competitividade e a qualidade dos jogos de futebol⁷⁵.

Numa Comunicação da Comissão, esta designa a venda coletiva de direitos como um bom exemplo da solidariedade financeira e dos mecanismos de redistribuição no desporto.⁷⁶ Nesta mesma comunicação, a Comissão termina recomendando às associações desportivas que estabeleçam mecanismos para a venda coletiva, desde que respeitem plenamente a legislação da UE em matéria de concorrência e mantenham, simultaneamente, o direito do público à informação.

5. Modelo de comercialização conjunta

Como referimos anteriormente, para acautelar as preocupações jusconcorrenciais que o modelo de comercialização conjunta suscita, foram elencados, nos casos já referidos (*Champions League*, *Deutsche Bundesliga* e *Premier League*), ferramentas e mecanismos que devem ser adotados. Nestas decisões é possível identificar uma série de medidas comuns que a Comissão acredita serem capazes de garantir uma concorrência saudável no mercado dos direitos audiovisuais. Estas limitações são estabelecidas essencialmente em termos de duração e cobertura⁷⁷.

Cumprе referir que estes instrumentos constituem um padrão que deve ser observado em outros processos de comercialização centralizada. Assim, estes mecanismos devem ser considerados para aplicação no futuro modelo a ser implementado no futebol profissional português. Adicionalmente, estas ferramentas podem ser intensificadas, se necessário, por situações concretas do mercado⁷⁸.

⁷⁴ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, p. 165.

⁷⁵ Cf. Recomendação da AdC, p. 70.

⁷⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Desenvolver a Dimensão Europeia do Desporto”, de 18 de janeiro de 2011, COM (2011) 12 Final, p. 10.

⁷⁷ Cf. Ruijsenaars & Kellezi, 2010, p. 65.

⁷⁸ Cf. Torben, 2006, p. 7.

Os compromissos que foram estabelecidos nos casos *Champions League*, *Deutsche Bundesliga* e *Premier League* foram, nomeadamente⁷⁹:

- A limitação temporal dos contratos (ciclos de venda), de forma a não facultar ao operador comprador uma vantagem em tornar-se um *player* dominante;
- A separação dos direitos audiovisuais em vários pacotes com conteúdos diversificados, nomeadamente, jogos diferentes e formatos de conteúdos distintos (*highlights*, OTT, entre outros);
- A adoção de processos de venda transparentes e não discriminatórios;
- A introdução de uma cláusula *no single buyer*, ou seja, a proibição de os pacotes serem todos vendidos ao mesmo comprador; e
- A definição de que os conteúdos não vendidos pela associação passam a poder ser vendidos pelos respetivos clubes.

A AdC, na sua recomendação dirigida ao Governo sobre criação de regulamentação destinada a permitir a venda em leilão dos direitos de transmissão televisiva e multimédia dos jogos da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional, também elenca algumas medidas que considera relevantes para “mitigar as desvantagens do modelo de comercialização conjunta”⁸⁰.

De forma a podermos perspetivar a implementação de um futuro modelo de comercialização conjunta, iremos analisar em maior detalhe os mecanismos elencados pela Comissão e também outros que possam ser executados, sendo o processo de venda projetado para maximizar a concorrência entre múltiplos licitantes, promover a valorização do produto e obter a maior receita possível observando todos os critérios de salvaguarda.

5.1 Limitação da duração da exclusividade

No que concerne ao caso português, cumpre lembrar que a venda individualizada dos direitos audiovisuais foi estabelecida através de contratos exclusivos e de longa duração entre os clubes portugueses e os operadores⁸¹. Relativamente a este tema, a AdC sugere que a duração e a abrangência excessivas destes acordos exclusivos são suscetíveis de criar fortes barreiras à concorrência na aquisição de direitos desportivos premium⁸².

⁷⁹ Cf. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 25 e ss.; Decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2005, COMP/C-2/37.214, par. 27-35; Decisão da Comissão de 22 de março de 2006, COMP/C-2/38.173, par. 32-37.

⁸⁰ Cf. Recomendação da AdC, pp. 77-93.

⁸¹ Cf. par. 29 da Recomendação da AdC: “O grupo NOS e o grupo Altice celebraram acordos exclusivos de longa duração com vários clubes da Primeira e Segunda Ligas, destacando-se a existência de treze acordos com clubes da Primeira e Segunda Ligas em que a cedência foi acordada por períodos entre sete e doze épocas desportivas. Salienta-se também que o termo destes acordos varia, provocando uma situação de assincronismo (desfasamento temporal) na duração dos mesmos”.

⁸² Cf. Recomendação da AdC, p. 47.

A limitação temporal dos contratos é relevante, particularmente numa venda a um único comprador, para garantir que a exclusividade da aquisição dos direitos não é de longa duração.

Apesar de a Comissão reconhecer a necessidade de um certo grau de exclusividade para proteger o valor dos direitos, contratos de longa duração criam um risco elevado de um comprador ser capaz de estabelecer uma posição dominante no mercado.

Assim, de forma a mitigar o poder de mercado que pode resultar de uma venda exclusiva, devem ser estabelecidos ciclos de venda com limitações temporais de duração mais curta.

Naturalmente, numa perspectiva financeira, o comprador estará mais disponível para pagar um valor superior por direitos em exclusividade, já que desta forma poderá oferecer aos seus consumidores um produto de que mais nenhum concorrente dispõe. Contudo, de acordo com Heijo Ruijsenaars e Pranvera Kellezi, a duração da exclusividade não deve ser concedida por um período superior ao necessário para justificar o investimento do operador⁸³.

No caso *Deutsche Bundesliga*, a Comissão interveio no sentido de reduzir a duração do contrato de alienação de direitos audiovisuais para um limite de dois ou três anos e atribuir estes direitos através de um processo de *tender*⁸⁴ transparente e não discriminatório, onde outros compradores de direitos podem efetuar propostas de aquisição. No caso da fusão *SkyItalia*, a entidade resultante da concentração comprometeu-se a não adquirir direitos audiovisuais de futebol por um período superior a duas épocas desportivas⁸⁵.

A limitação da duração da titularidade destes direitos origina a possibilidade de diferentes operadores adquirirem os direitos e desta forma contestarem a posição de outros operadores no mercado.

Adicionalmente, cumpre referir que a duração consistente dos contratos dos direitos permite aos distribuidores mais segurança no seu planeamento a longo prazo e uma mais eficaz alocação de investimento.

5.2 *Unbundling* de direitos e cláusula no *single buyer*

Desagregar os direitos em diferentes pacotes é outro mecanismo essencial para salvaguardar preocupações jusconcorrenciais – este mecanismo é conhecido como *unbundling* de direitos.

Assim, devem ser construídos lotes com a separação de jogos e outros com conteúdos diferentes para mercados especializados (*live*, *near live*, *highlights*, OTT, entre outros). Na construção destes pacotes é essencial que os vendedores dos direitos audiovisuais consigam construir ofertas que correspondam às preferências dos licitantes.

⁸³ Cf. Ruijsenaars & Kellezi, 2010, p. 66; no mesmo sentido, Chetcuti, 2008, pp. 9-13.

⁸⁴ Um concurso para a receção de propostas.

⁸⁵ Decisão de 2 de abril de 2003, COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiu.

Neste sentido, a AdC refere que os lotes devem ser capazes de permitir o “desenvolvimento de um canal desportivo autónomo capaz de exercer uma pressão concorrencial efetiva e, por outro lado, uma divisão dos jogos alinhada com as preferências dos licitantes e dos consumidores”.⁸⁶

Numa perspetiva de maximização do valor destes direitos e de obtenção de receita, a construção dos pacotes de jogos é extremamente relevante. Para este efeito, um lote deve conter conteúdos com atratividades diferentes, devendo ser agregados conteúdos *premium* (com um nível de valorização maior) com conteúdos de menor atratividade. Se porventura um lote fosse constituído apenas com os jogos dos três clubes de maior dimensão, os outros lotes perderiam interesse por parte dos consumidores e, conseqüentemente, dos adquirentes de direitos, pelo que a sua valorização seria reduzida. O objetivo passará por maximizar o valor de cada lote de jogos⁸⁷.

No mesmo sentido que as decisões *Champions League* e *Premier League*, no caso *Deutschen Bundesliga*, os conteúdos dos direitos de transmissão foram repartidos em pacotes, com o intuito de promover a competição entre vários operadores pela sua compra⁸⁸.

De forma complementar à criação de pacotes, é fundamental que seja implementada uma cláusula que impede a compra da totalidade destes pacotes por parte de um único adquirente (cláusula *no single buyer*)⁸⁹. Esta regra foi tornada explícita no caso *Premier League*.

De acordo com a AdC, “Ao impedir a aquisição de todos os jogos por parte de um único comprador, esta cláusula permite que mais do que uma empresa adquira direitos e possa assim operar e competir no mercado da exploração dos direitos desportivos”.⁹⁰

Heijo Ruijsenaars e Pranvera Kellezi concluem que “a limitação da duração e o alcance da exclusividade são as principais medidas mitigadoras sobre os possíveis efeitos anti concorrenciais dos direitos exclusivos de transmissão”⁹¹.

5.3 Regras de participação no leilão

No que concerne às regras de participação em leilões de venda de direitos audiovisuais, é fundamental garantir a construção de um processo de venda que tenha a capacidade de atrair vários licitantes.

É importante que seja garantida uma participação mínima e efetiva neste processo. Apenas desta forma será possível estimular a concorrência na comercialização destes direitos.

⁸⁶ Cf. Recomendação da AdC, par. 81.

⁸⁷ Cf. Recomendação da AdC, par. 81.

⁸⁸ Cf. Chetcuti, 2008, pp. 13-14.

⁸⁹ Cf. Ruijsenaars & Kellezi, 2010, p. 67.

⁹⁰ Cf. Recomendação da AdC, par. 79.

⁹¹ Cf. Ruijsenaars & Kellezi, 2010, p. 67.

Assim, de forma a permitir aos potenciais licitantes desenvolver estratégias sustentáveis para exploração destes conteúdos, “as regras do leilão devem ser claras e transparentes”⁹².

No caso *Champions League*, a Comissão refere que contratos de concessão de direitos foram “celebrados no seguimento de ‘convites à apresentação de propostas’ que colocam todos os organismos de radiodifusão qualificados em igualdade de circunstâncias para apresentar propostas para a obtenção dos direitos, com prévio conhecimento das principais condições”.⁹³

Consideramos fundamental que o processo seja livre e transparente. Adicionalmente, numa perspetiva de maximização do valor, é relevante que o leilão esteja preparado para dar resposta a diferentes tipologias de licitantes, nomeadamente operadores televisivos, canais (*pay TV* e *free-to-air*) e novos *players* de tecnologia (como plataformas de OTT).

5.4 Cláusula *use it or lose it*

Na disputa pelo domínio do mercado, pode existir a tentação, por parte de um adquirente de direitos, de comprar lotes de jogos sem a intenção de os disponibilizar aos consumidores, mas apenas com o intuito de não permitir que um concorrente os adquira. Nestas situações, o consumidor ficaria impedido de poder consumir estes conteúdos, sendo assim altamente prejudicado.

A introdução de uma cláusula *use it or lose it* pretende impedir a possibilidade de um operador adquirir lotes de jogos apenas com o intuito de não permitir que um concorrente os adquira, uma vez que estas estratégias de açambarcamento são prejudiciais para o produto e para o consumidor.

Através da introdução de uma cláusula *use it or lose it*, os adquirentes de conteúdos estariam obrigados a transmitir todos os conteúdos adquiridos. Em sentido prático, o comprador dos direitos de transmissão de um jogo de futebol teria, efetivamente, de os transmitir.

No caso de os direitos não serem utilizados, estes deverão ser devolvidos de forma gratuita aos clubes, para que estes os possam vender de forma individual⁹⁴. Adicionalmente, no caso de ser a entidade vendedora a não conseguir vender os direitos até uma determinada data-limite, o direito de venda dos direitos deverá recair sobre os clubes individuais (“*no hoarding*”)⁹⁵.

⁹² Cf. Recomendação da AdC, par. 84.

⁹³ Decisão da Comissão de 23 de julho de 2003, 2003/778/CE, par. 27.

⁹⁴ Cf. Recomendação AdC, par. 88.

⁹⁵ Cf. Torben, 2006, p. 8.

Conclusão

A escolha do tema da presente dissertação prendeu-se com a recente alteração legislativa⁹⁶ que impacta de forma imediata o futuro do ecossistema dos direitos audiovisuais nas competições profissionais de futebol em Portugal e com o total desalinhamento do atual modelo nacional face aos padrões implementados no resto da Europa.

Esta análise foi dificultada pela escassez de informação, reflexões e bibliografia disponível, nomeadamente a nível nacional. Assim, o estudo da matéria baseou-se muito no recurso a jurisprudência e bibliografia internacional.

Concluimos que a venda conjunta dos direitos audiovisuais é um tema mandatário e deve gerar uma grande atenção de todos os *stakeholders* do futebol profissional português. Face a isto, consideramos necessário que haja um maior estudo e análise por parte da doutrina e do mercado nacional, de forma a conseguirmos obter maiores ponderações que possam sustentar o futebol profissional no caminho da comercialização conjunta dos direitos audiovisuais dos jogos de futebol.

Após esta análise, verificámos que todos os indicadores e boas práticas apontam no sentido de que a implementação de um modelo conjunto de venda dos direitos audiovisuais, centralizado na associação de clubes, irá beneficiar o mercado e os intervenientes da indústria do futebol profissional.

Como expusemos, a centralização dos direitos audiovisuais já é uma prática comum nas principais ligas europeias, onde este modelo de comercialização aumentou claramente a capacidade de geração de receitas.

No que concerne às preocupações jusconcorrenciais do modelo de comercialização conjunta, tal como espelhado na dissertação, será possível acautelar eventuais preocupações com a introdução de mecanismos de salvaguarda.

Adicionalmente, o processo de centralização irá surtir importantes impactos no que concerne à melhoria da produção e distribuição do produto, promover o progresso técnico e económico do mercado dos direitos audiovisuais e, em última instância, beneficiar os consumidores.

Acreditamos que a venda centralizada permitirá e potenciará a inovação e o desenvolvimento de uma proposta de valor mais atraente, que impulsionará o crescimento do valor dos direitos audiovisuais e a distribuição de um produto alinhado com as vontades dos consumidores.

Paralelamente, a comercialização conjunta destes conteúdos originará benefícios claros na redução das disparidades financeiras entre as sociedades desportivas e, consequentemente, estimulará a competitividade desportiva entre as equipas, aumentando assim o valor do

⁹⁶ Decreto-Lei n.º 22-B/2021, de 22 de março.

produto e de todos os ativos que o compõem. Neste mesmo sentido, a própria AdC entende que a centralização dos direitos audiovisuais facilita a implementação de critérios mais equitativos de partilha de receitas que melhoram a competitividade e a qualidade dos jogos de futebol.

Por fim, a comercialização conjunta permitirá a existência de um processo de comercialização mais transparente, onde será possível dissecar, de forma concreta, o valor do mercado dos direitos audiovisuais e a distribuição desta receita pelas sociedades desportivas.

Bibliografia

- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2019). Recomendação dirigida ao Governo sobre criação de regulamentação destinada a permitir a venda em leilão dos direitos de transmissão televisiva e multimédia dos jogos da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional, Processo n.º EPR/2018/38, 2019.
- CAMPOS, M.F. (2013). Os direitos de transmissão dos jogos de futebol face ao direito da concorrência. In Pereira, A.P., et al. (coord.). *Liber amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CHETCUTI, A. (2008). *The exploitation of football media rights in the EU: A competition law analysis*. Institute of Computer and Communications Law Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London.
- CORREIA, L. (2007). *Limitações à liberdade contratual do praticante desportivo*. Lisboa: Livraria Petrony Editores.
- DELOITTE (2022). *Football money league 2022*.
- EY. (2020). *Relatório dos serviços financeiros da EY para 2019-2020*.
- EY & LIGA PORTUGAL (2021). *Anuário do futebol profissional português 2020-21*.
- EY & LIGA PORTUGAL (2021). *Estudo internacional sobre direitos audiovisuais desportivos – Relatório final*.
- LIGA PORTUGAL (2020). *Plano de atividades 2020-21*.
- MEIRIM, J.M. (2017). *Direito do desporto*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PAIS, S.O. (2011). *Direito da concorrência legislação e jurisprudência fundamentais*, vol. II. Universidade Católica Editora.
- PAIS, S.O. (2011). *Entre inovação e concorrência – Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M.F. (2017). *Sociedades desportivas*, 2.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora.
- ROZEIRA, G.G. (2014). *A titularidade dos direitos audiovisuais emergentes das competições profissionais de futebol – Enquadramento jurídico-administrativo*.
- RUIJSENAARS, H. & KELLEZI, P. (2010). Exclusive broadcasting rights for sports events and their limits. In Werra, J. de (éd.). *Sport et propriété intellectuelle*, pp. 49-68. Bruylant.
- RUMPHORST, W (2021). *Sports broadcasting rights and EC competition law*.
- TORBEN, T. (2006). Developments in European law. *Congress Sports & Law*, Berlin, 28 April 2006.

**Ligas de futebol, Superliga europeia
e direito da concorrência**

Guilherme Oliva Guimarães

Sob orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Agradecimentos

Em primeiro lugar, aos meus pais e ao meu irmão, pelo apoio incondicional e por terem permitido que eu conseguisse seguir a área que me apaixona e redigir esta dissertação.

À minha família e amigos, por me acompanharem nos bons e maus períodos e pelos momentos de companheirismo e amizade.

Ao Consulado Geral de Portugal em Newark, a todos os funcionários e ao Cônsul-geral pela oportunidade de estágio no primeiro trimestre deste ano, ajudando-me sempre e permitindo que eu trabalhasse na dissertação e a conseguisse concluir.

Um agradecimento especial à Universidade Católica e à minha orientadora, a Doutora Sofia Pais, pela ajuda, paciência e ensinamentos muito úteis e importantes para a elaboração deste trabalho.

Resumo

É possível observar uma progressiva preocupação do direito da concorrência com as mais variadas áreas, incluindo o desporto. A nossa investigação pretende analisar a evolução da aplicação do direito da concorrência a atividades desportivas, desde a criação deste ramo de direito na União Europeia, através de vários casos decididos pelos Tribunais da UE ao longo dos anos.

A questão mediática da Superliga europeia e o caso dos acordos de não contratação são os dois principais exemplos analisados, e mostram que o direito da concorrência tem um impacto direto nos problemas atuais.

Concluimos que houve uma evolução da aplicação do direito da concorrência ao desporto e que as adaptações a que foi sujeito o mantiveram relevante na resolução das mais diversas questões.

Palavras-chave: Direito da concorrência; desporto; Superliga; não contratação; abuso; posição dominante; acordos restritivos.

Abstract

It is possible to observe a growing concern of competition law with the most varied areas, including sport. Our research aims to analyse the evolution of the application of competition law in sporting activities, since the creation of this branch of law in the European Union, through several cases decided by the Courts of the EU over the years. The media issue of the European Super League and the case of no-poaching agreements are the two main examples analysed and show that competition law has a direct impact on current problems.

We conclude that there has been an evolution in the application of competition law in sport and that the adaptations to which it has been subjected have kept it relevant in the resolution of the most diverse issues.

Keywords: Competition law; sport; Superleague; no-poach; abuse; dominant position; restrictive agreements.

Lista de siglas e abreviaturas

ADC	Autoridade da concorrência
EUA	Estados Unidos da América
ISU	International Skating Union
LPFP	Liga Portuguesa de Futebol Profissional
ONU	Organização das Nações Unidas
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia

Índice

Introdução	6
1. O direito da concorrência da UE e o desporto	7
1.1 Breve introdução ao direito da concorrência	7
1.2 A relação entre o direito da UE e o desporto	8
2. O caso da Superliga europeia de futebol	10
2.1 Os processos nos tribunais	12
2.2 A Superliga europeia como restrição da concorrência	15
3. A análise das questões levantadas	17
3.1 O acesso ao mercado	17
3.2 O conflito de interesses entre a função reguladora e comercial	18
3.3 A liberdade dos atletas de participarem em diferentes competições	20
3.4 A importância das decisões jurisprudenciais anteriores	23
3.5 Os paralelismos com o caso da Superliga	24
3.6 A comparação com o ordenamento jurídico americano	27
4. O direito da concorrência e as ligas de futebol em Portugal	28
4.1 Os casos em estudo	28
4.2 Os acordos no-poach	30
Conclusão	35
Posfácio	36
Bibliografia	37

Introdução

O direito da concorrência tem assumido progressivamente uma maior importância e a sua influência cresceu desde os primeiros tratados que instituíram a Comunidade Económica Europeia. Inicialmente, o objetivo principal era realizar o mercado único. Atualmente, também tem outras finalidades, nomeadamente, políticas e sociais, mantendo-se o propósito principal de tentar obter a melhor eficiência económica e a proteção do consumidor.

Consegue-se observar a evolução deste ramo de direito, no seio da União Europeia, na relação entre o direito da concorrência e o desporto. Nos primeiros acordãos, certas regras desportivas foram consideradas de interesse meramente desportivo e, por isso, não sujeitas ao direito da UE. Existiu uma mudança de paradigma ao longo dos anos que nos permitiu chegar à ideia atual em que as regras do desporto importam e são analisadas à luz do direito da concorrência. Assim, a questão principal colocada nesta dissertação é a seguinte: qual a relação entre o direito da concorrência e o desporto?

Para respondermos a esta pergunta analisaremos, em primeiro lugar, a evolução da relação entre o direito da União Europeia e o desporto, baseando-nos em jurisprudência de tribunais nacionais e, principalmente, da UE. De seguida, consideraremos dois dos principais pilares do direito da concorrência europeu, os acordos restritivos da concorrência e o abuso de posição dominante, e a forma como se aplicam ao desporto. Centraremos a investigação nas subseqüentes questões: na limitação de acesso ao mercado aos diferentes organizadores de competições; na falta de independência entre a função regulatória e comercial das federações desportivas; e nas regras que proíbem os jogadores de participar em competições organizadas por diferentes entidades, que não as federações principais.

Os principais casos analisados nesta dissertação serão o da Superliga Europeia de futebol e o da decisão da autoridade da concorrência portuguesa de proibir os acordos de não contratação entre clubes das primeira e segunda ligas de futebol.

1. O direito da concorrência da UE e o desporto

1.1 Breve introdução ao direito da concorrência

As regras da concorrência na União Europeia estão previstas nos artigos 101.^o a 109.^o do TFUE, fundando-se em quatro pilares: proibição de acordos restritivos da concorrência, proibição de abusos de posição dominante, controlo das concentrações de empresas e controlo dos auxílios de Estado.¹

Desde cedo que a defesa da concorrência foi considerada como um dos princípios fundamentais da Comunidade Europeia. Inicialmente, as finalidades do direito da concorrência eram meramente económicas, visando a realização do mercado único² e garantindo igualdade de oportunidades dentro da UE³ com a livre circulação e coesão do mercado europeu.⁴

Atualmente, as finalidades do direito da concorrência na UE incluem não só uma concorrência não falseada no mercado interno, mas também objetivos políticos e sociais como a proteção das pequenas e médias empresas, fomento da inovação⁵ e investigação e sustentabilidade.⁶ Todavia, a verdadeira essência da política da concorrência será garantir que a relação qualidade-preço dos produtos e o bem-estar social sejam os melhores possíveis, protegendo não só os interesses dos distribuidores e consumidores finais, mas também a estrutura do mercado/concorrência em si mesma.⁷ A orientação dominante, seja na doutrina, seja na prática das autoridades da concorrência, tende a dar primazia à promoção da eficiência económica em detrimento de outros fundamentos como o controlo do poder económico, redistribuição da riqueza ou salvaguarda da liberdade de empresa.⁸

¹ Pais, 2018, p. 123.

² Acórdão *Grundig* de 13/07/1966, proc. apensos 56/64 e 58/64.

³ Acórdão *MOTOE* de 01/07/2008, proc. C-49/07, Par. 51.

⁴ “O mercado interno pretende ser um espaço aberto de trocas comerciais, sem fronteiras internas, em que o Estado-membro em que as operações económicas são realizadas seja uma questão indiferente”. Machado, 2018, p. 455.

⁵ Parenti, 2021, pp. 1-2.

⁶ O conceito de sustentabilidade engloba três pilares: ambiente, economia e sociedade. A ONU adotou uma resolução em 2015, com objetivos de desenvolvimento sustentável para 2030, que inclui, entre outros, o fim da pobreza, da fome e redução de desigualdades. OECD, *Sustainability and Competition*, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>, p. 12.

A questão de o direito da concorrência ter como objetivo a sustentabilidade é alvo de grandes debates. Por um lado, há autores que entendem que o direito da concorrência se deve também afastar do objetivo principal de defender os interesses dos consumidores. Por outro lado, há doutrina que defende que os juízos de valor envolvidos nas questões normativas não devem ser feitos pelas autoridades da concorrência. *Ibidem*, p. 15.

⁷ Acórdão *Glaxosmithkline* de 06/10/2009, proc. C 501/06, Par. 63.

⁸ Silva, 2018, p. 129.

1.2 A relação entre o direito da UE e o desporto

Existe bastante jurisprudência no TJ e em tribunais de Estados-membros da UE em relação ao desporto em geral (centrada em clubes, associações, federações ou atletas), e também acerca da associação entre o desporto e o direito da concorrência.

A aplicação do direito da UE a atividades desportivas foi pela primeira vez abordada pelo TJUE, em 1974, no caso *Walrave c. União Ciclista Internacional*⁹ e mais tarde no caso *Dona*.¹⁰ A UCI introduzira uma regra envolvendo uma restrição de nacionalidade na composição de equipas de ciclismo que exigia que os *pacemakers* e os ciclistas fossem da mesma nacionalidade no Campeonato Mundial de Ciclismo. Neste caso, Walrave e Koch eram *pacemakers* holandeses que corriam com ciclistas belgas e alemães. Por causa da escassez de ciclistas holandeses competitivos, a dupla acreditava que esta regra restringia a sua capacidade de exercer as suas atividades comerciais e, portanto, a UCI violava a legislação da UE.

O caso Walrave introduziu o conceito de que certas regras no desporto são de interesse puramente desportivo, o que significa que não têm nada a ver com uma atividade económica. Uma regra de interesse puramente desportivo é aquela que é necessária para o funcionamento do desporto e pode ser permitida mesmo que a competição ou a liberdade de movimento sejam prejudicadas. Estas regras podem, por exemplo, ser restrições de nacionalidade na seleção de uma equipa nacional, regras relativas a crimes de doping ou regras que envolvem o licenciamento de agentes desportivos. Regras de interesse puramente desportivo garantem um ambiente desportivo justo. Na prática será difícil distinguir uma regra puramente desportiva de uma que tem carácter desportivo e económico.¹¹

O Tribunal concluiu que o direito da UE não se aplicava ao caso por considerar que esta regra não tinha natureza económica, mas sim um interesse puramente desportivo.

O acórdão Bosman,¹² de 1995, foi revolucionário. O Tribunal especificou que as regras dos desportos estarão sujeitas ao direito da UE. Foi, no entanto, criada uma

⁹ Acórdão de 12/12/1974, proc. 36-74.

¹⁰ Acórdão de 14/07/1976, proc. 13/76. “É incompatível (...) uma regulamentação ou prática nacional, ainda que adotada por um organismo desportivo, que reserva exclusivamente aos nacionais do Estado-membro em questão o direito de participar, na qualidade de jogadores profissionais ou semiprofissionais, em encontros de futebol, a não ser que se trate de uma regulamentação ou prática que exclua os jogadores estrangeiros da participação em determinados encontros, por razões que não sejam económicas, inerentes à natureza e ao contexto específicos desses encontros, que têm, assim, uma natureza exclusivamente desportiva”. Par. 1, despacho.

¹¹ Stewart, 2009, p. 188, tradução nossa.

¹² Acórdão de 15/12/2005, proc. C-415/93. O artigo 48.º do Tratado opõe-se à aplicação de regras adotadas por associações desportivas nos termos das quais um jogador profissional de futebol nacional de um Estado-membro, no termo do contrato que o vincula a um clube, só pode ser contratado por um clube de outro Estado-membro se este último pagar ao clube de origem uma indemnização de transferência, de formação ou de promoção.

exceção para excluir as atividades de carácter puramente desportivo e que não envolvessem qualquer elemento económico. Neste caso, discutiu-se o direito de um jogador de futebol, sem contrato, de se deslocar de um clube de futebol para outro na UE de acordo com as regras de transferência de futebol então existentes. As regras das associações desportivas foram consideradas fora da exceção puramente desportiva, por terem uma finalidade tanto desportiva como económica. Assim, o Tribunal determinou que estas regras eram contrárias aos princípios sobre a liberdade de circulação, uma das liberdades fundamentais do mercado único europeu. Este caso foi uma evolução relativamente ao Walrave. Como refere Blackshaw, “só porque certas regras são impostas para atingir objetivos desportivos, não existe por si só uma regra de direito segundo a qual estão automaticamente fora do âmbito do direito da UE em geral e do direito da concorrência da UE em particular”.¹³ A conclusão do caso Bosman está ligada à mudança cultural ocorrida dentro da UE, que garantiu uma progressiva realização do Mercado Único Europeu.¹⁴ Ainda assim, o Tribunal evitou, neste caso, pronunciar-se sobre a aplicação do direito da concorrência ao desporto.¹⁵

Mais tarde, o caso Meca-Medina¹⁶ afastou esta exceção, afirmando que o carácter puramente desportivo, por si só, não é suficiente para excluir as atividades do direito da concorrência.¹⁷ “Foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça analisou a aplicação das leis de concorrência da UE às regras de organização do desporto”.¹⁸ Neste caso, atletas suspensos por doping afirmaram que havia uma restrição da concorrência. O Tribunal considerou que as limitações impostas relativamente a determinadas substâncias no sangue aos desportistas profissionais não ultrapassavam o necessário para assegurar o desenrolar e o bom funcionamento das competições desportivas. Qualquer regra desportiva que restrinja a concorrência deve ser proporcional e prosseguir um objetivo legítimo. “A simples circunstância de uma regra ter carácter puramente desportivo não exclui do âmbito de aplicação do Tratado a pessoa que exerce uma atividade regulada por essa regra ou o organismo que a instituiu”.¹⁹ O Tribunal também sublinhou que nem todos os acordos restritivos da concorrência são automaticamente proibidos. Se os

Efetivamente, estas regras, ainda que não se distingam das regras que regulam as transferências no interior de um mesmo Estado-membro, são suscetíveis de restringir a livre circulação dos jogadores que desejem exercer a sua atividade noutro Estado-membro, impedindo-os ou dissuadindo-os de deixar os respetivos clubes mesmo após a expiração dos contratos de trabalho que a eles os ligam. Além disso, não poderão constituir um meio adequado para atingir objetivos legítimos, tais como a preocupação de manter o equilíbrio financeiro e desportivo entre os clubes. Par. 68, 99, 107.

¹³ Blackshaw, 2007, p. 113, tradução nossa.

¹⁴ Stewart, 2009, p. 193, tradução nossa.

¹⁵ Ghicajanu, 2017, p. 92.

¹⁶ Acórdão de 18/07/2006, proc. C-519/04.

¹⁷ Lalwani, 2021.

¹⁸ European Commission, *Mapping and Analysis of the Specificity of Sport, A Final Report to the DG Education & Culture of the European Commission*, junho 2016, p. 11, tradução nossa.

¹⁹ Acórdão Meca-Medina de 18/07/2006, proc. C-519/04, Par. 27.

efeitos restritivos da concorrência que decorrem do acordo forem inerentes e proporcionais à prossecução dos objetivos referidos, ele pode ser permitido. A regulamentação que proibia o uso de doping não foi considerada desproporcional. Este acórdão introduziu uma espécie de teste de três etapas para determinar a validade de uma restrição: o objetivo desta tem de ser legítimo, tem de ser necessário para alcançar o objetivo e tem de ser proporcional.²⁰ Segundo Weatherill, é natural que o acórdão Meca-Medina não tenha oferecido respostas às muitas questões levantadas sobre o âmbito da intervenção do direito europeu nas práticas desportivas, assumindo que essas precisam de ser resolvidas caso a caso.²¹

Estes três casos ilustram uma evolução e refletem a intensidade crescente do olhar da UE para o desporto. Tudo começou com uma “espreitadela inicial” ao desporto como atividade económica no Walrave; seguiu-se o frente a frente entre a autonomia do futebol e as liberdades fundamentais no Bosman e culminou no olhar penetrante do direito da concorrência da UE no Meca-Medina.²²

2. O caso da Superliga europeia de futebol

Um dos casos mais mediáticos, e que ilustra bem as questões envolvidas na aplicação do direito da concorrência no domínio desportivo, é o recente caso da Superliga europeia. O projeto foi anunciado a 18 de abril de 2021 e surpreendeu todo o mundo do futebol. O objetivo era criar uma competição que rivalizasse com a Liga dos Campeões, o torneio da UEFA, considerado a maior competição de clubes do mundo.

Este anúncio criou ondas de choque no futebol europeu e mundial, tendo desencadeado protestos de adeptos, jogadores, comentadores e dirigentes de outros clubes. A pressão foi tão grande que dois dias depois da comunicação, dos 12 clubes iniciais, apenas três, Barcelona, Juventus e Real Madrid, ainda se mantinham no projeto. Arsenal, Atlético de Madrid, Chelsea, Inter de Milão, Liverpool, Manchester City, Manchester United, Milan e Tottenham abandonaram a proposta. Além destes colossos terão sido convidados outros gigantes europeus, nomeadamente o Bayern de Munique, Borussia de Dortmund e Futebol Clube do Porto, que rejeitaram fazer parte da competição.

O formato inicial da competição previa a existência de 20 clubes: 15 fundadores e outros 5 que entrariam com base nos resultados desportivos da época anterior. Os clubes fundadores estariam presentes na competição todos os anos, independentemente dos seus resultados e rendimento desportivo. Estes referiram que o seu principal objetivo era

²⁰ *Ibidem*, Par. 42.

²¹ Weatherill, 2014, p. 13, tradução nossa.

²² Anderson, Parrish & Garcia, 2018, p. 5, tradução nossa.

que “os melhores clubes e jogadores possam competir entre si de forma mais frequente”.²³ A grande perda de receitas devido à pandemia da Covid-19 fez acelerar o projeto que iria permitir que estes clubes lucrassem muito mais do que acontece atualmente na Liga dos Campeões. Os clubes estavam descontentes com a distribuição de receitas feita pela UEFA e não conseguiam encontrar uma solução que agradasse a ambas as partes. A nova competição seria financiada pelo fundo americano JP Morgan, num valor estimado de cerca de 4 mil milhões de euros.²⁴

A ideia inicial era que todos os jogos desta competição fossem a meio da semana, tal como acontece com as competições europeias em vigor, sendo que todos os clubes continuariam a competir nas respetivas ligas nacionais. A competição arrancaria em agosto, com os clubes a participarem em dois grupos de dez, a duas voltas: os três primeiros classificados de cada grupo qualificar-se-iam automaticamente para os quartos de final e os quartos e quintos classificados disputariam um play-off a duas mãos de apuramento para os quartos. O formato de eliminatórias seria a duas mãos até à final, que se realizaria no final de maio, a um só jogo, em campo neutro. Assim, o formato seria diferente do atualmente em vigor na principal competição da UEFA. A 19 de abril, um dia após o anúncio desta nova competição, a UEFA comunicou uma mudança no formato atual da Liga dos Campeões, que passará a ter algumas semelhanças ao idealizado para a Superliga, a partir de 2024.

As federações espanhola, italiana e inglesa de futebol e as ligas destes países ameaçaram banir das suas competições os clubes envolvidos. Também a FIFA e a UEFA fizeram o mesmo, acrescentando que os jogadores destes clubes poderiam ser proibidos de representar as suas seleções. Uma das grandes críticas a esta nova competição, e a que será mais relevante para o nosso trabalho é o facto de haver um conjunto de clubes, dos mais ricos e poderosos do mundo, que pretendiam criar uma competição fechada à sua medida. Os clubes jogariam nesta competição todas as épocas, independentemente do mérito desportivo, uma vez que não poderiam ser despromovidos. Isto é contra os valores do desporto, que pretende promover a igualdade, inclusão e esforço. Cada equipa deverá ter a possibilidade de chegar às competições onde estão as melhores por mérito próprio e beneficiar das receitas, numa distribuição que, idealmente, será equitativa.

²³ Comunicado dos clubes fundadores, 18/04/2020, retirado de: <https://thesuperleague.com/press.html>.

²⁴ Retirado de: <https://www.theguardian.com/business/2021/apr/19/jp-morgan-european-super-league>.

2.1 Os processos nos tribunais

Mesmo após a desistência de 9 dos 12 os clubes fundadores, os três restantes intentaram uma providência cautelar no Tribunal do comércio de Madrid. Esta visava impedir que a FIFA, UEFA e todas as suas federações ou ligas associadas proibissem, restringissem, limitassem ou condicionassem de qualquer maneira, direta ou indiretamente, o avanço da Superliga e intentassem quaisquer medidas sancionatórias ou disciplinares contra os clubes participantes, os seus jogadores ou dirigentes.²⁵

A 7 de maio, a UEFA anunciou sanções, maioritariamente financeiras, contra os nove clubes com os quais afirmou ter chegado a um acordo, na sequência das desculpas apresentadas e do reconhecimento do seu “erro”. As medidas incluíam a perda de 5% das receitas das competições da UEFA durante uma época, uma doação global de 15 milhões em projetos ligados ao futebol de comunidades locais ou uma coima de 100 milhões de euros.²⁶ No dia 1 de julho, o tribunal comercial de Madrid exigiu à UEFA a anulação do que considerou uma sanção disfarçada contra os nove clubes que se retiraram do projeto da Superliga. Para além disso, a UEFA teria de se abster de excluir os clubes envolvidos das suas competições.²⁷ A 28 de setembro, a UEFA anunciou a decisão de abandonar as ações legais interpostas contra o Barcelona, a Juventus e o Real Madrid, **clubes que estavam a ser investigados por potenciais violações dos seus regulamentos**. O organismo que regula o futebol a nível europeu anunciou que era como se o processo nunca tivesse existido.²⁸

A verdade é que toda esta saga ainda não terminou, pois os três clubes que se mantêm no projeto pretendem vê-lo concretizado. Tal ainda poderá acontecer, uma vez que, no início do processo, o tribunal de Madrid realizou um reenvio prejudicial para o TJ.

Sempre que um órgão jurisdicional nacional chamado a julgar um litígio nacional, que envolva a aplicação de normas da União, tenha dúvidas sobre a interpretação dessas normas ou sobre a validade de uma norma de direito derivado, pode (ou deve, consoante os casos) suspender a instância e reenviar as suas questões para o Tribunal de Justiça.²⁹

²⁵ Tribunal comercial de Madrid n.º 17, auto de medidas cautelares 150/2021, retirado de: <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2021/05/10/2021051001829.pdf>.

²⁶ Comunicado de imprensa da UEFA, retirado de: <https://www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-123871bd86ca-d9571aa78f72-1000--uefa-approves-measures-for-nine-clubs/>.

²⁷ Tribunal do comércio de Madrid n.º 17, *Procedimento: Peça de Medidas Cautelares 150/2021 - 0001 (Medidas Cautelares Preventivas LEC 727)*, 01/07/2021, parte dispositiva, Par. 1-3.

²⁸ Comunicado de imprensa da UEFA, retirado de: <https://www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026d-13595055ee87-0d40cff72a6e-1000--uefa-media-statement/>.

²⁹ Pais, 2018, p. 101.

Este mecanismo está previsto no artigo 267.º do TFUE e tem como objetivo garantir que há uma aplicação uniforme do direito da UE em todos os Estados-membros.

O juiz espanhol colocou seis questões ao tribunal,³⁰ sendo quase todas sobre a possível violação dos artigos 101.º³¹ e 102.º³² do TFUE por parte da FIFA e/ou UEFA. Para que haja um acordo restritivo da concorrência proibido pelo artigo 101.º têm de estar cumpridos quatro requisitos: estarmos perante duas ou mais empresas³³ que celebram um acordo, haver uma prática concertada ou decisão de uma associação de empresas, estas terem por objetivo ou efeito restringir ou falsear a concorrência de forma sensível³⁴ e, por fim, a prática ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros. Para se verificar um abuso de posição dominante têm de estar cumpridos quatro requisitos enunciados no artigo 102.º: estarmos perante uma empresa, em posição dominante num mercado relevante³⁵, que abuse dessa posição dominante³⁶ e afeta o comércio entre Estados-membros.³⁷

³⁰ Processo C-333/21.

³¹ “São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”.

³² “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”.

³³ O conceito de empresa é dado pelo TJUE, resumindo-se a qualquer entidade independente que exerça uma atividade económica. “Podemos presumir que um clube, uma federação e até um desportista, em alguns casos, podem ser considerados uma empresa se exercerem uma atividade económica”. Ghicajanu, 2017, p. 94, tradução nossa.

³⁴ Existe restrição por objetivo quando há um grau suficiente de afetação da concorrência e, por isso, não é necessário avaliar efeitos atuais ou potenciais do acordo.

³⁵ No fundo, serão os consumidores a revelar qual o mercado relevante, pois “um mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO 159/01, 07/05/2018.

O mercado relevante é o mercado onde ocorre a competição. É preciso analisar se os bens são substituíveis entre si, isto é, se estão aptos para satisfazer necessidades idênticas. Um dos métodos utilizados para avaliar as escolhas do consumidor é o teste SSNIP (small, significant, non transitory increase in price).

³⁶ Considera-se que uma empresa detém uma posição dominante num dado mercado quando dispõe de um poder que lhe permite comportar-se independentemente dos seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes (Acórdão *United Brands*, proc.27/76, Par. 65). A posição dominante não é ilegal, apenas o seu abuso. Desta forma, as empresas em posição dominante devem atuar com especial diligência. No desporto, o abuso de posição dominante pode existir quando as federações nacionais obrigam clubes ou atletas individuais a comprar ou usar exclusivamente um tipo de produto. Isto porque a federação celebrou um contrato de patrocínio com uma empresa privada: incluindo uma cláusula obrigatória de ter apenas o seguro fornecido por uma empresa específica ou a obrigação de usar apenas um determinado tipo de equipamento desportivo entregue por certa empresa à federação. As federações desportivas detêm o monopólio *de jure* no que diz respeito à organização desportiva a nível nacional, europeu e até mundial. Estas federações, ao tomar decisões ou a elaborar regulamentos, estarão sujeitas ao direito da concorrência. Em muitos casos, apenas existe uma federação que tem o poder regulatório, daí que tenha necessidade de atuar com especial diligência e não abusar dessa posição no mercado. Ghicajanu, 2017, p. 109.

³⁷ Tem de existir um fluxo transfronteiriço. A afetação não necessita de ser atual, pode ser meramente potencial (Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação de comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 101/07, 27/04/2014, Par. 21). Caso a afetação seja apenas nacional, aplica-se o direito da concorrência do Estado que vê o seu mercado lesado. O conceito de empresa e de afetação de comércio entre Estados-membros é igual nestes dois pilares do direito da concorrência da UE.

Em primeiro lugar, o juiz questionou se haveria uma violação dos artigos 101.º ou 102.º ao ser exigida uma autorização prévia da FIFA ou da UEFA (que se atribuem competência exclusiva para organizar ou autorizar competições internacionais de clubes na Europa), para que uma terceira entidade estabelecesse uma nova competição europeia de clubes. Isto por não existir um procedimento regulamentado baseado em critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios, e tendo em consideração o possível conflito de interesses.

De seguida, o juiz espanhol interrogou se a ameaça ou aplicação de sanções de exclusão de competições ou de proibição de participação em jogos de seleções nacionais seria uma violação destes artigos por não se basear em critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios.

A quarta questão versou sobre a possível incompatibilidade dos Estatutos da FIFA com os artigos 101.º e 102.º, na medida em que os primeiros identificam a UEFA e as federações nacionais como “proprietários originários de todos os direitos decorrentes das competições (...) sob a respetiva jurisdição”, podendo excluir os clubes participantes e qualquer organizador de competições alternativas.

Por fim, o magistrado perguntou se o artigo 101.º deveria ser interpretado no sentido de que estas restrições à concorrência (relativas à oposição da FIFA e UEFA ao desenvolvimento da Superliga) poderiam beneficiar da exceção prevista nesta disposição, tendo em conta que a produção é limitada, é impedido o aparecimento de produtos alternativos, restringida a inovação, eliminada a potencial concorrência no mercado e limitada a escolha do consumidor. Da mesma forma, questionou se essa restrição beneficiaria de uma justificação objetiva que permitiria concluir pela inexistência de abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º.

O TJ rejeitou a petição do tribunal espanhol para que o caso da Superliga se analisasse como um **procedimento acelerado**, pelo que será tratado de maneira **ordinária**. A média estatística de 2020 para resolver uma questão prejudicial no TJ foi de 15,8 meses.³⁸ Assim, poderemos vir a ter uma resposta a estas questões no segundo semestre de 2022, se tudo ocorrer normalmente.

2.2 A Superliga europeia como restrição da concorrência

A grande discussão, neste caso, é a contraposição entre o direito à criação de uma nova competição por parte de alguns clubes e a concorrência justa com os restantes clubes europeus, que seria afetada por esta competição fechada.

³⁸ Court of Justice of the European Union, *Annual Report 2020*, Luxemburgo, 2021, p. 14.

Quando as regras desportivas envolvem restrições, estas devem ser proporcionais para atingir um objetivo válido. Pode-se argumentar que a natureza da Superliga ultrapassaria os limites da lei da concorrência. A legitimidade do jogo depende da justiça e do desejo dos clubes de conseguirem os melhores resultados possíveis, com lugares cimeiros nas ligas, e títulos.³⁹ É uma suposição justa dizer que a criação da Superliga teria efeitos negativos sobre a concorrência, embora seja verdade que haveria cinco vagas abertas para a participação de outros clubes. Existe a dúvida se a escolha de apenas 5 das 20 equipas qualificadas com base nos sucessos da temporada anterior seria suficiente para preservar a reputação do desporto, e se esta limitação seria proporcional. Provavelmente não, o que significa que um modelo alternativo seria necessário, por não se verificarem os padrões exigidos pelo direito da concorrência. Enquanto na Liga dos Campeões, uma equipa só se qualifica com base na sua posição na competição da primeira divisão nacional (por exemplo, as 4 melhores equipas de cada uma das 5 principais ligas nacionais da Europa), o modelo da Superliga poderia facilmente ser definido como um cartel, dado o grande aumento previsto na receita de direitos de televisão para os 15 clubes que se qualificariam todos os anos, independentemente dos seus resultados. Haveria, aparentemente, um acordo restritivo da concorrência proibido pelo artigo 101.º. Um cartel⁴⁰ é considerado como a mais grave prática concorrencial estabelecida entre empresas⁴¹ e é, por definição, uma restrição por objeto, uma vez que os efeitos negativos são presumidos devido a comportamentos como a fixação de preços ou partilha de mercados e clientes. As empresas, ao limitarem de forma artificial a concorrência que normalmente deveria existir entre si, evitam as pressões que as levariam a inovar, conduzindo igualmente a um aumento dos preços das matérias-primas e dos componentes, tendo como consequências preços artificiais e a diminuição das possibilidades de escolha para os consumidores. A longo prazo, os cartéis resultam numa perda de competitividade e reduzem as oportunidades de emprego.⁴²

Os clubes procuram, essencialmente, desta forma, aumentar e proteger as suas receitas através do exercício do poder coletivo de mercado adquirido em consequência

³⁹ Shukla, & Mundra, 2021.

⁴⁰ Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes. Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/11/2014, art. 2.º, Par. 14.

Estas práticas figuram entre as infrações mais graves ao disposto no artigo 81.º do Tratado CE (atual artigo 101.º TFUE). Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298/11, 08/12/2006.

⁴¹ Informação disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/praticas-de-colasao>.

⁴² Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298/11 de 08/12/2006.

do seu sucesso na própria vertente desportiva, mas também comercial, que agora tentam negar aos outros clubes. A Superliga seria algo diferente de tudo o que conhecemos até hoje no futebol, uma vez que estes clubes teriam a capacidade de participar no que seria a maior e melhor competição de clubes, recebendo maiores receitas, independentemente dos seus resultados em campo. Embora a UEFA redistribua uma pequena percentagem dos lucros da Liga dos Campeões em toda a indústria do futebol europeu, atualmente, não existem planos conhecidos para um mecanismo semelhante à Superliga.⁴³ Isto criaria uma desvantagem injusta nas ligas internas, dando aos clubes participantes da Superliga uma maior possibilidade de gastar dinheiro em infraestruturas, transferências e salários, para além de conseguir atrair para si os melhores jogadores e treinadores.

A verdade é que os defensores da Superliga podem argumentar que a própria natureza de uma nova competição europeia é pró-competitiva, uma vez que introduz um torneio concorrente à Liga dos Campeões. O mero facto de que isso pode enfraquecer a posição de que goza a Liga dos Campeões não é, em si, anticompetitivo. Atualmente, não há alternativa real ao torneio da UEFA. Com o estabelecimento da Superliga, a competição no mercado de futebol europeu de primeira linha aumentaria (e mais clubes poderiam participar no geral), oferecendo aos adeptos mais escolha na decisão de a qual prova assistir. Isto também colocaria pressão sobre a UEFA para melhorar o seu próprio produto, já criticado por muitos, nomeadamente pelos fundadores da Superliga, devido ao seu modelo económico. Todavia, este formato atual da Superliga aparentemente violaria o direito da concorrência da UE. Há um acordo entre alguns clubes que reduz a competição, na medida em que é criada uma liga quase fechada onde os clubes fundadores não podem ser despromovidos, em que estes recebem elevadas receitas e as restantes equipas dificilmente têm oportunidade de entrar. A maioria dos adeptos também sairia prejudicada, uma vez que não veria o seu clube jogar contra os melhores e ter a possibilidade de conquistar os maiores troféus.

Em casos anteriores, no TJ, as federações tentaram justificar restrições impostas com a proteção da integridade do desporto. São exemplos a prevenção da manipulação de apostas (caso ISU que analisaremos de seguida) ou a imposição de sanções por violação das regras antidoping (acórdão Meca-Medina). Os procedimentos disciplinares da UEFA contra os clubes da Superliga incluem uma acusação de que esta negou a pirâmide estrutural do futebol profissional, reduzindo drasticamente as oportunidades de promoção e despromoção para os clubes. A UEFA também defendeu a posição de que a Superliga distorceria o modelo comercial da Liga dos Campeões, que redistribui os rendimentos gerados a nível das elites para atingir um certo grau de solidariedade vertical. O Tribunal tem agora a oportunidade de refletir uma vez mais sobre quais são

⁴³ Cotton, 2021.

os objetivos legítimos que justificam uma restrição e a proporcionalidade das medidas disciplinares.⁴⁴

Conclui-se que esta iniciativa dificilmente seria aprovada por violar o direito da concorrência da UE. Os três clubes fundadores que ainda se mantêm no projeto (Barcelona, Juventus e Real Madrid) reconheceram as suas falhas e estarão a trabalhar numa reformulação da competição. A solução poderá ser a criação de um torneio aberto, onde todas as equipas terão de garantir o seu lugar, ao invés de só os clubes fundadores e cinco outros terem possibilidade de participar.⁴⁵ Sem o caráter fechado da competição, que deu origem a críticas de todo o mundo do futebol, a Superliga poderá ter uma nova e forte possibilidade de ir em frente.

3. A análise das questões levantadas

3.1 O acesso ao mercado

No acórdão Bosman⁴⁶ e na decisão da Liga dos Campeões da UEFA⁴⁷ de 2003 é salientada a importância da igualdade entre os clubes. Os tribunais da UE têm também decidido que as entidades desportivas detêm o poder de autorizar eventos desportivos alternativos, nomeadamente para garantir que são íntegros e conforme os padrões do desporto, se tal poder estiver sujeito a restrições, obrigações e revisão. Isto significa que não podem negar de forma arbitrária o acesso ao mercado a outros organizadores. “A necessidade de regras justas e proporcionais é ampliada quando um órgão desportivo não está apenas a fornecer a estrutura regulatória, mas também a beneficiar comercialmente da organização de eventos desportivos relacionados”.⁴⁸ O artigo 49.º, n.º 3 do estatuto da UEFA refere que jogos, competições ou torneios internacionais que não sejam organizados pela UEFA, mas sejam disputados na sua jurisdição, requerem a aprovação prévia da FIFA e/ou UEFA e/ou das Associações-membro relevantes, de acordo com os Regulamentos da FIFA que regem os jogos internacionais e quaisquer

⁴⁴ Cole, Vinis & Chatziantoniou, 2021.

⁴⁵ Retirado de: <https://www.mirror.co.uk/sport/football/news/european-league-football-changes-25253034>.

⁴⁶ Acórdão de 15/12/1995, proc. C-415/93. Tendo em conta a considerável importância social que reveste a atividade desportiva, mais concretamente o futebol na Comunidade (UE), importa reconhecer que os objetivos que consistem em assegurar a manutenção do equilíbrio entre os clubes, preservando uma certa igualdade de oportunidades e a incerteza dos resultados, bem como em encorajar o recrutamento e a formação de jogadores jovens, são legítimos. Par. 106.

⁴⁷ Decisão em que a Comissão Europeia considera que não se aplica o artigo 81.º (101.º TFUE) à venda conjunta dos direitos de transmissão da Liga dos Campeões, uma vez que serve para manter um equilíbrio entre os clubes e fomenta a concorrência do futebol europeu.

⁴⁸ Cole, Vinis & Chatziantoniou, 2021, tradução nossa.

regras de implementação adicionais adotadas pelo Comité Executivo da UEFA. Isto significa que, antes da criação da Superliga, os clubes precisariam de aprovação. A UEFA e a FIFA podem argumentar que as suas regras de autorização são regras desportivas e imunes a contestações. “Apesar de atuar como um ‘guardião’ ser uma tarefa óbvia de uma federação desportiva”⁴⁹, o TJ refere em vários acórdãos, nomeadamente no Meca-Medina, que é necessário que as regras sejam proporcionais e justificadas.

3.2 O conflito de interesses entre a função reguladora e comercial

O conflito de interesses entre as funções reguladoras e comerciais das associações e o papel das federações desportivas de aprovar eventos desportivos foi analisado várias vezes na UE. A Comissão europeia, nas conclusões preliminares do caso FIA⁵⁰, considerou que as suas regras (emissão de licenças para a participação nos seus eventos; se alguma das partes participasse em eventos não autorizados por ela ficava sem a licença), violavam os artigos 101.º e 102.º, pois atuavam como barreiras à entrada de outros concorrentes.⁵¹ Existia um conflito de interesses entre a função reguladora e a função comercial da FIA, que também comercializava os direitos de radiodifusão televisiva e de difusão nos meios de comunicação social.⁵²

Um caso parecido surgiu no ano de 2008⁵³ devido à recusa do ELPA, a associação nacional da Grécia para o motociclismo, em dar consentimento à MOTOE para a organização de um evento.⁵⁴ O TJ considerou que um sistema de concorrência não falseada só poderia ser garantido se a igualdade de oportunidades entre os diferentes

⁴⁹ Weatherill, 2014, p. 13, tradução nossa.

⁵⁰ Comunicação de 13/06/2001, proc. COMP/35.163, COMP/36.638 e COMP/36.776.

⁵¹ A FIA utilizava os seus poderes de regulamentação para bloquear a organização de corridas que faziam concorrência aos acontecimentos promovidos ou organizados por si (aqueles em que a FIA tinha benefícios comerciais). Além disso, a FIA terá abusado de uma posição dominante, nos termos do artigo 82.º do Tratado CE (102.º TFUE), ao exigir direitos televisivos para as séries de desporto automóvel que autorizava. Uma situação semelhante foi criada na Fórmula 1. Por último, alguns dos contratos notificados parecem ser contrários ao disposto no artigo 81.º (101.º TFUE) e/ou artigo 82.º do Tratado CE, reforçando ainda mais os obstáculos à entrada de um potencial candidato: os contratos dos promotores impediam que os circuitos de Fórmula 1 fossem utilizados por corridas suscetíveis de fazer concorrência à Fórmula 1 durante um período de 10 anos; o Acordo Concorde impedia as equipas de participarem em qualquer outra série comparável à Fórmula 1; os acordos com os radiodifusores aplicavam a estes últimos uma sanção financeira se transmitissem desportos automóveis que fizessem concorrência às séries de Fórmula 1. Alguns acordos entre a FIA e os radiodifusores pareciam limitar a concorrência, nos termos do artigo 81.º do Tratado CE, ao concederem a estes últimos a exclusividade de transmissão nos seus territórios por períodos excessivos.

⁵² O caso foi encerrado com a mudança nas regras, sendo que a FIA atuaria apenas como um órgão regulador e não teria nenhum interesse comercial. Qualquer outra competição poderia ser organizada por outras partes com o acesso ao mercado e fatores de produção (equipas e circuitos) por organizadores que cumprissem os requisitos de segurança. Para além disso, a FIA renunciou aos direitos televisivos e removeu todas as cláusulas anticoncorrenciais.

⁵³ Acórdão MOTOE de 01/07/2008, proc. C-49/07.

⁵⁴ O ELPA representa oficialmente na Grécia a FIM (federação internacional de motociclismo). Também organizava vários eventos, explorava-os comercialmente com contratos de patrocínio, publicidade e seguro, não precisando de consentimento para os organizar, ao contrário da MOTOE e outros organizadores.

operadores fosse garantida. Confiar a uma pessoa coletiva como o ELPA, que organizava e explorava ela própria comercialmente competições de motociclos, a incumbência de dar pareceres favoráveis sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições dava-lhe uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes, devido ao poder de designar as pessoas autorizadas a organizar as competições, bem como de fixar as condições em que estas seriam organizadas. Esse direito poderia levar o ELPA a impedir o acesso ao mercado em questão aos outros operadores. O Tribunal considerou uma violação do artigo 102.º a ausência de tais restrições para o próprio ELPA, pois, assim, teria uma vantagem injusta que distorceria a concorrência no mercado, abusando da sua posição dominante. Segundo Weatherill, no caso “MOTOE, toda a noção de acesso regulamentado ao mercado para a realização de eventos desportivos não foi declarada incompatível com a legislação comunitária, apenas foi condenado aquele sistema que gerou um conflito de interesses claro e profundo”.⁵⁵ O autor acrescenta que poucas regras são de natureza puramente desportiva e que a decisão do Tribunal está em linha com a do acórdão Meca-Medina ao excluir as reivindicações muito amplas de autonomia feitas por órgãos desportivos perante o Tribunal. O desporto é um setor com peso económico que se enquadra no âmbito dos Tratados, mas a legislação europeia deve ser sensível às suas características especiais. Algumas restrições, como o impedimento de os atletas usarem certas substâncias, serão plenamente justificadas se forem objetivas e pretenderem manter a justiça e igualdades nas competições.

Em Itália houve uma investigação que fez lembrar o caso FIA, onde o Automóvel Clube Italiano, devido a várias disposições regulamentares e legais, limitou o acesso ao mercado da organização de eventos desportivos motorizados para concorrentes e, por conseguinte, violou o artigo 101.º. Além disso, ao reservar para si próprio o controlo da organização de eventos e a sua exploração comercial, abusou da sua posição dominante nos termos do artigo 102.º TFUE.⁵⁶

⁵⁵ Weatherill, 2014, p. 13, tradução nossa.

⁵⁶ Acórdão Autoridade de concorrência italiana, *Automobile Club d'Italia*, de 22/11/2007, Caso A396, Prov. n.º 17611, Bollettino n.º 44/2007.

3.3 A liberdade dos atletas de participarem em diferentes competições

Uma limitação das federações sobre a liberdade dos atletas de entrarem em diferentes competições pode violar os princípios de “restrição do comércio”, que afirmam que um indivíduo deve ser livre de exercer a sua atividade económica sem interferência indevida. A autoridade mais recente sobre esta questão é a decisão do Tribunal Geral da UE, de dezembro de 2020, no processo *International Skating Union*⁵⁷. Em 2014, uma empresa tentou organizar uma competição de patinagem de velocidade, num novo formato, no Dubai. Uma vez que a ISU não tinha autorizado a prova⁵⁸, o organizador teve dificuldades em garantir a participação de patinadores de velocidade profissionais, o que o levou a abandonar o seu plano. Patinadores filiados a federações nacionais que são membros da ISU estão sujeitos, de acordo com os seus estatutos, a um sistema de pré-autorização, que inclui “regras de elegibilidade”. Por força dessas regras, a participação de um patinador numa competição não autorizada expunha-o à pena de proibição vitalícia de qualquer competição organizada pela ISU. O Tribunal considerou que estas regras não definiam expressamente os objetivos legítimos prosseguidos, mas apenas critérios de autorização. Como estes nem eram exaustivos, não poderiam ser considerados claramente definidos, transparentes, não discriminatórios e passíveis de revisão, e, como tal, capazes de garantir aos organizadores de concursos um acesso efetivo ao mercado relevante. Acrescentou que o objetivo da ISU de proteger a integridade do desporto, garantindo que qualquer organizador de competições desportivas cumpra os padrões comuns contra os riscos relacionados com as apostas, era um objetivo legítimo. No entanto, o seu sistema de penalidades era desproporcionalmente punitivo para os atletas. Isto porque as categorias de infrações permaneceram mal definidas e a duração das penalidades incorridas, mantendo-se particularmente severas no caso de participação em competições de terceiros não autorizadas, nomeadamente, dada a duração média da carreira de um patinador. O

⁵⁷ Acórdão de 16/12/2020, proc. T-93/18.

⁵⁸ A ISU é a única federação desportiva internacional reconhecida pelo Comité Olímpico Internacional para o propósito de gerir e administrar patinação artística e patinação de velocidade. Desenvolve também uma atividade comercial que implica a organização de várias provas de patinagem de velocidade no âmbito das mais importantes competições internacionais. À semelhança de casos anteriores, a Comissão considerou, e mais tarde o Tribunal concordou, que estas regras tinham como objeto a restrição da concorrência devido ao contexto económico e jurídico em que estas se aplicavam, bem como a intenção subjetiva da recorrente de excluir organizadores terceiros. A situação em que a ISU se encontrava era suscetível de originar um conflito de interesses, uma vez que desempenhava uma função reguladora em virtude da qual tinha o poder de adotar regras nas disciplinas que lhe competiam e, assim, de autorizar competições organizadas por terceiros. Ao mesmo tempo, no âmbito da sua atividade comercial, organizava as competições de patinagem de velocidade mais importantes nas quais os patinadores profissionais participam para ganhar a vida. O Tribunal concluiu que a ISU estava obrigada a garantir que organizadores terceiros de competições de patinagem de velocidade não fossem indevidamente privados do acesso ao mercado relevante, na medida em que a concorrência nesse mercado fosse falseada.

Tribunal concluiu que as regras de elegibilidade que preveem a proibição de atletas participarem de eventos não aprovados pela ISU eram uma violação do artigo 101.º por serem uma restrição por objetivo. Essas regras não eram inerentes ou proporcionais à prossecução de um objetivo legítimo.⁵⁹

Segundo Cattaneo, o Tribunal confirmou que a utilização de regras de elegibilidade por uma entidade que exerce atividades comerciais no mesmo setor suscita, inerentemente, conflitos de interesses. A combinação das funções regulatórias e comerciais não é, *per se*, uma barreira ilegal à entrada de concorrentes no mercado. O acórdão ISU, na mesma linha do acórdão Meca-Medina, confirma a liberdade dos reguladores de adotar e implementar regras de autorização que perseguem objetivos legítimos. Ainda mais importante, os reguladores mantêm uma margem de discricionariedade na identificação dos seus objetivos, o que também pode incluir a proteção dos seus próprios interesses económicos. No entanto, há uma obrigação de garantir que essas regras são determinadas de forma objetiva, transparente e não discriminatória. Para além disso, têm de ser evitadas quaisquer tentativas de excluir concorrentes do mercado e promover interesses comerciais em detrimento destes. Esta discussão pode ser de grande interesse para quem está a considerar o cenário de ligas separatistas. De acordo com a jurisprudência do TJUE, não há nada de intrinsecamente ilegal na adoção de regras de autorização e na tentativa de contorná-las pelos organizadores de ligas separatistas. A questão seria se as regras prosseguem objetivos desportivos legítimos e são adotadas de forma a atenuar algum conflito de interesse existente.⁶⁰

Uma situação semelhante ao caso ISU foi resolvida numa disputa em tribunais alemães⁶¹ quando a Liga de Wrestling alemã tentou banir atletas por terem participado num evento não organizado por si, mas por uma liga independente. O tribunal concluiu que este ato era um abuso de posição dominante que violava o direito da concorrência alemão e europeu, pois federações desportivas determinam o acesso a competições, como campeonatos nacionais ou mundiais e, como tal, têm uma função regulatória. Mais uma vez foi referido que quando as federações competem com outros organizadores de eventos desportivos, criando um conflito de interesses, não estão completamente impedidas de proteger os seus próprios interesses económicos contra rivais; não devem é empregar medidas injustas para fazê-lo. Mesmo que as suas ações procurassem objetivos legítimos, o impedimento dos atletas de participar nas suas ligas não era uma ação necessária ou proporcional para os alcançar. O tribunal considerou que as

⁵⁹ *The European Super League and Competition Law*, The UK law societies, 31/08/2021.

⁶⁰ Cattaneo, 2021, p. 320, tradução nossa.

⁶¹ Acórdão *Deutsche Ringer-Liga c. Deutsche Ringer-Bund e United World Wrestling*, Tribunal de Recurso de Nuremberga, 2021, *Apud* Rump, 2021.

proibições não eram necessárias para garantir a adesão às suas regras antidoping, por exemplo, pois a liga independente não impediu a realização de testes em qualquer atleta. Para além disso, na altura destas proibições, nenhuma das federações tinha processos de aprovação adequados ou regras estatutárias que regessem a participação nos seus eventos suficientemente precisas, transparentes, abrangentes e não discriminatórias. Por essa razão, as medidas eram desproporcionais.

O Tribunal regional de Munique⁶² proibiu a regra da FIBA (International Basketball Federation) que referia que, no caso de participação numa competição não organizada por si,⁶³ o respetivo atleta poderia ser excluído da seleção nacional, e considerou-a como um abuso de posição dominante.

Na Bélgica, a Global Champions League apresentou uma queixa à Autoridade da Concorrência em junho de 2015⁶⁴, alegando que a regra de eventos não organizados pela FEI (Federation Equestre Internationale) violava a lei da concorrência. A Autoridade da Concorrência belga concedeu medidas provisórias em 27 de julho, exigindo que a FEI suspendesse a sua regra introduzida em janeiro de 2013 segundo a qual atletas e/ou cavalos são inelegíveis para competir num evento internacional ou nacional se participarem num evento não publicado no calendário oficial nem autorizado por uma federação nacional nos seis meses anteriores.

Também as autoridades da concorrência sueca e irlandesa condenaram federações nacionais de automobilismo⁶⁵, bodybuilding⁶⁶ e hipismo⁶⁷ devido às regras que proibiam os seus associados de participar em eventos que não fossem por si autorizados, sob ameaça de graves sanções disciplinares. Estes são apenas alguns exemplos dos vários casos que as autoridades de concorrência e tribunais nacionais têm analisado sobre este tema.

⁶² Acórdão *FIBA*, de 03/06/2016, Caso no: 1 HK O 8126/16, Tribunal Regional de Munique.

⁶³ As competições europeias de basquetebol são organizadas pelos clubes e não pela federação, como acontece na Liga dos Campeões de futebol. Até 2000, a FIBA tinha uma liga. A Euroleague era outra competição que fora criada nesse ano e, por isso, houve necessidade de as unir, pois havia dois campeões europeus e os líderes de ambas as ligas pretendiam criar uma liga única. A Euroleague ficou com os direitos. Há um certo número de clubes que participam sempre, aos quais se juntam convidados (campeões nacionais/wildcards). Em 2016, a FIBA tentou readquirir controlo da competição, criando duas divisões e tentando que os melhores clubes jogassem na sua liga. Os Clubes rejeitaram, e a FIBA tentou banir jogadores de participarem nas competições de seleções organizadas por si. A decisão do tribunal de Munique foi desfavorável à FIBA. A Euroleague tem agora planos para passar a ser uma liga fechada, o que originou uma queixa da ULEB, a associação das 11 maiores ligas de basquetebol da Europa, aos tribunais europeus.

⁶⁴ Acórdão *Fédération Equestre Internationale c. Autoridade da concorrência belga*, de 28/05/2016, proc. 15-VM-23.

⁶⁵ Acórdão Autoridade de concorrência sueca sobre as regras de lealdade da federação de automobilismo sueca, de 13/05/2011, Caso 709/2009 e A 5/11, *Rompuy* 2015, p. 195.

⁶⁶ Acórdão *Investigação da autoridade de concorrência sueca relativa à associação sueca de body-building (SKKF)*, de 28/05/2014, Caso 590/2013.

⁶⁷ Acórdão da autoridade de concorrência irlandesa, de 01/05/2012.

3.4 A importância das decisões jurisprudenciais anteriores

Por um lado, estas decisões fortalecem a posição dos indivíduos que se opõem às federações desportivas, mostrando que os atletas não podem ser excluídos apenas por participarem numa competição de um organizador rival. Devido à estrutura dos desportos, as associações detêm um monopólio, deixando os seus membros (como os atletas e clubes) sem outra escolha que não seja a de aceitar os seus regulamentos, submetendo-se por acordo contratual ou estando vinculados por meio de estatutos. Por outro lado, a jurisprudência fornece às federações desportivas uma orientação valiosa. Não só confirma a sua capacidade geral de tomar ações defensivas contra rivais, como também destaca alguns erros que deverão ser evitados. Nas palavras de Rompuy, “o direito da concorrência da UE emergiu como um instrumento potencialmente poderoso nas mãos de atletas e outras partes para limitar o poder regulamentar privado das associações desportivas, contestando regras restritivas ou condutas abusivas”.⁶⁸ Reações espontâneas e restrições arbitrárias que não se baseiam num conjunto claro e pré-definido de regras não são aceites em tribunal.

Existe uma semelhança notável entre os casos apresentados. Felizmente para os organizadores em questão, as autoridades de concorrência nunca impuseram sanções. Apenas os convidaram a rever os regulamentos e, geralmente, também a publicá-los de modo a que atletas, organizadores de eventos alternativos e o público em geral soubessem que o princípio da “federação única” com todos os poderes foi gradualmente desaparecendo.⁶⁹ Segundo Kornbeck,

os limites específicos das federações desportivas, entretanto, permanecem indefinidos. As decisões deixam claro que os sistemas de pré-autorização devem ser justificados com base em critérios objetivos, não discriminatórios e transparentes e as regras de elegibilidade devem ser proporcionais para alcançar os objetivos legítimos das federações desportivas. Pode, portanto, presumir-se –como já foi sugerido pela Comissão– que os sistemas de pré-autorização e as regras de elegibilidade podem ser mantidos se não restringirem injustificadamente os direitos dos atletas de participarem em eventos desportivos competitivos. O limite externo de quando os sistemas de pré-autorização e as regras de elegibilidade se transformam do exercício adequado da autoridade de uma federação desportiva numa restrição anticompetitiva e ilegal do comércio ainda não foi determinado.⁷⁰

⁶⁸ Rompuy, 2015, p. 202, tradução nossa.

⁶⁹ Kornbeck, 2019, p. 76.

⁷⁰ Weiss & Dereme, 2021, tradução nossa.

Uma federação poderá ter, simultaneamente, uma função reguladora e comercial, mas não basta às federações ter objetivos legítimos, é fundamental que atuem de forma necessária e proporcional para os alcançar.⁷¹

Poderão também existir medidas que proíbam os atletas de participar em competições não aprovadas, desde que sejam objetivas e proporcionais. Uma proibição desproporcional, não clara, e que não cumpra um objetivo definido não será conforme ao direito da concorrência. Uma restrição como uma proibição vitalícia será considerada uma restrição objetiva da concorrência, devido à sua gravidade.

A verdade é que este assunto não é pacífico e origina várias discussões. Os autores que acolhem as decisões da Comissão defendem os direitos económicos dos atletas e de organizadores terceiros, argumentando em prol de um mercado favorável à competição para a organização de eventos desportivos. A liberdade de exercer a profissão é especialmente importante para aqueles que praticam desportos com menor sucesso comercial. Estando os atletas livres para usar o seu potencial profissional, os promotores terão a possibilidade real de explorar o mercado e, conseqüentemente, potenciar a variedade e a qualidade dos eventos desportivos. Por sua vez, a competição no mercado de organização e promoção de eventos desportivos vai criar mais possibilidades de os atletas ganharem dinheiro e aumentarem a sua visibilidade, atraindo patrocinadores. Numa perspetiva mais global, uma vez que a pirâmide organizacional europeia atualmente representa uma estrutura com um forte domínio do futebol, a modificação do modelo pode ser benéfica para a variedade e o reforço de desportos menos populares. No entanto, esta abordagem pode ter implicações negativas, em particular, com efeitos prejudiciais nas funções sociais do desporto e nos calendários desportivos,⁷² que se podem traduzir numa sobrecarga de competição e um progressivo olhar para o desporto numa perspetiva mais económica, visando cada vez mais o lucro.

3.5 Os paralelismos com o caso da Superliga

É provável que a ameaça de banir os jogadores das competições organizadas pela UEFA e pela FIFA viole a concorrência, uma vez que não é proporcional ou justa. O caso da Superliga tem parecenças com outros abordados ao longo deste trabalho. É especialmente semelhante ao caso FIBA, em que o tribunal alemão considerou que a federação de basquetebol estava a abusar da sua posição dominante, ao ameaçar banir das competições de seleções por si organizadas os jogadores que representavam equipas que não participavam na sua competição de clubes. Relativamente à autorização para

⁷¹ Rump, 2021.

⁷² Agafiniva, 2019, p. 96, tradução nossa.

organizar eventos, esta deve ser sujeita a critérios objetivos e claros, principalmente quando a associação explora também comercialmente a competição, como é o caso da UEFA. Caso contrário poderemos estar perante um abuso de posição dominante, tal como no caso MOTOE.

Por outro lado, as medidas das federações não constituiriam uma violação do artigo 101.º se tentassem prosseguir um objetivo legítimo e fossem inerentes a esses objetivos, necessárias e proporcionais. A UEFA e outras federações argumentam que pretendem preservar os princípios das competições gerais e do mérito desportivo.⁷³ O facto de uma federação tentar proteger os seus interesses económicos não é anticompetitivo e a integridade desportiva também constitui um objetivo legítimo. Parece inequívoco que, se certas equipas recebessem as receitas previstas inicialmente para a Superliga, isso iria dar-lhes uma grande vantagem nas suas ligas internas, o que distorceria a concorrência, o equilíbrio e a justa competição nas ligas internas.

Outra das questões colocadas ao TJ foi relativamente à aplicação do artigo 101.º, n.º 3. São necessárias quatro condições cumulativas para haver uma justificação da restrição: a melhoria nas distribuições, produção ou promoção do progresso técnico ou económico (ganhos de eficiência), as restrições são indispensáveis, os consumidores ou clientes recebem parte equitativa do benefício e a concorrência não é limitada.⁷⁴ No caso ISU, o Tribunal teve oportunidade de examinar a possível aplicação deste artigo devido ao uso das “regras de elegibilidade” pela federação. Concluiu que estas não traziam nenhum ganho de eficiência, impediam a inovação, reduziam a escolha do consumidor, não eram claras, não discriminatórias e transparentes. A UEFA e a FIFA é que teriam o ónus de provar efeitos pró-concorrenciais, mostrando que as suas regras de autorização e restrições não eliminam a concorrência. Na reação à criação da Superliga, a FIFA desaprovou-a, considerando que qualquer competição de futebol, seja nacional, regional ou global, deve sempre refletir os princípios fundamentais de solidariedade, inclusão, integridade e redistribuição financeira equitativa. Esta parece uma razão válida para impedir a criação de uma competição como a inicialmente projetada, que favoreceria economicamente um pequeno número dos clubes mais poderosos da Europa. No entanto, os critérios existentes não são claros ou objetivos e a proibição de uma competição, só por não ser organizada pela FIFA ou UEFA, dificilmente poderá ser justificada.

Podem também surgir problemas no que concerne à jurisdição deste caso. Os órgãos relevantes que poderiam intervir seriam, eventualmente, a Comissão Europeia, o

⁷³ Bach, 2021.

⁷⁴ Comunicação da Comissão, orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, JO 11/01, 14/01/2011, Par. 95-104.

TJUE e o Tribunal Arbitral Independente do Desporto (TAS). Os poderes da Comissão provêm dos tratados da União Europeia, que lhe conferem a possibilidade de propor, implementar, avaliar e atualizar as leis, onde está incluído o direito da concorrência. Já o TAS é o Tribunal reconhecido, de acordo com o Artigo 57.º dos Estatutos da FIFA, para resolver disputas entre a FIFA, associações membros, confederações, ligas, clubes, jogadores, dirigentes, intermediários e agentes de jogo licenciados. Todas as associações-membro estão sujeitas à decisão e às regras de procedimento deste tribunal.⁷⁵

Ambos os tribunais poderão ter jurisdição sobre este caso. O TAS, cuja sede é na Suíça, foi criado em 1984 com o objetivo de solucionar controvérsias desportivas, de modo a que estas pudessem ser resolvidas de forma privada, célere, a custos acessíveis e configurando uma opção aos tribunais nacionais. Este tribunal foi adquirindo o reconhecimento e confiança da comunidade desportiva internacional, consagrando-se como tribunal supremo para diversas disputas desportivas.⁷⁶ Nestas incluem-se infrações disciplinares, casos de doping e questões contratuais. Além disso, dado o prestígio da instituição, o TAS garante a resolução definitiva de conflitos a diversos atletas, clubes, agentes, empresas ligadas ao desporto, federações, confederações e comités olímpicos ao redor do mundo.⁷⁷ Este tribunal está, atualmente, composto pela Divisão de Arbitragem Ordinária, destinada a julgar procedimentos puramente comerciais, a Divisão de Arbitragem de Recurso, destinada a julgar procedimentos em última instância e rever decisões de órgãos desportivos, e a divisão anti-doping.⁷⁸

Em termos de jurisdição, sendo um tribunal arbitral, é necessário um acordo prévio entre as partes. Já nos procedimentos de recurso, observa-se a inclusão deste compromisso nos regulamentos e estatutos de diversas organizações, desportivas, como a FIFA e a UEFA, que reconhecem o TAS como foro competente para a resolução de controvérsias em última instância. Nestes casos, por exemplo, quando um atleta deseja filiar-se a determinada federação desportiva que reconheça o TAS, passará a reconhecer tacitamente a competência deste Tribunal para a resolução de controvérsias e, consequentemente, a submeter-se às regras do Código do TAS caso um eventual litígio ocorra perante esse Tribunal. Nos procedimentos ordinários aplica-se a lei suíça. Já os tribunais arbitrais devem decidir as controvérsias de acordo com os regulamentos aplicáveis ao órgão desportivo que proferiu a decisão a que se recorre ou com a lei aplicável e/ou regulamentos escolhidos pelas partes. Caso a lei aplicável não seja clara ao tribunal arbitral, este poderá aplicar uma lei escolhida pelas partes, a lei do país em que o órgão desportivo possui domicílio ou mesmo a lei que considerar mais

⁷⁵ Unkel, 2021.

⁷⁶ Fida, 2014, p. 1.

⁷⁷ Código do Tribunal Arbitral do Desporto, secção 12.

⁷⁸ *Ibidem*, Secção 20.

apropriada.⁷⁹ Se estas duas entidades se envolvem (TAS e UE), é seguro dizer que a caixa de Pandora foi aberta.⁸⁰

3.6 A comparação com o ordenamento jurídico americano

As ligas desportivas profissionais dos Estados Unidos e da Europa funcionam de modo distinto. As ligas americanas são estruturadas de maneira fechada, sendo compostas por determinados clubes que controlam e regulam a entrada de novas equipas e jogadores.⁸¹ Tipicamente, para participarem nestas ligas, as equipas pagam somas substanciais que depois são compensadas pelos lucros obtidos nos direitos de transmissão, patrocínios e venda de “merchandise” e de bilhetes. São exemplos a liga de Basebol, Basquetebol, Hóquei e Futebol americano, onde não existe uma entidade que toma as principais decisões. Estas são feitas pelos clubes, que tentam maximizar os seus lucros. Por outro lado, as ligas europeias operam num sistema piramidal aberto onde é possível subir e descer de divisão. “Por causa destas diferenças, a doutrina de economia do desporto geralmente refere-se aos proprietários de equipas dos EUA como ‘empresários que maximizam o lucro’, referindo-se aos proprietários de equipas europeias como ‘desportistas’”.⁸² As ligas americanas fechadas remontam ao século XIX⁸³ e, apesar de vários desafios legais ao longo dos anos, a decisão de alguns clubes de operar em ligas fechadas nunca foi reprovada. Como os clubes que formam as ligas precisam, necessariamente, de chegar a acordo sobre uma variedade de regras e regulamentos, o Supremo Tribunal americano reconheceu que esses acordos não devem ser sumariamente condenados como conspirações para restringir o comércio em violação da secção 1 do Sherman Act, como pode acontecer em outras áreas.⁸⁴ Isto apesar da secção I do Sherman Act considerar que “todos os contratos, combinações na forma de confiança ou outra forma, ou conspirações, para restringir trocas ou comércio (...) são declaradas ilegais”. A doutrina originária de Inglaterra aplicada pelos tribunais americanos exige que estes avaliem se os acordos entre concorrentes são subordinados a

⁷⁹ Fida, 2014, p. 5.

⁸⁰ Unkel, 2021.

⁸¹ Este controlo é feito não só relativamente ao número de novos jogadores, mas também às suas características, como idade e requisitos de educação.

⁸² Edelman & Doyle, 2009, p. 405, tradução nossa.

⁸³ Estas ligas desenvolveram-se na América do Norte, durante o século XIX, por causa das distâncias entre as cidades, o que resultava em altos custos de viagem. A Liga Nacional de Clubes de Basebol Profissional foi criada em 1876, e os seus fundadores determinaram que o nível mais alto da competição seria uma “loja fechada”, com um limite no número de equipas, e com cada membro com direitos locais exclusivos. A certeza de uma vaga na liga ano após ano daria confiança a cada dono para investir em infraestruturas, como melhores estádios e campos de treinos, ao monopolizar as bases de fãs nos seus respetivos territórios exclusivos. Isso garantiria as receitas necessárias para apoiar as viagens pelo continente. Cain & Haddock, 2005, pp. 1117-1118.

⁸⁴ Caso *NCAA v. Conselho de Regentes*, 468 EUA 85, 102, 1984.

uma colaboração para aumentar a eficiência e, em caso afirmativo, se as restrições são razoavelmente necessárias para alcançar os benefícios da colaboração legal.⁸⁵

A verdade é que, como defendem Szymanski e Ross, a existência de um sistema que envolve promoções e despromoções tende a aumentar o bem-estar do consumidor ao melhorar a competição efetiva entre as equipas de uma liga. A despromoção significa participar num nível mais baixo de competição, com um menor grau de interesse para os adeptos e, portanto, com um menor potencial de geração de receitas. Como as equipas tentam evitar esta situação, competindo nas primeiras divisões e tentando ganhar campeonatos, têm ainda mais incentivos para investir em jogadores do que as equipas que participam em competições fechadas. Além disso, a promoção permite a entrada de novos clubes nas competições. Estas características envolvem um ganho direto para os consumidores, uma vez que os esforços adicionais das equipas aumentam a qualidade do jogo, enquanto a emoção da luta pela promoção e despromoção adiciona mais uma dimensão à competição.⁸⁶

Também nos EUA a Federação Internacional de Natação enfrentou queixas de nadadores e promotores de uma Liga Internacional de Natação organizada de forma privada, num caso semelhante aos ocorridos na UE. Esta federação foi acusada de violar a lei de concorrência americana após impedir nadadores que tinham participado em competições não aprovadas por si de participarem nos eventos de qualificação para os Jogos Olímpicos. O julgamento deste caso está agendado para 2022.⁸⁷

4. O direito da concorrência e as ligas de futebol em Portugal

4.1 Os casos em estudo

Na relação entre o direito da concorrência e o desporto, também nos parece relevante abordar dois casos analisados pela autoridade da concorrência portuguesa. Será dada mais relevância ao recente caso dos acordos de não contratação de jogadores entre clubes de futebol. Este tipo de acordos já foi discutido pelas autoridades da concorrência de alguns Estados-membros da UE e nos EUA, mas foi a primeira vez que a AdC emitiu uma Nota de Ilícitude relativa a uma alegada prática anticoncorrencial num mercado laboral. No segundo caso, a AdC emitiu um parecer recomendando que a

⁸⁵ Szymanski & Ross, 2000, p. 27, tradução nossa.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cotton, 2021.

Federação Portuguesa de Futebol se abstinhasse de impor um teto salarial aos clubes da liga de futebol feminino.

Relativamente ao primeiro, a Autoridade da Concorrência acusou 31 sociedades desportivas, que participaram na edição 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas e a Liga Portuguesa de Futebol Profissional, de terem celebrado um acordo restritivo da concorrência no mercado laboral, conhecido como no-poach.⁸⁸ O acordo impedia a contratação, pelos clubes da Primeira e Segunda Ligas, de futebolistas que rescindissem unilateralmente o contrato de trabalho invocando questões provocadas pela pandemia Covid-19. Por força disto, um jogador que terminasse o seu contrato com esse motivo, não poderia ser contratado por outro clube destas duas ligas. Este acordo tinha como consequência a redução da qualidade dos jogos de futebol e, nessa medida, prejudicava os consumidores, por diminuir o ambiente competitivo entre os clubes, impedir a contratação de jogadores que poderiam colmatar lacunas das equipas de futebol e resultava na perda de jogadores das competições nacionais. O comportamento em questão seria capaz de criar condições de atuação no mercado que não corresponderiam às normais condições de funcionamento, podendo provocar um impacto negativo para a economia e para os consumidores. O acordo configurava um cartel e, por isso, era contrário à lei da concorrência. Violava igualmente o Código do Trabalho, nomeadamente o artigo 138.º, onde é referido que é nulo o acordo entre empregadores que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização.

O processo foi aberto pela AdC em maio de 2020, na sequência de dois comunicados de imprensa emitidos pela LPFP, em 7 e 8 de abril. Estes faziam referência a uma deliberação/decisão com o objeto acima referido, adotada por acordo entre os clubes da Primeira Liga, com a participação do Presidente da LPFP, e à qual aderiram os clubes da Segunda Liga. Face à natureza e características da prática em causa, bem como ao potencial prejuízo, grave e irreparável, ou de difícil reparação, decorrente da mesma para o funcionamento concorrencial dos mercados, a AdC determinou, em 26 de maio de 2020, que a deliberação da LPFP de 8 de abril cessava a sua vigência com efeitos imediatos, não entrando em vigor nem produzindo quaisquer efeitos. Para além disso, deliberou pela suspensão do acordo e instituiu um pagamento de seis mil euros para a Liga por cada dia de atraso na adoção destas medidas cautelares.

Relativamente à liga de futebol feminino, a AdC recomendou⁸⁹ que a Federação Portuguesa de Futebol se abstinhasse de impor um teto salarial aos clubes. Considerou que

⁸⁸ Comunicado da AdC, 04/2021.

⁸⁹ Autoridade da concorrência, *Recomendação relativa a proposta de limitação de massa salarial contida em projeto de Regulamento da Liga BPI 2020/2021*, junho 2020.

a imposição de um limite à totalidade da massa salarial de cada clube que participa na Liga BPI é, eventualmente, passível de impedir, falsear ou restringir a concorrência entre os clubes de futebol, e, por essa via, produzir danos, quer para os consumidores dos jogos de futebol em causa, quer para as atletas de futebol. Poderiam ser gerados danos para os adeptos/consumidores na medida em que as restrições à autonomia na condução da política remuneratória de cada clube levariam a uma redução no grau de diferenciação e competitividade entre clubes rivais, reduzindo, assim, a qualidade dos jogos de futebol e da competição. A AdC acrescentou que a implementação desta restrição poderia gerar danos para as jogadoras de futebol da Liga BPI, na medida em que reduziria a capacidade de cada atleta encontrar melhores condições remuneratórias num clube rival caso estivesse insatisfeita com as condições oferecidas pelo seu clube.

4.2 Os acordos *no-poach*

Os acordos *no-poach*, ou acordos de não contratação, são acordos horizontais entre empresas através dos quais estas se comprometem mutuamente a não fazer ofertas espontâneas ou a contratar trabalhadores de outras empresas com quem estabeleceram o acordo. Podem vigorar quando os trabalhadores ainda figuram no quadro de colaboradores, mas também consistir no estabelecimento de um lapso temporal de “quarentena”, caso o colaborador deixe uma dessas empresas, para que possa ser abordado pelas demais sem o consentimento das outras empresas que fazem parte do acordo. Estas práticas também podem consistir apenas num acordo para não tentar contratar, se as empresas envolvidas concordarem em fazê-lo relativamente aos trabalhadores umas das outras (ou seja, não “ligar” para os trabalhadores), mesmo que possam contratá-los sem quebrar o acordo se for este a iniciar o contrato. Estes acordos, conhecidos como acordos de não solicitação, serão menos restritivos. Existem também os *not hiring agreements*, que implicam que as empresas não possam nem entrar em contacto, nem aceitar o contacto por iniciativa do trabalhador.⁹⁰

Importa referir que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas não precisam de concorrer entre si. Os acordos podem surgir em qualquer setor de atividade económica e são puníveis nos termos da Lei da Concorrência, uma vez que limitam a liberdade individual das empresas de definirem as suas condições comerciais estratégicas, neste caso, a contratação de recursos humanos.

A legislação antitrust, diz-se por vezes, visa preservar uma livre e justa concorrência e evitar os monopólios, tendo como escopo principal, se não exclusivo, a proteção dos interesses do público/consumidor – os

⁹⁰ Borges, 2019, p. 27.

seus objetivos consistem na garantia do chamado *consumer welfare* (maior qualidade do produto, preços mais baixos, etc). Ora, assim sendo, cabe perguntar: será congruente com a ratio das leis antitrust que estas sejam utilizadas, não para promover o *consumer welfare*, não para acautelar os interesses do público/consumidor, mas em benefício do jogador/trabalhador, no seu combate por maior liberdade, contratual e de trabalho?⁹¹

A resposta é afirmativa. Estes acordos têm impacto nos mercados de trabalho e resultam numa redução do poder negocial dos trabalhadores face aos empregadores na medida em que os incentivos externos que poderiam interferir nessa relação são mitigados ou anulados. Desta forma, podem ter como potencial efeito a diminuição do nível salarial dos trabalhadores, assim como a sua privação de uma possível mobilidade laboral com condições que seriam mais atrativas para si, para proteger o investimento realizado na capacitação dos funcionários, reduzindo “substancialmente os incentivos à mudança de local de trabalho, desta forma falseando, restringindo e impedindo a livre concorrência no mercado dos trabalhadores”.⁹² Se há a impossibilidade de o funcionário ser contratado por outras empresas, o empregador acaba por extrair um “lucro” do empregado, , mediante o achatamento do seu salário, quando este, muitas vezes, não sabe da existência do acordo.

Estes pactos podem ainda ter efeitos nos mercados do produto (ou a jusante) ao introduzir uma ineficiência através da distorção da alocação do trabalho, ao limitar a quantidade e/ou qualidade dos produtos/serviços e ao limitar a inovação nos setores em que a mobilidade da mão-de-obra seja um elemento relevante no processo de inovação a jusante.⁹³ Nessa medida, os acordos de não contratação de trabalhadores podem ter efeitos negativos nas condições de concorrência e eficiência nos mercados, em detrimento do bem-estar dos consumidores.⁹⁴ Os seus efeitos dependem de uma série de fatores, como a extensão qualitativa ou quantitativa (por exemplo, a proporção de trabalhadores atribuídos às empresas objeto do acordo e o poder de mercado das empresas a jusante). Os acordos de não contratação entre concorrentes num mercado a jusante têm maior probabilidade de afetar negativamente a concorrência. Por outro lado, acordos entre empresas que contratam o mesmo tipo de trabalhador, mas não competem no mesmo mercado de produto, terão um efeito direto ao nível do mercado de trabalho, com potenciais efeitos indiretos a jusante (nomeadamente através da qualidade da

⁹¹ Amado, 2020.

⁹² Borges, 2019, p. 27.

⁹³ Autoridade da Concorrência, *Labour market agreements and competition policy*, abril 2021, p. 11.

⁹⁴ Autoridade da Concorrência, *Práticas de Colusão*.

correspondência de emprego, afetando a eficiência alocativa).⁹⁵ A contratação de funcionários de outras empresas, em particular dos mais qualificados, é uma forma de as empresas atraírem a experiência e o know-how necessários para inovar. Na impossibilidade de contratação desses trabalhadores, as empresas teriam de treinar seus recursos humanos internamente, o que pode ser um processo demorado e/ou caro.

Este tema tem assumido maior visibilidade na prática decisória de várias autoridades de concorrência a nível internacional, destacando-se, entre outros, os casos que envolveram várias empresas tecnológicas⁹⁶ como a Adobe, Apple, Google, Intel e Pixar, nos EUA, que tinham acordos para não contratar os trabalhadores das outras empresas. O departamento de justiça americano⁹⁷ afirmou que estes pactos eliminam a concorrência da mesma forma irredimível que os acordos para fixar preços de produtos ou alocar clientes, que tradicionalmente têm sido investigados criminalmente e processados como conduta grave de cartel,⁹⁸ podendo dar origem tanto a sanções civis, como penais.

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais per se nos EUA. Esses acordos podem ser implementados de diversas maneiras, tais como: i) não oferta do emprego, ii) monitorização e repasse de informações sobre ofertas de emprego, iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego, e iv) negação de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente.⁹⁹

A agência, no entanto, reconheceu que os acordos de não contratação e outros que afetam os trabalhadores podem ser apropriados quando necessários para uma colaboração maior entre os empregadores, como uma *joint venture* para instalações compartilhadas.¹⁰⁰ Também podem existir efeitos pró-concorrenciais caso o acordo esteja bem definido quanto ao seu objetivo, extensão e duração, no contexto, por

⁹⁵ Autoridade da Concorrência, *Labour market agreements and competition policy*, abril 2021, p. 11.

⁹⁶ Este tipo de acordos pode ocorrer em qualquer área, desde a tecnologia ao futebol, passando por franquias como o McDonald's. As tentativas de justificação vão desde a proteção do investimento à maior competição interna com o treino dos empregados para cargos de gestão. Os acordos teriam efeitos pró-concorrenciais, trazendo melhores serviços, preços mais baixos e maior satisfação para os clientes. Todavia, estas justificações não convencem, pois o que a realidade mostra é que os acordos de não contratação são um problema para os trabalhadores, que veem os seus salários ser reduzidos. Iadevaia, 2020.

A verdade é que este tipo de acordos entre franquias deve ser sujeito a uma análise da *rule of reason*, enquanto um acordo horizontal entre concorrentes poderá constituir uma violação da concorrência *per se*. Schwartz, Mantine & Thompson, p. 33.

⁹⁷ Department of Justice Antitrust Division & Federal Trade Commission, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, 2016.

⁹⁸ Nos EUA, certos acordos entre empresas restringem a concorrência de forma tão grave que são automaticamente proibidos (proibição *per se*), não podendo ser justificados. Outros acordos ficam sujeitos a um balanço dos seus efeitos positivos e negativos e só são proibidos se os efeitos positivos não compensarem a restrição da concorrência (esse balanço é designado por *rule of reason*).

⁹⁹ Rivera, Domingues & Souza, 2019, p. 79.

¹⁰⁰ “Os responsáveis pela aplicação da lei da concorrência têm sido bastante claros ao afirmar que um acordo de não contratação ilegal acessório a uma *joint venture* legítima será analisado segundo a *rule of reason*”. Lindsay, 2019, p. 20, tradução nossa.

exemplo, de contratos de colaboração entre empresas, no qual há uma justificação plausível para a sua existência.

“Ao nível da Comissão Europeia, não existem precedentes de decisões que consideraram os acordos de proibição de acordos não contratação ou de fixação de salários como infrações à concorrência, nos termos do artigo 101.º do TFUE”.¹⁰¹ No entanto, as autoridades da concorrência dos Estados-membros da UE¹⁰² já avaliaram acordos mais amplos e complexos entre empresas no que diz respeito à política de recrutamento ou às condições salariais. Entre eles estão os “pactos (ou acordos) de cavalheiros”, em termos de políticas de não contratação, bem como as suas condições salariais, consistindo na fixação de salários e incluindo também a coordenação noutras dimensões da concorrência.¹⁰³

Sob o ponto de vista dos empregadores, a justificação para acordos desta natureza é de que haveria, teoricamente, uma proteção dos investimentos que foram feitos com a formação e treino dos funcionários. Se os empregadores soubessem que os seus funcionários poderiam sair imediatamente após um longo período de formação, haveria um incentivo menor em investir na especialização da sua mão de obra. Para além disso, com a fixação de salários mais baixos, devido aos acordos de não contratação, argumenta-se que o preço de produtos e serviços vendidos ao consumidor seria menor.

Uma solução para a questão da formação seria, ao invés destes acordos, a criação de mecanismos de compensação caso o empregado deixasse o quadro de colaboradores antes de os investimentos serem recuperados. Por exemplo, poderiam ser feitos contratos de reembolso de formação nos quais o funcionário teria de compensar o empregador pelos custos decorrentes da formação, numa relação inversamente proporcional entre as variáveis “tempo de serviço x valor da compensação”. Dessa forma, em vez de impedir a saída e/ou mobilidade do funcionário, mediante acordos obscuros, cuja parte mais interessada (trabalhador) nem sequer tem conhecimento da sua existência, são realizados contratos claros e objetivos com o objetivo de amortizar o investimento realizado pelo empregador. Quanto mais tempo o trabalhador estivesse ao serviço do empregador, menos teria de compensar no caso de sair da sua empresa antes de o investimento na formação estar compensado. Relativamente ao argumento económico, não há nenhuma prova que mostre que os preços para os consumidores foram reduzidos em razão da existência de acordos de não contratação.¹⁰⁴

¹⁰¹ Autoridade da Concorrência, *Labour market agreements and competition policy*, abril 2021, p. 8, tradução nossa.

¹⁰² “No plano europeu, apesar de não serem muito frequentes, os acordos de não angariação foram igualmente investigados, nomeadamente, pelas autoridades holandesas, espanholas, croatas e francesas”. Pais, 2021, p. 68.

¹⁰³ Autoridade da Concorrência, *Labour market agreements and competition policy*, abril 2021, p. 8.

¹⁰⁴ Carvalho, 2021.

Os acordos de não contratação são, pelas razões enunciadas, proibidos. São considerados uma violação por objeto¹⁰⁵ das alíneas a) e c) do artigo 9.º da lei da concorrência e do artigo 101.º do TFUE (cuja disposição é semelhante). Este artigo enuncia que são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação e c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.

¹⁰⁵ Harrington Jr., 2020, p. 12.

Conclusão

Com esta investigação, conseguimos concluir que o direito europeu da concorrência se aplica ao desporto e às suas regras. A evolução das decisões relativamente a este tópico, verificada nos casos Walrave, Bosman e Meca-Medina, está em linha com a mudança registada na aplicação do direito da concorrência, que tem, atualmente, mais objetivos que vão além dos puramente económicos.

As atividades desportivas, e as suas questões, são analisadas e avaliadas como as de qualquer outra atividade económica, sendo que federações, clubes, dirigentes e atletas podem ser considerados empresas. Desta forma, terão de respeitar os limites do direito da concorrência para que o mercado se mantenha equilibrado. Isto significa que a atuação das federações e as suas regras devem ser proporcionais, claras e objetivas. Caso contrário, estarão a violar o direito da concorrência.

Relativamente ao caso da Superliga, ainda teremos desenvolvimentos quando o Tribunal de Justiça se pronunciar sobre as questões que lhe foram colocadas. Analisando as decisões mais recentes do mesmo Tribunal, é de prever que sejam consideradas uma violação do direito da concorrência as regras desproporcionais que impedem a criação de novas competições, assim como as ameaças de banir os jogadores.

Sobre os acordos de não contratação, parece-nos que a autoridade da concorrência portuguesa atuou de forma correta, mostrando que está atenta a todos os domínios económicos e não apenas às atividades mais tradicionais.

Posfácio

Até ao momento do envio para publicação desta investigação, a 15/05/2023, apenas tivemos acesso às conclusões do advogado-geral, apresentadas a 15/12/2022. Estas conclusões não vinculam o Tribunal de Justiça, apenas são uma opinião individual de um perito que propõe uma solução para a resolução de um concreto litígio, de forma parcial e independente (artigo 252.º TFUE).

O advogado-geral respondeu à maioria das questões no sentido em que não haveria violação do direito da União Europeia por parte da FIFA e da UEFA. Em resposta à primeira questão, colocada pelo órgão de reenvio, referiu que a autorização prévia para a autorização da competição e os efeitos restritivos decorrentes desse sistema parecem ser inerentes e proporcionais aos objetivos legítimos prosseguidos pela UEFA e pela FIFA, estando ligados à especificidade do desporto. Alegou também que ameaças de sanções contra os clubes quando estes participam num projeto de criação de uma nova competição, que pode prejudicar os objetivos legitimamente prosseguidos pelas federações de que são membros, não violam o direito da UE. Todavia, sanções de exclusão de jogadores que não têm qualquer envolvimento no projeto em causa são desproporcionais, nomeadamente no que respeita à ameaça de exclusão das seleções nacionais. O advogado-geral respondeu à quarta questão dizendo que as restrições em matéria de comercialização exclusiva dos direitos relativos às competições organizadas pela FIFA e pela UEFA parecem ser inerentes à prossecução dos objetivos legítimos ligados à especificidade do desporto e proporcionadas a esses objetivos.

Como havíamos referido na nossa análise, a ameaça de banir os jogadores das competições organizadas pela UEFA e FIFA aparenta violar o direito da concorrência, uma vez que não é proporcional ou justa. Por outro lado, o advogado-geral entendeu que o sistema de autorização prévia e a restrição em matéria de comercialização exclusiva de direitos parecem ser inerentes à prossecução de objetivos legítimos. O facto de a Superliga Europeia contrariar em grande medida os ideais que a União Europeia defende para o desporto pesou claramente nestas conclusões. Resta-nos agora saber qual a decisão final e vinculativa do Tribunal de Justiça e se esta irá no sentido das conclusões do advogado-geral.

Bibliografia

Obras e artigos

- AGAFINIVA, R. (2019). International Skating Union versus European Commission: Is the European sports model under threat? *The International Sports Law Journal*, pp. 87–101.
- AMADO, J.L. (2020). Jogadores, trabalho e concorrência: a mesma luta? <https://sjogadores.pt/?pt=joaoaleamado>.
- ANDERSON, J., PARRISH, R. & GARCÍA, B. (2018) *Research Handbook on EU Sports Law and Policy*. Edward Elgar Publishing Limited.
- BACH, D. (2021). The Superleague and its related issue under EU competition law. *Kluwer competition law blog*.
- BLACKSHAW, I. (2007). EU competition law and sport. *Business Law International*, vol. 8, no. 1, pp. 107-114.
- BORGES, C.G.P.V. (2019). *As restrições à liberdade de contratar do trabalhador: uma abordagem jusconcorrencial*. Dissertação de Mestrado, na área de especialização de Ciências Jurídico-Civilísticas. Porto, Faculdade de direito da Universidade do Porto.
- CAIN, L.P. & HADDOCK, D.D. (2005). Similar economic histories, different industrial structures: Transatlantic contrasts in the evolution of professional sports leagues. *Journal of Economic History*, pp. 1116-1147.
- CARVALHO, M. (2020). Acordos de não contratação: Interfaces entre o direito concorrencial e o direito do trabalho. <https://www.migalhas.com.br/depeso/336560/acordos-de-nao-contratacao--interfaces-entre-o-direito-concorrencial-e-o-direito-do-trabalho>.
- CATTANEO, A. (2021) International Skating Union v. Commission: Pre-authorisation rules and competition law. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, no. 4, pp. 318-320.
- COLE, M.; VINIS, P. & CHATZIANTONIOU, M. (2021). The potential implications of the CJEU's ISU judgement on the European Super League: Football “on thin ice”. *Covington Competition*.
- COTTON, B. (2021). How the breakaway European Super League could become a widely contested competition law matter. *Business Insider*.
- EDELMAN, M. & DOYLE, B. (2009). Antitrust and free movement risks of expanding U.S. professional sports leagues into Europe. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 29, pp. 403-438.
- FIDA, P. (2014). O Tribunal arbitral do esporte (TAS): Um breve guia para advogados. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo, especial direito desportivo*.
- GHICAJANU, D.-O. (2017). Competition law provisions applied in sports. Articles 101 and 102 TFEU (Part I). *Studia Universitatis Babes-Bolyai Jurisprudentia*, vol. 2017, no. 1, pp. 91-116.
- IADEVAIA, M. (2020). Poach-no-more: Antitrust considerations of intra-franchise no-poach agreements. *ABA Journal of Labor & Employment Law*, vol. 35, no. 1, pp. 151-182.

- HARRINGTON JR., J.E. (2020). Horizontal and vertical agreements: Differences between the European Union and the United States. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition*, no. 1, pp.7-27.
- KORNBECK, J. (2019). Specificity, monopoly and solidarity in the European Commission’s ISU (International Skating Union) decision: Anything new under the sun? *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10, no. 2, pp. 71-79.
- LALWANI, J. (2021). European Super League: Competition law perspective. *The cbcl blog*.
- LINDSAY, MICHAEL A. (2019). McDonald’s, and medicine: Developments in the law of no-poaching and wage-fixing agreements. *Antitrust Magazine*, vol. 33, no. 2, pp. 18-28.
- MACHADO, J.E.M. (2018). *Direito da União Europeia*, 3.^a ed. Gestlegal.
- OECD (2020). Sustainability and competition. *OECD Competition Committee Discussion Paper*, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>.
- PAIS, S. (2021). A aplicação do direito da concorrência nos mercados laborais: A participação de trabalhadores das plataformas digitais em convenções coletivas e acordos de não contratação. *Revista Questões Laborais*, no. 58, pp. 45-72.
- PAIS, S. (2019). Considerações de Lealdade e equidade no direito da concorrência da União. Breves reflexões. *Revista de Concorrência e Regulação*, no. 35, pp. 123-148.
- PAIS, S. (2018). *Estudos de direito da União Europeia*, 4.^a ed. Almedina.
- RIVERA, A.A.L.M.; DOMINGUES, J.O. & SOUZA, N.M.S. (2019). O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitrust. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n.º 2, pp. 65-93.
- ROMPUY, B.V. (2015). The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, no. 2, pp. 179-208.
- RUMP, T. (2021). Dominance in wrestling: Court ends the (antitrust) fight between sports federations. *Linklaters*.
- SCHWARTZ, E.B.; MANTINE, M.A. & THOMPASON, J.M. (2019). DOJ files statements of interest in “no poach” cases: policy Shift or trap the unwary? *Employee Relations Law Journal*, vol 45, no. 2, pp. 32-36.
- SHUKLA, S. & MUNDRA, A. (2021). Competition law in sports – The European Super League saga. *Indian Review of Corporate and Commercial Laws*.
- SILVA, M.M. (2018). *Direito da concorrência*. Lisboa: AAFDL Editora.
- STEWART, S. (2009). The development of sports law in the European Union. Its globalisation, and the competition law aspects of European sports broadcasting rights. *Sports Lawyers Journal*, vol. 16, no. 1, pp. 183-230.
- SZYMANSKI, S. & ROSS, S.F. (2000). Open competition in league sports. *Law, and Economics Working Papers Series*.
- UNKEL, C. (2021). What is the legal status of the failed European Super League and could Europe’s big teams break away again? *CBS Soccer*.
- WEATHERILL, S. (2014). Article 82 EC and sporting “conflict of interest”: The judgment in MOTOE. *Sport and Llaw Journal*, vol. 16, no. 2, pp. 10-16.

WEISS, D.L. & DEREME, I. (2021). International Skating Union v. European Commission: What could be more competitive than sport? *Sports Litigation Alert*.

Comunicados e relatórios

Autoridade da concorrência, Labour market agreements and competition policy, abril 2021.

Court of Justice of the European Union, Annual Report 2020, Luxemburgo, 2021.

Comunicação da Comissão, orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, JO, 11/01, 14/01/2011.

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO 159/01, 07/05/2018.

Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298/11, 08/12/2006.

Comunicação da Comissão sobre o conceito de afetação de comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 101/07, 27/04/2014.

Comunicado dos clubes fundadores, 18/04/2020. <https://thesuperleague.com/press.html>.

Comunicado da AdC. <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adac-acusa-pela-primeira-vez-entidades-de-acordo-anticoncorrencial-no-mercado-laboral>

Informação da autoridade da concorrência. <https://www.concorrenca.pt/pt/praticas-de-colusao>

Comunicado de imprensa da UEFA.
<https://www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-123871bd86ca-d9571aa78f72-1000--uefa-approves-measures-for-nine-clubs/>

Comunicado de imprensa da UEFA.
<https://www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/026d-13595055ee87-0d40cff72a6e-1000--uefa-media-statement/>

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/11/2014.

European Commission, *Mapping and Analysis of the Specificity of Sport, A Final Report to the DG Education & Culture of the European Commission*, junho 2016.

Jurisprudência

Acórdão *Bosman* de 15/12/1995, proc. C-415/93.

Acórdão *Dona* de 14/07/1976, proc. 13/76.

Acórdão *Glaxosmithkline* de 6/10/2009, proc. C 501/06.

Acórdão *Grundig* de 13/07/1966, proc. apensos 56/64 e 58/64.

Acórdão *ISU* de 16/12/2020, proc. T-93/18.

Acórdão *Meca-Medina* de 18/07/2006, proc. C-519/04.

Acórdão *Motoe* de 1/07/2008, proc. C-49/07.

Acórdão *Walrave c. UCI* de 12/12/1974, proc. 36-74.

Acórdão da autoridade de concorrência irlandesa, de 01/05/2012.

Acórdão da autoridade de concorrência italiana, *Automobile Club d'Italia*, de 22/11/2017, Caso A396, Prov. n.º 17611, Bollettino n.º 44/2007. <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/november-2007/The-Italian-Competition-Authority-15938>.

Acórdão da autoridade de concorrência sueca sobre as regras de lealdade da federação de automobilismo sueca, de 13/05/2011, Caso 709/2009 e A 5/11.

Acórdão *Deutsche Ringer-Liga c. Deutsche Ringer-Bund e United World Wrestling*, Tribunal de Recurso de Nuremberga, 2021. Analisado a partir do artigo de Rump, Tobias, *Dominance in Wrestling: Court ends the (antitrust) fight between Sports Federations*, Linklaters, 25/03/2021.

Acórdão, *Federation Equestre International c. Autoridade da concorrência belga*, de 27/07/2015, proc. 15-VM-23, Tribunal de recurso de Bruxelas. https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20160428_cab_2015mr1_fei_ad.pdf.

Acórdão *FIBA*, de 03/06/2016, Caso n.º 1 HK O 8126/16, Tribunal Regional de Munique. <https://www.euroleague.net/rs/6xk9sj4v9aybwosi/84bd1f8d-134d-42a0-a8ee-cd688d29aaa2/dbc/filename/munich-court-decision-english.pdf>.

Acórdão *Investigação da autoridade de concorrência sueca relativa à associação sueca de Body-Building (SKKF)*, de 28/05/2014, Caso 590/2013, sv_body.pdf (europa.eu).

Caso *NCAA v. Conselho de Regentes*, 468 EUA 85, 102, 1984. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/85/>.

Tribunal comercial de Madrid n.º 17, auto de medidas cautelares 150/2021. <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2021/05/10/2021051001829.pdf>.

Tribunal do comercial de Madrid n.º 17, *Procedimento: Peça de Medidas Cautelares 150/2021 - 0001 (Medidas Cautelares Preventivas LEC 727)*, 01/07/2021, parte dispositiva, par. 1-3.

Documentos eletrónicos

<https://www.mirror.co.uk/sport/football/news/european-super-league-football-changes-25253034>.

<https://www.theguardian.com/business/2021/apr/19/jp-morgan-european-super-league>.

**Alterações climáticas: considerações sobre a (potencial) maior
crise de direitos humanos da história**

Henrique de Bettencourt Moreira de Sousa

Sob a orientação da Senhora Professora
Doutora Catarina Santos Botelho

“Os bons e os maus resultados dos nossos ditos e obras vão-se distribuindo, supõe-se que de uma forma bastante uniforme e equilibrada, por todos os dias do futuro, incluindo aqueles infindáveis, em que cá já não estaremos para poder comprová-lo, para congratular-nos ou pedir perdão, aliás, há quem diga que isso é a imortalidade de que tanto se fala”.

José Saramago – Ensaio sobre a Cegueira

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Doutora Catarina Santos Botelho, pelo seu contributo na elaboração desta dissertação e por ser um exemplo de disponibilidade, dedicação, amabilidade e competência. As aulas de Direitos Fundamentais, por si lecionadas, no já longínquo ano de 2017, foram muito importantes por me fazerem enveredar pela área dos direitos humanos.

Ao Senhor Professor Doutor José Alberto Azeredo Lopes, por me fazer tomar um contacto ainda maior com a temática dos direitos humanos e as alterações climáticas (que hoje é uma verdadeira paixão para mim), nas saudosas aulas de Temas de Relações Internacionais.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto com quem me fui cruzando, ao longo dos anos, com especial destaque aos Professores que me acompanharam no mestrado.

À Universidade Católica Portuguesa, uma verdadeira segunda casa que tão bem me acolheu.

Aos meus pais, um verdadeiro exemplo em todos os sentidos.

Resumo

A nossa dissertação visa abordar a relação existente entre as alterações climáticas e os direitos humanos, argumentando que as primeiras já são responsáveis por uma crise de direitos humanos, mas, caso estas não sejam mitigadas de forma satisfatória, estaremos perante a maior crise de direitos humanos da história, devido à sua extensão quer a nível territorial, quer quanto ao número de vítimas. Partindo dessa premissa, iremos aprofundar algumas das vertentes dessa crise.

Inicialmente, daremos um panorama geral sobre as alterações climáticas para, logo de seguida, analisar quais são os direitos humanos mais afetados pelas mesmas.

Seguidamente, discorreremos acerca do facto de as alterações climáticas serem uma fonte de desigualdades, mencionando que as próprias medidas de mitigação da emergência climática poderão ser, também, uma fonte de desigualdades.

Sendo certo que as alterações climáticas poderão afetar qualquer ser humano, a verdade é que existem grupos particularmente vulneráveis, identificaremos e analisaremos esses grupos.

Abordaremos qual o papel dos Estados, nomeadamente as suas obrigações perante a ameaça dos direitos humanos que as alterações climáticas representam.

Por último, introduziremos uma ferramenta legal que, a nosso ver, poderá ser benéfica no combate às alterações climáticas: o constitucionalismo ambiental global.

Palavras-chave: alterações climáticas; direitos humanos; desigualdades; constitucionalismo ambiental global.

Abstract

Our dissertation aims to address the relationship between climate change and human rights, arguing that the former is already responsible for a human rights crisis and, if these are not satisfactorily mitigated, we will be facing the biggest human rights crisis in history, due to its extension both at the territorial level and in terms of the number of victims. Based on this premise, we will delve deeper into some of the aspects of this crisis. Initially, we will give an overview of climate change, and then analyse which human rights are most affected by it.

Next, we will discuss the fact that climate change is a source of inequalities, mentioning that the climate emergency mitigation measures themselves may also be a source of inequalities.

While it is true that climate change can affect any human being, the truth is that there are particularly vulnerable groups, which we will identify and analyse.

We will address the role of States, namely their obligations in the face of the threat to human rights posed by climate change.

Finally, we will introduce a legal tool that, in our view, could be beneficial in the fight against climate change: global environmental constitutionalism.

Keywords: climate change; human rights; inequalities; global environmental constitutionalism.

Índice

1. Introdução	7
2. Alterações climáticas: Um breve enquadramento	8
3. Direitos humanos afetados	9
3.1. Direito à vida	9
3.2. Direito à água e saneamento	10
3.3. Direito à saúde	12
3.4. Direito à alimentação	13
3.5. Direito à habitação	15
3.6. Direito à autodeterminação	15
4. Desigualdades	17
5. As vítimas das alterações climáticas e a necessidade de as proteger	21
5.1. Mulheres	21
5.2. Crianças	22
5.3. Povos indígenas	23
5.4. Pessoas com deficiência	24
5.5. Pessoas deslocadas. Migrantes climáticos ou refugiados climáticos?	24
6. O papel dos Estados	29
6.1. Alterações climáticas, uma violação dos direitos humanos per se?	29
6.2. Obrigações dos Estados	30
7. Constitucionalismo ambiental global	32
7.1. A existência de uma constituição ambiental global	33
7.2. O constitucionalismo global ambiental como forma de defesa dos direitos humanos no contexto das alterações climáticas	34
Conclusão	37
Bibliografia	39

1. Introdução

As alterações climáticas têm, cada vez mais, saltado para a esfera mediática, o que é compreensível, visto que estamos perante um fenómeno que poderá arruinar a vida de todos nós, tal como a conhecemos. A comunidade internacional, ciente deste problema, tem vindo a agir (ainda que seja bastante discutível se a ação desenvolvida atualmente é suficiente), através de, entre outros, a elaboração de tratados como o Acordo de Paris ou a criação de instituições como o Painel Intergovernamental sobre Alterações Climáticas. Refira-se, também, que a ação climática consta como o 13.º propósito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

Como é referido por Stephen Humberys, “as alterações climáticas irão minar e, de facto, já se encontram a minar, a realização de uma ampla gama de direitos protegidos internacionalmente”¹. Está assim dado o mote para a nossa dissertação: as alterações climáticas, pelo número enorme de pessoas afetadas e pela sua extensão geográfica, poderão ser a maior crise de direitos humanos da história.

Neste ensaio propomo-nos a aprofundar a relação entre as alterações climáticas e a forma como estas afetam os direitos humanos e questões que daí derivam. Acreditamos na pertinência deste tema pois, ao entender esta relação, mais facilmente se compreenderá o cenário catastrófico que se avizinha e a urgência na resolução deste problema.

Por fim, refira-se que todas as traduções são da nossa autoria.

¹ Humberys, Stephen & Robinson, 2009.

2. Alterações climáticas: Um breve enquadramento

Como nota introdutória, será necessário definir o que são, na realidade, as alterações climáticas. Este conceito abarca o aquecimento global e também as mudanças nos padrões climáticos daí resultantes. Recorrendo ao art. 1.º, n.º 2 da Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas, podemos defini-las como “uma modificação no clima atribuível, direta ou indiretamente, à atividade humana que altera a composição da atmosfera global e que, conjugada com as variações climáticas naturais, é observada durante períodos de tempo comparáveis”. Refira-se que o objeto desta dissertação são as alterações climáticas antropocêntricas, uma vez que é consensual, entre a comunidade científica, que as mesmas derivam da ação humana².

Nos últimos 50 anos, verificou-se um aumento na quantidade de emissões de dióxido de carbono (este gás representa 76% das emissões³) e outros com gases com efeito de estufa, o que provocou que mais calor ficasse retido na baixa atmosfera, afetando o clima à escala mundial. Porém, a subida constante da temperatura já se tem vindo a verificar há pelo menos 130 anos. Neste período temporal, o planeta viu a sua temperatura aumentar 0,85°C, sendo que cada uma das últimas três décadas tem vindo a ser mais quente do que a outra.

Como consequência, têm-se verificado mais fenómenos climatéricos extremos, como secas ou ondas de calor. A título de exemplo, concluiu-se que as alterações climatéricas têm tornado o período das monções de verão no leste asiático mais extremas, com períodos de precipitação ou seca mais significativos⁴. Também se verifica que o nível médio das águas do mar tem vindo a subir, fruto do degelo das calotas polares. Um estudo⁵ revela que, num cenário onde as emissões de dióxido de carbono permanecem altas, o nível médio das águas do mar poderá subir dois metros.

Quanto à Península Ibérica, prevê-se que as temperaturas irão aumentar de forma “muito preocupante” durante este século. Um estudo da Universidade de Aveiro prevê que, até 2100, se observarão aumentos da temperatura média de dois a três graus ao longo de todo o ano, o suficiente para causar graves impactos no meio ambiente e, por consequência, na saúde pública. Em Portugal, certas regiões poderão registar aumentos de quatro a cinco graus centígrados nas temperaturas máximas diárias⁶.

² Cook *et al.*, 2016.

³ United States Environmental Protection Agency- Overview of Greenhouse Gases. <https://www.epa.gov/ghgemissions/overview-greenhouse-gases>.

⁴ Burke & Stott, 2017.

⁵ Bamber *et al.*, 2019.

⁶ Carvalho, Cardoso Pereira & Rocha, 2021.

3. Direitos humanos afetados

Parece evidente que, de facto, a crise climática é, também, uma crise de direitos humanos. Nos parágrafos seguintes, dedicar-nos-emos a sinalizar quais os direitos humanos afetados e a analisar de que maneira estes são afetados pelas alterações climáticas.

Antes de iniciarmos essa análise, parece-nos oportuno citar a opinião separada do (à época) Juiz, vice-presidente do Tribunal Internacional de Justiça, Christopher Weeramantry, vertida no caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, que opôs a Hungria e a Eslováquia: “a proteção do meio ambiente é também uma parte vital da doutrina contemporânea dos direitos humanos, pois é uma condição *sine qua non* para muitos direitos humanos como o direito à saúde e o direito à própria vida. Quase não é preciso falar sobre isso, pois os danos ao meio ambiente podem prejudicar e minar todos os direitos humanos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e noutros instrumentos de direitos humanos”⁷.

Segundo o Conselho de Direitos Humanos da Organização Nações Unidas, através da resolução 41/21, os direitos humanos mais afetados pelas alterações climáticas são o direito à vida, o direito à água e saneamento, o direito à saúde, o direito à alimentação, o direito à autodeterminação, entre outros. Serão estes os direitos que iremos analisar seguidamente. Por último, refira-se, também, que o próprio acesso a um meio ambiente limpo, são e sustentável foi reconhecido como direito humano, em 2021, através da Resolução 48/13 do Conselho de Direitos Humanos.

3.1. Direito à vida

O artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui que todos os indivíduos têm o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Adicionalmente, o artigo 6.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos afirma que o ser humano tem, inerentemente, o direito à vida. Nos seus comentários n.ºs 6 e 14, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirmou que o direito à vida é um direito supremo que não pode ser infringido mesmo em tempos de emergência. Adicionalmente, no comentário geral n.º 7 sobre a Convenção dos Direitos da Criança é referido que um meio ambiente sadio é uma condição necessária à sobrevivência e desenvolvimento da criança.

Este direito pode ser afetado pelos mais variados fenómenos, que serão mais

⁷ Tribunal Internacional de Justiça. Julgamento de 25 de setembro de 1997, Opinião Separada do Vice-Presidente Weeramantry, pp. 91 e 92.

intensos e frequentes devido às alterações climáticas como, por exemplo, furacões, ondas de calor, secas, cheias ou incêndios. Para piorar ainda mais a situação, a degradação dos ecossistemas, que atuam como proteção natural contra alguns fenómenos meteorológicos extremos, devido às alterações climáticas poderá ceifar ainda mais vidas humanas. Um estudo da DARA estima que, nos dias de hoje, morram cerca de 400 mil pessoas, anualmente, devido às alterações climáticas, sendo que esse número poderá aumentar para 600 mil pessoas em 2030⁸. Estima-se que entre 500 e 600 mil pessoas tenham morrido no genocídio ruandês⁹. Se nada for feito, em 2030, teremos o equivalente, em termos de mortes, a um genocídio ruandês todos os anos, devido às alterações climáticas.

Poder-se-á facilmente concluir que as alterações climáticas são uma ameaça direta à vida humana. Porém, também serão uma ameaça indireta à vida quando estas tiverem um impacto negativo no direito à água e saneamento, ao direito à saúde e ao direito à alimentação, por exemplo. Nos parágrafos seguintes começaremos, precisamente, por analisar esses três direitos humanos que, quando violados, representam uma ameaça à vida.

3.2. Direito à água e saneamento

O direito à água e ao saneamento pode ser visto como uma “derivação natural do direito à vida: se não conseguimos viver sem água, então o direito à vida deve, inerentemente, incluí-lo como uma das condições mais básicas que a vida requer”¹⁰. O direito à água e saneamento não se encontra previsto nem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos ou no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Porém, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas considera que o direito à água se encontra abrangido pelos artigos 11.º e 12.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, assim como no seu comentário geral 15.º. Mais recentemente, o acesso à água e saneamento foi reconhecido como direito humano através da resolução 64/292 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹¹. É pressuposto que todos devem poder usufruir de água de uma forma segura, acessível e suficiente, bem como ter acesso a um saneamento seguro e higiénico que providencie dignidade.

⁸ DARA – Climate Vulnerability Monitor – A Guide to the Cold Calculus of a Hot Planet, p. 24. <https://daraint.org/wp-content/uploads/2012/09/CVM2ndEd-FrontMatter.pdf>.

⁹ Meierhenrich, 2020.

¹⁰ Westra, 2010.

¹¹ Note-se, porém, que numa resolução posterior, a Organização das Nações Unidas reconheceu que o direito à água e ao saneamento, apesar de estarem estreitamente conectados, têm características diferentes, o que propicia um tratamento diferente, apesar de estarem no mesmo patamar.

Um relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas afirma que “em muitas regiões do globo, mudanças na distribuição e na qualidade de água potável, devido às alterações climáticas, poderão impedir o desenvolvimento sustentável e, também, afetar os objetivos quanto à redução da pobreza e à mortalidade infantil”¹². Um relatório do Banco Mundial conclui que se a temperatura média do planeta aumentar 2°C, 1 a 2 mil milhões de pessoas poderão não ter água suficiente para suprir as suas necessidades¹³.

Atualmente, o controlo por rios e bacias hidrográficas já é uma fonte de conflitos: a título de exemplo, o conflito entre os Estados Indianos de Karnataka e Tamil Nadu acerca das águas do rio Kaveri, que se tem vindo a acentuar devido ao clima mais seco que se tem verificado¹⁴. Para além disso, também poderemos elencar contendas entre mais Estados, nomeadamente o conflito entre o Afeganistão e o Irão acerca das águas dos rios Helmand e Hari¹⁵, o diferendo entre a Turquia, a Síria, o Iraque e o Irão acerca da bacia hidrográfica dos rios Eufrates e Tigre¹⁶ ou, ainda, a disputa entre o Egito e a Etiópia acerca da construção de uma barragem no Nilo, o que originou, até, ameaças de bombardeamento por parte do Egito¹⁷. Naturalmente que, com a escassez de água resultante das alterações climáticas, estes e outros conflitos, existentes ou que possam surgir, futuramente, terão tendência a escalar.

A escassez de água é um problema cada vez mais preocupante, sendo prova disso o facto de a água ter começado a ser negociada como *commodity* em contratos futuros na bolsa de Nova Iorque¹⁸. O 6.º Objetivo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas é referente à água potável e saneamento e tem como objetivo alcançar, até 2030, o acesso universal e equitativo à água potável e saneamento para todos. As alterações climáticas são uma grande ameaça para que este objetivo, que se reveste de uma extrema importância, seja alcançado. Assim sendo, é necessário que estas sejam evitadas, de forma a que se consiga prosseguir este importante objetivo.

¹² Bryson Bates, *et al.*, 2008.

¹³ Organização das Nações Unidas- Understanding Human Rights and Climate Change, p. 17.

¹⁴ The Report of the Cauvery Water Disputes Tribunal with The Decision. <http://mowr.gov.in/sites/default/files/Volume-I1920752696.pdf>.

¹⁵ Aman, 2016.

¹⁶ El Fadel et al., 2002.

¹⁷ Business Insider. Egypt is prepared to bomb all of Ethiopia's Nile dams. <https://www.businessinsider.com/hacked-stratfor-emails-egypt-could-take-military-action-to-protect-its-stake-in-the-nile-2012-10>.

¹⁸ Observador. Água começa a ser negociada em contratos futuros na bolsa de Nova Iorque. <https://observador.pt/2020/12/07/agua-comeca-a-ser-negociada-em-contratos-futuros-na-bolsa-de-nova-iorque/>.

3.3. Direito à saúde

O direito à saúde encontra-se previsto no artigo 12.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Esta norma estatui que “toda a pessoa deve gozar das melhores condições possíveis de saúde física e mental”. Sublinhe-se, também, que ter saúde não significa, apenas, não padecer de doenças, outrossim, gozar de um estado de bem-estar físico, mental e social geral¹⁹. Além disso, o comentário geral n.º 14 a este artigo afirma que o direito à saúde inclui a promoção de condições que permitam que as pessoas possam viver uma vida saudável, incluindo a existência de um ambiente saudável. O artigo 24.º, n.º 2, al. c) da Convenção dos Direitos da Criança estatui que devem ser tomadas medidas contra as doenças e malnutrição através do “fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição do ambiente”. A este propósito, nas suas observações finais, a Jordânia afirma que os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para prevenir os efeitos nocivos da poluição ambiental sobre as crianças²⁰. Por último, nas observações finais da Roménia, quanto à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, é referida a “preocupação com a situação do meio ambiente (...) e o seu impacto na saúde da mulher”²¹. Por último, promover uma vida com saúde e bem-estar para todos é o 3.º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

De facto, as alterações climáticas poderão afetar a saúde dos humanos por variadíssimas razões. Desde já, o que foi mencionado, no subcapítulo relativo ao direito à vida, acerca dos fenómenos potenciados pelas alterações climáticas, como, por exemplo, as cheias ou os incêndios, também se aplicará ao direito à saúde. Simplificando, tais fenómenos, mesmo não retirando a vida, poderão ter um impacto enorme na sua saúde, podendo até deixá-las permanentemente incapacitadas.

Porém, existem questões mais específicas com impacto no direito à saúde, para além do mencionado *supra*. Elencaremos, agora, algumas dessas situações:

As alterações climáticas representam uma grande ameaça à saúde cardiopulmonar da população mundial através do agravamento da qualidade do ar²².

Também se verifica que temperaturas mais elevadas irão aumentar a expansão de vetores de transmissão de vírus como o da malária ou da dengue²³.

Se o mundo continuar a observar os mesmos comportamentos que exponenciam

¹⁹ Cfr. Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde.

²⁰ Convenção dos Direitos da Criança- Observações Finais da Jordânia, par. 50.

²¹ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Observações Finais da Roménia, par. 38.

²² B. Rice *et al.*, 2014.

²³ Watts *et al.*, 2019.

as alterações climáticas, como, por exemplo, a desflorestação intensiva para práticas agrícolas ou industriais, estaremos, ao mesmo tempo, a aumentar o risco de haver uma nova pandemia. A desflorestação fará com que o contacto entre humanos seja ainda maior, aumentando, desta forma, o risco de transmissão de novas doenças²⁴. Outra situação digna de ser mencionada é o facto de a subida das temperaturas poder levar a que mais agentes patogénicos passem das aves para os humanos²⁵ e, para além disso, as alterações climáticas têm um grande potencial para induzir mudanças no padrão migratório das aves, o que poderá levar a que surjam mais surtos de doenças infecciosas como, por exemplo, a gripe das aves²⁶.

Por último, a saúde mental da população também se encontra em perigo. Stress pós-traumático originado em desastres naturais ou conflitos causados pela disputa de recursos que escasseiam e possíveis migrações forçadas ou maleitas originadas por fenómenos climáticos que afetam a própria saúde física terão, sem dúvida, um enorme impacto na saúde mental de todos os que passem pelas situações mencionadas²⁷. Acrescenta-se o facto de, caso os surtos de doenças infecciosas sejam graves e levem a possíveis confinamentos tal como o surto de COVID-19 o fez, o impacto negativo na saúde mental da população mundial é bastante significativo²⁸.

Em conclusão, e citando a Organização Mundial de Saúde, “as alterações climáticas são a maior ameaça à saúde global no séc. XXI”²⁹.

3.4. Direito à alimentação

O direito à alimentação encontra-se previsto nos tratados internacionais como parte integrante do direito a um nível de vida adequado, nomeadamente, nos arts. 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 11.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Segundo o comentário geral n.º 12, este direito estará realizado “quando todo homem, mulher e criança, sozinho ou em comunidade com outras pessoas, tem acesso físico e económico, em todos os momentos a alimentação adequada ou meios para a sua aquisição”³⁰. A eliminação da fome é também o 2.º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. No comentário geral n.º 12, par. 13, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas afirma que “vítimas de desastres naturais,

²⁴ Lemery, Knowlton & Sorensen, 2021.

²⁵ Fuller *et al.*, 2012.

²⁶ Jianhong *et al.*, 2014.

²⁷ Luber & Lemery, 2015

²⁸ Kumar & Rajasekharan, 2021.

²⁹ Organização Mundial de Saúde. <https://www.who.int/globalchange/global-campaign/cop21/en/>.

³⁰ Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas. Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights – Comentário n.º 12.

pessoas que vivem em áreas propensas a desastres e outros grupos desfavorecidos podem precisar de atenção especial e, por vezes, prioridade na consideração no que diz respeito à acessibilidade dos alimentos”.

Como a produção de comida está intimamente relacionada com as condições do ambiente onde a mesma é produzida, o direito à alimentação tem uma relação de inerência direta com as alterações climáticas na medida em que estas terão um impacto negativo nas condições agrícolas e ecológicas.

As alterações climáticas impactarão este direito de várias formas. Desde logo, a comunidade científica tem vindo a concluir que o aumento da temperatura leva a efeitos nocivos nas plantações. A título de exemplo, um estudo aponta que se percam até cerca de 30% das colheitas na Ásia do Sul e Ásia Central devido às temperaturas mais elevadas³¹.

Também se verifica que a estabilidade da produção de alimentos estará cada vez mais em causa: “As condições climáticas globais e regionais tenderão a tornar-se mais instáveis do que as atuais, verificando-se aumentos na frequência e gravidade de eventos extremos, como ciclones, inundações, tempestades de granizo e secas. Ao haver maiores flutuações no rendimento das colheitas e no abastecimento local de alimentos, (...), a estabilidade do abastecimento de alimentos será afetada, adversamente, e, portanto, a segurança alimentar estará comprometida”³². Os autores mencionam, ainda, no mesmo estudo, o risco de as alterações climáticas poderem provocar a diminuição da produtividade do gado, assim como o aumento das taxas de mortalidade do mesmo. Além disso, também referem o perigo de o aumento das temperaturas levar a uma maior disseminação de pestes agrícolas.

As alterações climáticas poderão ainda afetar, indiretamente, o direito à alimentação: fenómenos meteorológicos extremos poderão levar a perturbações ou interrupções das cadeias de distribuição, colocando em causa o direito à segurança alimentar³³.

Devido às situações expostas, o preço dos alimentos tenderá a aumentar, o que colocará em causa, por si só, o acesso à alimentação de inúmeros indivíduos.

Estima-se que, até 2080, as alterações climáticas poderão fazer com que mais 180 milhões de pessoas passem fome³⁴ (sendo que, em 2020, já existiam entre 720 a 811 milhões de pessoas subnutridas³⁵). Porém, não estamos, apenas, perante um problema a

³¹ Dumas, 2010.

³² Schmidhuber & Tubiello, 2008.

³³ Lewis, 2018.

³⁴ U.S. Department of Agriculture- Climate Change, Global Food Security, and the U.S. Food System, p. 3.

³⁵ Organização das Nações Unidas: Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 2. <https://sdgs.un.org/goals/goal2>.

longo prazo. A verdade é que, atualmente, já existe um país cuja população está a passar por uma enorme crise alimentar atribuída às alterações climáticas: Madagáscar³⁶.

3.5. Direito à habitação

O direito à habitação adequada encontra-se previsto nos tratados internacionais como parte integrante do direito a um nível de vida adequado, nomeadamente, nos arts. 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 11.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Este direito está seriamente ameaçado devido a uma miríade de motivos relacionados com as alterações climáticas, senão vejamos: desde logo, devido a fenómenos climatéricos extremos como furacões ou cheias, que poderão destruir um número gigante de habitações.

Fenómenos como secas, erosão ou a desertificação do solo poderão tornar algumas áreas do globo inabitáveis, levando a que os habitantes dessas áreas deixem de ter acesso a uma habitação adequada.

Por outro lado, o aumento do nível médio das águas do mar revela-se uma ameaça gigante à habitação de inúmeras pessoas: pense-se, por exemplo, no caso das Maldivas, pois, se o nível médio subir 2 metros como foi analisado supra, este país simplesmente desaparecerá, sucumbindo à água, uma vez que possui uma altitude média de apenas 1,5 metros acima do mar. Como as Maldivas, existe uma série de outros países (v.g. os Microestados da Oceânia, entre outros) e, para além destes, há que considerar que imensas zonas costeiras, um pouco por todo o mundo, seriam engolidas pelo mar.

Como se pode verificar, os desastres naturais e a crise climática ferem seriamente o direito à habitação. A verdade é que, segundo um relatório³⁷, só em 2021, mais de 2 milhões de pessoas perderam a sua habitação devido a fenómenos resultantes das alterações climáticas.

3.6. Direito à autodeterminação

O apelo ao respeito pela autodeterminação dos povos é feito logo no 1.º artigo da Carta da Organização das Nações Unidas. O direito à autodeterminação encontra-se plasmado no artigo 1.º, n.º 3 comum ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Este direito prevê que os povos possam prosseguir o seu

³⁶ Organização das Nações Unidas. Madagascar: Severe drought could spur world's first climate change famine. <https://news.un.org/en/story/2021/10/1103712>.

³⁷ Christian Aid. Counting the cost 2021. A year of climate breakdown.

desenvolvimento económico, social e cultural livremente³⁸. Assim, o direito à autodeterminação envolve o direito de um povo escolher a sua própria forma de organização política. No entanto, a autodeterminação vai além deste núcleo essencial de controlo político, estendendo-se até à persecução de desenvolvimentos nas esferas culturais, sociais, económicas e políticas³⁹. Neste subcapítulo, analisaremos duas formas através das quais as alterações climáticas podem afetar o gozo deste direito.

Em primeiro lugar, uma das facetas do direito à autodeterminação é a soberania sobre os recursos naturais dentro dos seus territórios, tal como preconiza o art. 1.º, n.º 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Sabendo que existe uma íntima relação entre o meio ambiente e os recursos naturais, é certo que “um povo não pode exercer soberania sobre recursos naturais quando o ambiente que os sustenta não é saudável e é, portanto, menos capaz, ou totalmente incapaz de produzir esses recursos”⁴⁰. Assim, as alterações climáticas representam uma grande ameaça neste quesito da soberania dos recursos naturais.

Nesta segunda vertente, faremos, agora, a ponte com o subcapítulo anterior, onde mencionámos que Estados como os Maldivas, Kiribati ou Tuvalu, que têm uma elevação média acima do mar, respetivamente, de 1,5, 1,8 e 2 metros, se o nível médio das águas do mar continuar a subir, estes Estados serão submersos. Segundo o artigo 1.º, al.) b da Convenção de Montevideo, um dos elementos de estadualidade é a existência de um território. Pela primeira vez na história, estaremos perante uma situação em que esse elemento de estadualidade simplesmente desaparecerá: “agora, o povo que se constituiu em Estado, com realização plena do seu direito de autodeterminação, perde o território (...) e arrisca-se a ver desgraduado, pela força dos factos, o seu estatuto internacional”⁴¹. As alterações climáticas poderão provocar a perda da plataforma do povo para exercer a sua autodeterminação, vendo-se assim vedadas do gozo deste direito humano.

Por último, aproveitando para dar o mote para o capítulo seguinte, em termos de autodeterminação, como resolver a questão de países menos desenvolvidos, que pouco contribuíram para as alterações climáticas, que se desejam industrializar, mas são impedidos pelos países que mais contribuíram para o problema? Esta desigualdade entre os países mais ricos e, conseqüentemente, mais poderosos e os países em desenvolvimento mina a autodeterminação dos segundos.

³⁸ Comité para a Eliminação da Discriminação Racial (1996), recomendação geral n.º 21, par. 4.

³⁹ Maguire & McGee, 2017.

⁴⁰ Frere, Mulalap, Clement & Tanielu, 2020.

⁴¹ Azeredo Lopes, 2020.

4. Desigualdades

Depois desta análise a alguns dos direitos humanos afetados pelas alterações climáticas, podemos concluir que os Estados que mais sofrem com as consequências das alterações climáticas são os mais pobres e, concomitantemente, os que menos contribuem para esta situação, o que, de facto, gera imensas desigualdades. Afirma-se até que “as alterações climáticas ameaçam desfazer os últimos cinquenta anos de progresso no desenvolvimento, saúde global e redução da pobreza”⁴², o que irá cavar um fosso ainda maior entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Também ciente desta situação, a Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas refere, no seu artigo 3.º, que os Estados devem trabalhar em conjunto “com base na equidade e de acordo com as suas responsabilidades comuns, mas diferenciadas e com as respetivas capacidades”⁴³. Neste seguimento, o mesmo artigo estatui que devem ser tidas em conta “As necessidades específicas e as circunstâncias especiais das Partes constituídas por países em desenvolvimento, especialmente os que são particularmente vulneráveis aos efeitos prejudiciais das alterações climáticas, e das Partes Contratantes, especialmente os países em desenvolvimento, que deveriam suportar um encargo desproporcionado e anormal resultante da Convenção, devem ser tidas em plena consideração”⁴⁴. Acrescente-se, ainda, que a redução das desigualdades é o 10.º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

Um estudo da OXFAM e do Instituto do Ambiente de Estocolmo⁴⁵ concluiu, entre outros, que: (a) os 10% da população mais rica do mundo foram responsáveis por mais da metade (52%) do aumento das emissões de dióxido de carbono, entre 1990 e 2015. Desses 10%, o 1% mais rico foi responsável por 15% das emissões durante este período – mais do que todos os cidadãos da UE e mais do dobro da metade mais pobre da humanidade (7%). (b) Durante esse período, os 10% mais ricos gastaram um terço do orçamento global de carbono⁴⁶ do aumento máximo de 1,5°C, consagrado no Acordo de Paris, em comparação com apenas 4% da metade mais pobre da população. (3) As emissões anuais aumentaram 60% entre 1990 e 2015. Os 5% mais ricos foram responsáveis por mais de um terço (37%) desse crescimento. O aumento total nas

⁴² Escritório do Alto-Comissário para os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. *Climate change, extreme poverty and human rights: Report*, p. 5.

⁴³ Cfr. Art. 3.º, n.º 1 da Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas.

⁴⁴ Cfr. Art. 3.º, n.º 2 da Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas.

⁴⁵ OXFAM. *Confronting carbon inequality – Putting climate justice at the heart of the COVID-19 recovery*. <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621052/mb-confronting-carbon-inequality-210920-en.pdf>.

⁴⁶ O orçamento global de carbono define a quantidade cumulativa máxima de emissões de dióxido de carbono que podem ser emitidas para que o aumento da temperatura global não ultrapasse um determinado valor.

emissões do 1% mais rico foi três vezes maior do que o dos 50% mais pobres. Destes dados se extrai que as pessoas que, praticamente, não contribuíram para as alterações climáticas são as que, agora, mais carregam o fardo deste problema.

Pessoas que já estão num estado de pobreza serão as que terão mais probabilidades de serem afetadas pelos efeitos nefastos das alterações climáticas: enquanto, por um lado, as consequências nos países desenvolvidos ainda não são muito notórias, e não passam de, muitas vezes, se assistir a verões mais quentes e padrões climáticos mais anormais⁴⁷, nos países mais pobres, uma má colheita, um membro da família ficar doente e não poder ajudar a sua família ou um fenómeno meteorológico extremo (e nestes países, a proteção social é muito mais reduzida ou inexistente) poderão criar um enorme choque à já parca situação económica dos indivíduos⁴⁸.

Os Estados menos desenvolvidos terão menos recursos económicos e menos infraestruturas para lidar com os efeitos adversos das alterações climáticas, o que coloca uma pressão cada vez mais insustentável em países que já lidam com problemas estruturais, onde muitas vezes se vêem a braços com problemas tão graves como a fome, fracas ou inexistentes condições de habitação, mau saneamento, entre outros. Se a situação destes Estados já é muito má, torna-se difícil imaginar como é que os mesmo conseguirão lidar com mais este gigante fardo. Como refere Pinto, o crescimento da economia mundial traduziu-se numa melhoria do nível de vida para milhões de pessoas. No entanto, continuam a verificar-se problemas ambientais, económicos e sociais que nos impedem de chegarmos ao tão ambicionado desenvolvimento sustentável”⁴⁹. A verdade é que existe uma clara correlação entre a prosperidade de um Estado e as emissões de carbono que produz. Nestes Estados, escapar da pobreza irá, inevitavelmente, criar mais emissões. Estamos perante um intrincado círculo vicioso.

Outro fator que irá gerar desigualdades é o facto de as alterações climáticas poderem vir a gerar uma massiva transferência de capital dos países quentes (tendencialmente os já mais pobres) para os países mais frios. Um estudo de investigadores da Universidade de Stanford concluiu que, até 2100, com os atuais padrões de alterações climáticas, 77% dos países irão registar uma queda no seu Produto Interno Bruto. Porém, este mesmo estudo observa que países com um clima frio como a Finlândia ou Islândia observarão grandes ganhos no seu Produto Interno Bruto, enquanto países mais pobres como o Iraque ou o Kuwait irão observar perdas

⁴⁷ Apesar de até isto estar a mudar, *vide* a seca severa que Portugal está a enfrentar em 2022 ou o facto de a Califórnia estar perante a pior seca dos últimos 1200 (!) anos, trazendo grandes dificuldades, por exemplo, aos agricultores.

⁴⁸ Watkins, 2006.

⁴⁹ Pinto, 2017.

significativas no seu Produto Interno Bruto⁵⁰.

Analisaremos, agora, a outra face da moeda, na nossa opinião, muitas vezes relegada para segundo plano: as soluções para combater as alterações climáticas também serão geradoras de desigualdade. Poderemos estar perante um cenário onde as alterações climáticas aumentam as desigualdades, mas, ao mesmo tempo, a solução para as mesmas também é uma fonte criadora de desigualdades. Neste sentido, as medidas de mitigação das alterações climáticas podem ter diferentes impactos, podendo estes ser positivos ou negativos. É certo que a comunidade internacional se preocupa com esta problemática. Exemplificando, no Acordo de Cancun, foi referido que “que as Partes devem, em todas as ações relacionadas às alterações climáticas, respeitar e proteger plenamente os direitos humanos”⁵¹. Para além disso, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas apelou a que a “implementação de estratégias para combater as alterações climáticas globais não afete, negativamente, o direito à alimentação adequada e à ausência de fome”⁵².

O abandono de certas indústrias poluentes e com grandes emissões de dióxido de carbono irá levar um enorme número de pessoas ao desemprego, apesar de que, a longo prazo, a economia verde poderá vir a criar vários postos de trabalho⁵³ (estimando-se até que o número de postos criados supere os postos de trabalho perdidos nas indústrias poluentes). No curto prazo, todavia, muitas pessoas irão passar por dificuldades consideráveis devido à sua situação de desemprego. Existe, muito perto de nós, um exemplo que ilustra esta situação: o encerramento da refinaria de Leça da Palmeira (motivado, entre outros, por metas de descarbonização) levou à perda de milhares de postos de trabalho e à redução de 5% do Produto Interno Bruto do concelho de Matosinhos e de 1% da Área Metropolitana do Porto⁵⁴.

A plantação de árvores é vista como uma solução eficaz e fácil de executar para mitigar as alterações climáticas e tem sido cada vez mais utilizada. No entanto, a plantação massiva de árvores ocupa um enorme espaço arável, reduzindo, assim, o espaço disponível para a agricultura. Nesta esteira, estima-se que a plantação arbórea em grande escala poderá levar ao aumento dos preços dos alimentos em cerca de 80%, até 2050⁵⁵. O mesmo poderá ser dito para os incentivos à produção de biocombustíveis,

⁵⁰Burke, Hsiang & Miguel, 2015.

⁵¹ Decisão 1/CP.16, par. 8.

⁵² Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (2008). The world food crisis, par. 13.

⁵³ Organização Internacional do Trabalho. Greening with jobs. World employment social outlook 2018.

⁵⁴ RTP. Fecho de refinaria representa perdas de 5% do PIB em Matosinhos e 1% na AMPorto. https://www.rtp.pt/noticias/economia/fecho-de-refinaria-representa-perdas-de-5-do-pib-em-matosinhos-e-1-na-amporto_n1338087.

⁵⁵ OXFAM (2021). Tightening the net: Net zero climate targets – Implications for land and food equity, p. 16.

onde a redução de terra arável poderá levar ao aumento do preço dos alimentos. As populações mais ricas poderão conseguir suportar este aumento, ao passo que a franja mais pobre da população poderá não o conseguir.

O incentivo à eletrificação dos veículos e à aposta no uso de transportes públicos, sendo mais que bem-vinda, também cria alguns desafios. Desde logo, os veículos elétricos ainda são uma opção bem mais cara do que um carro com motor de combustão interna, não sendo, desta forma, acessíveis à maioria da população. Atualmente, já existem em cidades, um pouco por todo o mundo, Zonas de Emissão Zero ou Zonas de Baixas Emissões⁵⁶. Sendo uma boa ideia, neste momento, acaba por elitizar o acesso às cidades, pois quem vive mais longe dos centros urbanos tem, geralmente, piores acessos aos transportes públicos. Por conseguinte, é necessário que haja uma rede de transportes ou veículos elétricos, acessíveis à esmagadora maioria da população, antes de se criarem estas medidas, sob pena de as classes mais baixas, que, tendencialmente, vivem mais longe do centro das cidades, ficarem à mercê de uma rede transportes públicos com uma oferta muito reduzida ou nula. Somos, portanto, a favor da melhoria da rede de transportes públicos, mas com a ressalva de que esta melhoria nunca poderá resultar no aumento dos preços para o consumidor nem ser direcionada, exclusivamente, para as áreas mais ricas.

Por último, uma das medidas mais discutidas, no âmbito das políticas de redução das alterações climáticas, é a aplicação de um imposto sobre a emissão de dióxido de carbono (também conhecido pela expressão inglesa “carbon tax”). O imposto sobre as emissões de dióxido de carbono é visto como uma medida efetiva para a redução de emissões de gases poluentes⁵⁷. No entanto, se este imposto for refletido nos preços a pagar pelos consumidores, agravará as desigualdades. Em países onde os níveis de desigualdade social são altos, os investigadores alertam para o facto de o imposto sobre as emissões revestir um carácter regressivo em bens de necessidade como alimentação ou energia.⁵⁸ Desta forma, em certos bens, este tipo de imposto poderá ser gerador de ainda mais desigualdades. É necessário que se implementem medidas para contrariar este carácter regressivo do imposto, sob pena de o mesmo não ser aceitável.

As alterações climáticas são uma fonte de desigualdades e, pelo que foi analisado, as suas consequências poderão conduzir a um efeito bola de neve que levará a que este problema se arraste de forma geracional. Por outro lado, a redução das alterações climáticas terá de ser efetuada de uma forma justa que afete, de forma mínima ou nula, as pessoas mais desfavorecidas, para não acabar por ser, por si própria, uma fonte de

⁵⁶ Esta medida proíbe o acesso de veículos poluentes a determinadas zonas.

⁵⁷ Metcalf, 2019.

⁵⁸ Andersson & Atkinson, 2020.

desigualdade. Trata-se, sem dúvida, de um grande desafio que requererá muita ponderação por parte dos decisores mundiais, que terão de estar, constantemente, a monitorizar o difícil equilíbrio entre os vários aspetos em jogo.

5. As vítimas das alterações climáticas e a necessidade de as proteger

Depois de analisar o tremendo impacto que as alterações climáticas têm sobre os direitos humanos, debruçaremos o nosso estudo sobre algumas das vítimas das alterações climáticas. Sabendo que todo o ser humano é uma potencial vítima das alterações climáticas, existem grupos de pessoas que são particularmente vulneráveis. É precisamente sobre esses grupos que nos iremos debruçar. Um aspeto comum a todos os grupos que iremos mencionar é o facto de, por diferentes motivos, serem pessoas tendencialmente com recursos económicos escassos. Iremos então abordar as mulheres, as crianças, pessoas com deficiências, os povos indígenas e, com especial destaque, as pessoas deslocadas, onde iremos aprofundar a questão dos refugiados climáticos.

5.1. Mulheres

As mulheres são dos grupos mais afetados pelas alterações climáticas, não pela sua condição inata, mas sim por aquela resultante de desigualdades produzidas por papéis sociais de género, discriminação e pobreza”⁵⁹.

Em concreto, é possível apontar que “as mulheres são muito mais propensas a viver na pobreza; não ter propriedades e recursos para protegê-las numa situação pós-desastre; ter menos controlo sobre a produção e rendimentos; menos educação; menos acesso a apoio institucional e à informação; menos liberdade de associação e menos cargos nos órgãos de decisão”⁶⁰.

Exemplificando: no grande tsunami que afetou o sudeste asiático em 2004, uma grande parte das mortes registadas foi de mulheres. Uma das razões que pode explicar esta situação é o facto de, no Sri Lanka⁶¹, praticamente só os homens terem sido ensinados a nadar ou a subir às árvores⁶².

No Quénia, a procura de água pode significar um gasto de até 85% das calorias ingeridas por uma mulher e, em tempos de seca (que, como vimos, é uma das consequências mais comuns das alterações climáticas), as mulheres têm um fardo ainda

⁵⁹ Gaard, 2015.

⁶⁰ Alston, 2014.

⁶¹ Apesar de o relatório mencionar, especificamente, o Sri Lanka, esta situação também se verifica nos países vizinhos.

⁶² OXFAM, 2005, The Tsunami's Impact on Women.

mais pesado, chegando a passar 8 horas do seu dia à procura de água⁶³.

Por fim, concluiu-se que as alterações climáticas são uma grave ameaça na gravidez, quer à saúde da mãe, quer à do feto⁶⁴.

5.2. Crianças

As crianças, devido à sua vulnerabilidade, fruto do seu estado de desenvolvimento incompleto, gozam de proteção especial, tal como prevê o artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Perante esta vulnerabilidade, existem uma série de documentos legais e normas que prosseguem o objetivo de assegurar o livre e correto desenvolvimento da criança, nomeadamente: a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; a Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959; e através dos artigos 23.º e 24.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do artigo 10.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

As alterações climáticas minam o desenvolvimento das crianças, senão vejamos: desde logo, as crianças têm mais sensibilidade aos efeitos das alterações climáticas, como, por exemplo, uma onda de calor, devido aos sistemas de órgãos imaturos e à imaturidade cognitiva e dos sistemas de regulação emocional⁶⁵.

Além disso, em caso de um desastre natural, as crianças são particularmente vulneráveis devido a uma miríade de motivos⁶⁶: este pode danificar escolas e unidades de saúde, interrompendo, assim, a educação e reduzindo a disponibilidade de cuidados médicos. Pode destruir os meios de sustento da família, como, por exemplo, as terras de cultivo. Membros da família podem morrer, ficar feridos ou contrair doenças no pós-desastre, deixando a criança desamparada, quer a nível económico, quer a nível psicossocial. A família poderá perder rendimentos, quer por alguma maleita, quer pelas condições macroeconómicas provocadas pelo desastre. Estes dados assumem uma especial relevância, uma vez que as crianças de hoje vão enfrentar cerca de três vezes mais desastres climáticos do que os seus avós⁶⁷.

Em conclusão, acrescentamos que os efeitos relatados, ao afetarem as crianças, um pouco por todo o mundo, estão a colocar em causa gerações inteiras. Uma doença provocada pelo clima ou um trauma proveniente de um desastre natural poderão deixar sequelas permanentes, afetando a sua vida adulta.

⁶³Aguilar, Granat & Owren, 2015.

⁶⁴ Bekkar, Pacheco & Basu, 2020.

⁶⁵ McMichael, 2014.

⁶⁶ Kousky, 2016.

⁶⁷ Thiery et al., 2021.

5.3. Povos indígenas

Globalmente, existem 370 milhões de pessoas indígenas, e o seu sustento está a ser afetado pelas alterações climáticas⁶⁸. O preâmbulo da Declaração da Organização das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas refere que existe a “necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas próprias estruturas políticas, económicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e concepção de vida, especialmente os direitos às terras, territórios e recursos”, e que “o controlo pelos povos indígenas dos acontecimentos que os afetam, a eles e às suas terras, territórios e recursos permitir-lhes-ão manter e reforçar as suas instituições, culturas e tradições e promover o seu desenvolvimento de acordo com as suas aspirações e necessidades”. As alterações climáticas poderão minar estas estatuições.

Segundo um relatório da Organização das Nações Unidas, “as alterações climáticas, juntamente com a poluição e a degradação do ambiente, representam uma séria ameaça aos povos indígenas, que, muitas vezes, vivem em terras marginais e ecossistemas frágeis que são particularmente sensíveis a alterações no ambiente físico. Impactos relacionados com as alterações climáticas já levaram à deslocação das comunidades Inuit em regiões polares e afetaram as suas tradições e meios de subsistência. Povos indígenas que habitam Estados insulares de baixa altitude (mais conhecidos pela sua sigla em inglês “SIDS”) enfrentam pressões semelhantes, vendo a sua identidade cultural, que é intimamente ligada às suas terras e aos seus meios de subsistência, ameaçada⁶⁹.

Perante este cenário, é necessário que este grupo seja tido em consideração, não só pela sua necessidade de proteção, mas também pelo facto de ser um exemplo na adaptação ao clima e na gestão sustentável dos seus recursos.

5.4. Pessoas com deficiência

As pessoas com deficiência são um grupo particularmente vulnerável e, por isso mesmo, existem instrumentos que as protegem, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Programa Mundial de Ação Relativo às Pessoas com Deficiência ou as Normas sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. Cerca de 15% da população mundial padece de algum tipo de deficiência, sendo que, destes, entre 2 e 4% sofre de deficiência profunda⁷⁰.

Este grupo de pessoas sofre desproporcionalmente com alterações climáticas em

⁶⁸ Leal Filho et al., 2021.

⁶⁹ Escritório do Alto-Comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights, par. 51.

⁷⁰ Organização Mundial de Saúde. World report on disability 2011.

virtude de, entre outros, as pessoas com deficiência serem afetadas, com especial impacto, pelos efeitos adversos dos desastres naturais, correndo maior risco de morte, ferimentos e deficiências, devido ao facto de este grupo muitas vezes não ser tido em conta em políticas e programas de gestão de risco. Para além disso, muitas vezes, informações e avisos relacionados com emergências não são acessíveis a pessoas com deficiência⁷¹.

Acresce, ainda, o facto de que, numa necessidade de migração por ação das alterações climáticas, uma pessoa com deficiência enfrentará desafios acrescidos, desde logo pela sua eventual dificuldade na mobilidade ou pelo facto de estas pessoas serem vistas como um fardo nos locais para onde se deslocam⁷².

5.5. Pessoas deslocadas. Migrantes climáticos ou refugiados climáticos?

Por último, falaremos, de forma mais aprofundada, de um grupo particularmente vulnerável, os migrantes climáticos, pessoas que se veem obrigadas a deixar o seu local de origem devido a situações provocadas pelas alterações climáticas. É certo que, se estas vítimas tiverem o estatuto de refugiados, elas estarão mais protegidas. Mas será que os migrantes climáticos deverão ter o estatuto de refugiados climáticos? É essa a questão que iremos analisar neste capítulo.

Apesar de ser utilizado de forma corrente, o termo “refugiado climático” não existe no Direito Internacional. Assim, se, de facto, este conceito existir, as pessoas por ele abrangidas não gozam de proteção alguma. Porém, como Curtis reconhece, “pessoas deslocadas devido às alterações climáticas existem um pouco por todo o mundo – mesmo que a comunidade internacional seja lenta a reconhecê-las”⁷³.

A definição de refugiado encontra-se presente na Convenção de Genebra de 1951 e estatui que refugiado é aquele que, “temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. Assim, o migrante climático ou ambiental não terá o estatuto de refugiado à luz da letra da convenção, pois, em primeiro lugar, não se encontra a ser perseguido e, em segundo lugar, os efeitos das alterações climáticas são

⁷¹ Escritório do Alto-Comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Analytical study on the promotion and protection of the rights of persons with disabilities in the context of climate change.

⁷² L. Bell, Tabe & Bell, 2020.

⁷³ Curtis, 2017.

sofridos dentro do próprio país e, tipicamente, há, primeiro, uma deslocação interna. Porém, é certo que existirão situações que cairão no escopo da Convenção de Genebra, quando houver conflitos armados ou violência relacionados com causas ambientais como, por exemplo, uma crise de fome provocada por uma seca⁷⁴.

De qualquer forma, há doutrina que define refugiado ambiental fazendo-o da seguinte forma: “pessoas que foram forçadas a deixar o seu habitat tradicional, de forma temporária ou permanentemente, por causa de uma perturbação ambiental marcante (natural e/ou desencadeada por pessoas) que prejudicou sua existência e/ou afetou seriamente a qualidade de sua vida”⁷⁵.

É certo que, à luz da Convenção de Genebra de 1951, não existem “refugiados climáticos”, o que pode ser problemático, pois prevê-se que se as temperaturas continuarem a subir, no final do século, os pedidos de asilo aumentarão, em média, 28%⁷⁶. A doutrina diverge quanto a esta questão. Por um lado, autores como White consideram que este conceito tem muitos problemas: “É vago e muitas vezes anistórico. Junta inundações costeiras, ilhas em submersão, desertificação e desastres naturais numa só categoria. Destaca uma causa para o deslocamento, minimizando outras possíveis causas mais próximas”⁷⁷. Nesta esteira, outro argumento é o de que “alguns autores afirmam que é errado atribuir causalidade ao meio ambiente porque a migração é sempre o resultado de múltiplos fatores, incluindo forças sociais, económicas e políticas, bem como ambientais, ressaltando o facto de que o movimento demográfico humano é sempre um fenómeno tanto social quanto ecológico”⁷⁸.

Por outro lado, Williams considera necessária a fuga às conceções tradicionais sobre o conceito de refugiado com o objetivo de seguir a dinâmica das transformações globais e responder, adequadamente, aos desafios do mundo contemporâneo, sugerindo que o melhor caminho para a resolução desta crise se encontra na implementação de conexões de cooperação regional entre Estados para construir relações geopolíticas, económicas, culturais e ambientais em sintonia com os marcos jurídicos regionais já existentes⁷⁹. Nesta esteira, Alexander e Simon acreditam que a interpretação estrita da Convenção de Genebra de 1951, que abrange apenas “pessoas perseguidas”, é inadequada⁸⁰.

Considerando ambas as opiniões, a verdade é que “o direito internacional dos

⁷⁴ Alto-Comissariado da Organização das Nações Unidas para os Refugiados. Legal considerations on refugee protection for people fleeing conflict and famine affected countries, p. 1.

⁷⁵ Renaud *et al.*, 2010.

⁷⁶ Missirian & Schlenke, 2017.

⁷⁷ White, 2019.

⁷⁸ Oliver-Smith, 2012.

⁷⁹ Williams, 2008.

⁸⁰ Alexander & Jonathan, 2014.

refugiados não foi concebido para proteger as pessoas deslocadas devido aos efeitos das alterações climáticas, embora fujam de perigos específicos e, portanto, possam encontrar-se numa situação semelhante à de um refugiado”⁸¹.

Mesmo que, de acordo com a Convenção de Genebra, a situação dos migrantes climáticos não se enquadre no escopo de refugiados, há um consenso óbvio de que as pessoas deslocadas devido a causas ambientais merecem proteção. Seguidamente, analisaremos, de forma sumária, o caso Teitioti, que demonstra que, de facto, é reconhecida a necessidade da proteção dos migrantes climáticos.

As pessoas de Kiribati, Nauru e Tuvalu já estão a enfrentar os impactos das alterações climáticas: subida do nível médio do mar, intrusão de água salgada e secas. Num período de 10 anos, bastantes famílias foram afetadas pelas alterações climáticas (94% em Kiribati, 97% em Tuvalu e 74% em Nauru). Essa situação está a obrigar as pessoas a sair dos seus lugares de origem para encontrar um novo lar noutra local. Devido ao exposto, as alterações climáticas já estão a impactar os padrões de migração no Kiribati e Tuvalu: 23% dos migrantes do Kiribati e 8% do Tuvalu afirmaram que as mudanças climáticas foram o motivo da sua migração⁸².

Ioane Teitioti é, precisamente, originário de um destes países, Kiribati. Sumariamente, este indivíduo afirmava que os efeitos das alterações climáticas e a subida do nível médio do mar o forçaram a migrar da ilha de Tarawa, na República de Kiribati, para a Nova Zelândia. O Tribunal de Imigração e Proteção da Nova Zelândia negou o pedido de asilo. O Tribunal de Recurso e o Supremo Tribunal confirmaram a negação do asilo, pelo que Teitioti e a sua família foram deportados de volta para Kiribati. Nesta sequência, Teitioti apresentou uma queixa ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (o resultado foi apresentado no início de 2020), argumentando que, ao deportá-lo, a Nova Zelândia violou o seu direito à vida (artigo 6.º do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos) porque a subida do nível médio do mar e outros efeitos das alterações climáticas haviam tornado Kiribati inabitável para todos os seus residentes: havia disputas de terras porque as terras habitáveis estavam a escassear; a degradação do meio ambiente dificultava a agricultura de subsistência e a água doce encontrava-se contaminada pela água salgada. O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aceitou a prova de que, de facto, a subida do nível médio do mar estava a comprometer o abastecimento de água potável, uma vez que 60% da população obtém água doce exclusivamente em abastecimentos racionados. Também foi acolhido o argumento de que a subsistência de muitos residentes dependia

⁸¹ Kälin & Schrepfer, 2012.

⁸² United Nations ESCAP. Climate change and migration in the Pacific: Links, attitudes, and future scenarios in Nauru, Tuvalu, and Kiribati.

da agricultura de subsistência, e que esta agricultura se tornou consideravelmente mais difícil devido à salinização causada pelo aumento do nível do mar. Dito isto, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas decidiu que, embora pudesse ser difícil conseguir água potável e cultivar plantações, não era impossível fazê-lo, portanto, a deportação de Teitiota para Kiribati não violava o artigo 6.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O Conselho também concluiu que os tribunais da Nova Zelândia não violavam o direito à vida de Teitiota à época uma vez que, apesar da grave situação vivida em Kiribati, não havia uma ameaça iminente à vida.

No entanto, o aspeto inovador desta decisão foi o facto de o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas ter declarado que os Estados não podem devolver, coercivamente, as pessoas a lugares onde as alterações climáticas criam um risco para as suas vidas. O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirmou que os danos induzidos pelas mudanças climáticas podem ocorrer tanto por meio de eventos de início súbito (por exemplo, grandes tempestades ou inundações), quanto por processos de início lento (por exemplo, o aumento do nível do mar, salinização e degradação da terra), sendo que ambos podem impulsionar o movimento transfronteiriço de indivíduos que procuram proteção contra danos relacionados às mudanças climáticas. Esta decisão vai no mesmo sentido da afirmação do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados de que as pessoas que sofrem os danos das alterações climáticas, “sem prejuízo do seu direito de solicitar proteção de refugiado e receber o estatuto de refugiado, no mínimo, não deveriam ser forçadas a regressar aos seus países de origem e deve existir uma base legal para que estas possam permanecer por um período de tempo definido com base num regime de estada temporária, havendo possibilidade de renovar este regime quando pertinente e necessário”⁸³.

Cimoni acredita que as “conclusões do Conselho de Direitos Humanos são notáveis no sentido de que, por um lado, de facto, é reconhecida a categoria de refugiados climáticos, embora evitando o debate sobre a necessidade de expandir a definição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto de Refugiados. Por outro lado, a decisão do Conselho de Direitos Humanos confirma que os Órgãos de direitos humanos podem ser um fórum para litigar questões relacionadas com as alterações climáticas e questões ambientais”⁸⁴. Neste seguimento, Azeredo Lopes afirma que “a CDH deu o sinal de que, a partir de agora, aceita a existência de uma relação entre

⁸³ Alto-Comissariado da Organização das Nações Unidas para os Refugiados (2017). Legal considerations on refugee protection for people fleeing conflict and famine affected countries.

⁸⁴ Citroni, 2020.

as alterações climáticas e o direito à vida”⁸⁵.

Como tivemos oportunidade de verificar, o fenómeno da migração climática está a aumentar cada vez mais e assim continuará. Na nossa opinião, é essencial que os migrantes climáticos contem com uma proteção internacional sólida para proteger os seus direitos fundamentais.

Existem muitas soluções para a problemática da situação dos migrantes climáticos, como, por exemplo: a extensão do âmbito da Convenção de Genebra de 1951, ampliando o conceito de “deslocados internos”; a criação de um novo enquadramento que se aplica ao meio ambiente ou ao clima, adicionando um protocolo sobre migração induzida pelo clima à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas, entre outros⁸⁶. Na perspetiva de Gil, a solução passará pela “negociação de um novo instrumento jurídico especificamente destinado a definir e criar meios de proteção internacional e um estatuto legal para os ‘refugiados ambientais’”⁸⁷.

Este capítulo não tem a ambição de concluir qual é a melhor solução, sendo que o nosso único objetivo é alertar para a necessidade de ferramentas robustas para proteger os direitos humanos na migração induzida pelas mudanças climáticas. O caso Teitiota parece mostrar que boas medidas estão a ser adotadas para proteger os direitos humanos. No contexto atual, onde a Convenção dos Refugiados não está preparada para lidar com os migrantes climáticos, devemos congratular o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas por ter introduzido obrigações de *non-refoulement* em questões de migrações climáticas.

6. O papel dos Estados

Neste capítulo, iremos aprofundar as obrigações atinentes aos Estados na gestão da crise climática. Porém, antes de avançarmos para tal análise, cumpre concluir se a simples existência das alterações climáticas antropocêntricas configura, por si só, uma violação dos direitos humanos. Nas palavras de Patrícia Galvão Teles, “o maior desafio é, contudo, a responsabilização pelas violações de direitos humanos causadas em virtude das alterações climáticas: Que Estados? As empresas? Os direitos humanos de que cidadãos? Pois trata-se de um fenómeno novo das relações internacionais e que não passa por uma relação vertical e direta entre o Estado e os seus nacionais, mas sim por uma relação indireta e difusa entre a soberania, a atividade industrial e empresarial e a

⁸⁵ Azeredo Lopes, 2020.

⁸⁶ Parlamento Europeu. Directorate General for Internal Policies Department. “Climate refugees” legal and policy responses to environmentally induced migration.

⁸⁷ Gil, 2018.

comunidade internacional no seu todo, bem como as populações especialmente afetadas⁸⁸.

6.1. Alterações climáticas, uma violação dos direitos humanos *per se*?

Um relatório do Escritório do Alto-Comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos de 2009 concluiu, sumariamente, o seguinte: (a) as alterações climáticas são uma ameaça a muitos direitos humanos reconhecidos; (b) as alterações climáticas não representam, necessariamente, uma violação dos direitos humanos; (c), a questão dos direitos humanos incumbe os Estados de deveres no âmbito das alterações climáticas; e (d), existe uma obrigação de cooperação internacional⁸⁹.

As alterações climáticas não implicam uma violação dos direitos humanos, *per se*, segundo o relatório suprarreferido, porque, desde logo, não se pode imputar, de forma clara, os resultados produzidos pelas alterações climáticas a um Estado em específico. Para além disso, são apontados outros fatores, como a dificuldade em estabelecer um nexo de causalidade entre a emissão de gases poluentes de um certo país e um efeito concreto das alterações climáticas, ou ainda o facto de os danos relacionados com as alterações climáticas serem muitas vezes avaliados em projeções para o futuro, quando o apuramento das violações de direitos humanos é feito *ex post*.

De qualquer forma, é muito importante que se tragam os direitos humanos para a esfera das alterações climáticas: “enquadrar as alterações climáticas com a linguagem da lei dos Direitos Humanos é um afastamento da linguagem amplamente técnica dos tratados anteriores sobre as alterações climáticas. Usar a legislação de direitos humanos como uma forma de analisar as alterações climáticas muda o foco da discussão, puramente baseado na ciência, para uma abordagem baseada nos efeitos das mudanças climáticas sobre as populações. Em suma, os direitos humanos humanizam as alterações climáticas, algo que faltou no debate sobre justiça climática até os últimos anos”⁹⁰. Nesta esteira, o Acordo de Paris já faz referência aos direitos humanos, reconhecendo, no preâmbulo, que: “alterações climáticas constituem uma preocupação comum para toda a humanidade, as partes devem, ao tomar medidas para fazer face às alterações climáticas, respeitar, promover e ter em conta as respetivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, das comunidades locais, dos migrantes, das crianças, das pessoas com deficiência e das pessoas em situações

⁸⁸ Galvão Teles, 2018.

⁸⁹ Escritório do Alto-Comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights via Azeredo Lopes, 2020.

⁹⁰ Stillings, 2014.

vulneráveis e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres e a equidade entre gerações”.

6.2. Obrigações dos Estados

Tendo já concluído que as alterações climáticas, por si só, não representam uma violação dos direitos humanos, mas considerando a ameaça que representam para os mesmos, os Estados têm a “obrigação de preencher os direitos humanos, sendo esta obrigação é positiva e compele os Estados a facilitar, providenciar e promover o gozo destes Direitos”⁹¹. Assim sendo, “os Estados (titulares de deveres) têm a obrigação positiva de tomar medidas efetivas para prevenir e corrigir esses impactos climáticos e, portanto, mitigar as alterações climáticas, garantindo que todos os seres humanos (titulares de direitos) tenham a capacidade necessária para se adaptar à crise climática”⁹².

Os Estados têm três obrigações, relativamente aos direitos humanos⁹³:

(a) O respeito pelos direitos humanos, isto é, a abstenção de praticar atos que violem estes direitos. Aplicado ao contexto da emergência climática, caberiam aqui situações como a obrigação de o Estado diminuir as emissões de gases poluentes, não subsidiar atividades poluentes e não negar informação científica relação às alterações climáticas⁹⁴.

(b) A proteção dos direitos humanos, garantindo que ninguém viola estes direitos. Wewerinke-Singh considera que, no contexto das alterações climáticas, esta é a faceta mais importante, “não apenas para prevenir ou mitigar uma série de efeitos adversos das alterações climáticas que afetam o gozo dos direitos humanos, mas, também, para permitir o estabelecimento de responsabilidade por violações de direitos humanos relacionadas com as alterações climáticas que já podem ter ocorrido como resultado de emissões anteriores”⁹⁵. Daqui deriva que os Estados tenham o dever de promulgar leis e criar políticas para proteger os cidadãos dos efeitos nefastos das alterações climáticas e regular a ação de atores privados. Quanto a estes últimos, para além da necessidade mais óbvia de regular as emissões e ações poluentes dos mesmos, também achamos de extrema importância que se implementem, entre outras, medidas contra o chamado

⁹¹ Quirico & Boumghar, 2017.

⁹² Escritório do Alto-Comissário para os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Understanding human rights and climate change, p. 2.

⁹³ Escritório do Alto-Comissário para os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. International human rights law, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

⁹⁴ Lewis, 2018.

⁹⁵ Wewerinke-Singh, 2018.

*greenwashing*⁹⁶ por parte das empresas, pois é um ato extremamente desleal, sobretudo quando estamos perante um assunto tão delicado. As alterações climáticas não podem ser uma desculpa para as empresas aumentarem os lucros.

(c) A obrigação positiva de promover o gozo dos direitos humanos, através de ações concretas com vista a este objetivo. *In casu*, “o dever de promover requer ações positivas para lidar com os efeitos negativos das alterações climáticas, principalmente através da concretização e apoio a medidas de adaptação que garantam que as pessoas continuem a gozar os seus direitos humanos perante as alterações climáticas”⁹⁷. Neste âmbito, a doutrina fala ainda na obrigação de os Estados cooperarem em matéria de direitos humanos *ex vi* artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Assim, no contexto das alterações climáticas, os Estados devem estabelecer metas de mitigação consistentes com o pleno gozo dos direitos humanos, financiar medidas de adaptação em países vulneráveis e elaborar acordos internacionais que não prejudiquem os direitos humanos⁹⁸.

Pelo exposto, contornar o facto de as alterações climáticas não constituírem uma violação dos direitos humanos *per se* passará por, caso seja necessário, litigar com base num ou mais destes pilares fundamentais. Assim, em termos práticos, não será possível, por exemplo, imputar responsabilidade a um Estado por um fenómeno climático extremo atribuível às alterações climáticas, mas será possível litigar quanto a ações ou omissões dos Estados em matéria de ação climática. Foi, precisamente, o que aconteceu no caso *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*. Sucintamente, o caso foi movido contra o governo holandês pela Fundação Urgenda, em 2013, com base no facto de o mesmo não ter cumprido uma meta mínima de redução de emissões de dióxido de carbono, estabelecida pelo Painel Intergovernamental sobre Alterações Climáticas. A Fundação alegou que o Governo, ao não atingir estas metas, estaria a colocar em causa os direitos humanos legalmente protegidos dos cidadãos holandeses. Em 2019, este caso chegou ao Supremo Tribunal dos Países Baixos, que decidiu contra o Governo deste Estado, impondo que o Governo atingisse essa meta mínima. O Tribunal alegou⁹⁹ que o Governo era responsável pela gestão das emissões de dióxido de carbono do país e que se encontrava obrigado a proteger os direitos humanos, reiterando que cada Estado é responsável pela sua parte na questão das emissões de dióxido de carbono. Esta decisão assumiu um carácter muito inovador, pois foi a primeira vez que um Tribunal ordenou ao

⁹⁶ *Greenwashing* consiste num ou vários atos de uma determinada empresa com o objetivo de transmitir informação falsa ou induzir uma falsa impressão para fazer os consumidores acreditar que os seus produtos são sustentáveis, quando, na verdade, não o são.

⁹⁷ Lewis, 2018.

⁹⁸ Limon, 2019.

⁹⁹ Decisão disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>.

Governo que adotasse medidas para diminuir as emissões de gases com efeito de estufa do país. Congratulamos esta decisão e consideramos de extrema importância que a ligação dos direitos humanos (e a necessidade da sua proteção) com as alterações climáticas já esteja a chegar aos tribunais, trazendo, na prática, a perspetiva dos direitos humanos em assuntos climáticos.

7. Constitucionalismo ambiental global

Nos últimos anos tem-se observado o surgimento do Constitucionalismo Ambiental Global. Será esta disciplina uma possível solução para os problemas que se têm vindo a analisar ao longo do ensaio?

Não existe uma definição universal para o Constitucionalismo Ambiental. No entanto, como ponto de partida, usaremos a abordagem de May e Daly: “o constitucionalismo ambiental é um fenómeno relativamente recente baseado na confluência do direito constitucional, direito internacional, direitos humanos e direito ambiental. Representa o reconhecimento de que o meio ambiente é digno de proteção em textos constitucionais”¹⁰⁰. Desta forma, os mesmos autores argumentam que “o constitucionalismo ambiental sugere uma nova forma de pensar sobre a relação entre indivíduos, governos soberanos e o meio ambiente, com o objetivo de salvaguardar o meio ambiente, para o benefício dos seres humanos, presente e futuro, e (...) o próprio meio ambiente”¹⁰¹.

Outra definição ensina-nos que a Constituição Ambiental Global “pode ser descrita como uma análise e defesa de valores, princípios e direitos ambientais que são suficientemente coerentes e duradouros para formar uma constituição (...) sendo que esse propósito é melhor servido através de investigação, quer a nível local, quer a nível internacional, de formas de desenvolvimento do Direito do Ambiente e da governança ambiental”.¹⁰² Neste seguimento, May e Daly consideram que “comparar a jurisprudência ambiental constitucional de países ao redor do mundo produz *insights* sobre a forma como diferentes culturas jurídicas lidam com questões semelhantes”¹⁰³.

Por último, Pereira da Silva fala em constitucionalismo verde para definir a “consagração legal de princípios fundamentais de natureza ecológica, bem como a atribuição legal de um direito fundamental ao meio ambiente, seja em textos constitutivos emanados da ordem jurídica global, na Constituição (material) Europeia, ou nas Constituições dos Estados”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ May & Daly, 2015.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Bosselmann, 2015.

¹⁰³ May & Daly, 2015.

¹⁰⁴ Pereira da Silva, 2022.

Em suma, há doutrina que afirma que a Constituição Ambiental Global deve ser um documento legislativo de escala global que possa integrar, sistemicamente, os requisitos para regular todas as situações ambientais no nosso planeta¹⁰⁵.

Depois desta introdução conceptual, iremos analisar se, de facto, existe uma Constituição Ambiental Global e porque é que é vantajoso que exista tal conceito.

7.1. A existência de uma constituição ambiental global

No Direito Internacional Ambiental atual, existe um grande número de instrumentos jurídicos e instituições criados para enfrentar os problemas ambientais. Com isto em mente, podemos indagar se este mesmo conjunto de instrumentos e instituições de Direito Ambiental Internacional equivalem a algo que se possa afirmar como uma Constituição Ambiental Internacional.

Bodansky não acredita que esses instrumentos legais estabeleçam uma Constituição Ambiental Global, justificando o seu ceticismo com o facto de os acordos não criarem um sistema de governança independente dos Estados. Por outras palavras, os instrumentos jurídicos são demasiado dirigidos aos Estados, podendo os mesmos sair dos acordos ambientais (*vide*, por exemplo, o abandono do Acordo de Paris, por parte dos Estados Unidos da América, durante a administração Trump). Neste seguimento, o mesmo autor aponta também o facto de os instrumentos jurídicos falharem em levar determinados problemas que possam surgir para fora do âmbito político por não conseguirem impor restrições efetivas, sejam estas procedimentais ou substantivas. Ademais, não existe um sistema de controlo judicial, que é, comumente, associado ao constitucionalismo¹⁰⁶.

Kotzé afirma que, “embora a existência de uma organização ambiental internacional e uma constituição ambiental global não sejam explicitamente evidentes, pode dizer-se que existe alguma forma de hierarquia de normas ambientais (incluindo normas *jus cogens* de carácter ambiental, obrigações *erga omnes* e direito internacional consuetudinário)¹⁰⁷.

De facto, estamos perante fortes argumentos contra o facto de existir uma Constituição Ambiental Global. Porém, partilhamos, totalmente, da posição de Contipelli¹⁰⁸, que afirma que “a narrativa proposta pelo constitucionalismo global pode ser compreendida a partir da construção de micro-constituições globais relacionadas a

¹⁰⁵ Semenyuk, 2011.

¹⁰⁶ Bodansky, 2009.

¹⁰⁷ Kotzé, 2017.

¹⁰⁸ Contipelli, 2018.

temas específicos de uma determinada área”. Desta forma, as “micro-constituições-globais são parte de um amplo sistema de constitucionalismo global, que inspira os seus respetivos processos de construção e objetiva prover-lhes um conteúdo apropriado de efetividade, por meio de ações em diferentes âmbitos de governança, para escapar do discurso pautado na ideia de ‘*soft law*’ que predomina e influencia a conceção do direito internacional”. Nesta esteira, temos uma distinção entre elementos constitutivos e não constitutivos. Os elementos constitutivos atuam como a estrutura básica do sistema (*in casu*, ambiental/climático) e são difíceis de modificar. Os elementos não constitutivos são as normas regulatórias mais fáceis de modificar, se necessário. Nesse contexto, acreditamos que as normas regulatórias devem ser particularmente flexíveis para acompanhar as descobertas científicas mais recentes, em matéria ambiental.

Mesmo que não haja consenso sobre a existência de uma Constituição Ambiental Global, há um “grande e crescente número de declarações legais que, juntas, criam um corpo de normas de direitos humanos relativas ao meio ambiente”¹⁰⁹. Prova disso são as normas que temos vindo a mencionar ao longo desta dissertação.

7.2. O constitucionalismo global ambiental como forma de defesa dos direitos humanos no contexto das alterações climáticas

Como temos tido oportunidade de compreender ao longo deste ensaio, as alterações climáticas não são um problema circunscrito apenas a alguns países ou regiões. Se não forem paradas a tempo, todas as pessoas, sem exceção, serão afetadas. Considerando este impacto mundial, não conseguimos encontrar muitos mais cenários onde a palavra “global” faça mais sentido do que no Constitucionalismo Global Ambiental.

Um problema tão global necessita, sem dúvida, de uma cooperação a nível mundial e, sendo assim, o Constitucionalismo Global Ambiental é uma excelente ferramenta para enfrentar a enorme crise ambiental global que enfrentamos atualmente.

Como resultado, veríamos uma mudança do constitucionalismo antropocêntrico para o constitucionalismo ecocêntrico, onde existiriam limitações ecológicas no campo dos direitos fundamentais. À primeira vista, tal poderá parecer uma derrota no campo dos direitos humanos. No entanto, como afirma Bosselmann, “indiscutivelmente, o meio ambiente é ainda mais fundamental do que os direitos humanos, pois representa as condições naturais de toda a vida, incluindo os seres humanos”¹¹⁰. Assim, se o meio

¹⁰⁹ Knox, 2013.

¹¹⁰ Bosselmann, 2015.

ambiente estiver protegido, de certa forma, vários direitos humanos estarão mais protegidos. Em todo o caso, esta abordagem ecocêntrica do Constitucionalismo teria de ser usada de forma cautelosa, pois alguns regimes mais autoritários poderiam usar argumentos ecológicos para limitar desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

May e Daly veem as leis ambientais internacionais como sendo “particularmente brandas”¹¹¹. Como já vimos, um meio ambiente saudável deve estar no topo da lista de prioridades e, assim, os instrumentos jurídicos sobre o assunto não podem ser brandos. Ao dar dignidade constitucional às leis ambientais, garantimos que estas serão mais rígidas e mais facilmente executáveis.

Outro motivo que nos faz acreditar que precisamos de um movimento de Constitucionalismo Ambiental Global desenvolvido baseia-se no facto de, como vimos, as alterações climáticas não constituírem uma violação dos direitos humanos *per se* e pela dificuldade de estabelecer um nexo de causalidade claro entre as alterações climáticas e a violação específica de um direito humano em causa. Ao haver um regime constitucionalizado, isto é, ao dar dignidade constitucional a este assunto, isso ajudaria a que mais contendas relacionadas com alterações climáticas obtivessem mais sucesso. Apesar de, como visto, se poder litigar com base nas obrigações dos Estados quanto aos direitos humanos, este regime constitucionalizado seria mais um forte instrumento à disposição dos cidadãos.

Em conclusão, o facto de os problemas ambientais ainda não terem dignidade constitucional, num âmbito generalizado, é perigoso e revela uma total alienação relativamente ao estado atual em que nos encontramos. Tendo isto em consideração, devemos analisar de que forma os valores globais ambientais podem ser identificados e incorporados nalguma forma de constituição mundial¹¹². Com base em tudo o que foi sendo afirmado, apoiamos veementemente a ideia de uma constituição ambiental universal codificada. Dito isto, deveremos sempre lembrar-nos de que “o constitucionalismo ambiental global é integral, não substitutivo: engloba os sistemas jurídicos internacionais e nacionais existentes”¹¹³.

Como Kotzé afirma, “enquanto o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente fornece, de alguma forma, um regime regulatório centralizado que coordena, até certo ponto, o domínio regulatório ambiental global, não consegue ser um regime centralizado forte como é, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio”¹¹⁴. Ora, isto não é suficiente, e, por isso, precisamos de um sistema articulado e multidisciplinar

¹¹¹ May & Daly, 2015.

¹¹² Bosselmann, 2015.

¹¹³ May & Daly, 2015.

¹¹⁴ Kotzé, 2017.

onde o direito e a ciência estejam intimamente relacionados. Um dos primeiros passos que precisamos de dar é o estabelecimento de uma instituição forte, centralizada, transparente, bem financiada e democrática para coordenar os esforços globais do ambientalismo e, se possível, começar a trabalhar para a criação de uma Constituição Ambiental Global aceite por quase todos os Estados. Se atingirmos esses objetivos, acreditamos que estaremos mais próximos de resolver essa gigantesca crise que enfrentamos.

Conclusão

Hoje, mais do que nunca, é necessário tomar consciência do grande perigo que as alterações climáticas representam. A verdade é que os ventos de mudança já chegaram e alguns resultados devastadores já se começam a revelar. Cumpre-nos agora preparar as fundações, antes que o vento sopre com demasiada força e se atinja um ponto irreversível.

Ao longo desta exposição tivemos a oportunidade de perceber algumas consequências nefastas das alterações climáticas, que impactarão a vida de todos os humanos (apesar de virem a afetar de forma mais severa alguns grupos). Assim, é necessário agir a contravapor para mitigar as alterações climáticas de forma a que as agressões aos direitos humanos sejam reduzidas ao máximo possível.

O Direito e a Política encontram-se intimamente ligados. Algumas medidas para mitigar as alterações climáticas serão, tendencialmente, impopulares e muitos políticos poderão cair na tentação de não as tomar, adiando-as, sucessivamente, para não perder votos. Cumpre-lhes decidir se preferem ser eleitos para mais um mandato ou ficar do lado certo da História. Nas palavras de Poiares Maduro, “a estrutura de incentivos políticos minou a efetiva ação política. A assimetria entre os benefícios a longo prazo e os custos imediatos das ações preventivas prejudicam políticas eficazes. Somente quando os efeitos começam a aparecer à comunidade é que a ação política se torna possível”¹¹⁵. A verdade é que o ser humano tem alguma dificuldade em avaliar os efeitos benéficos a longo prazo do que quer que seja, tendo tendência a sobrevalorizar o curto prazo. Por isso mesmo, é essencial que a divulgação científica e a instrução, no geral, da comunidade se tornem uma prioridade. Só assim a comunidade terá mais ferramentas para entender as implicações das suas escolhas no longo prazo e não estará tão à mercê das medidas eleitoristas dos atores políticos.

Para que haja sucesso neste quesito, é necessário que haja uma cooperação permanente e eficaz entre todos os Estados – afinal, para problemas globais são necessárias soluções globais. Nem sempre essa colaboração se verifica, veja-se o exemplo das vacinas contra a COVID-19: é sabido que uma distribuição equitativa das vacinas ajudaria bastante a controlar a pandemia a nível global, prevenindo, por exemplo, o surgimento de novas variantes. Porém, ainda se verifica uma disparidade enorme entre as vacinas disponíveis nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento. Os países mais ricos têm um incentivo egoístico (isto é, controlar a pandemia) para ajudar os países mais pobres e nem assim o fazem de forma satisfatória. Receamos que o mesmo

¹¹⁵ Poiares Maduro & Kahn, 2020.

se possa passar na questão das alterações climáticas e consideramos de máxima importância que existam mecanismos de colaboração que permitam que os países mais pobres não sejam deixados para trás na luta contra as alterações climáticas, pois só assim poderão fazer a sua parte.

Terminamos, assim, a nossa dissertação conscientes de que estamos perante o risco de experienciar a maior crise de direitos humanos da história, mas, ao mesmo tempo, esperançosos que a humanidade se consiga unir e vencer este enorme desafio.

Bibliografia

- AGUILAR, L., GRANAT, M. & OWREN, C. (2015). *Roots for the future: The landscape and way forward on gender and climate change*. Washington, DC: IUCN & GGCA.
- ALEXANDER, H. & SIMON, J. (2014). Unable to return in the 1951 Refugee Convention: Stateless refugees and climate change. *Florida Journal of International Law*, vol. 26, no. 3.
- ALSTON, M. (2014). *Women's studies international forum*, vol. 47, part B, pp. 287-294.
- AMAN, F. (2016). Water dispute escalating between Iran and Afghanistan.
- ANDERSSON, J. & ATKINSON, G. (2020). The distributional effects of a carbon tax: The role of income inequality.
- AZEREDO LOPES, J.A. (2020). Alterações climáticas, iminência e proteção de direitos humanos: Algumas notas a propósito do caso Teitiota c. Nova Zelândia. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, vol. 11, no. 1, pp. 3-38.
- BAMBER, J. et al. (2019). Ice sheet contributions to future sea-level rise from structured expert judgment. *Proc Natl Acad Sci USA*, vol. 116, no. 23, pp. 11195-11200.
- BEKKAR B., PACHECO, S. & BASU RUPU (2020). Association of air pollution and heat exposure with preterm birth, low birth weight, and stillbirth in the US: A systematic review.
- BELL, S., TABE, T. & BELL, S. (2020). Seeking a disability lens within climate change migration discourses, policies and practices. *Disability & Society*, vol. 35, no. 4, pp. 682-687.
- BODANSKY, D. (2009). Is there an international environmental constitution? *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, article 8.
- BOSELDMANN, K. (2015). Global environmental constitutionalism: Mapping the terrain.
- BURKE, C. & STOTT, P. (2017). Impact of anthropogenic climate change on the East Asian summer monsoon. *Journal of Climate*, vol. 30, no. 14, pp. 5205-5220.
- BURKE, M., HSIANG, S. & MIGUEL, E. (2015). Global non-linear effect of temperature on economic production. *Nature*, vol. 527, pp. 235-239.
- CARVALHO, D., CARDOSO PEREIRA, S. & ROCHA, A. (2021). Future surface temperature changes for the Iberian Peninsula according to EURO-CORDEX climate projections. *Clim Dyn*, vol. 56, pp. 123-138.
- CHRISTIAN AID. Counting the Cost 2021. A year of climate breakdown.
- CITRONI, G. (2020). Human Rights Committee's decision on the case Ieoane Teitiota v. New Zealand: Landmark or will-o'-the-wisp for climate refugees? *Questions of International Law*.
- CONTIPELLI, E. (2018). Constitucionalismo climático global. *Revista Justiça do Direito*, vol. 32, no. 2, pp. 278-330.
- COOK, J. et al. (2016). Consensus on consensus: A synthesis of consensus estimates on human-caused global warming. *Environmental Research Letters*, vol. 11, no. 4.
- CURTIS, K. (2017). "Climate refugees", explained. UN Dispatch.
- DARA. Climate vulnerability monitor – A guide to the cold calculus of a hot planet.
- EL FADEL, M. et al. (2002). The Euphrates-Tigris basin: A case study in surface water conflict resolution. *Journal of Natural Resources and Life Sciences Education*, vol. 31, no. 1,

pp. 99-110.

- Frederick Dumas, G. (2010). A greener revolution: Using the right to food as a political weapon against climate change. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, no. 1.
- FRERE, T., YOW MULALAP, C. & TANIELU, T. (2020). Climate change and challenges to selfdetermination: Case studies from French Polynesia and the Republic of Kiribati. *The Yale Law Journal Forum*, vol. 129, pp. 648-673.
- FULLER, T. et al. (2012). The ecology of emerging infectious diseases in migratory birds: An assessment of the role of climate change and priorities for future research. *EcoHealth*, vol. 9, pp. 80-88.
- GAARD, G. (2015). Ecofeminism and climate change. *Women's Studies International Forum*, vol. 49, pp. 20-33.
- GALVÃO TELES, P. (2018). Direitos humanos e alterações climáticas. Janus 2018-2019 - Conjuntura internacional: a dimensão externa da segurança interna. Lisboa: Observare.
- GIL, A.R. (2018). Direito internacional dos refugiados: Tópicos de mudança. In Duarte, M.L. & Lancelo, R.T. (coords.). *O direito internacional e o uso da força no século XXI*, pp. 253-297. Lisboa: AAFDL.
- HUMPHREYS, S. & ROBINSON, M. (2009). *Human rights and climate change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JIANHONG E. et al. (2014). Climate change and the risk of highly pathogenic avian influenza outbreaks in birds. *British Journal of Environment & Climate Change*, vol. 4, no. 2, pp. 166-185.
- KÄLIN, W. & SCHREPFER, N. (2012). Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches.
- KNOX, J. (2013). Report of the independent expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.
- KOTZÉ, L. J. (2017). Global environmental constitutionalism in the anthropocene.
- KOUSKY, C. (2016). Impacts of natural disasters on children. The future of children. *Children and climate change*, vol. 26, no. 1, pp. 73-93.
- KUMAR, A. & RAJASEKHARAN, K.N. (2021). COVID 19 and its mental health consequences. *Journal of Mental Health*, vol. 30.
- LEAL FILHO, W. & et al. (2021). Impacts of climate change to African indigenous communities and examples of adaptation responses. *Nat Commun*, vol. 12, 6224.
- LEMERY, J., KNOWLTON, K. & SORENSSEN, C. (eds.) (2021). *Global climate change and human health: From science to practice*. 2.^a ed. Jossey-Bass.
- LEWIS, B. (2018). *Environmental human rights and climate change: Current status and future prospects*. Springer.
- LIMON, M. (2009). Human rights and climate change: Constructing a case for political action. *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33, no. 439.
- LUBER, G. & LEMERY, J. (eds.) (2015). *Global climate change and human health – From science*

to practice. Jossey-Bass.

- MAGUIRE, A. & MCGEE, J. (2017). A universal human right to shape responses to a global problem? The role of self-determination in guiding the international legal response to climate change. *RECIEL*, vol. 26, pp. 54-68.
- MAY, J. & DALY, E. (2015). *Global environmental constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MCMICHAEL, A.J. (2014). Climate change and children: Health risks of abatement inaction, health gains from action. *Children*, vol. 1, no. 2, pp. 99-106.
- MEIERHENRICH, J. (2020). How many victims were there in the Rwandan genocide? A statistical debate, *Journal of Genocide Research*, vol. 22, no. 1, pp. 72-82.
- METCALF, G. (2019). Carbon taxes: What can we learn from international experience?
- MISSIRIAN, A. & SCHLENKER, W. (2017). Asylum applications respond to temperature fluctuations. *Science*, vol. 358, no. 6370.
- OLIVER-SMITH, A. (2012). Debating environmental migration: Society, nature, and population displacement in climate change. *Journal of International Development*.
- OXFAM (2020). Confronting carbon inequality. Putting climate justice at the heart of the COVID-19 recovery.
- OXFAM (2005). The tsunami's impact on women.
- OXFAM (2021). Tightening the net: Net zero climate targets – Implications for land and food equity.
- PEREIRA DA SILVA, J. & Almeida Ribeiro, G. (coords.) (2007). *A justiça entre gerações: Perspetivas interdisciplinares*. Universidade Católica Editora.
- PEREIRA DA SILVA, V. (2022). Green constitution: The right to the environment. In Cremades, J. & HERMIDA, C. (eds.). *Encyclopaedia of contemporary constitutionalism*. Springer, Cham.
- Poiars MADURO, M. & KAHN, P.W. (eds.). (2020). *Democracy in times of pandemic: Different futures imagined*. Cambridge: Cambridge University Press.
- QUIRICO, O. & MOULOUD, B. (2017). *Climate change and human rights. An international and comparative law perspective*. Routledge.
- RENAUD, F. et al. (2010). Environmental degradation and migration. *Nat Hazards*, vol. 55, pp. 689-715.
- RICE, M. et al. (2014). Climate change. A global threat to cardiopulmonary health. *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, vol. 189, no. 5.
- SCHMIDHUBER, J. & TUBIELLO, F. (2008). Global food security under climate change. In *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 104, pp. 19703-8.
- SEMENYUK, E.P. (2011). The concept of the world environmental constitution and information science. *Sci. Tech. Inf. Proc.*, vol. 38, pp. 1-12.
- STILLINGS, Zacakary L. (2014). Human rights and the new reality of climate change:

- Adaptation's limitations in achieving climate. *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, no. 3.
- THIERY, W. et al. (2021). Intergenerational inequities in exposure to climate extremes. *Science*, vol. 374, no. 6564, pp. 158-160.
- WATTS, N. et al. (2019). The 2019 Report of The Lancet Countdown on Health and Climate Change: Ensuring that the health of a child born today is not defined by a changing climate. *The Lancet*, vol. 394, no. 10211, pp. 1836-1878.
- WESTRA, L. (2010). Climate change and the human right to water. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 1, no. 2, pp. 161-168.
- WEWERINKE-SINGH, M. (2018). State responsibility for human rights violations associated with climate. In Dyuck, S. et al. *Routledge handbook of human rights and climate governance*. Routledge.
- WHITE, G. (2019). Climate refugees: A useful concept? *Global Environmental Politics*, vol. 19, no. 44, pp. 133-138.
- WILLIAMS, A. (2008). Turning the tide: Recognizing climate change refugees in international law. *Law and Policy*, vol. 30, pp. 502-529.

Erro na vida?

Da admissibilidade das ações de wrongful life e wrongful birth

Hugo Daniel Leite Velasco

Sob a orientação do Professor
Doutor Agostinho Guedes

Agradecimentos

Aos meus pais, por me fazerem acreditar que consigo ser mais e melhor do que realmente sou, pelo apoio incondicional e pelos sacrifícios que tiveram de suportar para que eu hoje possa ter o privilégio de escolher quem quero ser.

Ao meu irmão Tiago, por ser a minha distração e refúgio da realidade.

Aos meus avós, pela forma como cuidaram e continuam a cuidar de mim, fazendo o possível e o impossível.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Agostinho Guedes, não só pelos conselhos e orientação oferecidos durante este trabalho, mas também pelo exemplo de jurista que almejo ser.

À Universidade Católica Portuguesa, pela forma como me acolheu e integrou na sua comunidade, fornecendo todas as ferramentas para o meu sucesso profissional.

Resumo

O trabalho em apreço tem como tema principal a discussão das *wrongful actions* no ordenamento jurídico português, mais concretamente as ações de *wrongful birth* e *wrongful life*. Os primórdios destas ações remontam à década de 60, mas têm sido alvo de uma discussão cada vez mais profunda nos últimos anos, devido não só aos grandes avanços tecnológicos registados na área da medicina pré-natal, mas também a uma preocupação crescente na proteção dos direitos dos pacientes. Como não podia deixar de ser, este tema intercede várias áreas do saber, como o Direito, a Ética, a Medicina e, quicá, a Filosofia, mas apenas nos centraremos nas implicações jurídicas que o tema comporta. Assim sendo, o trabalho consistirá em fazer uma delimitação dos casos a que nos propomos tratar, seguida de uma breve análise jurisprudencial (nacional e internacional) de modo a percebermos como é que a questão foi evoluindo ao longo do tempo. Finalmente, iremos tratar das ações em apreço e perceber de que modo o nosso instituto da responsabilidade civil pode (ou não) dar resposta a estes problemas jurídicos, terminando com uma breve conclusão que espelhe a nossa opinião sobre este tema tão complexo e polarizador.

Palavras Chave: *Wrongful life; wrongful birth*; responsabilidade civil.

Abstract

The main theme of this dissertation is the discussion around *wrongful actions* in the Portuguese legal system, in particular, *wrongful birth* and *wrongful life* actions. These actions started around the 60's, but have been a major topic of discussion in the last several years, not only because of the great technological advancements in prenatal medicine, but also because of the rising concerns with the protection of patients' rights. This topic interferes with various areas of human knowledge, such as Law, Ethics, Medicine, and Philosophy, but we will focus exclusively on the legal implications. As such, we will address both national and international jurisprudence to understand how this discussion has evolved throughout time. Lastly, we will try to figure if these actions can be solved through our rules of civil liability, and we will conclude by giving our opinion on the matter at hand.

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

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	acórdão
art.	artigo
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	confrontar
DPN	Diagnóstico pré-natal
IVG	interrupção voluntária da gravidez
n.º(s)	número(s)
<i>op. cit.</i>	obra citada
p./pp.	página(s)
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	6
O que são as <i>wrongful actions</i>	7
Jurisprudência	10
<i>Wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i> à luz do regime da responsabilidade civil	16
1. Facto voluntário do agente	16
2. Ilicitude	17
3. Culpa	21
4. Dano	24
5. Nexo de causalidade	27
Conclusão	29
Bibliografia	31
Jurisprudência nacional	34
Jurisprudência estrangeira	35

Introdução

Nas últimas décadas, a ciência tem evoluído a passos largos e, fruto dessa evolução, surgem na área da medicina técnicas cada vez mais sofisticadas e precisas no que toca aos exames de diagnóstico realizados a uma mulher grávida e ao seu feto. Os exames pré-natais e diagnósticos pré-concepcionais de hoje, em virtude da tecnologia de ponta utilizada, contêm enormes quantidades de informação absolutamente vitais relativamente ao estado do ser que se encontra em gestação, inclusive a deteção de malformações genéticas ou problemas no desenvolvimento do embrião/feto. Sempre que haja alguma anormalidade no feto, compete ao médico que procedeu ao exame informar devidamente o casal para que possam tomar a decisão consciente de continuar com a gravidez ou optar pela Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG). Sempre que o médico falta negligentemente com o dever de informação que lhe compete cumprir e os pais decidem prosseguir com a gravidez sem estarem devidamente informados sobre as malformações e problemas congénitos de que padece o feto, surge o problema a que nos propomos tratar e analisar neste trabalho: as *wrongful actions*.

As *wrongful actions* são tradicionalmente casos de responsabilidade civil que podem ser agrupadas em ações de *wrongful life*, *wrongful birth* e ainda *wrongful conception*. Este último tipo de ação acaba por ser mais um conceito do que propriamente um tipo de ação com substância e expressão jurídica, daí que nos foquemos essencialmente nos primeiros dois tipos referidos.

Assim sendo, estas ações, comumente traduzidas como “vida indevida” e “nascimento indevido”, reportam-se à relação estabelecida entre pais (e eventualmente o feto) e o médico que realizou os exames de diagnóstico pré-natal, tendo como “pedra de toque” o incumprimento pelo médico do dever de informação do qual resultou o nascimento de uma criança com deficiências graves e altamente limitadoras para a sua vida.

Facilmente se consegue perceber que estas ações são especialmente delicadas e complexas, levantando uma panóplia de problemas, desde logo problemas éticos, jurídicos, religiosos e, quiçá, até filosóficos, daí que não seja surpreendente haver tanta discórdia e controvérsia. O trabalho em apreço incidirá essencialmente na vertente jurídica do problema e na aferição da existência de responsabilidade civil do médico (e porventura do hospital) numa situação típica de “vida indevida” ou “nascimento indevido”.

Para responder a tal questão, o trabalho começará por precisar alguns conceitos nucleares ao estudo deste problema, nomeadamente a diferença entre *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*, sendo que se centrará essencialmente nos

conceitos de *wrongful birth* e *wrongful life*, porque são os juridicamente mais relevantes e problemáticos.

Numa segunda parte do trabalho, entendemos ser importante abordar as origens deste tipo de ações e a forma como estas questões têm sido encaradas, quer pelos tribunais de outros ordenamentos jurídicos – em especial o caso francês “Perruche”, o caso holandês “baby Kelly”, entre outros –, quer pelos nossos tribunais, com decisões absolutamente fundamentais para o debate e desenvolvimento deste problema jurídico – STJ 19/06/2001, STJ 17/01/2013 e TC n.º 55/2016.

Finalmente, e sendo este um tema de responsabilidade civil, caberá analisar os vários pressupostos da RC – facto do agente, ilicitude, dano, nexo de causalidade e culpa – e identificar quais os principais problemas ou questões levantadas em cada um destes requisitos, para no fim aferir se, face àquilo que é o nosso quadro legislativo, é possível responsabilizar civilmente o médico e/ou a clínica médica que realizou os exames pré-natais, de forma a dar uma resposta o mais clara e rigorosa possível à questão que nos propomos a responder: serão as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* admissíveis à luz do ordenamento jurídico português?

O que são as *wrongful actions*

As *wrongful actions* são, *grosso modo*, ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva e que têm a sua origem na violação da chamada “*legis artis*” no contrato celebrado entre paciente e médico/clínica e que termina numa gravidez ou nascimento indesejados, podendo a criança em causa nascer saudável ou com graves patologias. A doutrina tem subdividido estas ações em três tipos específicos, designadamente as ações de *wrongful life*, *wrongful birth* e ainda *wrongful conception*, havendo claras diferenças entres estes três tipos de ações. Enquanto as ações de *wrongful conception* se focam mais no cumprimento defeituoso de uma intervenção cirúrgica levado a cabo pelo médico, as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* cingem-se aos danos resultantes de um aconselhamento genético defeituoso no âmbito de diagnósticos genéticos pré-implantação (DGPI) e de diagnóstico pré-natal (DPN). Passo a explicar.

Os casos de *wrongful conception* (“conceção indevida”) ocorrem quando se dá o nascimento de uma criança perfeitamente saudável, em virtude de uma interrupção de gravidez mal sucedida ou de uma esterilização mal efetuada²³⁰⁰. De forma singela, o dano em causa neste tipo de situações não é propriamente o nascimento da criança saudável,

²³⁰⁰ Raposo, 2010. O exemplo clássico é o da pessoa que se dirige a uma clínica para realizar uma vasectomia ou laqueação das trompas de Falópio e, apesar dessa cirurgia, acaba por gerar uma criança.

mas sim o direito dos pais ao planeamento familiar ou “direito à não reprodução”. A legitimidade ativa para intentar este tipo de ações será obviamente dos pais e não da criança, visto que ela não sofreu qualquer tipo de dano. No fundo, estamos perante ações que visam responsabilizar o médico que se comprometeu a levar a cabo uma operação que evitaria o nascimento da criança, sendo que os pais pretendem uma indemnização dos danos patrimoniais – custos necessários para a repetição dos procedimentos médicos para a esterilização, com a educação do filho, entre outros – e ainda danos não patrimoniais – pela “violação do direito à liberdade de (não) reprodução”²³⁰¹. Para o nosso estudo, a *wrongful conception* tem apenas interesse teórico, uma vez que iremos centrar a nossa análise nas situações de *wrongful birth* e *wrongful life*.

Relativamente às situações de *wrongful life* e *wrongful birth*, e conforme foi referido no início deste capítulo, são casos que geralmente partilham a mesma realidade factual, i.e., da omissão do dever de informação resulta uma gravidez indesejada e que culmina no nascimento de uma criança que padece de graves deficiências congénitas. No entanto, há dois aspetos que servem para distinguir estes dois casos de responsabilidade civil médica: a questão da legitimidade ativa em propor a ação; e os direitos ofendidos em cada caso.

Quanto aos episódios de *wrongful birth*, estamos sempre a falar de uma ação proposta pelos pais, em seu nome próprio, contra o médico e/ou instituição hospitalar onde decorreram os exames médicos. O facto de o médico, aquando da análise dos resultados médicos, não cumprir com o dever de informação (ou por omissão total ou por informação defeituosa) impede que os pais tomem conhecimento de que o feto sofre de doenças graves e, conseqüentemente, impede um consentimento informado²³⁰² que, eventualmente, poderia ter levado a uma interrupção voluntária da gravidez (IVG)²³⁰³. A essência da questão é a privação da autodeterminação dos pais ou da mãe (na hipótese de mono-parentalidade) de uma decisão consciente sobre a manutenção da gravidez em virtude da falta de diligência do médico, que faz uma má interpretação dos exames pré-natais ou omite por completo a informação a prestar aos pais.

Os autores desta ação pedem uma indemnização pelos danos morais e patrimoniais, em especial pelo “dano de planeamento familiar”, que consiste quer na já referida falha de tomada de decisão informada, quer ainda no acréscimo de despesas resultantes do nascimento de um filho que, por ser portador de graves deficiências ou

²³⁰¹ Rocha, 2018. Não é demais reiterar que neste conjunto de casos, o dano não é a criança em si, mas sim o direito que assiste aos pais de não terem filhos (direito à não reprodução).

²³⁰² Pereira, 2019.

²³⁰³ A situação de *wrongful birth* ganha particular interesse quando o médico é alertado pelos progenitores da intenção em interromper a gravidez caso o feto padeça de alguma doença grave, vide caso francês *Perruche*.

malformações, implica necessidades acrescidas²³⁰⁴. Para tal, “alegam que se tivessem sido informados dos perigos ou da existência das doenças de que o feto é portador (por exemplo Tay-Sachs, trissomia 21, entre outras), teriam preferido não conceber ou optado por interromper a gravidez”²³⁰⁵.

De forma semelhante, as ações de *wrongful life* ou de “vida indevida” surgem sempre que se dê o nascimento de uma criança com malformações severas ou doenças congénitas que limitem a sua qualidade de vida. No entanto, estas ações serão sempre intentadas pela criança que padece das referidas doenças ou pelo seu representante legal²³⁰⁶ em seu nome (por menoridade ou incapacidade) contra o médico e/ou instituição hospitalar, com o fundamento na falta de informação (ou informação defeituosa) acerca da deficiência ou malformação. É importante notar que as referidas malformações não resultam de qualquer conduta ativa do médico, ele simplesmente não informa os pais dos referidos problemas.

Apesar de ser mais controverso, há ainda quem admita propor este tipo de ações contra os próprios pais em circunstâncias muito particulares, como, por exemplo, quando as malformações resultam de comportamentos pouco (ou nada) diligentes da mãe (i.e., consumo de substâncias psicotrópicas durante a gravidez), ou ainda quando os pais, mesmo tendo pleno conhecimento das doenças ou deficiências de que o feto padece, decidem prosseguir com a gravidez. Para esta última hipótese refere a autora Vera Lúcia Raposo que “esta ação pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o facto de estes terem prosseguido com a gestação, não obstante estarem a par da doença, reivindicação esta que se funda num (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições”²³⁰⁷.

Em qualquer das hipóteses acima referidas, o dano que se pretende compensar nas ações de *wrongful life* é aquilo que alguma doutrina e jurisprudência têm apelidado de “dano de viver”, que se traduz no facto de aquela criança ter de viver com doenças congénitas ou malformações altamente limitadoras que não existiriam caso o médico tivesse sido diligente ou os pais tivessem optado pela IVG (na última hipótese). Isto naturalmente levanta dilemas ético-jurídicos de enorme relevo, tais como saber até que

²³⁰⁴ Pinto, 2007, “Ainda a indemnização...”, p. 546.

²³⁰⁵ Raposo, 2010, *op. cit.* pp. 63 e 64. A autora chama a atenção para o facto de que o dever de informação pode atuar em dois momentos distintos: num momento anterior à conceção da criança (erro no diagnóstico pré-concepcional) e num momento durante a gestação do feto (erro no diagnóstico pré-natal).

²³⁰⁶ Relativamente à possibilidade de os pais poderem atuar em representação da criança, a doutrina divide-se. Há uma parte da doutrina que entende tratar-se de ações com carácter “puramente pessoal”, sendo uma exceção ao poder de representação (art. 1881.º n.º 2 do Código Civil). cremos que a posição correta será a da doutrina que entende haver sempre a possibilidade de a ação ser intentada pelos representantes legais da criança em seu nome, sob pena de esvaziamento do instituto da responsabilidade civil. Muitas das vezes, as deficiências sofridas pela criança são de tal forma graves que ou impossibilitam totalmente um juízo de valor acerca da sua existência ou a criança não chega sequer a atingir a maioridade em virtude da mortalidade da doença/malformação em concreto. Para este último entendimento, *vide* Pinto, 2007 e Dias, 2014.

²³⁰⁷ Raposo, 2010.

ponto uma vida (ainda que com graves problemas) não merece ser vivida, se existe um direito a nascer física e mentalmente saudável, se há um dever dos pais de evitar o nascimento de fetos “malformados” e, finalmente, se o direito à “não-existência” é sindicável perante os nossos tribunais.

As *wrongful actions*, em especial nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*, são situações claras de colisão de direitos de personalidade e princípios constitucionais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, nomeadamente no que toca ao direito de procriar enquanto manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim sendo, compete-nos aferir até que ponto o instituto da responsabilidade civil consegue dar resposta a estes casos.

Jurisprudência

Sempre que é proposto falar sobre a evolução jurisprudencial de um determinado problema jurídico, é prática comum falar sobre a primeira vez que tal problema se colocou perante um tribunal. Ora o primeiro caso de *wrongful life* apareceu num tribunal norte-americano, mais precisamente no Estado do Illinois, e, curiosamente, é um caso que pouco tem que ver com aquilo que atualmente se denomina por *wrongful life*. O caso *Zepeda vs. Zepeda*²³⁰⁸ remonta a um litígio proposto pelo filho contra o seu pai, pedindo uma indemnização por este ter sido concebido fora de casamento, o que, segundo aquilo que era a lei americana em 1963, acarretava alguns prejuízos²³⁰⁹, algo que nos dias de hoje é inconcebível e violador dos mais elementares princípios do Estado de Direito.

No entanto, a discussão em torno da *wrongful life* e do *wrongful birth* foi evoluindo, até atingir a atual discussão em torno da responsabilidade médica. Os primeiros casos de *wrongful life* e *wrongful birth* esbarraram em argumentos um pouco conservadores, onde muitas vezes eram os próprios tribunais que se demitiam de julgar a questão²³¹⁰. O caso *Park v. Chessin*, proposto num tribunal de Nova Iorque, veio mudar

²³⁰⁸ *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849, consultado em www.casetext.com/case/zepeda-v-zepeda-1. O próprio tribunal reconheceu, na altura, que não se tratava verdadeiramente de uma situação de *wrongful life* – “(...) there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation, since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual’s negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived”.

²³⁰⁹ Uma das consequências de ter o estatuto de “filho ilegítimo” era a proibição de acesso a determinadas profissões, nomeadamente a cargos públicos ou políticos.

²³¹⁰ Os casos *Gleitman v. Cosgrove* (Supremo Tribunal de New Jersey) e *Becker v. Schwartz* (Court of Appeals de New York), consultados em www.casetext.com, são exemplo disso, onde o argumento principal invocado pelos tribunais era o de que “toda a vida é santa” ou, simplesmente, se demitiam de julgar o caso, remetendo o problema para planos filosóficos e teológicos. Em *Gleitman v. Cosgrove*, “man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so... there is no precedent in appellate judicial pronouncements that holds a child has a fundamental right to be born as a whole, functional human being (...) damages are impossible to calculate (since they would involve) the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence”.

esse paradigma, sendo a primeira vez que se viabilizou a pretensão de *wrongful life*. Em causa estava uma criança que sofria de problemas congénitos (patologia renal policística) que não foram devidamente reportados pelo médico. O tribunal entendeu que não estava em causa o ressarcimento do nascimento em si, mas sim a dor e sofrimento após o seu nascimento e que advieram de uma conduta médica anterior.

O caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories* foi dos primeiros a viabilizar a pretensão de *wrongful birth*. Nesta última decisão, os pais tinham recorrido a um laboratório médico para aferir se eram ou não portadores de Tay-Sachs e o resultado do teste efetuado foi negativo. Porém, a criança veio a nascer com a doença de Tay-Sachs, confirmando assim a existência de negligência médica no momento da análise dos exames requeridos pelos progenitores.

Relativamente à jurisprudência europeia, há vários casos²³¹¹ sobre questões de *wrongful life* e *wrongful birth*, mas há uma digna de uma menção mais aprofundada, precisamente pelo impacto que causou na ordem jurídica francesa e, porventura, europeia: refiro-me ao caso francês *Perruche*.

Em 1983, nasceu uma criança chamada Nicolas Perruche. O pequeno Nicolas nasceu com graves malformações congénitas em virtude da síndrome de Gregg, que se traduziam essencialmente em lesões auditivas, visuais e coronárias e severas limitações neurológicas. A mãe de Nicolas, preocupada com o saudável crescimento da criança que estava a gerar e sabendo que tinha contraído rubéola, dirigiu-se a um laboratório para aí realizar os exames necessários, tendo inclusive manifestado a vontade de interromper a gravidez caso os exames revelassem algum problema ou malformação do feto. Após a análise dos exames, o médico que atendeu a Sr.^a Perruche informou-a dos resultados, indicando que não tinha encontrado qualquer anomalia no estado do feto e que o mesmo se encontrava em perfeito estado de saúde. Tendo em conta esta informação, a Sr.^a Perruche decidiu prosseguir com a gravidez, dando à luz Nicolas Perruche, que, para surpresa da mãe, sofria dos problemas anteriormente referidos. Face a esta situação, os pais de Nicolas decidiram propor uma ação contra o médico e o laboratório, pedindo uma indemnização quer pelos danos que os próprios sofreram, quer ainda pelos danos do filho. Fundamentaram este pedido na negligência demonstrada pelo médico aquando da análise dos resultados dos exames, tendo sido prestada informação defeituosa que

²³¹¹ Na Grã-Bretanha, o caso *Mckay vs. Essex Area health authority*; na Itália a sentença do Tribunal de Perugia de 7 de setembro de 1998, Corte di Cassazione sentença 11/05/2009 n.º 10741, sentença 02/10/2012 n.º 16754, sentença de 22/12/2015 n.º 25767; em Espanha, Supremo Tribunal Espanhol, sentença de 23 de novembro de 2007. O caso holandês *Baby Kelly* também reveste muita importância por ter sido a primeira vez que um tribunal considerou o nascituro como parte na relação contratual estabelecida entre os progenitores e o médico, através da figura do “contrato com eficácia para proteção de terceiros”, facilitando assim a aplicação da “terceira via” da responsabilidade civil para estes casos.

coartou o seu direito de reprodução, uma vez que teriam optado pelo aborto caso soubessem que o seu feto padecia de graves deficiências congénitas.

O *Cour de Cassation* concedeu a indemnização apenas à mãe, mas também ao filho, justificando a sua decisão com base na privação da escolha entre abortar e prosseguir com a gravidez²³¹². Como seria de esperar, esta sentença gerou uma enorme controvérsia, não só na comunidade jurídica, mas também na comunidade médica²³¹³. Para além de ter sido das primeiras decisões favoráveis a este tipo de pretensões proferidas por um tribunal europeu, gerou tanto impacto social e jurídico que obrigou o legislador a intervir como forma de “acalmar os ânimos” e pôr termo àquela jurisprudência. A 4 de março de 2002, o legislador francês promulgou a lei n.º 2002-2003, ou lei “*anti-Perruche*”, cujo art. 1 dizia de forma categórica que “ninguém pode reclamar um prejuízo pelo simples facto de ter nascido”²³¹⁴. Esta lei apenas admitia a reparação de danos que tivessem sido diretamente provocados por atos médicos (causa ou agravamento dos mesmos), ou ainda quando o comportamento do médico não permitisse a tomada das medidas adequadas a evitar a produção de danos. Nesta última hipótese, não nos deixamos de questionar se uma situação de omissão de informação por parte do médico não “potencia/concretiza” os danos, na medida em que se o médico cumprisse a *legis artis* e informasse os progenitores, estes poderiam tomar as medidas adequadas a, eventualmente, evitar aquele dano, optando pelo aborto. É de reparar que, não obstante o conteúdo deste artigo, a lei abre um espaço à eventual admissão (ainda que parcial) de *wrongful birth*, visto que “admite que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos em virtude do nascimento de uma criança cuja deficiência não foi detetada durante a gravidez, mas limita este pedido de indemnização”²³¹⁵, excluindo o montante correspondente aos encargos especiais necessários a suportar o filho.

Passando agora para território nacional, a nossa jurisprudência foi chamada a pronunciar-se sobre uma situação de *wrongful life* no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 19 de junho de 2001, relatado por Pinto Monteiro e de extrema importância para o debate desta questão jurídica, porque foi a primeira vez que um

²³¹² Cfr. Acórdão da Cour de Cassation, de 17 de novembro de 2000 (www.courdecassation.fr).

²³¹³ A grande maioria dos argumentos prendia-se com o facto de o nascimento nunca poder ser considerado como um dano em nome da “santidade da vida”, e que uma decisão como a do caso *Perruche* tinha por detrás uma política eugénica (aborto) implícita. Já os médicos queriam evitar a todo o custo que pudessem ser responsabilizados pelo nascimento de uma criança sempre que a sua conduta não provocasse diretamente o dano que se pretende reparar. Silva, 2017.

²³¹⁴ Esta pequena frase é altamente controversa, sobretudo tendo em conta que não estamos a falar de um nascimento puro e simples, mas sim de um nascimento com múltiplas deficiências e malformações que acarretam, obviamente, dor e sofrimento não só para a criança em causa, mas também para os seus progenitores.

²³¹⁵ Raposo, 2010.

tribunal superior português foi chamado a intervir nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life*²³¹⁶.

Em causa estava um litígio entre o menor (autor), representado pelos seus pais, contra o médico e uma clínica de radiologia (réus). Foi alegado pelo autor que, aquando da sua gestação, a mãe do autor consultou os serviços médicos dos réus com o intuito de obter informação sobre o estado da sua gravidez. Numa dessas várias consultas, o réu (médico) aconselhou a mãe do autor a realizar uma ecografia na clínica do segundo réu para aferir do estado de saúde do feto. No entanto, o médico não cumpriu com aquilo que era a prática médica habitual e as diretrizes/orientações de várias associações médicas, visto que eram necessários outros exames médicos, nomeadamente as medições embrionárias, para detetar as malformações naquele caso em específico. Face a isto, veio pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela negligência dos réus que assistiram a sua mãe durante a gravidez.

O STJ não deu provimento a esta ação, focando-se essencialmente em dois argumentos: o autor tinha fundado o seu pedido num direito que não era seu, mas sim dos seus progenitores (autodeterminação reprodutiva); e não era possível sindicar um “direito à não-existência”.

Relativamente ao primeiro argumento, apesar de não concordarmos com o desfecho final deste caso, entendemos que o STJ abordou e resolveu este problema de forma correta. No fundo, o autor, representado pelos seus pais, apesar de pedir o ressarcimento de danos por si sofridos, fundou este pedido de indemnização com base no direito dos pais em optarem ou não pelo aborto, ou seja, fez o pedido de indemnização por ter havido violação da autodeterminação dos progenitores. No entanto, o STJ fez, e bem, o seguinte reparo: “não há conformidade entre o pedido e a causa de pedir se o autor pede que os réus sejam condenados a pagar-lhe uma indemnização pelos danos (...) com fundamento na conduta negligente daqueles, por não terem detetado tais anomalias, motivo pelo qual os pais não puderam optar entre a interrupção da gravidez ou o prosseguimento da mesma – o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pelo filho, já que o direito ou faculdade alegadamente violado se encontra na esfera jurídica dos primeiros”²³¹⁷. De facto, no caso em apreço, o autor nunca poderia ter fundamentado o seu pedido de indemnização na violação deste direito de reprodução, pois o seu exercício cabia única e exclusivamente aos seus progenitores. É a eles que lhes

²³¹⁶ É de notar que esta decisão também foi alvo de críticas por alguma doutrina. Cordeiro, 2021; Pereira, 2019 e Pinto, 2007, mostram-se críticos por entenderem que uma tal decisão leva a uma irresponsabilidade dos médicos no âmbito da medicina pré-natal.

²³¹⁷ Ac. STJ 19/06/2001, relator Pinto Monteiro, consultado em www.dgsi.pt. Como é referido em Monteiro, 2002, é deixada em aberto a possibilidade de admitir os casos de *wrongful birth*, desde que o pedido seja feito pelos progenitores e não pelo filho.

competete decidir se prosseguem ou não com a gravidez, são eles que são privados de uma escolha consciente e informada, logo qualquer tipo de dano que se fundamente nesta privação à autodeterminação terá de ser sempre pedida pelos progenitores e nunca pela criança.

Relativamente à questão relativa ao direito à “não-existência”, o Supremo entende que o nosso ordenamento não prevê esse direito porque o mesmo é contrário aos princípios constitucionais (art. 24.º CRP) e aos direitos de personalidade (arts. 70.º e seguintes CC) plasmados no nosso ordenamento jurídico, e, como tal, uma pretensão que se pretenda valer pelo simples facto de ter nascido nunca poderá ter êxito nos tribunais portugueses. Refere ainda que “nos termos em que a problemática é colocada, pode dizer: não queria existir (autor), logo tenho direito a uma indemnização por isso acontecer. Tal direito, que não encontra consagração na nossa lei, mesmo que exista, não poderá ser exercido pelos pais em nome do filho”. Salvo melhor opinião e sempre com imenso respeito pelas decisões do Supremo, entendemos que o tribunal interpretou mal o problema. Não subscrevemos a tese que defende qualquer direito de “não-existência”, mas antes uma situação de “vida diminuída” que merece ser tutelada pelo Direito. Dito por outras palavras, temos consciência de que uma vida com inúmeras malformações e patologias, ainda que possua a toda a dignidade intrínseca a qualquer outra vida, tem objetivamente algumas limitações que não podem ser escamotear e que se traduzem em danos concretos, os quais entendemos serem passíveis de compensação. Outro ponto que também nos parece relevante referir é que, ao contrário do defendido pelo STJ, quando entende que “mesmo que tal direito existisse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor”, é nossa posição considerar possível usar o instituto de representação em casos específicos, sob pena de esvaziamento do sentido útil da ação, isto porque há situações de *wrongful life* onde o menor sofre de patologias de tal forma graves que, mesmo que atinja a maioridade, nunca conseguirá formular um tal juízo; ou, então, nunca terá expectativas de atingir a maioridade, precisamente pela pouca esperança de vida que estes casos comportam.

No entanto, nos anos seguintes, a jurisprudência tem vindo a demonstrar, com relativa uniformidade, uma maior aceitação para as hipóteses de *wrongful birth*²³¹⁸. Já o mesmo não poderá ser dito acerca das ações de *wrongful life*.

²³¹⁸ Isso mesmo é facilmente demonstrado pelas inúmeras decisões a favor dos pedidos de *wrongful birth*. Cfr. TRG 19 de junho de 2012 (rel. Rosa Tching), TRP 1 de março de 2012 (rel. Filipe Carôço), STJ 12 de março de 2015 (Hélder Roque), TRL 30 de abril de 2015 (rel. Paulo Duarte Teixeira), TRP 1 de julho de 2021 (rel. Paulo Duarte Teixeira). Também o Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de se pronunciar sobre este tema no acórdão n.º 55/2016 (rel. Teles Pereira), quando questionado sobre a constitucionalidade dos arts. 483.º, 798.º e 799.º CC quando interpretados no âmbito de uma ação de *wrongful birth*, tendo-se pronunciado pela não inconstitucionalidade das normas referidas (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

Um outro acórdão da jurisprudência nacional que é importante referir é o acórdão do STJ datado de 17 de janeiro de 2013, relatado por Ana Paula Boularot, cujo veredicto foi novamente o de não admissão do pedido de indemnização por *wrongful life*. Apesar da decisão em nada contrariar aquilo que tem sido a corrente dominante, é, no entanto, de realçar que não foi, de todo, uma decisão unânime²³¹⁹.

O caso *sub judice* partilha, no geral, os mesmos contornos que o caso anterior, i.e., uma mãe que se encontra numa certa fase da gestação do seu filho, se dirige a uma instituição hospitalar para aí realizar ecografias necessárias a apurar o estado do feto, sendo que aquando da análise dos referidos exames, o médico faz uma má interpretação dos mesmos e informa a mãe de que está tudo normal com o feto e de este que não padece que qualquer problema. O Supremo concluiu, sem grandes dificuldades, pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil para a pretensão de *wrongful birth*, uma vez que entendeu haver violação da *legis artis* por parte do médico (conduta ilícita e culposa) e que essa falta de informação foi decisiva para a produção do resultado (nexo de causalidade).

Já quanto à pretensão do filho relativamente à *wrongful life*, o Supremo não teve o mesmo entendimento. À semelhança dos argumentos invocados no acórdão de 2001, os principais argumentos contra a *wrongful life* prendem-se com o facto de ser uma ação que vai contra os princípios constitucionais que tutelam a dignidade e integridade da vida humana, não haver qualquer consagração legal sobre um “direito à não-existência”, bem como ser extremamente difícil justificar que o ato/comportamento negligente dos réus tenha provocado as malformações na criança, caindo por terra qualquer possibilidade de responsabilizar o médico e a instituição hospitalar nestes moldes. De notar, contudo, que o voto de vencido do conselheiro Pires da Rosa foi no sentido de dar provimento à hipótese de *wrongful life*, por entender que o filho, nestes casos específicos, tem uma espécie de “direito dormente” que se autonomiza no momento do seu nascimento, e que, em nome da dignidade da pessoa, deve ser possível conceder uma indemnização à criança que lhe “permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de uma forma mais (...) digna”²³²⁰.

Após este breve compêndio de decisões jurisprudências sobre as ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, compete agora analisar em detalhe aquilo que está em causa e perceber de que forma este problema pode encontrar soluções no instituto da responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico.

²³¹⁹ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Nesta decisão houve um voto de vencido do conselheiro Pires de Rosa, bem como declaração adicional da conselheira Maria Pizarro.

²³²⁰ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

***Wrongful birth* e *wrongful life* à luz do regime da responsabilidade civil**

Conforme foi referido no início, o objetivo desta dissertação é aferir se os problemas levantados pelas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* podem encontrar solução na responsabilidade civil que vigora no nosso ordenamento jurídico. Uma vez que estamos perante uma questão sobre responsabilidade médica, pode colocar-se a questão de saber em que “esfera” da responsabilidade civil nos situamos: se na da responsabilidade contratual (arts. 798.^o²³²¹ e ss.), ou na da responsabilidade extracontratual (arts. 483.^o e ss.). Acerca desta questão, quer a doutrina, quer a jurisprudência admitem a existência dos dois tipos de responsabilidade, visto que há quer violação de deveres contratuais estabelecidos no contrato de prestação de serviços entre os progenitores e o médico, quer ainda violação de deveres legais.

Compete-nos, essencialmente, saber em que medida as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* se enquadram no instituto da responsabilidade civil. Assim sendo, iremos proceder a uma análise cuidada de cada um dos seus pressupostos – facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano; e nexó de causalidade entre o facto praticado pelo agente e os danos – para no final concluir se estas *wrongful actions* podem encontrar solução no instituto da responsabilidade civil.

1. Facto voluntário do agente

O primeiro pressuposto em análise é, porventura, o que menos celeuma tem causado quer à doutrina, quer à jurisprudência, no que toca à sua verificação nas hipóteses de *wrongful birth* e *wrongful life* – referimo-nos ao “facto voluntário do agente”.

Segundo os ensinamentos de Antunes Varela, entende-se por facto voluntário “o facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana²³²²”. É importante notar que o pressuposto do facto voluntário se encontra preenchido quer haja uma ação (i.e., facto positivo), quer uma omissão sempre que haja o dever jurídico especial²³²³ de praticar um ato que teria impedido a produção do dano (art. 486.^o).

²³²¹ Os artigos sem menção de origem pertencem ao Código Civil Português (CC).

²³²² Varela, 2011.

²³²³ Varela, 2011. Este dever jurídico especial pode resultar quer por imposição da própria lei, quer ainda por negócio jurídico celebrado entre as partes. Entendemos que sobre o médico recai esse dever jurídico especial, quer resulte da lei (por exemplo arts. 19.^o e 20.^o do Código de Deontologia dos Médicos), quer ainda do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes.

O comportamento a ter em atenção nestes casos será normalmente uma omissão, isto porque a conduta do médico não cumpre a chamada *legis artis*²³²⁴, ou seja, o médico adota um comportamento que não corresponde à prática médica habitual, nomeadamente quando não realiza os exames adequados a detetar as malformações do feto ou simplesmente não informa devidamente os progenitores de que o feto padece de problemas congénitos. Também podemos estar perante um facto positivo, quando o médico, apesar de ter realizado os exames devidos, faz uma má interpretação dos resultados e informa erradamente os pais sobre o estado do nascituro.

Em qualquer das hipóteses acima apresentadas estamos inevitavelmente perante uma violação do dever de informação a que todo e qualquer médico está adstrito aquando da prestação de assistência médica. Como é demonstrativo dos inúmeros diplomas que tutelam os direitos dos pacientes e os deveres a que os médicos estão vinculados durante a prestação da sua atividade²³²⁵, o dever de informação reveste particular importância sempre que nos situamos no âmbito da prestação de cuidados médicos. Apesar de, na maioria das relações jurídicas, o dever de informação ser considerado como um dever meramente acessório ou secundário, entendemos que, na esfera das investigações médicas, especialmente nos exames de diagnóstico pré-natal, é indispensável o cumprimento rigoroso do dever de informação, porque só assim é que se assegura a possibilidade de escolha e consentimento informado que é devido aos progenitores.

2. Ilicitude

O segundo pressuposto a tratar será o da ilicitude. Entende-se por ilicitude o comportamento antijurídico que viole o direito de outrem (i.e., direitos absolutos) ou que viole lei que proteja interesses alheios²³²⁶ (art. 483.º), consistindo, assim, numa desconformidade entre o comportamento devido e o comportamento efetivamente adotado. De notar ainda que a ilicitude pode concretizar-se de formas muito específicas. Referimo-nos às hipóteses de ofensa do crédito ou do bom nome (art. 484.º); conselhos, recomendações ou informações (art. 485.º); e, finalmente, omissões (art. 485.º).

²³²⁴ Refere Nunes, 2013: “parece claro que a exigência é de uma atuação que observe os deveres de cuidado (...) existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por ação ou omissão dos deveres de cuidado, conforme os dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento”.

²³²⁵ A nível internacional *vide* Código de Nuremberga (1948), Declaração de Helsínquia (1964), Declaração de Lisboa sobre os direitos do doente da associação médica mundial (1981), Declaração para a promoção dos direitos dos pacientes (1994), Convenção sobre os direitos do Homem e a Biomedicina (1997); a nível nacional, *vide* Constituição da República Portuguesa (art. 26.º, n.ºs 1 e 3), Lei de bases da saúde (lei n.º 48/90 de 24 de agosto), bem como o Código de Deontologia da Ordem dos Médicos (arts. 4.º, 5.º e 19.º).

²³²⁶ Sempre que esteja em causa esta modalidade de ilicitude, será necessária a verificação de determinadas circunstâncias: que a lesão dos interesses particulares corresponda a ofensa de norma legal; que se trate de interesses alheios legítimos (não proteja meros interesses reflexos); e que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela. Costa, 2010.

Ao contrário do pressuposto anterior, a ilicitude começa a levantar algumas questões complexas quanto às *wrongful actions*, especialmente na hipótese de *wrongful life*.

Começando pelo caso mais “simples” e mais consensual, nas ações de *wrongful birth* a ilicitude pode dar-se por verificada de duas maneiras distintas.

Caso se pretenda ver pelo prisma da responsabilidade extracontratual, a ilicitude manifesta-se na modalidade de violação de direitos absolutos dos pais (art. 483.º) – direito à autodeterminação reprodutiva, que impossibilita o recurso à IVG –, bem como na violação da *legis artis* a que o médico está vinculado, incorrendo num incumprimento do dever de informação e que limita severamente o consentimento informado²³²⁷.

Na perspetiva da responsabilidade contratual, há também aqui uma clara violação da prestação contratual, que se traduz na violação de deveres laterais de conduta que resultam do contrato de prestação de serviços celebrado entre médico e paciente. Ao não informar (ou informar de forma errada) sobre o estado clínico do feto, o médico incorre aqui num incumprimento contratual e, como tal, suscetível de ser responsabilizado através do art. 798.º.

Quanto à ilicitude em casos de *wrongful life*, deparamo-nos com problemas complexos. Da perspetiva da responsabilidade extracontratual, pergunta-se qual o direito (ou direitos) que foram violados com a conduta do médico.

Há uma parte significativa da doutrina que entende ter sido violado um potencial “direito à não-existência”; “direito à não-vida” ou “direito a nascer saudável”²³²⁸. O direito a não nascer consiste, *grosso modo*, num hipotético direito do feto a ver interrompida a sua gestação mediante um aborto, à semelhança de um “poder/dever”. cremos, no entanto, que este não é o caminho juridicamente mais correto, em virtude dos inúmeros problemas que um tal direito acarreta. O nosso ordenamento jurídico preza-se pela importância de toda e qualquer vida, pela dignidade que cada sujeito tem inerente ao seu “ser”. É extremamente difícil e, até certo ponto, paradoxal afirmar que um sistema como o nosso defende um “direito à não-existência”²³²⁹. Outro argumento

²³²⁷ Entende-se que a finalidade do consentimento informado é a “do esclarecimento que permita ao seu paciente, com base no seu sistema de valores, determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta”. Pereira, 2019. Esta doutrina relativa ao consentimento informado tem ganho uma importância cada vez maior em virtude dos avanços da genética e da medicina reprodutiva, que permitem detetar malformações ou problemas congénitos de forma antecipada e com um elevado grau de eficácia.

²³²⁸ O direito a nascer saudável apenas ganha relevância nos casos particulares de fecundação *in vitro*, onde o embrião é gerado por mecanismos humanos; logo, há um maior poder de controlo sobre a composição genética do feto e, portanto, é possível garantir com um maior grau de certeza um nascimento em boas condições. Raposo, 2010.

²³²⁹ Relativamente à “não-existência”, não deixamos de nos questionar se este é um direito que pode vir a estar consagrado no nosso ordenamento, especialmente se analisar as investidas cada vez mais frequentes de uma lei que aprova a morte medicamente assistida. Da mesma forma que a despenalização do aborto (lei 16/2007, até à 10.ª semana de gestação a pedido da grávida ou até à 24.ª semana em caso de malformação

que também nos leva a rejeitar esta ideia é, como afirma Paula Natércia Rocha, o facto de a indemnização que se quer atribuir nestes casos não ter como pressuposto a violação de um qualquer direito a não nascer, mas antes numa indemnização que permita à criança “que nasceu portadora de deficiência em virtude de um erro ilícito, suportar o encargo da sua condição de forma digna”.

Não sendo possível enquadrar as situações de *wrongful life* na primeira modalidade de ilicitude, resta-nos analisar a segunda modalidade, ou seja, saber se há uma lei destinada a proteger interesses alheios e que tenha sido violada.

Quanto a esta modalidade, podemos dizer com convicção que a conduta adotada pelo médico resulta sempre na violação da chamada *legis artis* (arts. 142.º, n.º 2, al. c) e 150.º do Código Penal, e art. 483.º CC), nomeadamente no dever profissional do médico de informar o paciente de tudo aquilo que possa ser considerado relevante para o seu consentimento informado. Estes deveres profissionais, em virtude não só do progresso que a medicina tem tido nas últimas décadas, bem como dos inúmeros princípios ditados pelas organizações internacionais, estão sujeitos a uma sindicância cada vez maior por parte do paciente. Também deve ser dito que o dever de informação, em especial na atividade médica, reveste particular importância, uma vez que a sua violação pode fazer o médico incorrer em responsabilidade.

Relativamente ao conjunto de situações em análise, cremos que o dever de informação a que o médico está adstrito visa salvaguardar não só a mãe, mas também o nascituro, que tem um “especial interesse” no cumprimento das regras e princípios da prática médica, com vista à proteção dos ónus que acarreta uma vida com uma deficiência grave.²³³⁰ No entanto, esta figura de “deveres sem sujeitos ativos²³³¹” entra em choque com alguns princípios básicos que regem o direito civil, nomeadamente o art. 66.º, n.º 1 do Código Civil, que determina que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento completo e com vida e que a existência de eventuais direitos dependem do nascimento.

Cremos, porém, que este problema tem uma solução. Sabemos que apenas o nascimento completo e com vida confere personalidade jurídica à pessoa. Mas tal premissa não implica uma total desproteção ao nascituro, havendo mesmo casos onde é possível “pré-conferir” direitos ao nascituro, como por exemplo o art. 952.º, e o art.

do feto) contribuiu de forma fundamental para o debate dos casos de *wrongful birth*, acreditamos que a “iminente” aprovação da eutanásia possa contribuir para justificar um direito à “não-existência”.

²³³⁰ Quanto a esta ideia de proteção da criança futura, cf. Pinto, 2007.

²³³¹ Sugerido por Frada, 2008. O autor entende que há determinados deveres destinados a acautelar interesses de pessoas futuras, dando como exemplo os casos de responsabilidade ambiental. Reconhece, no entanto, que é uma figura que rompe com a visão tradicional da responsabilidade aquiliana, construída em torno de direitos titulados por um sujeito, como dita o art. 483.º.

2033.^o, que permite que a doação seja feita a favor de nascituro, entre outros²³³². Há aqui um reconhecimento da lei de que o nascituro é uma entidade jurídica capaz de ser titular de direitos e digna de uma certa medida de proteção, ainda que subordinados ao nascimento completo e com vida²³³³⁻²³³⁴.

Entendemos assim que, nos casos de *wrongful life* onde está em causa a dignidade e a vida do nascituro, e tendo em atenção o estatuto jurídico do embrião, a ilicitude (na segunda modalidade) encontra-se preenchida por falha no cumprimento dos deveres jurídicos dos médicos para com os nascituros, no sentido de prevenir a conceção com malformações graves e prejudiciais à sua saúde.

Do ponto de vista da responsabilidade contratual, também nos deparamos com alguns problemas. Tendo em conta que entre médico e os progenitores foi celebrado um contrato de prestação de serviços, qualquer violação do contrato por parte do médico só poderá ser sindicada pela outra parte do contrato, ou seja, pelos progenitores. Este é um dos principais argumentos invocados quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, que rejeitam a admissibilidade da *wrongful life*²³³⁵. Apesar de também concordarmos que o nascituro não é parte no contrato, isso não implica que não haja uma alternativa que permita ao “nascituro” acionar a responsabilidade contratual, nomeadamente através daquilo que tem sido apelidado pela doutrina de “terceira via da responsabilidade civil”, i.e., “contrato com eficácia de proteção de terceiros²³³⁶”.

Esta figura resulta de uma construção doutrinal e jurisprudencial e a sua aplicação aos casos de *wrongful life* tem sido amplamente discutida. Os contratos com eficácia de proteção de terceiros são contratos nos quais se reconhece que, para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, resultam ainda determinados deveres laterais criados pelo próprio contrato e que se podem estender a terceiros de tal forma que, caso haja uma violação contratual desses deveres, esses terceiros se tornam credores de um direito a indemnização²³³⁷, precisamente porque estão abrangidos pelo círculo de proteção do contrato²³³⁸.

²³³² Também a possibilidade de perfilhação de nascituros e a atribuição do poder de representação dos pais, ainda que nascituros (arts. 1875.^o e 1878.^o, n.º 2, respetivamente).

²³³³ Relativamente a esta “pessoalidade” do embrião, *vide* Raposo, 2010.

²³³⁴ Também a favor do reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, *vide* Frada, 2008.

²³³⁵ Argumento invocado no acórdão do STJ 19/06/2001, onde se alega que o nascituro invoca um direito que pertence aos seus progenitores, bem como no acórdão do STJ 17/1/2013, onde se entendeu que “o autor (criança) não foi parte do contrato entre médico e progenitores e não poderia estar em causa um direito do nascituro”. Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

²³³⁶ Recordar que foi através desta figura que o tribunal holandês admitiu a pretensão da criança no caso “baby Kelly”, contribuindo fortemente para a aplicação desta figura a subsequentes casos de *wrongful life*.

²³³⁷ De notar que estes terceiros se tornam credores de uma indemnização não por incumprimento de um dever de prestar, mas sim pelo incumprimento de deveres acessórios que compõem a relação obrigacional. Frada, 2005.

²³³⁸ Há autores que, apesar de reconhecerem a aplicação desta figura às hipóteses de *wrongful life*, exigem que haja a manifestação de vontade da mãe no sentido de englobar o feto no escopo de proteção do contrato. Cfr. Vicente, 2009.

No entanto, nem todos os contratos partilham esta eficácia protetora de terceiros, sendo necessária a conjugação de alguns requisitos. Primeiro, é fundamental que haja uma especial relação de proximidade entre o credor e o terceiro; seguidamente, essa relação de proximidade tem de ser perceptível ao devedor; finalmente, o credor e o terceiro devem ter interesses coincidentes.²³³⁹

Para que esta formulação seja aplicável aos casos de *wrongful life*, é necessário aferir se o nascituro pode ser considerado como o terceiro a ser protegido com a celebração deste contrato. Cremos que nestes casos específicos – onde a prestação principal é analisar o estado de desenvolvimento/saúde do embrião – o nascituro pode e deve ser considerado como terceiro para a tese em causa. Vejamos.

O credor da prestação (mãe) partilha claramente uma relação especial com o ente que se quer considerar como terceiro (nascituro) e, portanto, este está inserido no âmbito de proteção do contrato celebrado. Também entendemos que o devedor (médico), quando executa a prestação a que está devido, está plenamente ciente da especial relação de proximidade entre credor e terceiro (ao fim e ao cabo, a prestação contratada tem como intuito perceber em que estado se encontra não só a mulher grávida, mas também o terceiro/feto). Quanto ao requisito do interesse coincidente, parece-nos óbvio que tanto a mãe, como o nascituro têm interesse no seu desenvolvimento normal e são²³⁴⁰.

Entendemos, assim, que a aplicação desta figura aos casos de *wrongful life* se justifica nos contratos de prestação de serviços em que estejam em causa exames relativos ao estado da grávida e do seu feto, justamente pelos deveres acessórios que formam o próprio contrato e que se destinam à proteção não só do seu credor, mas também de certos terceiros (nascituro).

3. Culpa

O terceiro pressuposto que nos compete analisar será o da culpa. A culpa consiste, para além da questão da imputabilidade do agente, naquilo que Antunes Varela apelida de “nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante”²³⁴¹, de modo a exprimir um juízo de reprovabilidade à conduta do agente, podendo revestir duas modalidades – dolo e negligência. Por estarmos no âmbito da responsabilidade médica,

²³³⁹ Andrade, 2012.

²³⁴⁰ A aplicação desta figura nos contratos de análise médica da gravidez em curso já foi defendida pelos nossos tribunais, nomeadamente no acórdão do TRL de 14/11/2013 (relatora Teresa Albuquerque), tendo sido entendido que “em situações como a dos autos, de contrato de prestação de serviços laboratoriais (ou ecográficos) a uma mulher grávida, não obstante apenas esta celebrar o contrato, não repugna – precisamente porque ‘as partes estão cientes de que, com ele se pretende, também um certo objetivo dirigido a terceiros’, e porque ‘o escopo do contrato na sua compleição externa, como nas suas projeções no espírito das partes, é o de avantajear interesses de pessoas não celebrantes’ – estender a proteção do mesmo ao pai do nascituro e ao próprio nascituro”. Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

²³⁴¹ Antunes Varela, 2011.

a culpa reveste algumas particularidades importantes para o nosso estudo, nomeadamente o critério a utilizar para avaliar o nível de culpa; a questão do ónus da prova; e ainda a “eterna” questão da qualificação da prestação médica como obrigação de resultado ou de meios.

Nos casos de *wrongful actions*, estaremos principalmente perante condutas negligentes resultantes da violação da *legis artis* por parte do médico pelo não cumprimento dos deveres de cuidado e de proteção a que estava obrigado, mais precisamente pela incorreta análise dos resultados dos exames efetuados que, aliados à falta de informação ou informação errada sobre o estado de saúde da grávida (e do feto), inquirará qualquer decisão a tomar sobre o prosseguimento daquela gravidez. De notar que, tal como indica Luís Guimarães Pinto²³⁴², apesar de na área da medicina se presumir estarmos perante um compromisso de meios e só nalguns casos perante um compromisso de resultados, há que fazer a distinção entre “erro médico culposos” e “erro médico legítimo”. O primeiro deve-se a imprudência ou imperícia sempre que o médico faz mal ou deixa de fazer algo que era imposto pela *legis artis*. O segundo são situações em que o médico, apesar de ter empregado todo o conhecimento e técnicas ao seu dispor, não consegue alcançar o resultado desejado porque lida com variáveis que não consegue controlar. Os casos de *wrongful life e birth* inserem-se necessariamente no primeiro tipo de “erro”, visto que apenas nos situamos nos casos de erros grosseiros e não na esfera da mera possibilidade.

Quanto à questão do critério a utilizar para avaliar o nível da culpa, a nossa lei é clara quanto ao critério/padrão a utilizar para aferir a culpa do agente. Indica o art. 487.º n.º 2 que a culpa se determina de forma abstrata, i.e., será “apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”²³⁴³. É óbvio que, uma vez inserido na responsabilidade médica, o critério do “bom pai de família” se transmuta para a diligência que o médico comum, dotado dos normais conhecimentos exigidos para aquela atividade, teria face às circunstâncias do caso.

Relativamente à questão do ónus da prova (art. 342.º), tal como referimos anteriormente, as *wrongful actions* podem ser intentadas como ações de responsabilidade extracontratual ou de responsabilidade contratual e, dependendo da via escolhida, o ónus da prova caberá a pessoas diferentes. No caso de responsabilidade

²³⁴² Pinto, 2015.

²³⁴³ Quanto a este artigo, não queríamos deixar de referir que, tal como indica Varela, 2011, no âmbito da área contratual havia alguma doutrina e jurisprudência que apelavam a um critério mais concreto derivado do princípio da liberdade contratual, onde cada um dos contraentes tem liberdade para escolher o outro tendo em conta os seus interesses. Não nos deixamos de interrogar se, na área da responsabilidade médica, especialmente se houver uma relação de conhecimento e de confiança entre médico e paciente, se não poderá exigir um outro grau de diligência adequado àquele devedor em concreto e diferente do “homem-médio”.

extracontratual, deverá ser o autor a fazer prova dos factos que demonstrem uma atuação culposa por parte do médico. Já na responsabilidade contratual, impera a regra da inversão do ónus da prova (art. 799.º)²³⁴⁴, cabendo assim ao médico invocar factos que demonstrem que atuou sem culpa porque empregou as providências exigidas e necessárias face àquela situação em concreto.

No entanto, no âmbito das ações de responsabilidade médica, há que discutir se a obrigação do médico era uma obrigação de resultado ou de meios²³⁴⁵. Apesar da tendência ser a de qualificar as prestações médicas como obrigações de meios – sendo apenas exigível uma atuação prudente e diligente segundo as “regras da arte” –, nomeadamente na área dos tratamentos, por vezes é necessário fazer uma análise casuística do objeto da prestação em causa, havendo áreas da medicina onde a prestação se revela como uma autêntica obrigação de resultado²³⁴⁶. Apesar da tendência da nossa jurisprudência em qualificar os contratos de prestação de serviços médicos como uma obrigação de meios²³⁴⁷, em especial no âmbito de operações e cirurgias onde o resultado/recuperação nem sempre é garantido, entendemos que, no âmbito da interpretação dos exames laboratoriais e de diagnóstico, estamos perante uma obrigação de resultado, derivado dos avanços tecnológicos registados na última década que permitem detetar problemas e malformações com grande rigor e com um nível de incerteza praticamente residual²³⁴⁸. Ao médico analista compete somente interpretar os resultados dos exames realizados²³⁴⁹ e, se erra nessa análise e, em consequência, fornece um resultado cientificamente diferente do que consta do relatório, há que concluir que atua culposamente.

²³⁴⁴ Uma parte da doutrina entende não ser aplicável à responsabilidade civil médica o regime da inversão do ónus da prova para a responsabilidade contratual com o argumento de que estaria a sobrecarregar a posição do réu/médico, *vide* Almeida, 1972; Sousa, 2008. Salvo o devido respeito por opinião contrária, não subscrevemos a este pensamento porque cremos, tal como Paiva, 2011, na sua tese de mestrado, que para além da posição débil do lesado face ao médico, é este quem está em melhor posição para provar que cumpriu com a sua obrigação contratual.

²³⁴⁵ Há, no entanto, doutrina que rejeita de todo a divisão entre obrigação de meios e de resultados. Neste sentido, *vide* Silva, 2007.

²³⁴⁶ Neste sentido, Castelo, 2019, quando refere a propósito dos contratos de prestação de serviços que sendo um campo dominado pela liberdade contratual “aferir se o devedor contraiu uma obrigação de resultado, se de meios, depende da interpretação do contrato celebrado (...) de acordo com os arts. 236.º a 238.º CC (pp. 645 a 648). Também a confirmar esta posição, acórdão do STJ proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1 de 15 de dezembro de 2011, relator Gregório Silva Jesus; acórdão do STJ, proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, de 23 de março de 2017, relator Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt.

²³⁴⁷ A confirmar esta posição, acórdão STJ, proc. n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, de 21 de fevereiro de 2019, relator Oliveira Abreu; acórdão TRG, proc. n.º 304/17.3T8BRG.G2, de 14 de janeiro de 2021, relatora Cristina Cerdeira, disponível em www.dgsi.pt.

²³⁴⁸ Neste sentido, cfr. acórdão do STJ 08A183, de 4 de março de 2008, relator Fonseca Ramos; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. n.º 3670/18.OT8VIS.C1, de 11 de fevereiro de 2020, relatora Moreira do Carmo, disponível em www.dgsi.pt.

²³⁴⁹ Note-se que o médico não se obriga a obter um resultado específico do exame. O resultado dependerá do estado de saúde do feto, algo que o médico ainda não pode controlar. Obriga-se, isso sim, a interpretar as informações que constam dos exames realizados. Neste sentido, *vide* Raposo, 2010, e Rocha, 2018. Também neste sentido, jurisprudência STJ 17/01/2013 (Pires de Rosa voto de vencido) e STJ 04/03/2008, disponível em www.dgsi.pt.

4. Dano

Quanto ao quarto pressuposto da responsabilidade civil, para haver obrigação de indemnizar, é imprescindível que haja dano, ou seja, que o facto ilícito culposo produza um prejuízo, quer seja um dano patrimonial, quer seja um dano não patrimonial²³⁵⁰. Torna-se, portanto, necessário identificar o “dano”, nos casos de *wrongful life* e *wrongful birth*.

Nas hipóteses de *wrongful birth*, tem sido progressivamente pacífica a afirmação da existência de danos nestes casos. Apesar de ser relativamente consensual que o dano que se manifesta nestas situações se prende com a privação de uma escolha e do planeamento familiar (optar pela IVG) com repercussões patrimoniais e não patrimoniais, não poderíamos deixar de fazer uma breve referência a uma solução que tem aparecido na jurisprudência nacional por influência da jurisprudência francesa e belga – o dano de “*perde de chance*”²³⁵¹ de obter um melhor resultado médico. Resumidamente, o autor da ação tem de provar que, em virtude da (falta de) informação perdeu a oportunidade de tomar uma decisão suficientemente informada, i.e., recorrer à IVG, que impediria o nascimento da criança com malformações e consequentes danos patrimoniais e não patrimoniais.

Já nos casos de *wrongful life*, a posição dominante (quer da jurisprudência, quer da doutrina) tem invocado vários argumentos contra a verificação de danos nas situações em apreço, em específico o problema do dano “não-existencial”; a impossibilidade de se comparar a situação atual (do nascituro) com a situação em que estaria caso não ocorresse o facto – *counterfactual test* –; bem como a dificuldade em calcular o montante da indemnização a atribuir a estas ações.

Quanto ao problema da “não-identidade”, a doutrina majoritária defende que a criança fica impedida de exigir qualquer tipo de reparação do dano por negligência médica porque o pedido formulado pelo autor que nasce portador de deficiência em virtude de erro médico implicaria a destruição dos pressupostos nos quais assenta o pedido de indemnização, uma vez que a criança não nasceria sem a deficiência. É o próprio erro médico que se revela como condição essencial da situação do lesado. Caso o erro médico não tivesse ocorrido, o autor, que alegadamente tem um interesse em não existir, não existiria de facto. Defender que a vida em si é um prejuízo seria um ato

²³⁵⁰ Recordar que dano patrimonial é todo o prejuízo causado na esfera patrimonial do lesado, sendo suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparados ou indemnizados (restauração natural ou por equivalente); já o dano não patrimonial é o prejuízo que atinge bens fora do património do lesado e que não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Vide Varela, 2011.

²³⁵¹ O dano da perda de chance consiste na perda de oportunidade de obter vantagem ou de evitar um prejuízo devido à prática do facto ilícito, traduzindo-se num dano autónomo desde que reúna certos requisitos, nomeadamente de se tratar de um resultado sério/provável segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido em função dos indícios factualmente provados no caso em concreto. Vide Teixeira, 2016.

equivalente ao de disposição da própria vida. No entanto, subscrevemos a visão partilhada por Paula Natércia Rocha no que toca ao argumento da “não-identidade”. O autor (criança), com a ação de *wrongful life*, não pretende “autolimitar nenhum direito de personalidade”²³⁵², nomeadamente o seu direito à vida. Pretende, isso sim, ver-se ressarcido das acrescidas dificuldades que irá suportar durante toda a sua vida e que se traduzem num verdadeiro “dano real”.

O segundo argumento invocado pelos opositores à admissibilidade da *wrongful life* prende-se com o facto de ser materialmente impossível comparar a situação atual do lesado com aquela em que estaria se não tivesse sofrido o dano, ou seja, segundo esta doutrina há a falta do *counterfactual test*. De facto, somos sensíveis o suficiente para perceber que fazer a comparação nestes moldes nos leva a um paradoxo jurídico, isto porque é impossível comparar uma situação onde existe um ser que padece de graves problemas congénitos quando o termo de comparação é o de não-existência²³⁵³. Mas também não podemos deixar de referir que fazer uma tal comparação é desvirtuar a questão que temos em mãos.

Creemos que o termo de comparação para apurar esta “diferença negativa” segundo a teoria da diferença não deve ser o de não-existência, mas sim o de uma pessoa “regularmente funcional”²³⁵⁴, isto porque o objetivo do autor quando intenta a ação não é o da reconstituição natural e muito menos procura um “auxílio à morte assistida”²³⁵⁵. O dano que aqui se pretende demonstrar não é a vida em si, mas sim determinadas condições de vida – *burden of existence*. Trata-se de reconhecer que as condições de vida a que a criança irá estar sujeita para o resto da sua vida são objetivamente mais penosas e limitadas comparativamente às de uma pessoa saudável. Também não concordamos com certos autores quando entendem que a atribuição, por parte de um tribunal, de uma indemnização assente nestes pressupostos seria o reconhecimento de que há vidas mais desvaliosas e que não merecem ser vividas, aliando um certo pensamento implícito de eugenismo e de ingerência do Estado. O mero reconhecimento da maior (ou menor) penosidade de certas condições de vida não contende em nada com a dignidade intrínseca a cada ser humano, nem tampouco exprime qualquer objetivo estadual de criar descendências perfeitas.

²³⁵² Rocha, 2018.

²³⁵³ Stolker, 1994: “in *wrongful life* claim, the child is forced by the rules of the game to compare its handicapped existence with non-existence”.

²³⁵⁴ Pinto, 2007: seria uma “renovada afirmação de ofensa: não só a criança nasceu com grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se a uma pessoa ‘normal’, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico”.

²³⁵⁵ Vicente, 2009.

As ações em apreço não visam fazer qualquer juízo sobre o (des)valor da vida em questão²³⁵⁶, mas antes dos sofrimentos e necessidades que a deficiência provoca no autor da ação. É importante perguntar se “se respeita mais a dignidade humana quando se recusa a indemnização, ou, pelo contrário, não será precisamente o respeito pela pessoa humana a exigir que se lhe reconheça esse direito a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade”²³⁵⁷. A indemnização a atribuir não assenta em qualquer suposição de que uma situação de não-existência é preferível a uma vida deficiente, mas antes no reconhecimento da dor e sofrimento gerados após o nascimento, de modo que o autor consiga levar uma vida, na medida do possível, de acordo com a sua dignidade humana. É que o chamado “*burden of existence*” comporta, desde logo, vários danos, quer patrimoniais, quer não patrimoniais. Quanto ao primeiro tipo, temos vários gastos associados às anomalias físicas ou mentais do autor, nomeadamente os custos médicos e assistenciais a prestar, a aquisição dos aparelhos imprescindíveis à criança, custos com a educação especial, eventuais perdas de rendimentos dos progenitores; quanto aos não patrimoniais, serão sempre aqueles que derivem do sofrimento, ansiedade e angústia gerados quer nos pais, quer na própria criança.

Quanto ao modo de compensar este a criança, é notória a impossibilidade de aplicarmos a reconstituição natural a estes casos. No entanto, tal como indica o art. 566.º, sempre que a reconstituição natural não se mostre viável, devemos optar pela indemnização em dinheiro, recorrendo, se necessário, a critérios de equidade para fixar o montante da indemnização a atribuir. Relativamente ao *quantum* indemnizatório a conceder, há uma parte da doutrina que entende ser impossível ressarcir os danos não patrimoniais pela especial dificuldade em calcular o montante adequado a compensar este tipo de danos. No entanto, cremos que, tal como Antunes Varela refere, o objetivo desta compensação é atenuar ou minorar os danos sofridos pelo lesado, sendo que “entre a solução de nenhuma indemnização atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação”²³⁵⁸, é obviamente preferível a segunda solução, ainda para mais utilizando critérios de equidade que nos permitem, de alguma forma, dar resposta a estes danos.

²³⁵⁶ Tendemos a concordar com Pinto, 2007, e Rocha, 2018, *op. cit.*, quando refere que “a atribuição de uma indemnização à própria criança não atinge a sua dignidade, uma vez que não tem que se fundamentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa do que a não-existência. Ao atribuir uma indemnização à própria criança está-se justamente a promover a dignidade da criança, nomeadamente a promover condições para que possa realizar-se pessoalmente com a inerente integração na comunidade”.

²³⁵⁷ Pinto, 2007.

²³⁵⁸ Varela, 2011, *op. cit.*, p. 604. Conclui o autor que “mais imoral e bem mais injusto é o resultado a que conduz a tese oposta, negando qualquer compensação a quem sofreu o dano (o qual pode ser bem mais grave

5. Nexo de causalidade

O último pressuposto que temos de dar como verificado para aplicar o instituto da responsabilidade civil aos casos de *wrongful actions* é o nexa de causalidade entre o facto do agente e o dano. Trata-se de verificar se a falta cometida pelo médico, i.e., o incumprimento contratual em informar a mulher grávida sobre o estado do feto, é causa da deficiência ou malformações da criança.

O critério largamente utilizado no nosso ordenamento jurídico para aferir o nexa entre a conduta do agente e o dano é o critério da causalidade adequada previsto no art. 563.º, no qual só haverá obrigação de indemnização em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão, ou seja, não basta que uma determinada conduta tenha produzido (naturalisticamente) determinado efeito para que este se possa considerar causado por ele, será ainda necessário que o evento danoso seja causa provável/adequada a esse efeito. Nas palavras de Galvão Telles, “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar”²³⁵⁹.

Ora, aplicando de forma rigorosa este critério às situações de *wrongful birth* e *life*, facilmente se percebe que não se encontra preenchido o nexa entre a conduta do médico e as malformações do feto. Não é a conduta (neste caso a omissão ou informação errónea) do médico que provoca, *per si*, as deficiências e os problemas congénitos de que o feto irá padecer, uma vez que estes têm origem genética.

Assim sendo, a resposta mais fácil seria afirmar que não há qualquer nexa de causalidade entre a conduta do médico e as malformações do feto. Porém, aderir a apenas um único critério para fundamentar este requisito e não explorar outras soluções que podem ser interessantes do ponto de vista jurídico seria redutor e prejudicial à discussão do tema das *wrongful actions*.

Como é consabido, o requisito relativo ao nexa de causalidade tem sido alvo de vários estudos por parte da doutrina e da jurisprudência, e desses estudos surgiram vários critérios para além do critério da causalidade adequada. Portanto, tendo em conta este facto, vamos analisar alguns critérios que podem ser relevantes para o ensaio em causa.

O primeiro critério digno de nota vem diretamente importado da doutrina alemã, comumente apelidado de “comportamento alternativo lícito”. Em traços simples,

do que muitos danos patrimoniais) e deixando absolutamente intacto o património do autor da lesão, a pretexto da dificuldade ou da impossibilidade de fixar o montante exato do prejuízo por ele causado”.

²³⁵⁹ Telles, *apud* Lima & Serra, 1987.

quando estivermos no âmbito da violação de deveres de informação e respetivas consequências, sempre que o paciente não for informado de forma suficiente sobre o seu estado de saúde e, em virtude dessa “desinformação”, não puder optar por um determinado procedimento cirúrgico que teria evitado a produção dos danos, presume-se que o paciente “se teria comportado de forma adequada tendo em conta essa informação”²³⁶⁰ – presunção de um comportamento alternativo lícito –, ou seja, presume-se que nestes casos a mãe optaria sempre pela IVG, evitando assim a produção dos danos consequentes ao nascimento daquela criança.

Outro critério, utilizado com mais frequência pela doutrina francesa e não tanto pela nossa doutrina, é o da “teoria da equivalência de condições”²³⁶¹, em que simplesmente se aceitam como causa do dano todos os eventos sem os quais ele não se teria produzido. Este critério parece-nos demasiado abrangente e poderia contribuir para um nexo de causalidade “sem fundo” onde toda e qualquer ação seria vista como adequada a produzir danos.

Um critério mais interessante e com algum potencial para ter aplicação nas *wrongful actions*, em especial para o caso de *wrongful birth*, é o da “teoria do fim da norma”, onde o nexo se encontra preenchido sempre que o dano sofrido pertença ao núcleo de prejuízos que a norma visava impedir. No caso em concreto, se o objetivo da norma é o de impedir quaisquer problemas associados à saúde da mulher e do seu feto, e se a conduta do médico não cumpre com este objetivo, o incumprimento desta norma levará automaticamente à verificação do nexo de causalidade.

Para terminar, não podemos deixar de fazer referência à tese da “causalidade indireta”, que tem tido vários defensores, tais como Pires de Lima, Antunes Varela, Mota Pinto, entre outros, e tem visto alguma aplicabilidade na nossa jurisprudência. Segundo estes autores, o nosso Código, quando consagra a teoria da causalidade direta no art. 563.º, não exclui a ideia de causalidade indireta, no sentido de admitir-se haver nexo de causalidade entre o dano e os factos que condicionem ou contribuam para outra ação que provoque o dano. Esta teoria tem especial relevo nos casos em que a atividade do médico, caso tivesse sido cumprida de acordo com a *legis artis*, teria permitido a liberdade de decisão esclarecida pelo prosseguimento da gravidez ou pela sua interrupção. Conforme afirma Marta Vicente, “pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave, que não foi diagnosticada”²³⁶².

²³⁶⁰ Pinto, 2007. Refere ainda o autor que “a decisão sobre a conduta a adotar não dispondo de informação, isto é, uma decisão não informada é um resultado diverso, na sua configuração concreta, da decisão que o interessado teria tomado com informação, pelo que tem que afirmar-se a causalidade entre a violação do dever de informação e este resultado, consistente na concreta decisão não informada, ligando-se depois esta à lesão sofrida segundo as regras gerais da causalidade”. Vide Pinto, 2021.

²³⁶¹ Vicente, 2009.

²³⁶² Vicente, 2009.

Conclusão

Terminada a exposição da matéria fundamental para a compreensão do tema em questão, resta-nos concluir pela inclusão das *wrongful actions*, em especial *wrongful birth* e *wrongful life*, no instituto da responsabilidade civil.

De tudo aquilo que ficou exposto anteriormente, facilmente se percebe que este é um tema particularmente complexo, não só por contender com várias áreas do pensamento, como a Ética, a Medicina e a Religião, mas também porque o olhar do Direito sobre esta questão exigiu uma análise profunda do instituto da responsabilidade civil e uma sensibilidade jurídica suficientemente consciente para detetar os inúmeros problemas que este tema levanta e que não poderíamos deixar sem resposta.

Assim sendo, e à semelhança daquilo que vindo a ser a progressiva aceitação da *wrongful birth* na nossa jurisprudência, entendemos que também os casos de *wrongful life* podem encontrar uma solução justa e adequada ao princípio da dignidade humana no instituto da responsabilidade civil.

Quanto ao pressuposto do facto voluntário do agente, rapidamente se pode aferir que o mesmo se encontra preenchido porque estaremos, inevitavelmente, perante uma falha para com a *legis artis* e que se traduz, geralmente, numa omissão do dever de informação ao qual aquele está vinculado.

Já a ilicitude revelou-se o primeiro grande obstáculo à admissibilidade da *wrongful life*. Deparamo-nos logo com o problema de saber que tipo de responsabilidade estava em causa – contratual ou extracontratual. A jurisprudência e a doutrina têm vindo a admitir que um mesmo facto possa gerar quer responsabilidade contratual, quer extracontratual, e entendemos que o caso em apreço desencadeia precisamente esta dupla “natureza” de responsabilidade de civil, apesar dos inúmeros problemas e dúvidas que certa doutrina tem levantado. Da perspetiva extracontratual surge, desde logo, o problema de justificar um “direito a não nascer”. Quanto ao prisma da responsabilidade contratual, temos a questão de o nascituro não se poder considerar como parte no contrato. Independentemente dos argumentos levantados contra a admissibilidade destas ações, e tendo em conta tudo aquilo que escrevemos acerca deste pressuposto, em especial a nossa resposta ao problema do direito a “não existir”, entendemos que a solução passa pela figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, em virtude da especificidade que reveste o contrato celebrado entre o médico analista e a paciente e que se traduz em deveres laterais destinados a proteger o nascituro.

A verificação do pressuposto da culpa é facilitada pelo facto de a conduta do médico analista não ser pautada de acordo a *legis artis*, dando-se assim a verificação de uma conduta negligente.

No entanto o pressuposto que exigiu uma análise mais cuidada e rigorosa foi o pressuposto do dano, isto porque tem sido este o maior entrave à admissibilidade das ações de *wrongful life*, muito graças ao argumento do dano “não-existencial” e à impossibilidade de comparar a situação atual do nascituro com uma situação onde não existe. Tal como referimos na parte onde tratámos o dano, entendemos que a análise deste pressuposto não pode ser colocada nestes moldes, porque implicaria sempre uma resposta negativa. Devemos, isso sim, entender o dano como as deficiências de que a criança objetivamente padece e que se traduzem, muita das vezes, em dor, angústia e sofrimento. Também não concordamos com certos autores quando referem que admitir o nascimento desta criança como um dano é desvalorizar a sua vida e a sua dignidade. É precisamente pela dignidade que assiste a todo e qualquer ser humano, independentemente das circunstâncias do seu nascimento, que deve ser admissível a possibilidade de este nascituro se comparar com qualquer outra criança regularmente funcional.

Finalmente, quanto ao nexo de causalidade e conforme fica patente, não é por falta de critérios válidos que pode negar-se o nexo entre o facto do médico e do agente. De todos os critérios enunciados, cremos que os que se enquadram dentro do espírito da lei para justificar a presença do nexo serão, inevitavelmente, a teoria da causalidade indireta, bem como a teoria do escopo da norma violada conjugada com a teoria do contrato com eficácia de proteção de terceiros.

Face a tudo aquilo que foi exposto, cremos ter a resposta a questão a que nos propusemos responder na introdução do presente trabalho, nomeadamente a de que as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* são admissíveis à luz do nosso ordenamento jurídico e podem encontrar resposta no instituto da responsabilidade civil.

Bibliografia

- ALMEIDA, C.F. de (2012). *Contratos II*, 3.^a ed. Almedina.
- ALMEIDA, M. de (1972). *Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, tomo XXI.
- BOULAROT, A.P. (2017). “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido”. In *A tutela geral e especial da personalidade humana*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- CASTELO, H. (2019). “De que falamos, quando falamos de prestação de serviços? – Ainda os conceitos de meios e de resultado”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III/IV, pp. 639-669.
- DUNCAN, W.C. (2004). “Statutory responses to ‘wrongful birth’ and ‘wrongful life’ actions”. *Life and Learning*, vol. XIV.
- FRADA, C. da (2005). “Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos nas autoestradas”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.
- FRADA, C. da (2008). “A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I.
- FRADA, C. da (2020). “A proteção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião”. In *Jornadas de homenagem ao Prof. Dr. Bigotte Chorão*.
- GIELSEN, I. (2012). “The use and influence of comparative law in ‘wrongful life’ cases”. *Utrecht Law Review*, vol. 8, no. 2.
- GONÇALVES, D.C. (2020). “Wrongful life actions em Portugal 20 anos depois. *Revista de Direito Comercial*.
- GONZALEZ, J.A. (2014). *Wrongful birth, wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris.
- GROBE, R.T. (1992). “The future of the wrongful birth cause of action”. *Pace Law Review*, vol. 12, no. 3.
- LEITÃO, M (2016). *Direito das obrigações*, vol. I, 13.^a ed. Almedina.
- MARQUES, L.M.B. (2019). *Nascer por engano: as wrongful life actions e o regime da responsabilidade civil português*, tese de mestrado em direito, Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- NUNES, L. (2013). *Responsabilidade do profissional de saúde – esfera de ação, enquadramentos e contextos*. Lisboa: CEJ.
- PAIVA, L.P.C.C. (2011). *Pretensões de wrongful life: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?* Tese de mestrado em Direito. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- PEREIRA, A.G.D. (2008). “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade. In *Congresso Internacional “Os Desafios do Direito Face às Novas Tecnologias”*.
- PEREIRA, A.G.D. (2007). “Breves notas sobre responsabilidade médica em Portugal”. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21.

- PEREIRA, A.G.D. (2012). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PEREIRA, A.G.D. *Consentimento informado e bens jurídicos no direito penal e direito civil*. CEJ. E-book.
- PINTO, L.G. (2015). “Ações wrongful birth e wrongful life – uma contravérsia sobre responsabilidade médica civil”. *Revista Direito Lusíada*, n.º 12.
- PINTO, P.M. (2007). *Ainda a indemnização por nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life)*. http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_23.pdf.
- PINTO, P.M. (2007). “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida”. In *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. III. Coimbra Editora.
- PINTO, P.M. (2009). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra Editora.
- RAPOSO, V.L. (2010). “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21.
- ROCHA, P.N. (2018). “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou de ‘vida indevida’ e tentativas para a sua superação”. *Julgar*, n.º 21.
- ROSA, P. da (2013). “Não existência – um direito”. *Julgar*, n.º 21.
- SILVA, C. (2007). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Almedina, 2007.
- SILVA, Sara Elisabete Gonçalves. “Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência”. *RJLB*, n.º 2.
- SOUSA, T. de (2021). *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, direito da saúde e da bioética*. Lisboa: AAFDL.
- STOLKER, C. (1994). “Wrongful life: The limits of liability and beyond”. *International and comparative Law Quarterly*, vol. 43.
- TEIXEIRA, L.C. (2016). “Perda de chance: dano autónomo ou mero suprimento do nexo causal?”. *Revista de Direito Civil*.
- TELLES, G. (1997). *Direito das obrigações*, 7.^a ed. Coimbra Editora.
- VARELA, A. (2011). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VICENTE, Marta Nunes, “Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: A jurisprudência Perruche, *Lex medicinae*, Revista portuguesa de Direito da Saúde, nº11, 2009.

Jurisprudência nacional

Acórdão do STJ, de 19.06.2001, Processo n.º 01A1008.
Acórdão do STJ de 04.03.2008, Processo n.º 08A183.
Acórdão do STJ de 15/12/2011 Processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1.
Acórdão do TRP de 01/03/2012, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.
Acórdão do TRG 19.06.2012, Processo n.º 2506/08.4TBFLG.G1.
Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.
Acórdão do TRL de 14.11.2013, Processo n.º 2428/05.0TVLSB.L1-2.
Acórdão do STJ de 12.03.2015, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.
Acórdão do TRL de 30.04.2015, Processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8.
Acórdão do TC n.º 55/2016.
Acórdão do STJ de 23.03.2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.
Acórdão do STJ de 21.02.2019, Processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1.
Acórdão do TRC de 11.02.2020, Processo. n.º 3670/18.OT8VIS.C1.
Acórdão do TRG, de 14.01.2021, Processo n.º 304/17.3T8BRG.G2.
Acórdão do TRP de 01.07.2021, Processo n.º 5397/16.8T8PRT.P1.

Jurisprudência estrangeira

Zepeda v. Zepeda, 03.04.1963, 41 III. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849.
Park v. Chessin, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222.
Gleitman v. Cosgrove, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689.
Becker v. Schwartz, 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401.
Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701, 17.11.2000.
HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606.
Mckay vs. Essex Area health authority, 02.11.1982, Court of Appeals, England and Wales.
Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165.

A imputação de ciberataques aos Estados

Inês Maria Araújo Martins

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto Azeredo Lopes

Agradecimentos

Gostaria de começar por agradecer ao meu orientador, Professor Doutor José Alberto Azeredo Lopes, pela orientação, apoio e partilha de conhecimento, não só do tema a que dediquei a minha dissertação, mas do direito internacional em geral. Agradeço imensamente ter despertado a minha vontade de aprender mais sobre este mundo fascinante que é o direito internacional e ter contribuído para o meu progresso e disciplina.

Gostaria, igualmente, de agradecer à Patrícia, à Tereza, ao Diogo e ao Nuno, por todo o apoio, amizade e disponibilidade com que me receberam durante os meses na Suécia, e que contribuiu para que desenvolvesse o meu estudo abrangendo outras perspetivas. Obrigada por me permitirem partilhar um país tão maravilhoso na vossa companhia. Por fim, à minha família e ao Francisco, deixo um obrigada especial. O vosso apoio, dedicação e esforço foi imprescindível para a execução e sucesso de todos os meus projetos. Obrigada por acreditarem sempre em mim e por garantirem a vossa presença em todas as etapas do meu desenvolvimento. Em especial, gostava de agradecer ao meu avô por todas as partilhas e dedicação.

Resumo

O ciberespaço tem-se assumido como um desafio para alguns regimes jurídicos do Direito Internacional. A presente dissertação, apesar de abordar os desafios presentes noutros regimes, terá como foco aquele que se levanta no regime da responsabilidade internacional, mais especificamente, o da imputação de ciberataques a Estados.

Assim, num primeiro momento, irá abordar os diferentes domínios de que o ciberespaço dispõe para a perpetração de ciberataques, o que representa para conflitos híbridos, e as implicações nas políticas de defesa dos Estados e das organizações no âmbito da ciberdefesa e cibersegurança.

Feito o enquadramento do domínio onde as operações em análise têm lugar, passaremos ao tema central da dissertação, a imputação de ciberataques aos Estados. Neste contexto, serão abordados os diferentes processos de imputação – técnica, política e jurídica –, assim como as dificuldades associadas a cada uma delas. Mais, exemplificaremos, com casos de ciberataques reais, a importância da interligação dos vários processos da imputação para que se obtenha uma imputação do ciberataque ao Estado mais esclarecida.

De seguida, abordaremos a importância que a imputação de ciberataques desempenha no regime da responsabilidade internacional, assim como na restauração da segurança e paz internacional.

Por fim, serão referidas, e criticadas, soluções apresentadas por algumas entidades privadas, para que se verifique uma evolução nos processos da imputação.

Palavras-chave: Ciberespaço; ciberataques; imputação; responsabilidade; ciberdefesa; cibersegurança.

Abstract

Cyberspace has been assumed as a challenge for some international legal regimes. This dissertation, despite addressing other challenges, will focus on the one that arises from the international responsibility regime, more specifically, the attribution of cyberattacks to States.

Thus, at first, we will address the different domains that cyberspace has for the perpetration of cyberattacks, what they represent for hybrid conflicts, and the implications for States and organizations defence policies regarding cyberdefence and cybersecurity.

Afterwards, we will move to the dissertation's starring theme – the attribution of cyberattacks to States. In this context, the different processes of attribution (political, legal, technical) will be addressed, as well as the difficulties associated with each. Furthermore, we will exemplify, with real cyberattacks cases, the importance of connecting the various attribution processes to obtain a more enlightened attribution. Next, we will address the importance that the attribution of cyberattacks plays in the international responsibility regime, as well as in the restoration of international security and peace.

We will conclude by critically analysing some solutions presented by some private entities to improve attribution processes.

Keywords: Cyberspace; cyberattacks; attribution; responsibility; ciberdefence; cybersecurity.

Lista de siglas e abreviaturas

ANPC	Autoridade Nacional de Emergência e Proteção Civil
Apud.	Citado por
c.	Contra
Cf.	Confira
Cit.	Citação
CCDCOE	Centro de Excelência de Ciberdefesa Cooperativa da NATO
CDI	Comissão de Direito Internacional
CNCS	Centro Nacional de Cibersegurança
CNU	Carta das Nações Unidas
DIH	Direito Internacional Humanitário
DNC	Comité Nacional do Partido Democrata
EUA	Estados Unidos da América
FBI	Departamento Federal de Investigação
FSB	Serviço Federal de Segurança
Id.	<i>Idem</i> (mesmo autor)
Ibid.	<i>Ibidem</i> (mesma obra)
IP	Protocolo de Internet
ISIS	Estado Islâmico do Iraque e da Síria
ISP	Provedor de Serviços de Internet
MCAAC	Conselho Multilateral de Imputação e Adjudicação Cibernética
N.º(s)	Número(s)
NATO	Organização do Tratado do Atlântico Norte
PA I	Protocolo Adicional I
PARI	Projeto de Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados por factos internacionalmente ilícitos
p./pp.	Página(s)
RAND	Research and Development
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TOR	The Onion Router

Índice

I. Introdução	7
II. A dimensão ciber dos conflitos híbridos modernos	8
A. Ciberespaço	9
B. O ciberespaço como domínio mediático de comunicação	10
C. Ciberespaço enquanto domínio de operações	13
III. Ciberdefesa e Cibersegurança	16
IV. As dimensões da atribuição de ciberataques aos Estados	17
A. Imputação técnica	18
B. Imputação política	21
C. Imputação jurídica	22
1. Normas que atribuem o ataque ao infrator	22
2. Standard of proof	25
V. Importância da imputação do ciberataque ao Estado	28
VI. Soluções para a evolução dos processos da imputação	33
A. Atlantic Council	34
B. Microsoft	34
C. Corporação RAND	34
Conclusão	36
Referências bibliográficas	38
A. Doutrina	38
B. Jurisprudência	41
C. Documentos a consultar	41

I. Introdução

A rapidez e eficácia com que hoje em dia obtemos e difundimos informação deve-se à evolução tecnológica, que tem ocorrido a um ritmo bastante acelerado. No entanto, é igualmente devido a esse fenómeno que existe uma crescente dependência das sociedades modernas em relação à internet, que as leva a viver num mundo permanentemente online. Devido ao papel essencial que a tecnologia desempenha no nosso quotidiano, o ciberespaço constitui um domínio que merece a nossa crescente atenção¹.

O ciberespaço, atualmente, comporta as informações essenciais de todos os cidadãos, assim como dos Estados. As infraestruturas essenciais são totalmente dependentes da internet, o que, apesar das vantagens, apresenta uma porta para vulnerabilidades nunca exploradas. Vários atores, estaduais ou maliciosos, passam a deter uma ferramenta para se manifestar, sendo através da difusão de informação relevante, ou propaganda, como canal de comunicação para ordenar ou prevenir ataques, ou mesmo para perpetrar ciberataques.

Esta evolução consubstancia um desafio para o Direito Internacional, na medida em que levanta questões relacionadas com os vários regimes jurídicos que abarca. Põe à prova conceitos relacionados com o regime jurídico do uso da força, assim como do Direito Internacional Humanitário e da Responsabilidade Internacional.

Atendendo aos desafios relacionados com a ascensão do ciberespaço, num primeiro momento do nosso estudo abordaremos a dimensão ciber dos conflitos híbridos modernos, explorando o conceito de ciberespaço e os domínios que este apresenta como mais relevantes no contexto de conflitos, sendo eles o domínio mediático de comunicação e o domínio de operações. Neste último, prestaremos especial atenção à diferenciação dos conceitos de cibercrime, ciberataque e ciberguerra para clarificar quando estamos no âmbito do direito internacional ou do direito nacional.

Num segundo momento, prender-nos-emos com o que representa este novo domínio para as políticas de defesa e segurança dos Estados e de organizações, assim como com a necessidade de apostar na conectividade e partilha entre ambos. Assim, analisaremos como a ciberdefesa e cibersegurança, apesar de visarem objetivos diferentes, podem melhorar com a interação entre os atores encarregues de cada uma.

O terceiro momento do estudo, e tema central da dissertação, prende-se com a análise de um desafio específico ao direito internacional, levantado pelo ciberespaço, no âmbito do regime da responsabilidade internacional. A questão da imputação de

¹ Cf. Moniz, 2018.

ciberataques aos Estados enfrenta dificuldades relacionadas com os processos de identificação do autor de um ciberataque, nas suas vertentes técnica, política e legal. Este capítulo explorará cada uma das vertentes, interligando-as e representando-as com exemplos de ciberataques reais.

No seguimento do ponto anterior, temos o tema da importância da imputação de ciberataques aos Estados, explorando as respostas possíveis a um determinado ciberataque, atendendo às suas características e severidade, apresentadas pelo regime da responsabilidade internacional.

Por fim, serão apresentadas algumas propostas de soluções para que se possa verificar um progresso dos processos de imputação. As soluções apresentadas pela Microsoft, Atlantic Council e Corporação RAND passam pela criação de uma entidade internacional de imputação que, dependendo da proposta, varia na natureza, mas mantém o objetivo de obter uma imputação eficaz, eficiente e imparcial.

II. A dimensão ciber dos conflitos híbridos modernos

Cada vez mais se tem ouvido falar do conceito de conflitos híbridos e da sua ascensão no século XXI. Contudo, não se trata de um fenómeno novo. A natureza e os meios de condução de um conflito têm vindo a sofrer alterações devido às transformações da tecnologia, das realidades políticas e das ideologias². Reflexo dessa transformação são as duas grandes guerras³, a guerra fria⁴, e os conflitos que envolveram atores não estaduais (por exemplo: ISIS, Al-Qeda)⁵.

Apesar da sua larga existência, permanece um conceito contestado e merecedor de várias definições⁶, sendo a apresentada por Frank Hoffman a mais vezes citada: “as ameaças híbridas incorporam uma série completa de diferentes modos de guerra, incluindo capacidades convencionais, táticas e organizações irregulares, atos terroristas, incluindo violência e coação indiscriminada e desordem criminal. As guerras híbridas podem ser conduzidas tanto pelos Estados, como por uma variedade de atores não estatais. Essas atividades multimodais podem ser conduzidas por unidades separadas, ou até pela mesma unidade, mas geralmente são dirigidas e

² Bhuiyan, 2018.

³ Bhuiyan, 2018.

⁴ Bhuiyan, 2018.

⁵ Bhuiyan, 2018; Hoffman, 2017.

⁶ Qureshi, 2020, p. 176: “[...] spectrum wars with both physical and conceptual dimensions: the former, a struggle against an armed enemy, and the latter, a wider struggle to control and support of the combat zone’s indigenous population, the support of the home fronts of the intervening nations, and the support of the international community”; cit. Bilal, 2021: “[...] hybrid warfare remains entail an interplay or fusion of conventional as well as unconventional instruments of power and tools of subversion”; Ducaru, 2016, p. 10: “[...] is described as a shift away from a traditional force-on-force model to an approach which combines military and non-military tools in a deliberate and synchronized campaign to destabilize and gain political leverage over an opponent”.

coordenadas, operacional e taticamente, dentro do campo de batalha principal visando obter efeitos sinérgicos nas dimensões físicas e psicológicas do conflito. Os efeitos podem ser obtidos em todos os níveis da guerra”⁷.

Ora, apesar de o conceito de conflitos híbridos não constituir novidade, tem manifestado dimensões diferentes, que demonstram um aproveitamento dos avanços da tecnologia e caracterizam os conflitos híbridos modernos, como é o caso da utilização do ciberespaço.

A. Ciberespaço

O ciberespaço pode ser entendido como “um novo domínio de acesso aberto e global, caracterizando-se pela ausência das tradicionais fronteiras físicas”⁸. Trata-se de um domínio construído inteiramente pela mão humana, onde assenta a internet. Contudo, a sua constituição não passa meramente pelo plano virtual. De acordo com Paulo Moniz⁹, o ciberespaço é composto por uma vertente física, que corresponde às infraestruturas de servidores, equipamentos de rede e links de comunicação que consubstanciam a internet, assim como por uma vertente lógica, que corresponde a aplicações e conteúdos onde ocorrem as trocas de informação.

Enquanto domínio aberto, o ciberespaço levou a que se verificasse uma alteração no paradigma das relações de poder¹⁰. Antes do ciberespaço, era do entendimento geral que o poder se encontrava concentrado maioritariamente nas mãos dos Estados. No entanto, com o desenvolvimento da tecnologia e com a crescente importância do ciberespaço, tornou-se possível que vários indivíduos, mesmo que com poucos recursos, e localizados em qualquer parte do mundo, adotassem uma voz mais ativa e influenciassem os acontecimentos do mundo. Assim, este domínio combina a existência de ameaças provenientes de atores estatais e não estatais e expõe vulnerabilidades civis e militares.

⁷ Tradução nossa (Hoffman, 2007, p. 8).

⁸ Cit. Nunes, 2018, p. 13.

⁹ Moniz, 2018.

¹⁰ De acordo com o autor, poder “implica a capacidade de exercer ‘força’ ou ‘influência’ de modo a provocar um efeito desejado em determinado domínio”, ao passo que ciberpoder se trata dessa capacidade no ciberespaço, ou seja, “capacidade de usar o ciberespaço para criar vantagem ou eventos de influência em outros ambientes operacionais através de instrumentos de poder” (Moniz, 2019, p. 61).

Tal permite-nos caracterizar o ciberespaço através de quatro elementos: baixas barreiras de entrada¹¹, possibilidade de ocultação¹², mutabilidade¹³ e ausência de fronteiras geográficas, no seu sentido convencional.

Ora, devido a estas características atrativas, o ciberespaço tem sido utilizado como ferramenta dos conflitos híbridos. Por um lado, o facto de se tratar de um domínio partilhado, rápido e eficaz faz com que seja utilizado como instrumento facilitador da disseminação de comunicações, propaganda e manipulação e distorção da informação. Por outro lado, serve de domínio de operações, complementando ou amplificando os efeitos das operações militares convencionais.

B. O ciberespaço como domínio mediático de comunicação

Este domínio pode ser utilizado por vários atores como uma ferramenta de comunicação. De todos eles, destacaremos a sua utilização por ciberterroristas.

Um dos principais objetivos dos terroristas na utilização do ciberespaço passa pela disseminação de propaganda, geralmente, através de mensagens, apresentações, revistas¹⁴, áudios, vídeos e videojogos realizados pelas organizações terroristas. As maiores ameaças apresentadas na propaganda terrorista prendem-se com a forma como é utilizada, a intenção com que é disseminada¹⁵ e o público que atinge. Assim, tanto se pode destinar a apoiantes potenciais ou reais, como pode ser focada no recrutamento, na radicalização ou, até mesmo, no incitamento ao terrorismo, por meio de mensagens que transmitem o orgulho, dedicação e realização desse objetivo extremista. A propaganda também pode ser utilizada para demonstrar a execução eficaz de ataques terroristas àqueles que fornecem apoio financeiro, ou para manipular psicologicamente a crença de um indivíduo em certos valores sociais ou propagar um

¹¹ Atualmente, qualquer pessoa pode, facilmente, aceder a um sistema por via de uma rede global com recurso a um computador, independentemente do sítio onde se encontre. Tal pode verificar-se com o aumento da disponibilidade de ferramentas para que se proceda a um ciberataque, sendo cada vez menos necessário ter grandes capacidades tecnológicas para se proceder a uma ação criminosa (Moniz, 2019 e Nye Jr., 2010).

¹² Ibid., p. 11: Facilidade com que os atores do ciberespaço têm em agir de forma mal-intencionada, uma vez que lhes é permitido esconder-se por detrás de identidades fictícias ou geografias remotas. Um bom exemplo do exercício do ciberpoder é, exatamente, a facilidade de ocultação.

¹³ Ibid., p. 11: Encontra-se ligada à sua natureza, isto é, ao facto de se tratar de um espaço construído inteiramente pelo homem. Este domínio encontra-se suscetível a uma evolução constante, uma vez que a tecnologia se encontra em constante progressão, o que se revela essencial para se compreender o exercício do poder no ciberespaço.

¹⁴ Algumas das revistas online conhecidas são: a *Rumiyah* (7 edições publicadas em oito línguas – inglês, francês, alemão, russo, turco, uigur, indonésio e pashtun), a *Dabiq* (6 edições publicadas em inglês, até 2016, acabando por ser substituída pela revista *Rumiyah*), a *Inspire* (24 edições publicadas em inglês, pela Al-Qaeda da Península Arábica), a *Al-Naba* (69 edições publicadas em árabe, desde 2014), a *Dar Al-Aslam* (6 edições publicadas em francês, entre 2015 e 2016), a *Konstaninniyye* (6 edições publicadas em turco, entre 2015 e 2016), e a *Istok* (publicada em russo, entre 2015 e 2016) (Elias, 2019).

¹⁵ Note-se, no entanto, que nem toda a propaganda disseminada é considerada proibida, uma vez que tal poderia ser considerado violador do direito à liberdade de expressão. Assim, o indivíduo encontra garantido o direito a expressar a sua opinião, mesmo que esta seja contestada por outrem, dentro dos limites impostos pelo interesse público (Casimiro, 2018).

sentimento de ansiedade e medo na população ou num grupo da população. Tal demonstração, ou manipulação, pode dar-se através da divulgação de desinformação, boatos, ameaças de violência ou imagens provocatórias e demonstrativas de atos violentos.

De todos os objetivos referidos com que os terroristas disseminam propaganda, podemos destacar o recrutamento, o incitamento e a radicalização, para procedermos a uma análise mais detalhada de cada um deles. A propaganda terrorista é normalmente talhada para apelar a grupos mais vulneráveis e marginalizados da sociedade, pelo que capitaliza os sentimentos de injustiça, exclusão ou humilhação do seu alvo. Pode ainda ser adaptada conforme a idade¹⁶ ou o género, assim como a situação económica ou social que pretende atrair. O recrutamento também pode ser realizado clandestinamente em *websites*¹⁷ protegidos com palavra-passe, ou chats de grupo restritos acessíveis pela internet.

Relativamente ao incitamento, temos que a internet providencia material abundante, assim como oportunidades de fazer *download*, de editar e distribuir conteúdo que possa ser considerado de glorificação ilegal, ou de provocação, que pode levar ao cometimento de atos terroristas. Todavia, é importante enfatizar a importância da distinção entre mera propaganda e disseminação de material com intenção de incitar ao cometimento de atos terroristas.

Por fim, temos a radicalização, podendo esta entender-se como recrutamento e o incitamento como atos interligados que levarão, num último momento, ao cometimento do ato terrorista, sendo que a radicalização se refere ao processo de doutrinação. Esta, muitas vezes, acompanha a transformação de meros recrutas em indivíduos determinados a agir violentamente com base em ideologias extremistas. Neste processo, a propaganda pode ser disseminada quer pessoalmente, quer através da internet, e não apresenta um período de eficácia definido, isto é, a doutrinação pode levar mais tempo para uns e menos tempo para outros.

Para além da propaganda, o ciberespaço pode facilitar o financiamento terrorista. O modo como os terroristas utilizam a internet para recolher fundos pode ser

¹⁶ Por exemplo, quando é pretendido recrutar menores, normalmente, utiliza-se propaganda sob a forma de cartoons, videoclipes populares ou jogos de computador (UNODC, 2012).

¹⁷ Um *website* terrorista inclui normalmente informação acerca da história do grupo ou organização; biografias dos seus líderes, fundadores e heróis; informações sobre as suas ideologias políticas ou religiosas; e notícias. Desta forma, temos que nos websites não é comumente mencionada a violência que estes grupos empregam nas suas ações, ao invés, investem na informação relativa às suas ideologias e à sua história (Santos L., 2018; Santos, Nunes, Ralo & Mendes, 2018; Elias, 2019).

classificado em quatro categorias: solicitação direta¹⁸, comércio eletrónico¹⁹, pagamentos e transferências online²⁰, e através de organizações sem fins lucrativos²¹.

Nos últimos anos, as organizações terroristas têm utilizado esta ferramenta para proceder a treinos dos seus membros. Na internet é possível encontrar informação e instruções pormenorizadas, sob a forma de manuais, áudios e vídeos²², acerca da forma como se constroem explosivos e se planeiam atentados. Estas informações e instruções são transmitidas em várias línguas para poderem chegar ao máximo número de pessoas possível. Algum material instrutório disponível online inclui ferramentas de apoio ao desenvolvimento de atividades de contra informação e *hacking*.

O ciberespaço pode ser igualmente utilizado para que estas organizações procedam ao planeamento²³ dos seus ataques. Assim, quer a facilidade de se estabelecer comunicações seguras e praticamente anónimas entre vários agentes, quer a partilha de informação em tempo real permitem um planeamento de ataques terroristas com mais facilidade. Para além desta informação, cumpre ainda referir o facto de ser utilizada uma outra que se encontra disponível para o público em geral, com, o por exemplo, a informação disponibilizada no *Google Earth* ou, até mesmo, informação partilhada pelas próprias possíveis vítimas no *Facebook*, *Instagram*, *YouTube*, entre outros.

Por fim, temos que a internet pode ser utilizada para que estas organizações possam proceder à execução destes ataques. Assim, o ciberespaço pode ser utilizado quer para coordenar e perpetrar ataques físicos²⁴, quer para levar a cabo outras ações que visam gerar o medo e o pânico na comunidade²⁵.

¹⁸ A solicitação direta refere-se à utilização de websites, chats de grupo e emails correntes de modo a recolherem doações dos seus apoiantes (UNODC, 2012).

¹⁹ O comércio eletrónico encontra-se relacionado com a venda de livros, áudios e vídeos a apoiantes através de websites (UNODC, 2012).

²⁰ Algumas instituições que permitem o pagamento online podem ser exploradas através de meios fraudulentos, como roubo de identidade, roubo de cartão de crédito, fraude eletrónica e crimes de propriedade intelectual (UNODC, 2012).

²¹ Trata-se de organizações que parecem legítimas, mas que na verdade são utilizadas para fins ilegítimos, como a recolha de fundos para apoiar organizações terroristas. Algumas organizações foram descobertas como tendo por objetivo financiar organizações terroristas no Médio Oriente. Foi o caso da *Benevolence International Foundation*, *Global Relief Foundation* e *Holy Land Foundation for Relief and Development* (UNODC, 2012).

²² Por exemplo, a revista *Inspire* foi criada e publicada com o intuito de facilitar o treino para o jihad em casa. A revista continha um vasto material ideológico que visava encorajar o terrorismo, incluindo discursos atribuídos a Osama Bin Laden, Sheikh Ayman al-Zawahiri e outras figuras conhecidas da Al-Qaeda.

²³ No caso *Public Prosecutor v. Hicheur*, de 4 de maio de 2012, n.º 0926639036, do Tribunal de Grande Instance de Paris, foram ilustradas as várias formas como a internet pode ser utilizada para facilitar a preparação de atos terroristas.

²⁴ Tome-se por exemplo o ataque de 11 de setembro de 2001, onde a internet foi intensamente utilizada para a coordenação dos participantes no atentado.

²⁵ Tome-se por exemplo a difusão de vídeos de decapitações, apedrejamentos e homicídios pelo autodesignado “Estado Islâmico”.

C. Ciberespaço enquanto domínio de operações

Demonstrando a preocupação com o aumento do impacto do ciberespaço na segurança internacional, a NATO reconheceu o ciberespaço como o quarto domínio operacional, na Cimeira de Varsóvia em 2016. O reconhecimento formal neste sentido, não só pela NATO, mas também pelos Estados, implicou uma alteração nas preocupações nacionais ao nível da proteção e salvaguarda nacionais.

As operações que ocorrem neste domínio admitem várias formas, como, por exemplo, a extração de dados ou espionagem; manipulação de dados e informação; e a perpetração de ciberataques que, por sua vez, podem servir como meio, tanto para facilitar como complementar as operações convencionais, ou como fim em si mesmo. Algumas ciberoperações são mais sofisticadas do que outras, uma vez que têm por base inovações tecnológicas revolucionárias. Essas operações desafiam os conceitos tradicionais relacionados com esta matéria, por influência da perspetiva ciber, o que levou a que grande parte da doutrina, especialistas e mesmo organizações se tenham dedicado a explorar e esclarecer as diferenças entre conceitos como: cibercrimes, ciberataques e ciberguerra.

A clarificação teórica destes conceitos ajuda a esclarecer questões jurídicas como, por exemplo, a de saber quais os regimes jurídicos a aplicar; a quem se deve atribuir a responsabilidade; e quais os mecanismos legais possíveis de acionar, quando perante situações de cibercrime, ciberataque ou ciberguerra.

Quando falamos de cibercrimes, temos, necessariamente, de referir a Convenção de Budapeste de 2001²⁶, um tratado multilateral que visa aumentar a cooperação e harmonização do direito doméstico entre os Estados signatários para combater crimes perpetrados no ciberespaço, tais como os dirigidos, tendencialmente, contra pessoas ou contra interesses patrimoniais, ou contra dados e informação. Entende-se, assim, por cibercrime “todo o ato em que o computador serve de meio para atingir um objetivo criminoso ou em que o computador é o alvo desse ato”²⁷.

Portugal ratificou a referida Convenção, levando a que a Assembleia da República aprovasse a atual Lei do Cibercrime, n.º 109/2009. Tal contribuiu para a atualização e harmonização legislativa com vista a uma mais eficaz criminalização das condutas referidas. Para além disso, capacitou os órgãos de investigação criminal e os órgãos de polícia criminal na prossecução dos seus objetivos no ciberespaço. Assim, o plano de

²⁶ A igualmente designada Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime de 2011 divide a atenção em 3 domínios: direito penal substantivo (artigos 2.º a 13.º); direito processual penal (artigos 14.º a 22.º); e cooperação internacional (artigos 23.º a 35.º).

²⁷ Santos L., 2018, p. 28.

atuação para lidar com a segurança no ciberespaço, isto é, a cibersegurança, passa pela prossecução criminal destes atos e pela condenação concreta do autor do crime²⁸.

O conceito de ciberataque foi definido pelo grupo de especialistas encarregue da produção do manual de Tallinn (doravante manual), na regra 92, como “uma operação ciber, ofensiva ou defensiva, que razoavelmente se espera que provoque lesões ou morte de pessoas ou danifique ou destrua objetos”²⁹. Para além deste, a doutrina³⁰ e algumas organizações internacionais³¹ apresentaram outras definições. A par da definição de ciberataque, o manual esclarece o conceito de ataque, adotando a definição presente no artigo 49.º/1 do PA I: “[a] expressão ‘ataque’ designa os actos de violência contra o adversário, quer sejam actos ofensivos, quer defensivos.”³² Ora, sendo o conceito de ataque inerente ao conceito de ciberataque, temos que este último se distingue de ciberoperação em geral, ao exigir a ocorrência de “atos de violência”³³. A clarificação deste conceito é essencial, uma vez que representa o primeiro passo para a imputação, isto é, representa a delineação do objeto da imputação. Assim, se perante um evento este for classificado como ciberataque, identifica-se o objeto da imputação, o que permite que se prossiga para a identificação do agente perpetrador e o regime jurídico que permita responsabilizá-lo. O regime jurídico variará consoante o agente que for identificado como responsável, sendo que o objeto de estudo da dissertação se prende com o regime jurídico da responsabilidade dos Estados, mais especificamente, no elemento da imputação.

²⁸ O mesmo objetivo de levar à justiça criminosos também se aplica a terrorismo ou espionagem, envolvendo neste caso os serviços de informações nacionais.

²⁹ Tradução nossa.

³⁰ “[...] tentativas de danificar o adversário através de ataques sobre os computadores, redes de informação ou qualquer outra faceta da sociedade moderna de tecnologias da informação” (Hughes & Shaffer, 2020, p. 300); “Um ciberataque consiste em qualquer ação tomada com vista a prejudicar o funcionamento de uma rede de computadores devido a objetivos políticos ou de segurança nacional” (Hathaway, et al., 2012, p. 826).

³¹ “It is sometimes claimed that cyber operations do not fall within the definition of ‘attack’ as long as they do not result in physical destruction or when its effects are reversible” (Comité Internacional da Cruz Vermelha, 2011).

³² Ora, estando nós num contexto em que um Estado ataca um outro Estado no domínio ciber, quer no âmbito de um conflito armado já a decorrer, ou despoletando, com essa ação, um conflito armado novo, as regras de Direito Internacional Humanitário serão aplicadas (Tavares, 2020, p. 246), tal como nos indica a regra 80 do Manual. Ou seja, aplicam-se as Convenções de Genebra, assim como os Protocolos Adicionais, ao conflito armado (note-se que a aplicação das regras de DIH não depende da qualificação do evento sob o *jus ad bellum*, uma vez que, de acordo com o princípio da igualdade de aplicação, mesmo o recurso à força armada ilícito, do ponto de vista do *jus ad bellum*, está sujeito ao direito do conflito armado. Tal é refletido no § 5 do Preâmbulo do Protocolo Adicional I). Mais se acrescenta que a perpetração de ataques no domínio ciber, enquanto força militar, em nada altera a qualificação do conflito e as regras que se lhe aplicam. Assim, se se tratar de um conflito interestadual, aplicar-se-ão as regras de conflitos internacionais (ver regra 82 do Manual) e, caso se trate de um conflito não-internacional (ver Regra 83 do Manual), aplicam-se as regras relativas a estes.

³³ Esclareça-se apenas que, segundo o grupo de especialistas, o termo “atos de violência” deve ser entendido no sentido dos efeitos provocados pelo ataque, e não no da natureza deste. Assim, desde que as consequências do evento sejam destrutivas, este poderá considerar-se um ataque que, se ocorrer no espaço ciber, designar-se-á de ciberataque.

Atualmente, a perpetração de ciberataques³⁴ pode ser originada por diferentes métodos³⁵, sendo que os mais utilizados são a negação de serviço, *defacement*, *logic bomb*, *sniffer*, cavalo de Tróia, vírus, *worm* e *botnet*. Na negação de serviço, os utilizadores autorizados perdem o acesso ao sistema e vice-versa. A partir de um sistema, o invasor começa a imergir nos computadores alvo acedendo a mensagens e bloqueando o fluxo de dados, levando a que o sistema não consiga aceder à internet nem comunicar com outros sistemas. Já na negação de serviços distribuído, o agente, ao invés de lançar um ataque a partir de uma única fonte, utiliza uma rede de sistemas informáticos infetados. O *defacement* não tem como objetivo aceder a ou extrair informações, mas sim deixar uma mensagem, modificando a aparência do conteúdo³⁶. A *logic bomb* consiste num código dentro de um programa que realiza atos destrutivos com base na ocorrência de um evento específico³⁷. O cavalo de Tróia é um programa, por norma malicioso, disfarçado de um programa relevante para o utilizador³⁸. O *sniffer* é um programa utilizado para escutar conversas eletrónicas e ganhar acesso a informação que de outra forma não estaria disponível³⁹. O vírus é um *malware* capaz de se multiplicar. Este pode diferir na sua natureza e objetivos, pelo que existem vários tipos de vírus⁴⁰. Por seu turno, a *worm* é essencialmente um programa capaz de se replicar e propagar de uma forma autónoma, podendo implodir um sistema devido ao consumo excessivo de espaço dos recursos de processamento⁴¹. Por último, temos a *botnet*, que se trata de uma rede de sistemas infetados, explorada sem que os seus proprietários se apercebam. A *botnet* visa recolher informação sensível de sistemas governamentais e comerciais, roubar dados pessoais, distribuir *spam* e lançar ataques de negação de serviço que enchem os servidores, podendo danificar os serviços *online*⁴².

Por fim, temos o conceito de ciberguerra, que “corresponde a uma ação planeada e executada numa perspetiva militar”⁴³. Atende aos ciberataques de nível mais alto e complexo realizados contra os interesses ciber de outros países e desencadeia consequências severas. Desta forma, podemos estar perante uma situação em que os efeitos de um ciberataque correspondem aos efeitos de um ataque armado ou uma situação em que uma ciberoperação ocorra no contexto de um ataque armado. O comando e a gestão dessas situações competem à Defesa Nacional, que agirá dentro dos planos de atuação definidos no âmbito da ciberdefesa.

³⁴ Neste sentido, veja-se: <https://www.aura.com/learn/types-of-cyber-attacks>.

³⁵ Passando pelo *hacking* e pela utilização de *softwares* maliciosos.

³⁶ Fujita, Nguyen, Vu, Banh & Puta, 2018, pp. 116 e ss.

³⁷ Stephenson & Gilbert, 1999, p. 38.

³⁸ Ibid., p. 36.

³⁹ Tipton & Krause, 2003, p. 223.

⁴⁰ Stephenson & Gilbert, 1999, pp. 31-35.

⁴¹ Ibid., pp. 37-38.

⁴² Tiirmaa-Klaar, Gassen, Gerhards-Padilla & Martini, 2013, pp. 3-4.

⁴³ Moniz, 2018, p. 24.

Posto isto, podemos concluir que, apesar de todos os conceitos se referirem a operações que ocorrerem no domínio ciber, distinguem-se no que diz respeito ao seu tratamento jurídico. Para além disso, vimos que, em algumas situações, são desencadeados planos de cibersegurança, ao passo que noutras são desencadeados planos de ciberdefesa, pelo que se revela essencial distinguirmos estes conceitos.

III. Ciberdefesa e Cibersegurança

Desde o 11 de setembro de 2001, tem-se verificado um aumento da sofisticação e frequência com que os ciberataques têm vindo a ocorrer. Esse crescimento deve-se à evolução tecnológica, ao crescimento de campanhas ciber, patrocinadas por Estados, tendo em vista o ataque de outros Estados, e a uma maior conectividade entre os *hackers*. A consequência do aumento de ciberataques tem, igualmente, contribuído para uma maior atenção por parte dos Estados. Estes passaram a discutir esta matéria e a focar-se na pesquisa relativa ao melhoramento do processo de construção de políticas de ciberdefesa e cibersegurança. Já é visível o esforço nacional de alguns governos, que têm atendido à necessidade de desenvolver e reforçar as capacidades ciber nacionais para propósitos ofensivos e defensivos, tendo iniciado centros de ciberdefesa nacionais⁴⁴, assim como iniciativas bilaterais⁴⁵ e organizações internacionais⁴⁶.

Ao mesmo tempo, este crescimento tem vindo a levantar algumas questões jurídicas ligadas à segurança e defesa no ciberespaço, que se podem identificar enquanto questões de cibersegurança e de ciberdefesa. Estes conceitos podem distinguir-se pelos diversos graus de segurança envolvida, intervenientes e formas de resposta.

De uma forma geral, entende-se por cibersegurança “o conjunto das atividades, que ocorrem no ciberespaço, de prevenção, monitorização e resposta às ameaças que, pela sua natureza disruptiva, coloquem em risco o bem-estar e salvaguarda dos direitos dos cidadãos ou organizações”⁴⁷. A competência para assegurar a cibersegurança cabe a um conjunto de organizações e, a nível nacional, cabe às Forças de Serviço de Segurança, CNCS e ANPC. Por seu turno, entende-se que a ciberdefesa inclui as “atividades de prevenção, monitorização e reação a ameaças que coloquem em risco a soberania nacional, sendo que compete às Forças Armadas a missão da ciberdefesa”⁴⁸.

⁴⁴ No caso dos Estados Unidos, *U.S Cyber Command*, 2008; na Alemanha, *Germany's Nationales Cyber-Abwehrzentrum*, 2011; e, no Reino Unido, *UK's National Cyber Security Centre*, 2016.

⁴⁵ Tome-se como exemplo o *Cyber Defense Policy Working Group*, estabelecido em 2013, entre os Estados Unidos da América e o Japão.

⁴⁶ Tome-se como exemplo o *NATO's Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, 2008 e *European Cyber Security Organization*, 2016.

⁴⁷ Moniz, 2018, p. 23.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 47.

Dito de outra forma, ciberdefesa refere-se a “questões de segurança no contexto da atualização de meios eletrónicos que envolvam a segurança do próprio Estado – abrangendo a segurança das várias dimensões que o compõem: povo, território e poder político”⁴⁹, ao passo que cibersegurança se refere a “todas as demais questões de segurança no contexto da utilização de meios eletrónicos”⁵⁰.

Desta forma, é perceptível a importância da distinção dos referidos conceitos, uma vez que, com os recursos disponíveis, os fenómenos que têm lugar no ciberespaço tornam difícil a perceção dos cenários onde atuam as forças de segurança e as forças armadas. Imagine-se que uma infraestrutura crítica de energia nacional é atacada. Atendendo aos recursos disponíveis e associados à natureza do ciberespaço, podemos ficar incertos quanto ao objetivo pretendido, isto é, se o ataque visava atingir a organização, através dos seus serviços e utilizadores, ou se intencionava colocar em causa a soberania do país. Para além disso, acresce, quer num quer noutro, a dificuldade em imputar o ataque. A dificuldade de atribuir o ciberataque a um responsável associa-se a diversas variantes, que analisaremos no capítulo seguinte.

IV. As dimensões da atribuição de ciberataques aos Estados

“A responsabilidade é o corolário necessário ao direito”⁵¹ e, como tal, foi desde cedo objeto de atenção da Comissão de Direito Internacional no sentido da sua codificação. Como resultado, foi elaborado o PARI, que consagra uma responsabilidade estadual, por fatos ilícitos e de natureza essencialmente objetiva (enquanto princípio-regra). Note-se, contudo, que, apesar da matéria da responsabilidade não se esgotar com a responsabilidade internacional dos Estados por factos internacionalmente ilícitos⁵², apenas ela será objeto da nossa atenção durante o nosso estudo.

A estrutura deste regime pressupõe, primeiramente, a comissão de um facto internacionalmente ilícito⁵³ composto por dois elementos: o elemento subjetivo⁵⁴ (“o comportamento tem que violar uma norma primária de direito internacional, isto é, a ilicitude”) e o elemento objetivo⁵⁵ (“a conduta, que pode consistir numa ação ou omissão, tem de ser estadual, ou seja, imputável ao Estado”). Ora, de acordo com o segundo elemento, sobre o qual recairá a nossa atenção, a conduta, independentemente de se tratar de uma ação ou omissão, terá de ser uma conduta estadual, isto é, terá de nos permitir atribuir os atos de um indivíduo ou órgão a um Estado. Por outras

⁴⁹ Casimiro, 2018, p. 48.

⁵⁰ Ibid., p. 49.

⁵¹ Cit. Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica c. Espanha), p. 33, § 36.

⁵² Tavares, 2020.

⁵³ Artigo 1.º do PARI.

⁵⁴ Tavares, 2020, p. 639.

⁵⁵ Ibid., p. 54.

palavras, “[a] operação de imputação ou atribuição é [...] uma ficção legal que consiste em atribuir os atos de uma pessoa física a um Estado – uma pessoa jurídica”⁵⁶.

Posto isto, tornam-se essenciais os critérios que imputam condutas ao Estado, uma vez que nos permitem determinar quando um Estado atua. Atualmente, tal assume um papel ainda mais relevante, visto que foram surgindo fenómenos não antes considerados, tais como: a utilização de entidades privadas para exercerem poderes públicos; o crescendo das ações de atores não estaduais (desde atores maliciosos a atores não maliciosos); e o desenvolvimento da tecnologia, que dificulta a imputação de determinada conduta a um Estado.

Uma das razões da dificuldade de imputação associada ao desenvolvimento de novas tecnologias prende-se com a perpetração de ciberataques. A imputação de ciberataques, que pode ser definida como a “identificação do ator responsável por um ciberataque”⁵⁷, é bastante complexa, uma vez que o seu processo pode resultar em respostas bastante diferentes⁵⁸, dependendo do tipo de imputação em causa⁵⁹, isto é, imputação técnica, imputação política e imputação jurídica. Apesar de distintos quanto à natureza, método e objetivo, os diferentes processos de imputação não são mutuamente excluíveis. Antes pelo contrário. Para concluirmos se determinada conduta, neste caso, ciberataque, deve, ou não, ser imputada a um Estado, é necessário considerar os resultados a que cada processo de imputação chega. Assim, se conseguirmos associar o computador de onde o ataque provém com as declarações que um Estado fez relativamente a determinado ataque e as regras de direito internacional que permitem considerar uma conduta como estadual, conseguiremos mais facilmente imputar a responsabilidade. Estas são, no entanto, situações improváveis, uma vez que nenhum Estado assumirá, facilmente, uma relação com um qualquer ciberataque.

A. Imputação técnica

A imputação técnica é a “identificação da máquina a partir da qual um ataque foi lançado”⁶⁰, o que envolve a utilização de técnicas forenses que permitem o rastreio de pistas deixadas pelo intruso. A utilização destas técnicas tem sido dificultada devido ao desenvolvimento da tecnologia, que vem permitindo ferramentas de anonimato, como o TOR⁶¹, que facilitam a invisibilidade do perpetrador ou a deturpação da sua

⁵⁶ Ibid., p. 641.

⁵⁷ Finnemore & Hollis, 2020; Eichensehr, 2020; Buchan, 2012.

⁵⁸ Independentemente da resposta a que o processo de investigação nos guie, é importante que este seja diligente e preciso, uma vez que “a imputação correta de ciberataques é um predicado crucial para um amplo conjunto de ações relacionadas ou reativas” (Eichensehr, 2020, p. 520). No mesmo sentido, ver Tran, 2018, p. 384.

⁵⁹ Buchan, 2012; Eichensehr, 2019; Lin, 2016; Rid & Buchan, 2015; Finlay & Payne, 2019.

⁶⁰ Eichensehr, 2020.

⁶¹ *Onion-routing*, que permite encobrir o endereço de IP quando estão online.

localização. Contudo, têm-se registado esforços para melhorar a utilização destas técnicas e desenvolvido um leque de ferramentas que permitem rastrear o computador utilizado para o ciberataque. Tomem-se, como exemplo, os *honeypots*, ferramenta desenhada para funcionar como uma armadilha para os intrusos, uma vez que permite a monitorização clandestina do seu comportamento, levando a que futuras intrusões sejam mais facilmente identificadas e associadas ao perpetrador. Uma outra fonte de informação consiste na *instrumentação pré-posicionada*, que ocorre em sistemas e *networks* que o intruso possa utilizar no seu ataque, permitindo que o fluxo de dados seja registado para que, quando devidamente interpretado, seja possível a identificação da natureza e fonte da atividade ciber maliciosa. Ferramentas mais específicas como as *text string*⁶² e os *timestamps*⁶³ podem, igualmente, implicar a descoberta do atacante, como pudemos ver em casos como o da *Sony Pictures Entertainment* e *DNC*, respetivamente.

Sony Pictures Entertainment, 2014

Em 2014, a *Sony Pictures Entertainment* foi vítima de um ataque aos seus sistemas de rede. Os hackers responsáveis pelo ataque, “*Guardians of Peace*”⁶⁴, fizeram *download* e publicaram *online* os registos da *Sony*, incluindo informação pessoal dos trabalhadores, como números de segurança social e registos médicos; lista dos salários dos funcionários; comunicações internas, como emails com conteúdo sensível; guiões e filmes não lançados. De seguida, apagaram estes registos dos computadores da *Sony*. No total, este ataque afetou mais de três mil computadores e oitocentos servidores, ficando famoso por ter levado ao cancelamento da comédia “*The Interview*”, onde os atores Seth Rogen e James Franco assassinavam o líder da Coreia do Norte, Kim Jong Un.

Vinte e cinco dias após o ataque, o FBI imputou-o publicamente à Coreia do Norte, declarando com “alta confiança” que o ataque teve origem naquele país. Tal conclusão foi obtida por se atender ao contexto, uma vez que a Coreia do Norte tinha meios e motivos, mas também pelas provas forenses. Oficiais do FBI encontraram semelhanças com o ataque *DarkSeoul*, perpetrado previamente pela Coreia do Norte contra os bancos da Coreia do Sul. Para além disso, encontraram provas de que o código malicioso foi produzido em computadores com as definições programadas em coreano.

⁶² As *text strings* descobertas num ciberataque podem incluir a língua em que os nomes das funções do software malicioso foram programados, implicando um dado atacante (Eichensehr, 2020).

⁶³ Os *timestamps* podem indicar a altura em que o *malware* foi compilado, a hora da infeção, e os horários de trabalho dos atacantes (Eichensehr, 2020).

⁶⁴ Grupo de *hackers* apoiado pelo governo da Coreia do Norte.

DNC Hack, 2016

Neste caso, os hackers, de pseudónimo “Guccifer 2.0”, infetaram e-mails visando roubar credenciais que lhes permitissem ter acesso à rede do Comité Nacional de Democratas dos Estados Unidos. Os hackers, de acordo com o relatório da *Symantec*, publicaram cerca de vinte mil e-mails do Comité através do website *DNCLeaks* e *WikiLeaks*, sabotando a campanha presidencial do Senador Bernie Sanders, causando a demissão da Presidente do Comité, Debbie Wasserman Schultz, e, em última instância, evitando a vitória de Hilary Clinton.

Os serviços de inteligência dos Estados Unidos concluíram com “alta confiança” que o ataque foi perpetrado pela Rússia. Apesar de não terem fornecido publicamente provas que fossem nesse sentido, empresas de segurança privadas, que foram consultadas durante a investigação, revelaram provas de que a Rússia tinha sido responsável pelo ataque. Concluíram que os hackers utilizaram as mesmas ferramentas de extração de dados e um código idêntico aos utilizados por um grupo de hackers russo que trabalha para a FSB (serviços secretos russos). Notaram, igualmente, que a assinatura digital estava no alfabeto cirílico e que as operações tinham parado nos feriados russos e que as horas de trabalho se alinhavam com o fuso horário da Rússia. Ora, apesar de as provas serem circunstâncias e, no caso da assinatura digital, poder ter sido plantada de forma incriminatória, a verdade é que as provas relacionadas com o fuso horário e os feriados são mais improváveis de ter sofrido manipulação, uma vez que tal implicaria um nível de coordenação e custos bastante elevados.

Lamentavelmente, identificar o terminal físico ou o endereço de *IP* de onde se origina um ciberataque revela pouco, ou nada, sobre a identidade e os motivos do ator por detrás do teclado⁶⁵. Há uma enorme diferença, tanto legal quanto política, entre um hacker independente que procura um desafio ao atacar um sistema de um governo, ou um coletivo de hackers que pretende fazer uma declaração política, e um Estado que viola o direito internacional. Assim, a imputação técnica pode ser entendida como um facilitador, uma vez que permite aos Estados seguir para a imputação política e legal.

⁶⁵ Tsagourias & Farrell, 2020.

B. Imputação política

A imputação política exige que um Estado admita publicamente que foi vítima de um ciberataque. A imputação pública⁶⁶ de ciberataques, quer sob a forma de declarações oficiais⁶⁷, exigências diplomáticas para que o Estado infrator cesse o ataque, ou até mesmo acusações criminais domésticas de atores estrangeiros a outros Estados⁶⁸, é um fenómeno recente e tem vindo a ser acompanhado pelo apoio, igualmente público, de outros Estados⁶⁹. A imputação política é um processo altamente complexo que requer a consideração de múltiplos fatores: o como, se, quando e de que forma responsabilizará publicamente o autor; as relações que mantém com o Estado; a mensagem que quer passar para o eleitorado doméstico; a mensagem que quer passar para os restantes Estados; as consequências que tal ação desencadeará, entre outras questões. Tendo em conta que tal decisão culmina no balanço abrangente entre a pressão doméstica e as relações interestaduais, justifica-se a prática dos Estados no sentido de uma exigência de um *standard of proof* alto aquando da imputação política⁷⁰, apesar de não existir nenhuma norma que o determine.

Desta forma, entendemos que a imputação política, só por si, não deve ser a base de uma possível ação de resposta ao ciberataque por parte de um Estado vítima. Deve ser sempre conjugada com a imputação técnica e jurídica, sob pena de ao Estado lhe vir ser a imputada, *à posteriori*, a ação de resposta como ilícita.

⁶⁶ Sobre a imputação pública, ver: Derian-Toth, et. Al., 2021; Egloff F., 2020; Finnemore & Hollis, 2020; Lin, 2016.

⁶⁷ “Today the Biden administration is taking actions to impose costs on Russia for actions by its government and intelligence services against U.S. sovereignty and interests. [...] This includes, in particular, [...] **violate well-established principles of international law, including respect for the territorial integrity of states**” – Estados Unidos da América, Abril 2021; “This attack, we believe **quite strongly**, came from a foreign state [...] North Korea was the state that we believe was involved this worldwide attack [...] I can’t obviously go into the detailed intelligence, but it is **widely believed** in the community and across a number of countries that North Korea had taken this role” – Reino Unido, Outubro 2017 (negrito nosso).

⁶⁸ Veja-se, por exemplo, o *press release* que anuncia que a primeira vez que os Estados Unidos acusaram criminalmente contra cinco hacker militares chineses por *hacking* de computadores, espionagem económica e outras ofensas dirigidas a seis vítimas americanas nas indústrias de energia nuclear, metais e produtos solares dos EUA: “Cyber theft is real theft and we will **hold state sponsored cyber thieves accountable** as we would any other transnational criminal organization that steals our goods and breaks our laws” – Estados Unidos, Maio 2014 (negrito nosso).

⁶⁹ “Foreign Minister Sven Mikser said that Estonia condemns Russia’s cyber-attacks against Ukraine and calls on Russia to **act responsibly and in accordance with international law** in cyber space” – Estónia, Fevereiro, 2018; “The Netherlands shares the concerns of other international partners regarding the damaging and undermining the GRU’s actions. It supports the conclusion, presented today by the UK, that GRU cyber operations such as this one **undermines the international rule of law**” – Países Baixos, Outubro, 2018; “Over the past 12 months, Australia has witnessed Russia use malicious activity to **undermine international stability, security, and public safety**. Australia **condemns such behaviour**.” – Austrália, Abril 2021 (negrito nosso).

⁷⁰ “The U.S. Intelligence CommunityUSIC is **confident** that the Russian Government directed the recent compromises of e-mails from US persons and institutions, including from US political organizations.” – Outubro 2016; “The UK’s National Cyber Security Centre assesses it is **highly likely** that North Korea actors known as the Lazarus Group were behind the WannaCry ransomware campaign – one of the most significant to hit the UK in terms of scale and disruption.” – Dezembro, 2017; “NCSC assesses with **high confidence** that the GRU was **almost certainly** responsible.” – Outubro 2018. (negrito nosso).

C. Imputação jurídica

A imputação jurídica, para beneficiar de um melhor entendimento, deve ser analisada em dois momentos diferentes. O primeiro momento prender-se-á com a conexão do ataque a um infrator de acordo com as regras, nacionais ou internacionais, aplicáveis. O segundo momento analisará a quantidade de provas necessárias e o nível de certeza exigido (*standard of proof*) para que se dê a imputação da responsabilidade de um Estado.

1. Normas que atribuem o ataque ao infrator

Tal como referido anteriormente, apenas discutiremos a imputação que denota “uma situação em que a conduta de um indivíduo ou grupo é considerada de um Estado”⁷¹, à qual se aplica o regime jurídico da responsabilidade internacional do Estado por factos internacionalmente ilícitos previsto no PARI, nos termos do artigo 1.º. No mesmo sentido, está a regra 14 do Manual, que determina que um Estado é internacionalmente responsável “quando um ataque cibernético contrário ao Direito Internacional lhe seja imputável”⁷².

De acordo com o princípio geral da imputação, previsto no artigo 4.º do PARI e na Regra 15 do Manual, um ataque pode ser imputado ao Estado infrator quando for perpetrado por qualquer órgão estadual⁷³. Por seu turno, existem provisões que permitem considerar uma conduta como estadual mesmo sem a atuação de um órgão ou agente. Tal acontece, por exemplo, nos termos do artigo 5.º do PARI e da Regra 15 do Manual, que determinam que serão imputadas ao Estado as condutas de entidades particulares legalmente autorizadas a exercer prerrogativas de autoridade pública por um Estado e nesse âmbito⁷⁴; nos termos do artigo 6.º do PARI e na Regra 16 do Manual⁷⁵, que referem as situações dos órgãos postos à disposição de um Estado por outro Estado; nos termos do artigo 7.º do PARI e da Regra 16, § 5 do Manual, que se

⁷¹ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, comentário ao artigo 2, § 12.

⁷² Schmitt, 2017. Ver ainda Relatório UNGGE, A/68/98, 2013, § 23; Relatório UNGGE, A/70/174, 2015, § 28(f).

⁷³ Veja-se o artigo 4.º do PARI e o Diferendo relacionado com a imunidade de processo legal de um relator especial da Comissão de Direitos Humanos, Parecer Consultivo, TIJ, 29 de abril de 1999, § 62: “A conduta de um órgão de um Estado deve ser considerada como um ato desse Estado ao abrigo do direito internacional, quer esse órgão pertença ao poder constituinte, ao legislativo, ao executivo, ao judicial ou a qualquer outro poder, quer as suas funções tenham um caráter internacional ou interno e quer assumam uma posição superior ou subordinada na organização do Estado”.

⁷⁴ Assim, os ciberataques que decorrem da contratação de empresas privadas ou de indivíduos, podem levar à imputação legal do Estado que habilitou os respetivos, pela sua lei, a exercer elementos da autoridade pública.

⁷⁵ Esta regra aplicar-se-ia, por exemplo, numa situação em que um especialista do CERT do governo de um Estado remetente fosse colocado à disposição do Estado recetor para lidar com operações cibernéticas direcionadas apenas ao Estado recetor, desde que este último exerça direção exclusiva e controle os especialistas. Tal mantém-se verdadeiro, mesmo que os peritos sejam disponibilizados apenas remotamente, veja-se Regra 16 do Manual, § 4.

referem às situações em que o órgão ou entidade agem em excesso de poder ou contra instruções relativas ao seu exercício⁷⁶; e nos termos do artigo 11.º do PARI, que regula a situação em que os comportamentos são reconhecidos e adotados como seus pelo Estado⁷⁷.

Para além destas, temos ainda as situações em que o Estado será responsabilizado pela conduta de uma pessoa que “agia, de facto, sob as suas instruções ou sob a direção ou controlo”, conforme o previsto no artigo 8.º do PARI e Regra 17 do Manual. No comentário ao Projeto de Artigos, a Comissão de Direito Internacional indicou que os termos “instrução”, “direção” e “controlo” devem ser entendidos disjuntivamente⁷⁸. Todavia, os tribunais tendem a tratar os conceitos “direção” e “controlo” em conjunto, impondo-os como um requisito singular da imputação⁷⁹. O grupo de especialistas concordou que o teste do controlo efetivo defendido pelo TIJ nos casos *Nicarágua*⁸⁰ e do *Genocídio*⁸¹ captura a intenção do conceito. No seu entender, o apoio ou incentivo de um Estado *vis-à-vis* uma entidade privada, ou as suas operações cibernéticas, são insuficientes para imputar responsabilidade ao Estado, pois o controlo efetivo não abrange a ação de um Estado considerada suplementar à ação desse ator no seu ataque⁸².

Em qualquer dos casos supramencionados, será sempre necessário, num primeiro momento, identificar o indivíduo, ou indivíduos, por detrás do computador para, posteriormente, poder estabelecer a ligação entre este e o Estado. Apesar das técnicas forenses utilizadas no âmbito da imputação técnica não serem capazes de determinar definitivamente a identidade da pessoa, não deixam de ser essenciais. Através da tecnologia, os investigadores podem consultar historiais e concluir, por exemplo, que o endereço de *IP* detetado foi já associado a alguém no passado; que o processo de autenticação através do qual um indivíduo específico fica ligado a

⁷⁶ Artigo 7.º do PARI.

⁷⁷ Por vezes, os Estados podem encontrar vantagens, por norma, políticas, em assumir um comportamento como seu. Podem, assim, querer demonstrar ao seu eleitorado doméstico a força que têm no contexto cibernético ou, mesmo, a posição que adotam perante ações de outros países; veja-se ainda, a propósito do silêncio enquanto aceitação tácita da imputação no contexto dos ciberataques, a intervenção de Robert E. Barnsby, “Why certain states are happy to have cyber attacks attributed to them”, no contexto da 11th *International Conference on Cyber Conflict (CyCon 2019)*.

⁷⁸ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, comentário ao artigo 8, § 7.

⁷⁹ Crawford, 2013.

⁸⁰ Veja-se o Caso Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta, TIJ, § 115.

⁸¹ Veja-se o Caso Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro, TIJ, § 400.

⁸² Tome-se como exemplo a situação em que um Estado fornece um *malware* a uma entidade particular. Tal não equivale, sem mais, a um controlo efetivo sobre as operações que serão levadas a cabo com a utilização desse *malware*. Mas, se o Estado planejar e supervisionar uma operação que visa utilizar as atualizações de um *software* para implantar vulnerabilidades num *software* utilizado por outro Estado nos seus computadores governamentais, celebrando um contrato confidencial com a empresa que produz o software, para que incorpore os *exploits* no *software*, e, posteriormente, dirija o processo de implantação, então estaremos perante um controlo efetivo e o Estado poderá ser responsabilizado pelas ações da entidade privada.

determinados privilégios no sistema do computador, permita rastrear o usuário. Por outro lado, caso o usuário aceda não apenas ao sistema do computador local, mas também à internet, o *ISP* poderá ser útil, uma vez que esclarecerá as atividades na internet dos seus subscritores enquanto indivíduos. Meios técnicos como, por exemplo, a forma como alguém utiliza o teclado do computador, poderão, igualmente, apontar para um indivíduo específico. Apesar de estas vidências fornecerem informação útil sobre um sujeito, revela-se essencial uma base de dados que permita proceder à comparação necessária e consequente revelação do indivíduo específico. Sem a base de dados, será possível identificar que se trata de um indivíduo responsável por uma ou mais intrusões, mas não qual o indivíduo em específico.

O contexto político revela-se, igualmente, essencial nesta matéria, uma vez que, se um ator beneficiar com um ciberataque por razões políticas, económicas, ou outras, tal poderá ser entendido como um fator influenciador na imputação. No mesmo sentido, devem considerar-se como indicadores políticos relevantes o tipo de alvo selecionado e o conhecimento especializado requerido para o explorar. Tome-se como exemplo, o caso *Stuxnet*.

Stuxnet, 2010

Em 2010, na sequência de falhas inexplicáveis nas centrífugas de urânio iranianas, uma empresa de segurança tecnológica bielorrussa foi contratada para averiguar o problema. A empresa descobriu um vírus, *Stuxnet*, que foi desenhado para se infiltrar lentamente nos sistemas de controlo responsáveis pela velocidade e acionamento das válvulas das centrífugas e, posteriormente, destruí-las. Os especialistas concluíram que se tratava de um ataque com um alvo específico, pois o vírus procurava ativamente uma configuração específica correspondente aos sistemas de controlo das válvulas. No decorrer da decodificação do *Stuxnet*, concluíram que este estava estruturado em duas bombas digitais, sendo que a bomba pequena seria responsável por manipular a velocidade do rotor das centrífugas, ao passo que a bomba maior seria dirigida às cascatas das centrífugas, manipulando as suas válvulas⁸³. Apesar das consideráveis tentativas de camuflagem, os peritos concluíram que o ataque tinha sido levado a cabo pelos Estados Unidos e Israel. O contexto político entre o Irão, os Estados Unidos e Israel permitiu deduzir que os atacantes tinham meios e motivos para levar a cabo o ciberataque, não sendo de desvalorizar a especificidade do alvo. A escala do ataque pode, igualmente, ser reveladora da identidade do Estado

⁸³ TED Talk de Ralph Langner, responsável pela investigação e decodificação do *Stuxnet*, onde explica a constituição do vírus.

perpetrador e, neste caso, poucos seriam os Estados com capacidade, recursos⁸⁴ e serviços de inteligência para desenvolver uma ameaça desta dimensão.

O caso *Stuxnet*, a par dos casos *Sony Entertainment* e *DNC*, é o reflexo da necessidade de interligação dos tipos de imputação para que seja possível identificar o autor dos ciberataques. Assim, para que possamos imputar legalmente e responsabilizar um Estado por um determinado ciberataque, será sempre essencial o papel dos analistas forenses e dos seus métodos, assim como o contexto político.

2. Standard of proof

Num segundo momento da imputação legal, cumpre-nos responder à questão de saber qual o *quantum* de prova necessário (*standard of proof*)⁸⁵ para substanciar os factos que levam à imputação da responsabilidade do Estado. Há uma ausência de um corpo de normas uniformizado relativo à produção de provas no direito internacional, o que torna as investigações e imputações de ciberataques entre Estados mais complicadas. Contudo, pode também argumentar-se que não existe uma clara vontade dos Estados em estabelecer esse corpo de normas que determine qual o *standard of proof* necessário para o caso concreto e quais as provas que devem ser apresentadas no sentido de preencher esse mesmo *standard*. Acordar pela adoção de algo mais concreto poderá levar a que Estados que pretendam imputar determinados ciberataques tenham de revelar as suas fragilidades tecnológicas ou partilhar informações delicadas, dados e mecanismos tecnológicos que não pretendam que sejam públicos.

Quando os Estados recorrem a meios judiciais, os tribunais, por norma, determinam os seus próprios *standards* consoante os casos em análise, o que leva à existência de *standards of proof* variáveis consoante o tribunal e a natureza do litígio em análise⁸⁶. O *standard of proof* escolhido pelo TIJ resulta da aplicação do método “*sliding scale*”, que adapta o *quantum* dos factos necessários à severidade da norma envolvida⁸⁷. Assim, se estivermos perante ofensas internacionais mais graves como, por

⁸⁴ O facto de o código ter quatro *zero-day exploits* foi um indicador de que, com alta probabilidade, seria um Estado que estaria por detrás do ataque.

⁸⁵ O conceito de *standard of proof* não deve ser confundido com o conceito de *burden of proof* (ónus da prova). Se, por um lado, *standard of proof* é a quantidade de prova necessária para substanciar os factos da imputação realizada pela parte, o conceito de *burden of proof* determina que parte deve proceder à prova, ou seja, é a obrigação de uma parte de demonstrar que tem prova suficiente sobre a questão levantada no caso concreto. Assim, no caso do *standard of proof*, a parte que deve proceder à produção de prova já foi determinada, apenas não sabe a quantidade de prova que necessitará para fazer valer os factos levados à colação. Já o *burden of proof*, visa determinar qual a parte que deve proceder à sustentação dos factos, não se prendendo com a questão da quantidade de provas, mas apenas com a questão da parte que as tem que apresentar (Roscini, 2015; Green, 2009).

⁸⁶ Note-se, contudo, que, apesar de identificar o *standard of proof* que entende como aplicável, o tribunal não refere os mecanismos e o *quantum* necessário para que os referidos *standards* sejam considerados atingidos.

⁸⁷ Podemos identificar, do mais ao menos rigoroso, o *standard*: “**para além da dúvida razoável**” (provas indiscutíveis): “is a strict standard of proof, requiring that the preposition being presented is supported with evidence of a nature that there can be no ‘reasonable doubt’ as to the factual validity of the

exemplo, a violação mais gravosa da proibição do uso da força, verifica-se a aplicação de um *standard of proof* mais exigente, uma vez que admitem o uso da força como lícito ao abrigo da legítima defesa, o que, por sua vez, implicará consequências mais gravosas na hipótese de uma má imputação. Veja-se que o *standard of proof* adotado pelo TIJ nestas violações mais gravosas tem sido o da necessidade de provas “claras e convincentes”, tal como se pode ver em alguns parágrafos dos casos *Nicarágua*⁸⁸, *Plataformas Petrolíferas*⁸⁹ e *República Democrática do Congo c. Uganda*⁹⁰. Para além do TIJ, a *Comissão de queixas da Eritreia-Etiópia*⁹¹ entendeu que a exigência de provas claras e convincentes também se aplica a situações em que o uso da força não atinge a magnitude de um ataque armado⁹².

Por sua vez, o grupo de especialistas do Manual concorda que, no geral, os Estados deverão agir razoavelmente, ou seja, como um Estado razoável faria perante circunstâncias semelhantes, aquando da consideração das respostas de que disponha. Contudo, admitem que o conceito de razoabilidade é dependente do contexto e deve ser interpretado dentro desse. Além disso, concorda que a gravidade das operações cibernéticas contra um Estado e a robustez de qualquer resposta possível devem ser

proposition. Under this standard, then, a proposition must be virtually indisputable, given the evidence”; **“claro e convincente”** (mais do que provável, mas aquém do indiscutível): “the party with the burden of proof must convince the arbiter in question that it is substantially more likely than not that the factual claims that have been made are true”; **“preponderância de provas ou equilíbrio de probabilidades”** (mais provável do que improvável ou razoavelmente provável): “This refers to evidence that is more convincing than the evidence that is offered in opposition to it, or evidence that establishes that the factual proposition of the relevant party was more likely than not”; e **“prima facie”** (provas meramente indicativas da veracidade do referido): “This represents a test of very low degree with regard to the assessment of evidence: it simply requires that evidence produced is indicative of the proposition claimed” (Green, 2009, pp. 165-168).

⁸⁸ Caso das Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua, Julgamento, 1986, TIJ: “The use of the term ‘satisfy itself’ in the English text of the Statute (and in the French text the term ‘s’assurer’) implies that the Court must attain the same degree of certainty as in any other case that the claim of the party appearing is sound in law, and, so far as the nature of the case permits, that the facts on which it is based are supported by **convincing evidence**”, § 29; “Yet despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no **clear evidence** of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf”, § 109 (negrito nosso).

⁸⁹ Caso das Plataformas Petrolíferas (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América), acórdão quanto à questão de fundo, 2003, TIJ: “In short, the Court has examined with great care the evidence and arguments presented on each side, and finds that the evidence indicative of Iranian responsibility for the attack on the Sea Isle City **is not sufficient** to support the contentions of the United States., § 61; “This evidence is highly suggestive, but **not conclusive**”, § 71 (negrito nosso).

⁹⁰ Caso das Atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo c. Uganda), acórdão quanto à questão de fundo, 19 de dezembro de 2005, TIJ: “The Court must first establish which relevant facts it regards as having been **convincingly established by the evidence**, and which thus fall for scrutiny by reference to the applicable rules of international law.”, § 72; “It confines itself to stating that it has not received **convincing evidence** that Ugandan forces were present at Mobenzene, Bururu, Bomongo and Moboza in the period under consideration by the Court for purposes of responding to the final submissions of the DRC”, § 91 (negrito nosso).

⁹¹ Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Jus Ad Bellum – Ethiopia’s Claims 1-8, (Etiópia c. Eritreia), 2005, § 12: “It need not resolve these differences, because it is **clear from the evidence** that these incidents involved geographically limited clashes between small Eritrean and Ethiopian patrols along a remote, unmarked, and disputed border. The Commission is satisfied that these **relatively minor incidents** were not of a magnitude to constitute an armed attack by either State against the other within the meaning of Article 51 of the UN Charter” (negrito nosso).

⁹² Roscini, 2015.

mediadas pela razoabilidade.⁹³ Entendem, portanto, que quanto mais grave a violação, maior terá de ser a confiança nos factos que sustentam a imputação que desencadeia a resposta, uma vez que a robustez das respostas cresce com a severidade da violação.

Nas situações em que os Estados procedem à imputação da responsabilidade de outros Estados sem recorrerem a meios judiciais, o *standard of proof* terá de ser inferido pelas suas práticas.

Quando um Estado é vítima de um ciberataque, por vezes, pode atender ao pragmatismo político e optar pela não resposta, isto é, pode, por exemplo, não querer reconhecer que foi vítima de determinado ataque, ou querer manter as relações económicas ou diplomáticas que partilha com o Estado infrator. Independentemente do motivo, a inação como resposta do Estado vítima não exige, logicamente, produção de prova, nem está sujeita a qualquer *standard of proof*. O mesmo acontecerá caso o objetivo do Estado vítima passe por protestar contra o ataque que sofreu, por exemplo, através de declarações oficiais que condenem o comportamento do Estado perpetrador e exijam a cessação desse comportamento. Tal não estará sujeito a qualquer *standard of proof*, nem exigirá que o Estado vítima produza provas, uma vez que se coaduna com a premissa de que mentir não é ilegal e, portanto, se um Estado pretender imputar a responsabilidade publicamente a outro Estado infundadamente, poderá fazê-lo. Em contrapartida, submete-se à possibilidade de o Estado infrator o condenar por proceder a acusações infundadas e, por sua vez, exigir que substancie as suas ações. Caso não esteja disposto ou capaz de fazê-lo, poderá enfrentar ceticismo por parte dos restantes Estados e danos à sua reputação, podendo ser entendido como um Estado imprudente. No mesmo sentido temos ainda as situações em que o Estado vítima procede a atos de retorsão contra o Estado infrator. Nestes casos, não se requer um *standard of proof*, uma vez que os atos de retorsão não envolvem a violação de obrigações legais internacionais. Todavia, poderá, de igual forma, enfrentar ceticismo e danos à sua reputação.

Para além da inação, protestos ou atos de retorsão, o Estado vítima pode adotar contramedidas que, ao contrário das referidas respostas, são pensadas para induzir o cumprimento das obrigações internacionais que o Estado infrator violou. A inerente ilicitude de uma contramedida é excluída apenas se for tomada contra o Estado realmente responsável pelo ataque. Caso contrário, o Estado que adota a contramedida cometerá um facto internacionalmente ilícito. O risco político e legal que acompanha a possível imputação incorreta, e consequente adoção de contramedidas, parece mais bem considerado com a aplicação do *standard* da “preponderância de provas”/

⁹³ Schmitt, 2017.

“balanço de probabilidades”⁹⁴, segundo o qual a adoção de contramedidas é válida à luz do direito internacional, caso a imputação se fundamente em provas suficientes para estabelecer que a identificação do Estado perpetrador é provavelmente mais correta do que incorreta. Tendo em conta a gravidade da norma violada nesta situação, o objetivo da aplicação das contramedidas e as possíveis consequências que uma má imputação poderá causar no suposto Estado infrator, parece mais adequada a aplicação do *standard* da “preponderância de provas” do que a aplicação de outro *standard*. Caso se aplicasse o *standard* da “*prima facie*” o risco da má imputação seria muito elevado, pois os factos que se exigiriam não cobririam a gravidade das possíveis consequências decorrentes dessa má atribuição. Já se fosse exigido o *standard* da prova “*clara e convincente*”, estaríamos a equiparar a gravidade das situações que levariam ao emprego das contramedidas à gravidade das situações de uso da força e de ataque armado. Tal frustraria a aplicação das contramedidas, por se tratar de uma exigência de prova demasiado elevada. Mais se poderá criticar quem entenda que se deve proceder à aplicação do *standard of proof* “para além da dúvida razoável”, uma vez que se estaria a sujeitar a aplicação de contramedidas a um ónus muito superior ao exigido para a aplicação, por exemplo, do uso da força no âmbito da legítima defesa⁹⁵.

Posto isto, cumpre ressaltar que não foi defendida a pretensão da adoção de um *standard of proof* uniforme e transversal a todas as disputas internacionais. As considerações feitas visam apenas alertar para a necessidade de adoção de *standards* consistentes e padronizados com os vários fatores a atender, de modo que haja segurança e certeza quanto a esta matéria no momento do Estado imputar determinado ciberataque a outro Estado.

V. Importância da imputação do ciberataque ao Estado

Uma vez feita a imputação do ciberataque ao Estado, surgem consequências jurídicas na sua esfera⁹⁶, isto é, o Estado vítima pode exigir cessação e garantias de não repetição⁹⁷ do facto, assim como reparação⁹⁸ do prejuízo causado pelo mesmo. Ao contrário da cessação⁹⁹, as garantias de não repetição não são exigidas em todos os casos, mas apenas se as *circunstâncias o exigiram*¹⁰⁰. A reparação é a consequência que surge na esfera do infrator sempre que é cometido um facto internacionalmente ilícito que, tendo em vista a “garantia da reparação integral do prejuízo causado”, pode

⁹⁴ Tsagourias & Farrell, 2020.

⁹⁵ Davis, 2022.

⁹⁶ Artigo 28.º do PARI e Regra 27 do Manual.

⁹⁷ Artigo 30.º do PARI e Regra 27 do Manual.

⁹⁸ Artigo 21.º do PARI e Regra 28 do Manual.

⁹⁹ Artigo 29.º do PARI e Regra 27, § 6 do Manual.

¹⁰⁰ Ver explicação do Caso *La Grand* presente em Azeredo Lopes, et al., 2020, no doc. 458.

assumir a forma de “restituição¹⁰¹, indemnização¹⁰² e satisfação¹⁰³, seja isolada ou conjuntamente”¹⁰⁴.

O cumprimento destas obrigações decorrentes da responsabilidade internacional pode ser induzido pela adoção de contramedidas¹⁰⁵ por parte do Estado lesado¹⁰⁶. As contramedidas foram já reconhecidas como lícitas pelo TIJ, nos casos *Gabcíkovo-Nagymaros*¹⁰⁷ e *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua*¹⁰⁸, e pelo tribunal arbitral, no caso *Acordo de Serviço Aéreo*¹⁰⁹. Além da licitude das contramedidas, o TIJ determinou que “o propósito das contramedidas deverá ser a indução do Estado responsável no cumprimento das obrigações internacionais, pelo que a medida deverá ser reversível”¹¹⁰. Tal infere, por um lado, que, se a contramedida não for adotada tendo em vista o seu propósito de levar o Estado a quem o ilícito foi imputado a cumprir as suas obrigações internacionais, será ilícita. Por outro lado, a questão da reversibilidade está intimamente ligada à função instrumental da contramedida, na medida em que implica uma reversão de ambas as partes uma vez atingidos os objetivos da cessação e reparação. Este último reforça o caráter temporário, essencialmente protetor e não punitivo¹¹¹ das contramedidas. Sendo que as contramedidas contemplam ações que de outra forma seriam ilegais¹¹², o direito internacional impõe restrições à sua utilização. Assim, de acordo com a regra 23 do Manual, que vai ao encontro da matéria do artigo 51.º do PARI, as contramedidas, de natureza ciber, ou não, devem ser proporcionais ao dano a que respondem, isto é, “os efeitos de uma contramedida têm de ser proporcionais com os danos sofridos, tendo em conta os direitos em questão”¹¹³. Tal exige que os Estados considerem a gravidade do facto ilícito e os efeitos que a contramedida produzirá em comparação com os danos sofridos. Por outro lado, as Regras 22, 39, 41 e 108 do Manual, consonantes com o artigo 50.º do PARI, apresentam as matérias cujas contramedidas não podem afetar. Note-se

¹⁰¹ Artigo 35.º do PARI e §§ 2, 3, 4, 5 do Manual.

¹⁰² Artigo 36.º do PARI e §§ 6, 7, 8 do Manual.

¹⁰³ Artigo 37.º do PARI e §§ 9, 10, 11 do Manual.

¹⁰⁴ Artigo 34.º do PARI e Regra 29, § 1 do Manual.

¹⁰⁵ Tavares, 2020, p. 696, cit. apud. Antonios Tzanakopoulos: “as contramedidas são violações de obrigações internacionais por parte de um sujeito de direito internacional, adotadas em resposta a um facto internacionalmente ilícito prévio de outro sujeito, tendo em vista induzir o Estado recalcitrante a cumprir as suas obrigações internacionais. Por isso são um mecanismo de enforcement (...) do direito internacional”.

¹⁰⁶ Artigo 49 do PARI e Regra 21 do Manual.

¹⁰⁷ Caso *Gabcíkovo-Nagymaros* (Hungria c. Eslováquia), acórdão, 25 de setembro de 1997, §§ 82-83.

¹⁰⁸ Caso *Atividades Militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, *Nicarágua c. Estados Unidos*, Julgamento, § 249.

¹⁰⁹ Caso do *Acordo de Serviço Aéreo* (Estados Unidos da América c. França), decisão arbitral, 1978, RIAA (Reports of International Arbitral Awards), §§ 80-96.

¹¹⁰ Relatório do TIJ no Caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, § 87.

¹¹¹ Crawford, 2013.

¹¹² Crawford, 2013, p. 1135: “pacific unilateral reactions which are intrinsically unlawful, which are adopted by one or more States against another State, when the former consider that the latter has committed an internationally wrongful act which could justify such a reaction”.

¹¹³ Caso *Gabcíkovo-Nagymaros* (Hungria c. Eslováquia), acórdão, 25 de setembro de 1997, § 85.

que, com referência à opinião do juiz Simma no caso das Plataformas Petrolíferas¹¹⁴, o grupo de especialistas concluiu no sentido de que as contramedidas ciber não se devem elevar ao nível de ataque armado.

Neste sentido, um Estado que sofra um ciberataque pode, nos termos expostos, recorrer às contramedidas para levar o Estado a quem imputou o ataque a cumprir as suas obrigações internacionais. Apesar de poderem recorrer a contramedidas não cibernéticas, verifica-se que, por norma, os Estados recorrem a contramedidas cibernéticas, os designados “*hack backs*”. Contudo, alguns Estados apenas apresentam capacidade de resposta, quer dentro, quer fora do plano ciber, quando em colaboração com outros Estados. Neste âmbito, é levantada a questão das contramedidas coletivas, que apesar de já terem surgido num contexto não ciber, apresentam uma relevância acrescida no contexto ciber. As contramedidas coletivas contrapõem-se às contramedidas bilaterais, uma vez que permitem que outros Estados, que não o Estado lesado, possam aplicar contramedidas ao Estado infrator. Este entendimento baseia-se na ideia de que a inexistência de resposta a um comportamento internacionalmente ilícito representa uma ameaça aos Estados, à integridade do sistema jurídico internacional e à paz e segurança internacional. Assim, representam a importância de evitar que Estados vítima e sem recursos não consigam levar o Estado responsável a desistir do facto ilícito. A favor da coletividade temos a Estónia¹¹⁵ e alguma doutrina¹¹⁶. Por seu turno, defensores das contramedidas bilaterais entendem que quantos mais Estados estiverem envolvidos na situação, maior será a probabilidade de destabilização da paz e segurança internacional, tendo em especial atenção as consequências provocadas por uma possível má imputação. Assim, entendem que, nos termos do regime da legítima defesa, apenas se justifica a intervenção de Estados não vítimas quando o ilícito é severo ao ponto de se qualificar como ataque armado. Esta opinião é

¹¹⁴ Caso das Plataformas Petrolíferas, § 13 (opinião separada do juiz Simma): “But we may encounter also a lower level of hostile military action, not reaching the threshold of an ‘armed attack’ within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. Against such hostile acts, a State may of course defend itself, but only within the more limited range and quality of response (the main difference being that the possibility of collective self-defence does not arise, cf. Nicaragua) and bound to necessity, proportionality and immediacy in time in a particular strict way”.

¹¹⁵ Durante a Conferência Internacional de Conflitos Ciber, em 29 de maio de 2019, Kersti Kaljulaid, presidente da Estónia, declarou que: “Estonia is furthering the position that states which are not directly injured may apply countermeasures to support the state directly affected by the malicious cyber operation. The countermeasures applied should follow the principle of proportionality and other principles established within the international customary law [...] It is therefore important that states may respond collectively to unlawful cyber operations where diplomatic action is insufficient, but no law recourse to use of force exists. Allies matter also in cyberspace”. <https://www.justsecurity.org/64490/estonia-speaks-out-on-key-rules-for-cyberspace/>.

¹¹⁶ Veja-se, por exemplo: Kosseff, 2020; Schmitt & Watts, 2021.

partilhada pela França¹¹⁷, pela maioria da doutrina¹¹⁸ e pela jurisprudência do TIJ¹¹⁹. Em contrapartida, os Estados não vítima podem recorrer a medidas de retorsão¹²⁰. Desde logo, diferem das contramedidas pela sua natureza lícita e por na sua origem não ter de estar necessariamente um facto internacionalmente ilícito, podendo ser aplicadas quando um Estado se sinta prejudicado e vise punir o Estado infrator. Por outro lado, podem ser invocadas não só pelo Estado vítima, mas também por outros Estados. Consideram-se, portanto, amistosos “atos sociopolíticos com relevância jurídica”¹²¹.

Por fim, os Estados poderão reagir com o uso da força, em sede de legítima defesa, quando o ciberataque se possa qualificar como ataque armado. A regra de legítima defesa, apesar da sua natureza consuetudinária, encontra previsão no artigo 51.º da CNU. No mesmo sentido vai a regra 71 do Manual, que determina que “[u]m Estado que seja alvo de uma operação cibernética que atinja o nível de um ataque armado pode exercer o seu direito inerente de legítima defesa. Se uma operação cibernética constitui um ataque armado depende da sua escala e efeitos”¹²²⁻¹²³.

Determinar se a escala e os efeitos de um ciberataque atingem a severidade necessária para que consubstanciem um ataque armado nem sempre é linear. Existem situações claras, que levaram o grupo de especialistas a determinar unanimemente a constituição de ataque armado. Tal é o caso do ciberataque que fira, cause danos significantes, ou cause a morte de pessoas¹²⁴. Contudo, ciberoperações que sejam altamente disruptivas, como as que interferem com infraestruturas essenciais ao Estado, levantam diferença de opiniões entre o grupo de especialistas. Alguns dos especialistas tomaram a posição de que a lesão do indivíduo ou o dano da propriedade são condição para se caracterizar um ciberataque enquanto ataque armado, ao passo que outros entenderam que não é a natureza destrutiva das consequências que importa, mas sim a extensão que efeitos disruptivos poderiam tomar, por exemplo, na estabilidade do Estado.

¹¹⁷ Ver: <https://www.justsecurity.org/66194/frances-major-statement-on-international-law-and-cyber-an-assessment/>.

¹¹⁸ Tome-se, como exemplo, Crawford, 2012.

¹¹⁹ Casos do Sudoeste de África, Segunda Fase, Julgamento, 18 de julho de 1966, TIJ e Caso das Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua c. Estados Unidos), Julgamento, 27 de junho de 1986, TIJ.

¹²⁰ Tome-se por exemplo a suspensão de relações diplomáticas e expulsão de determinados diplomatas.

¹²¹ Crawford, 2013, p. 677.

¹²² Tradução nossa.

¹²³ Para além das condições referidas na Carta, a legítima defesa apresenta outros requisitos que, apesar de não se encontrarem previstos no artigo 51.º da Carta, apresentam natureza consuetudinária. Tal vai no sentido da jurisprudência do TIJ e das regras 72 e 73 do Manual no que respeita às condições de necessidade, adequação, proporcionalidade e imediatez, e, por outro lado, no sentido da jurisprudência do TIJ e da regra 75 do Manual de Tallinn, no que respeita à comunicação ao Conselho de Segurança.

¹²⁴ Veja-se Regra 69, § 8 e Regra 71, § 8, ambas do Manual.

Ao relacionar a matéria da legítima defesa com a matéria dos ciberataques, surgem igualmente questões relacionadas, por um lado, com o uso da força e, por outro lado, com atores não estaduais.

Quanto à relação do artigo 51.º com o artigo 2.º/4, ambos da CNU, uma maioria do grupo de especialistas assumiu a posição de que um ataque armado cibernético consubstancia sempre “uso da força” cibernético, no âmbito do artigo 2.º/4, não sendo o inverso verdade. Assim, o conceito de “uso da força” não deve ser equiparado ao conceito de “ataque armado” pois, tal como notou o TIJ¹²⁵, nem todo o uso da força atinge o nível de ataque armado, sendo necessário analisar a gravidade da escala e dos efeitos da operação em causa. Os Estados Unidos, por seu turno, adotaram uma visão minoritária sobre o assunto, sugerindo que não há um “intervalo” entre o uso da força e um ataque armado, pelo que todo o uso da força é um ataque armado, na ausência de uma justificação de legítima defesa ou de resoluções do Conselho de Segurança. Neste sentido, defende que quando perante um ciberataque, o Estado vítima poderá responder com uso da força no âmbito da legítima defesa.

Quanto à aplicação do artigo 51.º CNU a atores não estaduais, existem duas visões a considerar. A primeira sugere que o uso da força só é uma resposta admissível por aplicação do artigo 51.º CNU quando as operações dos atores não-estaduais forem imputadas a um Estado, tendo por base dois casos do TIJ¹²⁶ que argumentam neste sentido. Por seu turno, a segunda visão, presente em alguma doutrina e juízes do TIJ¹²⁷, apoiada pelos Estados Unidos e pelo grupo de especialistas, entende que o artigo 51.º CNU, ao não excluir a legítima defesa contra atores não estaduais, está, consequentemente, a admiti-la. Assim, o artigo, ao referir apenas que o ataque armado é sofrido por um Estado, sem nada dizer quanto aos autores deste, admite que os perpetradores possam ser autores não estaduais.

Questão diferente é a de saber quando é que um Estado vítima de ciberataques por parte de um grupo não estadual pode imputar as condutas a outro Estado e utilizar a força em sede de legítima defesa contra este. Neste sentido, o *locus classicus* normativo é o apresentado pelo TIJ no parágrafo 195 do caso da Nicarágua¹²⁸, que determina que um ator não estadual que é “enviado” por um Estado para lançar ataques cibernéticos contra outro Estado, ou que esteja a agir “em seu nome”, está,

¹²⁵ Caso Nicarágua, julgamento, § 191.

¹²⁶ Veja-se neste sentido, Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado, Parecer Consultivo, TIJ 9 de julho de 2004, §§ 138-139; e Caso das atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo c. Uganda), acórdão quanto à questão de fundo, TIJ, 19 de dezembro de 2005, §§ 141-147.

¹²⁷ Tome-se como exemplo a declaração de voto da Juíza Rosalyn Higgins no Parecer Consultivo sobre as Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado (Azeredo Lopes, et al., 2020, p. 129).

¹²⁸ Caso Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos), acórdão quanto à questão de fundo, § 195.

essencialmente, a operar sob as suas instruções ou sob o seu controlo efetivo, ou seja, há uma “participação substancial” por parte do Estado. Verificadas estas condições, é possível proceder-se à imputação. Contudo, o direito de responder em legítima defesa só surgirá quando as atividades cibernéticas possam ser consideradas um ataque armado. Assim, embora determinados atos sejam ilícitos, como, por exemplo, fornecer armas cibernéticas ao grupo ou oferecer outro tipo de apoio para a condução das operações, tal não confere ao Estado lesado o direito a usar a força contra esse Estado.

VI. Soluções para a evolução dos processos da imputação

Como pudemos ver, a imputação de ciberataques enfrenta diversas dificuldades que tornam o processo da responsabilização e sentimento de justiça na comunidade internacional uma miragem longínqua. As incertezas desencadeadas pelas falhas deste processo levam ao descrédito nas soluções atuais e ao aumento do sentimento de impunidade por parte dos perpetradores, o que pode sugerir que o ciberespaço não se encontra sob domínio normativo.

Contudo, temos assistido a um aumento de imputações públicas de ciberataques e a um apoio coletivo de outros Estados¹²⁹. O progresso na imputação coletiva pode ser apontado noutra vertente, como, por exemplo, a adoção da *Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities*¹³⁰, em 2017, e a adoção da *Brussels Summit Declaration*¹³¹, pela NATO, em 2018.

Investigadores e especialistas têm vindo a tentar combater as incertezas associadas ao ciberespaço. O reflexo dos seus esforços passa pelos dois projetos do Manual de Tallinn proporcionados pela NATO CCDCE¹³², que contribuiu, não tanto para a certeza das questões, mas para comandar a atenção dos Estados até elas¹³³. Para além destes, outras entidades, como a *MICROSOFT*, o *Atlantic Council* e a *Corporação RAND*, sugeriram mecanismos que, no seu entender, são capazes de tornar a metodologia da imputação de ciberataques mais eficiente e eficaz. Estes passam pela criação de uma Entidade Internacional de Imputação, que varia na sua natureza enquanto puramente privada, com membros públicos e privados, e puramente intergovernamental. Independentemente da sua modalidade, tratar-se-ia sempre de uma plataforma globalmente neutra dedicada a imputar ciberataques de forma imparcial, legítima e válida.

¹²⁹ Id., p. 22.

¹³⁰ Versão atualizada: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14413-2018-INIT/en/pdf>.

¹³¹ Cf. https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm.

¹³² Schmitt, 2017; Schmitt, 2013.

¹³³ Shany & Schmitt, 2020.

A. Atlantic Council

Em 2014, o *Atlantic Council* sugeriu a criação de um Conselho Multilateral de Imputação e Adjudicação Cibernética (MCAAC), que serviria como um órgão puramente intergovernamental encarregado de investigar ciberataques visando imputar a responsabilidade ao Estado perpetrador¹³⁴. Para tal poderia emitir recomendações ou encaminhar o assunto a órgãos políticos ou judiciários¹³⁵.

B. Microsoft

Em 2016, a *Microsoft* propôs a criação de um órgão de imputação composto por especialistas técnicos de todos os governos, setor privado, acadêmicos e civis¹³⁶. Haveria assim uma partilha da investigação e reportagem de resultados que contribuiria para a imputação de ciberataques¹³⁷.

C. Corporação RAND

Em 2017, os investigadores da *Corporação RAND* propuseram um “Consórcio Global de Imputação Cibernética”, que excluía totalmente a intervenção dos Estados do processo da imputação. A sua composição passaria por especialistas técnicos de empresas de segurança cibernética e tecnologia da informação, assim como acadêmicos e peritos de políticas cibernéticas, juristas e especialistas de política internacional¹³⁸.

As propostas contribuem para a centralização da imputação numa entidade internacional, que se opõe à descentralização que caracteriza o sistema de imputação atual, que abrange imputações públicas e privadas, sob formas distintas. A centralização é apresentada como uma solução para o problema da imputação, uma vez que apresenta algumas vantagens. A mais referida é a credibilidade¹³⁹, pois tratando-se de uma entidade internacional e imparcial, não permitiria que os Estados infratores negassem o envolvimento em determinado ciberataque, o que facilitaria a imputação coletiva e as respostas dos Estados. Tal independência conduziria, igualmente, a uma maior predisposição em partilhar determinadas informações que, de outra forma, poderiam ser entendidas como confidenciais. O maior número de provas, por sua vez, levaria a imputações mais informadas e mais rápidas, diminuindo o risco das

¹³⁴ “[...] would provide an international mechanism for arriving at a consensus attribution of illegal cyber campaigns by states and a formal process for adjudicating associated interstate disputes”. Healey, Mallery, Jordan & Youd, 2014, p. 10.

¹³⁵ Shany & Schmitt, 2020.

¹³⁶ Charney, et al., 2016, p. 1.

¹³⁷ Shany & Schmitt, 2020.

¹³⁸ Davis II, et al., 2017; Shany & Schmit, 2020.

¹³⁹ Eichensehr, 2020; Tsagourias & Farrell, 2020; Shany & Schmitt, 2020.

imputações incorretas. Por outro lado, ajudaria a padronizar a imputação, esclarecendo questões como o *standard of proof* e determinando os mecanismos indicados para imputações concretas.

Porém, podem ser destacadas várias desvantagens a esta solução. A primeira, e mais vezes apontada, prende-se com o desinteresse¹⁴⁰ demonstrado pelos Estados em desenvolver um mecanismo de imputação nos termos referidos, seja pela falta de detalhe apresentado (propostas da *Atlantic Council* e *Microsoft*); pelo desapeço em partilhar a imputação de um ciberataque com empresas, cujos motivos por detrás desta ação são incertos ou desconhecidos (*Microsoft*); pela redundância que as propostas apresentam, uma vez que se um Estado pretender recorrer ao auxílio de uma entidade privada fá-lo-á (*Microsoft*); ou, mais evidentemente, pela exclusão do seu papel na questão da imputação (*Corporação RAND*)¹⁴¹. Mesmo que os Estados se demonstrassem interessados em cooperar com a entidade internacional, não teriam a intenção, por exemplo, de partilhar determinados documentos ou informações de ordem confidencial, o que levaria à não obtenção dos resultados mencionados.

A realidade parece, portanto, não se coadunar com a possibilidade de se adotar uma das propostas, pelo que se deve considerar que a solução poderá não passar pela reestruturação da imputação nesse sentido, mas pelo melhoramento dos mecanismos que atualmente se utilizam para a levar a cabo.

¹⁴⁰ Tsagourias & Farrell, 2020.

¹⁴¹ Shany & Schmitt, 2020.

Conclusão

Ao abordarmos a questão da evolução tecnológica podemos adotar uma visão mais otimista e considerar todas as comunidades que foram postas à nossa disposição e todos os benefícios que esta disponibilidade acarreta. A simplicidade quotidiana, a facilidade no acesso à informação, o contacto com a distância, são alguns exemplos. Porém, as desvantagens devem, igualmente, ser admitidas como reais, uma vez que são as maiores causadoras das preocupações associadas à modernidade, o que nos levou a várias conclusões.

Primeiramente, concluímos que os conflitos híbridos atingiram um nível de complexidade diferente com o aparecimento do domínio ciber. Como demonstração da preocupação com o crescente impacto do ciberespaço, os Estados adotaram novas políticas de ciberdefesa e cibersegurança. Devido às suas características, os Estados foram obrigados a considerar atos que, até então, não eram tidos como possíveis, e a dimensão que as consequências podem assumir. Assim, concluímos que o ciberespaço, no seu domínio mediático de comunicação, quando utilizado por atores malicioso, pode assumir um papel perverso, podendo refletir-se na disseminação de propaganda, no recrutamento de novos atores e, até mesmo, no financiamento de atividades criminosas. Por outro lado, concluímos que o ciberespaço pode, igualmente, ser utilizado como um domínio de operações onde podem ser perpetrados ciberataques que complementem ataques convencionais ou que sejam um fim em si mesmos.

Segundamente, concluímos que estas possibilidades abriram caminho a questões de direito internacional, como a de saber como podemos imputar um ciberataque a um Estado num contexto ciber, onde a anonimidade e o “*outsourcing*” são uma constante. Neste âmbito, concluímos que, apesar de os autores de ciberataques terem acesso a ferramentas que permitem a sua anonimidade, os Estados vítima têm conseguido combater estes métodos através da junção dos diversos processos de imputação. Assim, a imputação de ciberataques torna-se mais simples quando atendemos ao trabalho dos analistas forenses, que determinam qual o computador utilizado para lançar o ataque; ao contexto político entre o Estado vítima e o possível Estado perpetrador, analisando se existem motivos e capacidade para levar a cabo, ou patrocinar, o ciberataque; às normas de direito internacional relativas à imputação, que ditarão se é possível considerar determinado Estado como autor do ciberataque; e, por fim, ao *standard of proof*, que nos indica qual o *quantum* necessário para se proceder à imputação, atendendo às decisões do TIJ e à prática dos Estados, uma vez que não existe um padrão definido que determine o *standard of proof* exigido para os diferentes objetivos que a imputação possa tomar.

Terceiramente, concluímos que a imputação assume um papel preponderante para que o Estado vítima possa reagir ao ciberataque. Assim, dependendo do tipo de ciberataque que sofra, um Estado, para além da reparação, pode dispor de contramedidas, de medidas de retorsão e do uso da força, em sede de legítima defesa. Para além deste objetivo, a imputação serve para impedir que o Estado autor se sinta impune aquando da perpetração destes ataques, o que contribui para a paz e justiça internacional.

Num quarto momento, tendo em vista melhorar os processos da imputação, foram apresentadas soluções por organizações, que, como pudemos concluir, estão longe de ser adotadas pelos Estados, pela falta de detalhe, desconfiança dos motivos, redundância do objetivo e falta de interesse em perder a capacidade de imputar os ciberataques.

Podemos, com tudo isto, concluir que o ciberespaço apresenta desafios a vários níveis, incluindo ao nível do direito internacional. Contudo, a atenção dos Estados e das organizações, como por exemplo a NATO, tem recaído sobre este domínio, tentando torná-lo mais seguro, justo e equilibrado na sua utilização. Para tal, tem havido uma elevada coordenação e partilha de informação entre os diversos atores que tomam ações nesse espaço coletivo da humanidade.

Referências bibliográficas

A. Doutrina

- ABDYRAEVA, C. (2020). The use of cyberspace in the context of hybrid warfare. *OIIP - Austrian Institute for International Affairs*, pp. 15-20.
- AZEREDO LOPES, J. A., QUEIROZ, B. M., SOUSA, B. R., MOREIRA, F. C., ABREU, L. C., CAMPOS, M. F., & TAVARES, M. I. (2020). *Regimes jurídicos internacionais: Volume II Questões, casos e materiais*. Porto: Universidade Católica Editora.
- BANKS, W. (2017). State responsibility and attribution of cyber intrusions after Tallinn Manual 2.0. *Texas Law Review*, pp. 1487-1514.
- BANKS, W. (2019). The bumpy road to a meaningful international law of cyber attribution. *AJIL Unbound*, pp. 191-196.
- BARNSEY, R. E. (2019). Why certain States are happy to have cyber-attacks attributed to them. (CyCon, Entrevistador).
- BHUIYAN, M. R. (2018). The changing nature of warfare: Russian hybrid warfare in the 21st century. *BIIS Journal*, pp. 339-357.
- BILAL, A. (30 de novembro de 2021). *Hybrid warfare – New threats, complexity, and ‘trust’ as the antidote*. Obtido de NATO Review: <https://www.nato.int/docu/review/articles/2021/11/30/hybrid-warfare-new-threats-complexity-and-trust-as-the-antidote/index.html>.
- BUCHAN, R. (2012). Cyber-attacks: Unlawful uses of force or prohibited interventions? *Journal of Conflict and Security Law*, pp. 211-227.
- CASIMIRO, S. d. (2018). *Quadro legal para a cibersegurança e a ciberdefesa*. Instituto de Defesa Nacional.
- CHARNEY, S., ENGLISH, E., KLEINER, A., MALISEVIC, N., McKay, A., NEUTZE, J., & Nicholas, P. (junho de 2016). *From articulation to implementation: Enabling progress on cybersecurity norms*. Obtido de Microsoft: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/REVmc8>.
- CLARK, D. D., & LANDAU, S. (2011). Untangling attribution. *Harvard National Security Journal*, pp. 323-352.
- COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. (2011). *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts*. Génova.
- CRAWFORD, J. (2012). *Brownlie's principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Crawford, J. (2013). *State responsibility: The general part*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DAVIS II, J. S., BOUDREAUX, B., WELBURN, J. W., AGUIRRE, J., OGLETREE, C., MCGOVERN, G., & CHASE, M. S. (2017). *Stateless attribution: Toward international accountability in cyberspace*. Obtido de RAND Corporation: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2081.html.

- DAVIS, J. K. (2022). Developing applicable standards of proof for peacetime cyber attribution. *Tallinn Papers*, pp. 1-17.
- DERIAN-TOTH, G., WALSH, R., SERGUEEVA, A., KIM, E., COON, A., HADAN, H., & STANCOMBE, J. (2021). Opportunities for public and private attribution of cyber operations. *Tallinn Papers*, pp. 1-20.
- DUCARU, S. D. (2016). The cyber dimension of modern hybrid warfare and its relevance for NATO. *Europolity: Continuity and Change in European Governance*, pp. 7-24.
- EGLOFF, F. (2020). Public attribution of cyber intrusions. *Journal of Cybersecurity*, pp. 1-12.
- EGLOFF, F. (2020). Contested public attributions of cyber incidents and the role of academia. *Contemporary Security Policy*, pp. 55-81.
- EICHENSEHR, K. (2019). Decentralized cyberattack attribution. *AJIL Unbound*, pp. 213-217.
- EICHENSEHR, K. (2020). The law and politics of cyberattack attribution. *U.C.L.A Law Review*, pp. 520-599.
- ELIAS, L. (2019). *O terrorismo transnacional contemporâneo: Segurança, justiça, cooperação*. Instituto de Defesa Nacional cadernos, pp. 78-112.
- FINLAY, L., & PAYNE, C. (2019). The attribution problem and cyber armed attacks. *AJIL Unbound*, pp. 202-206.
- FINNEMORE, M., & HOLLIS, D. B. (2020). Beyond naming and shaming: Accusations and international law in cybersecurity. *The European Journal of International Law*, pp. 969-1003.
- FUJITA, H., NGUYEN, D. C., VU, N. P., BAHN, T. L., & PUTA, H. H. (2018). *Advances in Engineering Research and Application: Proceedings of the International Conference*. Springer.
- GERVAIS, M. (2012). Cyber attacks and the laws of war. *Berkeley Journal of International Law*, pp. 525-579.
- GREEN, J. A. (2009). Fluctuating evidentiary standards for self-defense in the International Court of Justice. *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 163-180.
- HATHAWAY, O. A., CROTOF, R., LEVITZ, P., NIX, H., NOWLAN, A., PERDUE, W., & SPIEGEL, J. (2012). The law of cyber-attack. *California Law Review*, pp. 817-886.
- HEALEY, J., MALLERY, J. C., JORDAN, K. T., & YOUNG, N. V. (novembro de 2014). *Confidence-building measures in cyberspace: A multistakeholder approach for stability and security*. Obtido de Atlantic Council: https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2014/11/Confidence-Building_Measures_in_Cyberspace.pdf.
- HOFFMAN, F. G. (2007). Conflict in the 21st century: The rise of hybrid wars. *Potomac Institute for Policy Studies*, pp. 1-72.
- HUGHES, R. G., & SHAFFER, R. (2020). Cyber war and lessons from history in the digital age. *Intelligence and National Security*, pp. 300-305.
- JOHNSON, D. E., & SCHMITT, M. N. (2021). Responding to proxy cyber operations under international law. *The Cyber Defense Review*, pp. 15-30.
- KOSSEFF, J. (2020). Collective countermeasures in cyberspace. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*.

- LANGER, R. (s.d.). Cracking Stuxnet, a 21st-century cyber weapon. *Ralph Langner: Cracking Stuxnet, a 21st-century cyber weapon*. TED Talk.
- LI, Y., & LIU, Q. (2021). A comprehensive review study of cyber-attacks and cyber security; Emerging trends and recent developments. *ELSEVIER*, pp. 8176-8186.
- LIN, H. (2016). Attribution of malicious cyber incidents: From soup to nuts. *Journal of International Affairs*, pp. 75-137.
- MONIZ, P. (2018). Impacto do ciberespaço na sociedade em rede. Instituto de Defesa Nacional, pp. 17-24.
- MONIZ, P. (2019). Terrorismo e violência política: Como combater o ciberterrorismo e a radicalização. *Instituto de Defesa Nacional*, pp. 58-77.
- NUNES, P. V. (2018). *Contributos para uma estratégia nacional de ciberdefesa*. Instituto de Defesa Nacional.
- NYE JR., J. S. (2010). Cyber power. *Belfer Center for Science and International Affairs*, pp. 1-23.
- QURESHI, W. A. (2020). The rise of hybrid warfare. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, pp. 173-208.
- RID, T., & BUCHANAN, B. (2015). Attributing cyber-attacks. *Journal of Strategic Studies*, pp. 1-37.
- ROSCINI, M. (2015). Evidentiary issues in international disputes related to state responsibility for cyber operations. *Texas International Law Journal*, pp. 233-274.
- SANTOS, L. (2018). Segurança do ciberespaço. Instituto de Defesa Nacional, 25-32.
- SANTOS, L. C., NUNES, P. V., RALO, J., & MENDES, C. P. (2018). Defesa do ciberespaço. *Instituto de Defesa Nacional*, pp. 33-46.
- SCHMITT, M. N. (2014). The law of cyber warfare: *Quo vadis?* *Stanford Law & Policy Review*, pp. 269-300.
- SCHMITT, M. N. (2017). *Manual de Tallinn 2.0 sobre o direito internacional aplicável às operações cibernéticas*. Cambridge University Press.
- SCHMITT, M. N., & VIHUL, L. (2014). Proxy wars in cyberspace: The evolving international law of attribution. *Fletcher Security Review*, pp. 53-72.
- SCHMITT, M. N., & VIHUL, L. (2014). The nature of international law cyber norms. *Tallin Papers*, pp. 1-35.
- SCHMITT, M. N., & WATTS, S. (2021). Collective cyber countermeasures? *Harvard National Security Journal*, pp. 373-411.
- SHANY, Y., & SCHMITT, M. N. (2020). An international attribution mechanism for hostile cyber operations. *International Law Studies*, pp. 196-222.
- SOLIS, G. D. (2014). Cyber warfare. *Military Law Review*, pp. 1-52.
- STEPHENSON, P., & GILBERT, K. (1999). *Investigating computer-related crime*. CRC Press.
- TAVARES, M. I. (2020). Responsabilidade internacional dos estados por factos internacionalmente ilícitos. In J. A. Azeredo Lopes, B. M. Queiroz, B. R. Sousa, F. C. Moreira, L. C. Abreu, M. F. Campos, & M. I. Tavares. *Regimes jurídicos internacionais*, vo I, pp. 631-732. Porto: Universidade Católica Editora.

- TIIRMAA-KLAAR, H., GASSEN, J., GERHARDS-PADILLA, E., & MARTINI, P. (2013). *Botnets*. Springer.
- TIPTON, H. F., & KRAUSE, M. (2003). *Information security management handbook*. CRC Press.
- TRAN, D. (2018). The law of attribution: Rules for attributing the source of a cyber-attack. *Yale Journal of Law and Technology*, pp. 376-441.
- TSAGOURIAS, N., & FARRELL, M. (2020). Cyber attribution: Technical and legal approaches and challenges, pp. 941-967.

B. Jurisprudência

- TIJ, Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica c. Espanha), 1979.
- TIJ, Caso das Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos da América), Julgamento, 1986.
- TIJ, Caso das Plataformas Petrolíferas (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América), acórdão quanto à questão de fundo, 2003.
- TIJ, Caso das Atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo c. Uganda), acórdão quanto à questão de fundo, 19 de dezembro de 2005.
- Tribunal Penal Especial para a Ex-Jugoslávia, Prosecutor c. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Câmara de Recurso, Julgamento, 15 de julho 1999.
- TIJ, Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de Genocídio, Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro, acórdão, 26 de fevereiro de 2007.
- TIJ, Caso Gabcikovo-Nagymaros (Hungria c. Eslováquia), acórdão, 25 de setembro de 1997.
- TIJ, Casos do Sudoeste de África (Etiópia c. África do Sul; Libéria c. África do Sul), segunda fase, Julgamento, 18 de julho de 1966.
- Tribunal Arbitral, Caso do Acordo de Serviço Aéreo realizado a 27 de março de 1946 (Estados Unidos da América e França), RIAA, 9 de dezembro de 1978.
- TIJ, Consequências Jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado, Parecer Consultivo, 9 de julho de 2004.

C. Documentos a consultar

- Declaração de Varsóvia relativa à Segurança Transatlântica, 8-9 de julho de 2016.
- Relatório 2013 UN GGE: Relatório do Grupo de Peritos Governamentais sobre Desenvolvidos no Campo da Informação e Telecomunicações no Contexto da Segurança Internacional (A/68/98), 24 de junho de 2013.
- Relatório 2015 UN GGE: Relatório do Grupo de Peritos Governamentais sobre Desenvolvidos no Campo da Informação e Telecomunicações no Contexto da Segurança Internacional (A/70/174), 22 de julho de 2015.
- Relatório do Comité Internacional da Cruz Vermelha (31IC/11/5.1.2), de outubro de 2011.
- Convenção sobre o Cibercrime, adotada em Budapeste em 23 de novembro de 2001.
- Lei do Cibercrime, Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Aspetos ressarcitórios do dano biológico

João Gabriel Amorim Aguiar de Araújo Correia

Sob orientação do Professor
Doutor José Carlos Brandão Proença

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Doutor José Carlos Brandão Proença, pelos sábios conselhos, rigor e incansável disponibilidade durante toda a orientação desta dissertação.

Agradeço, sobretudo, aos meus pais, pelo amor e apoio incondicional que sempre me deram, e pela educação e valores que me transmitiram.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Inês, por ser a minha força, em momentos de fraqueza, e a minha luz, no meio da escuridão.

“Audentes fortuna juvat”
- Virgílio

Resumo

A presente dissertação versa sobre o dano biológico, decorrente da lesão à integridade físico-psíquica, e os seus aspetos ressarcitórios. Esta categoria de dano, de invenção sobretudo jurisprudencial, gera grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, quer quanto à sua admissibilidade, quer quanto à sua natureza jurídica e consequente ressarcibilidade. Deste modo, após uma análise à sua origem, à posição da doutrina e à forma como o dano biológico vem sendo tratado em sede judicial, propomo-nos ensaiar uma noção e natureza jurídica que melhor se adeque às exigências e à verdadeira essência deste dano.

Palavras-chave: dano biológico; lesão à integridade físico-psíquica; dano corporal; aspetos ressarcitórios.

Abstract

The present dissertation studies the reparatory aspects of the biological damage, resulting from the injury to the physical-psychic integrity. This category of damage, which is mainly a jurisprudential invention, generates major doctrinal and jurisprudential differences, both as to its admissibility and as to its legal nature and consequent reimbursement. Thus, after an analysis of its origin, the position of the doctrine and the way in which biological damage has been dealt with in court, we propose to rehearse a notion and legal nature that best suits the requirements and the true essence of this damage.

Keywords: biological damage; injury to the physical-psychic integrity; personal injury; compensatory aspects.

Indicações de leitura

As citações de obras ou diplomas legais estrangeiros serão feitas na língua portuguesa, sendo a tradução da nossa autoria, podendo dispor, em nota de rodapé, do texto original. A jurisprudência nacional mencionada na presente dissertação encontra-se disponível em <http://www.dgsi.pt/>, remetendo-se para o final da dissertação o índice de toda a jurisprudência utilizada, por ordem cronológica.

Quando sejam citadas diferentes obras do mesmo autor, estas serão identificadas pela menção à parte inicial do título da obra.

O índice bibliográfico, ordenado alfabeticamente de acordo com o apelido do autor, contém a toda a informação identificativa das obras consultadas.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Apud	Junto de (citação indireta)
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
Cit.	Citação
CRP	Constituição da República Portuguesa
N.º(s)	Número(s)
p./pp.	Página(s)
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	7
2. A evolução do dano biológico no ordenamento jurídico italiano	9
3. Enquadramento legislativo do dano biológico	14
4. Aposição da doutrina sobre a utilidade do dano biológico	16
5. Análise da jurisprudência portuguesa	18
5.1. O dano biológico enquanto dano patrimonial futuro	18
5.2. A vertente não patrimonial do dano biológico	22
5.3. A indemnização autónoma do dano biológico	25
6. Noção e natureza jurídica do dano biológico	29
Conclusão	37
Bibliografia	38

1. Introdução

A introdução da categoria do “dano biológico” na doutrina e jurisprudência portuguesas, apesar de contar com mais de duas décadas, revela-se, ainda, relativamente recente.

Por um lado, a importância do dano biológico já se encontra assente no nosso ordenamento jurídico, mas, por outro, a natureza jurídica deste dano gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao modo do seu ressarcimento.

Com a presente dissertação, pretendemos dissecar esta categoria de dano, quer no plano jurisprudencial, que no plano doutrinal, de modo a melhor se concretizar a tarefa de classificar e quantificar a indemnização pelo dano biológico.

Inicialmente, faremos uma breve exposição da génese do dano biológico no ordenamento jurídico italiano, analisando a sua evolução doutrinal e jurisprudencial. Propomos, também, evidenciar o paralelismo com o Direito português, de modo a perceber os motivos que justificaram a adoção deste dano e a sua crescente relevância no nosso ordenamento jurídico.

Num segundo momento, apresentaremos, ainda que de forma sucinta, um enquadramento legislativo do dano biológico. Assim, esclareceremos a função do único diploma legal que versa sobre a indemnização do dano biológico: a portaria n.º 377/2008, de 26 de maio.

Antes de partirmos para uma análise jurisprudencial, iremos expor as diferentes posições da doutrina sobre a utilidade deste dano, de modo a entender as vantagens e os desafios inerentes à sua admissibilidade e ressarcibilidade.

De seguida, iremos examinar a jurisprudência portuguesa, desde os primórdios do dano biológico no nosso ordenamento jurídico até à atualidade, onde esta figura assume um papel fundamental, especialmente em sede de acidentes de viação. Aliás, enquanto matéria central desta dissertação, propomos analisar um amplo leque de decisões judiciais, de forma a ilustrar a divergência jurisprudencial que subsiste no nosso ordenamento jurídico. De facto, e como veremos adiante, a orientação que o julgador seguir, ao caracterizar o dano biológico, será de tal modo impactante, que duas situações semelhantes poderão ter resultados distintos. Assim, torna-se imprescindível uma análise minuciosa das diferentes posições assumidas pelos tribunais portugueses sobre o dano biológico. Estudaremos decisões judiciais que classificam este dano ora como um dano patrimonial, ora patrimonial e não patrimonial consoante o prejuízo em questão, e, ainda, como um *tertium genus* meritório de ser ressarcido autonomamente.

Por último, pretendemos esclarecer as diversas posições da doutrina sobre a natureza jurídica deste dano, de modo a ilustrar a dificuldade de integração desta categoria na dicotomia clássica entre danos patrimoniais e não patrimoniais. De facto,

como a qualificação desta figura no plano doutrinal terá uma influência direta no seu tratamento no plano jurisprudencial, apenas depois desta análise poderemos, finalmente, alcançar uma verdadeira noção do dano biológico.

Pretendemos, pois, tecer uma análise crítica sobre o papel do dano biológico no nosso ordenamento jurídico, sobretudo ao nível da jurisprudência dos tribunais superiores. Assim, seremos capazes de esclarecer o modo como esta categoria tem vindo a ser aplicada em sede judicial e evidenciar os perigos inerentes à diferente aplicação do dano biológico.

2. A evolução do dano biológico no ordenamento jurídico italiano

Tendo em conta todos os desafios que a doutrina e jurisprudência portuguesas enfrentam perante o dano biológico, importa perceber como surgiu esta figura. Assim, torna-se imprescindível uma análise aos primórdios deste dano, que remonta aos anos setenta do século XX, em Itália.

O ano de 1952 assinala o nascimento da formulação moderna do dano biológico, graças a Cesare Gerin¹, sendo certo que esta figura foi adaptada e popularizada, a partir de 1967, por força dos contributos de Aldo Franchini² e da comunidade médico-legal italiana.

Assim começa o longo desafio de suprir a inadequada tutela dos interesses civis perante uma violação do direito fundamental à saúde³. Direito este que se encontra constitucionalmente protegido pelo art. 32.º da Constituição italiana, que dispõe que: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”⁴.

Parte da doutrina italiana entende o dano à saúde como “qualquer alteração temporária ou permanente do estado de saúde física ou psíquica da pessoa que a impede de gozar a vida da mesma forma que gozava antes do facto danoso, independentemente de qualquer referência à capacidade produtiva do sujeito e das repercussões que a lesão possa ter na esfera psíquica do sujeito”⁵.

Ora, o primeiro desafio que o dano à saúde enfrenta consiste na reparação dos danos não patrimoniais. Efetivamente, estes últimos eram ressarcidos por força da conjugação do art. 2059.º do Código Civil italiano, o qual dispunha que a reparação dos danos não patrimoniais só era admitida nos casos expressamente previstos na lei, com o art. 185.º do Código Penal italiano, que exigia, para o efeito, que o dano resultasse de um ilícito criminal.

Assim, qualquer lesado que visse o seu direito à saúde frustrado, apenas seria ressarcido por danos não patrimoniais no caso de o facto lesivo ser considerado um ilícito penal.

Neste sentido, a 25 de maio de 1974 surge a primeira manifestação jurisprudencial sobre o dano biológico, em Itália, através do acórdão do Tribunal de

¹ Bisogni, Rosa & Ricci, 2006, p. 114.

² Franchini, Aldo, 1967.

³ Como explica Braga, 2005, pp. 37 e 38, o dano biológico nasce em Itália por impulso essencialmente jurisprudencial, como reação à falta de proteção prática e concreta dos direitos fundamentais, especificamente, o direito à saúde.

⁴ “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamento [médico] gratuito aos indigentes”.

⁵ Nanniperi, 2001, p. 100, nota 196.

Génova⁶. Cientes dos obstáculos do ressarcimento dos danos não patrimoniais na esfera da responsabilidade civil, os juízes do Tribunal de Génova expõem uma ardilosa interpretação do art. 2043.º do Código Civil. Este artigo⁷ estatui que qualquer facto doloso ou culposos que provoque um dano injusto a outrem obriga o lesante a ressarcir o dano. Importa perceber que esta norma configura a regra base da responsabilidade civil delitual e era, até então, relativa à ressarcibilidade dos danos patrimoniais⁸. O Tribunal de Génova inova ao abordar o dano biológico desprovido de patrimonialidade.

Assim, o tribunal genovês entendeu que o art. 2043.º do Código Civil prevê que todos os danos injustos são ressarcíveis, sejam eles patrimoniais ou não patrimoniais, sendo certo que esta “injustiça” é a única condição para a sua ressarcibilidade. Ora, através desta *manobra* hermenêutica, os juízes genoveses concluíram que o art. 2043.º tutela e protege os danos não patrimoniais (sem desprimor pelos danos patrimoniais) decorrentes do dano à saúde, como o dano biológico, identificando o fundamento da proteção do dano no art. 32.º da Constituição. Deste modo, e como vimos, a injustiça é o único pressuposto para esta ressarcibilidade, consistindo na lesão à integridade psicofísica, no caso do dano biológico.

Contudo, esta construção jurídica do Tribunal de Génova enfrentava o problema da limitação da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, presente no art. 2059.º do Código Civil. Sucede que os juízes genoveses, para solucionar este obstáculo, sugerem uma interpretação restritiva do artigo, considerando que a sua limitação respeita apenas ao “*pretitum doloris*”⁹. Desta forma, apenas os danos morais subjetivos, isto é, o mero sofrimento afetivo, serão considerados danos não patrimoniais. Destarte, o dano biológico encontra-se fora do alcance desta norma, sendo tutelado e ressarcido pela conjugação dos arts. 2043.º do Código Civil e 32.º da Constituição italiana.

É a este inovador acórdão genovês que se deve o mérito do impulso das revisões críticas do sistema de indemnizações que, até então, resultavam em graves desigualdades de ressarcimento¹⁰.

Neste sentido, emergem diversas decisões de tribunais superiores de extrema importância para a construção atual do dano biológico, nomeadamente a sentença n.º 87 da Corte Costituzionale, de 26 de julho de 1979¹¹. Este tribunal veio pronunciar-se sobre a limitação do art. 2059.º do Código e art. 185.º do Código Penal, ou seja, que o ressarcimento por danos não patrimoniais se limite apenas aos casos de ilícito penal.

⁶ Tribunal de Génova, sentença de 25 de maio de 1974, “Giurisprudenza Italiana”, vol. I, 1975, pp. 54 e ss.

⁷ “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

⁸ Queiroz, 2015, p. 186.

⁹ Bernardo, 2019, p. 980.

¹⁰ Bellantoni, 2000, p. 304.

¹¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentença n.º 87, de 26 de julho de 1979, disponível em www.cortecostituzionale.it.

Ora, o Tribunal Constitucional declarou improcedente a inconstitucionalidade do art. 2059.º, considerando que esta limitação não viola o disposto nos arts. 3.º e 24.º da Constituição, que estabelecem, respetivamente, o princípio da igualdade e o acesso ao direito à tutela jurisdicional. Assim, e reconhecendo a diferença essencial entre infração civil e infração penal, o legislador prevê um tratamento diferenciado consoante o tipo de ilícito, com a única limitação das situações subjetivas constitucionalmente garantidas.

Na decisão seguinte, a sentença n.º 88, também de 26 de julho de 1979¹², a Corte Costituzionale debruçou-se sobre a possível inconstitucionalidade do art. 2043.º do Código Civil por violação dos arts. 3.º, 24.º e 32.º da Constituição. Assim, o Tribunal Constitucional determinou que o direito à saúde, previsto no art. 32.º da Constituição, “configura-se como um direito primário e absoluto, plenamente operante também nas relações entre particulares”¹³. Neste sentido, o dano à saúde não só se insere no art. 2059.º do Código Civil, como abarca, também, todos os prejuízos não patrimoniais sofridos enquanto posição subjetiva autónoma. Em suma, a Corte Costituzionale declarou improcedente a inconstitucionalidade do art. 2043.º e, apesar de não resolver o problema da imperatividade do ilícito penal, inova com a interpretação privatística do art. 32.º da Constituição, que torna a saúde protegível não apenas como interesse da coletividade, mas também, e sobretudo, como direito fundamental do indivíduo.

A 14 de julho de 1986, a Corte Costituzionale, através da sentença n.º 184¹⁴, vem novamente declarar improcedente a inconstitucionalidade do art. 2059.º do Código Civil italiano, ao reiterar que na noção de dano não patrimonial presente no artigo se devem incluir apenas os danos morais subjetivos. O Tribunal Constitucional italiano frisou, ainda, que o direito à saúde deve ser, sem dúvida, incluído entre as posições subjetivas protegidas pela Constituição. Assim sendo, a “injustiça” da lesão psicofísica e a respetiva indemnização derivam da conjugação do art. 2043.º do Código Civil com o art. 32.º da Constituição, visto que o dano biológico deve ser caracterizado como um dano-evento e não como um dano-consequência¹⁵ e, por conseguinte, merece ser ressarcido autonomamente. Nesta sentença, a Corte Costituzionale explica, também, que a indemnização pelo dano biológico deveria ser calculada com base em critérios

¹² Cfr. Corte Costituzionale, sentença n.º 88, de 26 de julho de 1979, disponível em www.cortecostituzionale.it

¹³ “(...) si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati”.

¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentença n.º 184, de 14 de julho de 1986, disponível em www.cortecostituzionale.it

¹⁵ Como dano-consequência podemos identificar, por exemplo, o dano patrimonial e o dano moral, como analisaremos adiante.

tabelares, de modo a reduzir o alcance do critério da equidade e evitar indemnizações personalizadas do dano¹⁶.

A partir do ano 2003, surge uma reviravolta na jurisprudência italiana¹⁷. De facto, a sentença n.º 233, de 11 de julho de 2003, da Corte Costituzionale fixou, finalmente, uma interpretação constitucional do art. 2059.º do Código Civil italiano.

Sustentou-se que o significado original desta norma era o de permitir, nos casos de ilícitos criminais, o ressarcimento apenas dos danos morais enquanto perturbações temporárias do estado de espírito do lesado. Deste modo, e tendo em conta que esta interpretação não era adequada à tutela dos direitos da proteção da pessoa humana previstos na Constituição, declara que deve ser feita “uma interpretação constitucionalmente orientada do art. 2059.º do Código Civil, de modo a compreender, na abstrata previsão da norma, todos os danos de natureza não patrimonial resultantes de valores inerentes à pessoa e, deste modo, quer o dano moral subjetivo, entendido como a perturbação transitória do estado de ânimo da vítima, quer o dano biológico em sentido estrito, entendido como lesão do interesse constitucionalmente garantido, da integridade física e psíquica da pessoa, consequente a uma certificação médica (art. 32 da Constituição); quer, enfim, o dano (frequentemente designado na doutrina e na jurisprudência como existencial) derivante da lesão de (outros) interesses de valor constitucional inerentes à pessoa”¹⁸.

Esta sentença assinala o “regresso” da dicotomia clássica entre danos patrimoniais e não patrimoniais, visto que é nestes últimos que se inserem tanto os danos morais, como os danos que se traduzam na lesão de bens jurídicos tutelados e protegidos pela Constituição, como o dano biológico.

Depois desta análise à jurisprudência italiana, importa, também, estudar os desenvolvimentos da legislação referente ao dano biológico. Ora, são três os diplomas legais que surgem neste contexto: o Decreto Legislativo n.º 38, de 23 de fevereiro de 2000, a Lei 57, de 5 de março de 2001, e o Decreto Legislativo n.º 209, de 7 de novembro de 2005.

O Decreto Legislativo n.º 38, de 23 de fevereiro de 2000, marca o início do movimento de adoção de tabelas para a avaliação do dano biológico, com o seu art. 13.º, intitulado de “*Danno Biologico*”. Embora este Decreto Legislativo dissesse respeito apenas a acidentes de trabalho e doenças profissionais, assistimos à primeira tentativa de o legislador seguir a opinião da Corte Costituzionale que, recorde-se, aconselhou a criação de critérios tabelares para o cálculo da indemnização do dano biológico. Por

¹⁶ Franzoni, 2010, p. 407.

¹⁷ Maria Manuel Veloso refere que, neste ano, se deu “um abalo no direito italiano”, cfr. Veloso, 2007, pp. 519 e ss.

¹⁸ Cit. Trigo, 2015, pp. 80 e 81.

sua vez, a Lei 57, de 5 de março de 2001, tutela o dano biológico no contexto de acidentes de viação, dando como definição daquele a “lesão da integridade psicofísica da pessoa, suscetível de avaliação médico-legal”¹⁹. Por último, há que destacar a importância do Decreto Legislativo n.º 209, de 7 de setembro de 2005, que institui o “Código do Seguro Privado”. Este Código assume um papel fundamental quanto ao ressarcimento do dano biológico através de critérios tabelares e ainda oferece uma definição mais detalhada do conceito deste dano. De facto, refere o art. 138.º, n.º 2, alínea a) que, para efeitos da aplicação das tabelas, se entende por dano biológico o “dano temporário ou permanente à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de avaliação médico-legal, que implica um impacto negativo nas atividades diárias e na vida relacional do lesado, independentemente das repercussões na sua capacidade de ganho”. Deste modo, o Código estabelece uma tabela de valores económicos baseada num sistema de pontos variável de acordo com a idade e o grau de incapacidade do lesado.

As tabelas de Milão, criadas em 2009²⁰, representam a principal ferramenta, uniformemente utilizada em todos os tribunais judiciais italianos, para ressarcir os danos não patrimoniais, ao lado da tabela nacional única de danos biológicos menores²¹. O Observatório da Justiça Civil de Milão seguiu, então, a orientação jurisprudencial da Corte di Cassazione²² de que o dano não patrimonial deve ser unitariamente ressarcido, mas sem duplicação. Quer isto dizer que a liquidação em separado do dano moral e do dano biológico, em caso de lesão corporal, deve ser considerada errada. Por este motivo, as tabelas de Milão foram inicialmente elaboradas para tutelar a indemnização pelo dano não patrimonial decorrente quer da lesão da integridade psicofísica do lesado (dano biológico), quer do sofrimento subjetivo sofrido (dano moral). Contudo, este entendimento foi recentemente ultrapassado e, em 2021, o Tribunal de Milão atualizou as tabelas milanesas de modo a separar e distinguir as indemnizações pelo dano biológico e pelo dano moral.

Em suma, podemos concluir que a construção do dano biológico no ordenamento jurídico italiano surge de uma evolução que passa, em primeiro lugar, pela consciencialização da limitação do regime previsto no Código Civil italiano ao nível da reparação dos danos não patrimoniais²³. Num segundo momento, o fundamento da reparação deste dano passa pela ressarcibilidade do “dano injusto” prevista no art. 2043.º, através da cláusula geral aberta da responsabilidade civil extracontratual. E,

¹⁹ Cfr art. 5.º, n.º 3 da Legge 5 marzo 2001, n.º 57.

²⁰ Estas tabelas foram criadas na reunião do Observatório da Justiça Civil de Milão, em 28 de abril de 2009.

²¹ Esta tabela, que tem por base o art. 139.º do Código do Seguro Privado, regula o cálculo do ressarcimento do dano biológico menor, ou seja, até 9 pontos de incapacidade permanente.

²² Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civile, sentenza n.º 26972, de 11 de novembro de 2008.

²³ Trigo, 2015, p. 80.

finalmente, culmina na construção de tabelas indenizatórias com valores pré-fixados, o que evidencia uma certa patrimonialidade do dano biológico, apesar da doutrina e jurisprudência maioritárias italianas classificarem, de forma relativamente pacífica, esta figura como um dano não patrimonial²⁴.

Passando para o plano português, interessa perceber como surge o dano biológico no nosso ordenamento jurídico. A primeira referência ao dano biológico, numa decisão judicial, pertence ao acórdão de 12 de dezembro de 1995 do Tribunal da Relação do Porto²⁵, onde este dano parece ter sido categorizado como um dano não patrimonial. No entanto, nos seus primórdios, o dano biológico era ressarcido através de uma indemnização pela perda da capacidade de ganho e pelos danos emergentes, para além do dano moral sofrido.

Assim, a jurisprudência acabou por se aperceber da insuficiência deste modelo de reparação da lesão à integridade psicofísica. E, portanto, os tribunais passaram a valorar outros danos de carácter não patrimonial, como a diminuição funcional do corpo para atos da vida diária, a limitação nas atividades de lazer e desportivas, as perturbações do foro psicológico como a angústia e a diminuição na vontade de viver, a afetação da capacidade sexual, o dano estético, entre outros²⁶.

Neste contexto, a jurisprudência segue a orientação da doutrina e dos peritos médico-legais de utilizar os critérios tabelares da Portaria 377/2008 (que iremos analisar no capítulo seguinte) de forma meramente auxiliar na estipulação do *quantum* indenizatório²⁷.

Como vemos, a introdução do dano biológico no nosso ordenamento jurídico foi gradual e relativamente pacífica, ao contrário da sua natureza jurídica e reparação, conforme iremos evidenciar adiante.

3. Enquadramento legislativo do dano biológico

Como vimos, nos primeiros anos de 2000, surge em Itália um movimento de criação de tabelas orientadoras para o cálculo do dano corporal que regulem a indemnização pelo dano biológico. O legislador português, por força desta influência italiana, passou a contemplar legalmente esta categoria de dano.

Atualmente, o dano biológico encontra-se previsto e regulado num único diploma legal: a portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, que estabelece os critérios e valores

²⁴ Rosetti, 2017, p. 337.

²⁵ Ac. do TRP, 12.12.1995, relator Gonçalves Vilar.

²⁶ Cfr. Pinto, 2012, p. 10.

²⁷ Ver Barbosa, 2019, p. 639.

orientadores para a proposta razoável de indemnização do dano corporal, e que as seguradoras devem apresentar ao lesado, em caso de acidente de viação.

Em matéria de Direito Civil, surgem, assim, critérios específicos para valorar o dano corporal e, consequentemente, o dano biológico de forma justa e coerente, apesar das desvantagens inerentes a uma avaliação tabelar, como tentaremos demonstrar. Ora, com a criação da Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, deixa de ser necessário recorrer à Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais²⁸, que era, até então, utilizada pelos peritos.

Sucedem que, nesta Portaria, a categoria de dano biológico autonomizou-se, sendo este definido, no art. 3.º, al. b), como o dano sofrido pela ofensa à integridade física e psíquica, do qual pode resultar a perda da capacidade de ganho. Neste sentido, adotou-se uma tabela indemnizatória própria para o cálculo deste dano (Anexo IV da referida Portaria), que varia consoante a idade e o grau de desvalorização²⁹, tendo como referência inicial o valor da retribuição mínima mensal garantida.

A Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, e a utilização de critérios tabelares para o cálculo do *quantum* indemnizatório do dano biológico apresentam certas vantagens. O principal benefício será, à partida, a segurança jurídica através da igualdade de tratamento dos lesados com danos semelhantes, respeitando o princípio da igualdade, previsto no art. n.º 13 da CRP. De facto, a utilização de tabelas pré-definidas traduz-se, necessariamente, numa redução da ambiguidade nas avaliações dos julgadores. Assim, reduz-se a subjetividade do cálculo da indemnização e a discrepância de resultados em casos análogos. Para além do mais, assegura-se uma valorização do dano de forma mais correta do que a simples apreciação judicial, garantindo, também, uma certa previsibilidade dos montantes das compensações. Por último, e quanto à proposta razoável da seguradora a que a Portaria alude, as tabelas asseguram o cumprimento das obrigações das seguradoras, evitando propostas de valores irrisórios.

No entanto, a Portaria apresenta diversas desvantagens³⁰. Em primeiro lugar, a tabela referente ao dano biológico visa calcular a respetiva indemnização tendo em conta os dois fatores referidos – a idade e o grau de desvalorização –, o que se traduzirá numa equiparação de lesões que, de forma abstrata, poderão ser semelhantes, mas na realidade merecem uma reparação distinta, em virtude de outros fatores. Em segundo lugar, e na senda da tabela recorrer apenas a estes dois fatores, quer a doutrina, quer a

²⁸ Aprovada pelo Decreto-Lei 341/93, de 30 de setembro.

²⁹ O grau de desvalorização, isto é, a gravidade da lesão, é apurado segundo a Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, aprovada pelo Decreto-Lei 352/2006, de 23 de outubro, que, tal como explica Trigo, 2015, p. 70, tem uma influência indireta na indemnização pelo dano biológico.

³⁰ Veja-se Trigo, 2012, pp. 175 e ss., onde a autora, após uma análise sucinta da Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, critica a sua elaboração, elencando uma lista de “perplexidades”.

jurisprudência entendem que estes fatores são insuficientes para calcular a verdadeira dimensão do dano. Isto é, ao não avaliar e contemplar o dano biológico de uma forma global, poderemos estar perante um entrave à reparação integral do dano.

Na verdade, a Portaria tem pouca relevância em sede judicial. Efetivamente, para além das desvantagens elencadas e do facto de a Portaria não afastar a fixação de valores superiores aos propostos, conforme o n.º 1 do art. 1.º, o próprio preâmbulo explica que o objetivo deste diploma legal não é a fixação definitiva de valores indemnizatórios. Ora, tal como refere João Bernardo³¹, a Portaria foi amplamente recusada pelos tribunais, servindo apenas como uma orientação não vinculativa. Aliás, veja-se o Ac. do STJ, de 12 de março de 2009, de modo a perceber que “Os valores referidos na Portaria são meramente orientadores para efeitos de apresentação aos lesados de propostas razoáveis para indemnização. Não são valores fixos ou estanques a que os tribunais tenham que ficar sujeitos sem mais”³². No mesmo sentido, o Ac. do STJ, de 14 de dezembro de 2016, explica que “a Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio (alterada pela Portaria n.º 679/2009, de 25 de junho) vigora apenas no domínio da regularização extrajudicial dos sinistros por parte das seguradoras, não vinculando os tribunais”³³.

Em suma, a aplicação de critérios tabelares para calcular a indemnização pelo dano biológico poderá ser uma opção correta, mas, atualmente, tem pouca relevância prática. Assim, cabe-nos concordar com Cátia Gaspar e Maria Chichorro quando referem que “independentemente das soluções acolhidas, esta [Portaria] é a ferramenta que permite, de alguma forma, objetivar e tratar de forma igual os danos idênticos, fazendo assim a almejada justiça. Todavia, nalguns casos concretos, da sua aplicação rigorosa podem resultar verdadeiras injustiças”³⁴.

4. A posição da doutrina sobre a utilidade do dano biológico

Na doutrina portuguesa, o dano biológico não é um tema, de todo, consensual. Por um lado, certos autores reconhecem a importância desta categoria de dano e as vantagens que pode trazer para o nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, existem diversas vozes contra a sua utilidade.

Na opinião de Maria da Graça Trigo, o dano biológico revela-se útil, essencialmente, em dois aspetos. Em primeiro lugar, assume um papel fulcral no que concerne à ampliação da perceção dos prejuízos que o lesado efetivamente sofreu pelo

³¹ Cfr. Bernardo, 2006, p. 984.

³² Ac. do STJ, 12.03.2019, relatora Pires da Graça.

³³ Ac. do STJ, 14.12.2016, relatora Maria da Graça Trigo.

³⁴ Gaspar & Chichorro, 2014, p. 14.

facto gerador de responsabilidade civil delitual³⁵. Isto é, o recurso ao dano biológico pode levar à ponderação de certas consequências patrimoniais ou não patrimoniais que, normalmente, não seriam plenamente ressarcidas. Armando Braga³⁶, por exemplo, sugere diversos prejuízos que poderiam ser contemplados pelo dano biológico, como o dano estético, o prejuízo de afirmação pessoal, o dano sexual e o dano à capacidade laboral genérica. Em segundo lugar, o dano biológico revela-se útil para “instituir sistemas tabelares de indemnização de lesões psicofísicas que permitam fixar indemnizações equivalentes para todas as vítimas, variando apenas em função da idade e do grau de gravidade da lesão”³⁷.

Por outro lado, parte da doutrina questiona a necessidade desta categoria de dano, explicando que não passa de uma construção jurisprudencial inspirada no papel que o dano biológico assumiu no ordenamento jurídico italiano. Assim, certos autores defendem que o nosso ordenamento jurídico não é lacunoso quanto à indemnização da violação de direitos constitucionalmente protegidos como o direito à vida, o direito à saúde e o direito à integridade física e moral.

Neste sentido, Mafalda Miranda Barbosa³⁸ entende que, entre nós, a cláusula de ressarcimento dos danos não patrimoniais (que abarca mais danos para além do dano moral) é suficientemente ampla para proteger todos os interesses do lesado, sem ser necessário recorrer à categoria do dano biológico. Para além do mais, explica que o sistema delitual português assenta na ilicitude enquanto requisito objetivo da pretensão indemnizatória, ao contrário do que sucede em Itália, pelo que a questão do ressarcimento dos danos versa sobre o preenchimento da responsabilidade. Assim, na opinião da autora, a importação do dano biológico, para além de infrutífera, afigura-se de certo modo limitativa em virtude da necessidade de distinção entre o dano e a ilicitude e acabaria por criar mais problemas do que aqueles que pretende resolver³⁹.

Efetivamente, várias são as vozes que defendem a incompatibilidade ou a inutilidade do dano biológico no nosso ordenamento jurídico do modo que este é desenvolvido em Itália. Diogo Costa Gonçalves⁴⁰ sustenta que a criação do dano biológico resultou do sistema indemnizatório italiano que, quanto aos danos não patrimoniais, era extremamente limitador, adotando uma definição normativa restrita do dano não patrimonial. Autores como João Bernardo⁴¹ defendem que “ao contrário

³⁵ Cit. Trigo, 2015, p. 82.

³⁶ Cfr. Braga, 2009, pp. 52 e 53.

³⁷ Cit. Trigo, 2015, p. 85.

³⁸ Cfr. Barbosa, 2019, p. 643.

³⁹ “(...) por um lado, conduz a uma nítida ambivalência judicativa, que pode ser comprovada pelo acompanhamento das decisões do Supremo Tribunal de Justiça que o versam; por outro lado, parece induzir no decidente a ideia de que será possível a condenação do agente ao pagamento de uma indemnização independentemente da prova dos danos atuais”, cit. Barbosa, 2019, p. 662.

⁴⁰ Gonçalves, 2019, pp. 67 ss.

⁴¹ Cfr. Bernardo, 2006, p. 982.

de Itália, não havia e não há entre nós um vazio que tivesse de ser preenchido a nível de indemnização por força, nomeadamente, dos preceitos constitucionais que tutelam a vida, a integridade moral e física e o direito à saúde”.

Na verdade, parte da doutrina vê o dano biológico como um empréstimo da nomenclatura italiana. A título de exemplo, Borges Pinto⁴² refere que o dano biológico não passa de um vocábulo que foi popularizado, especialmente, pela jurisprudência. Assim, este conceito, que o autor apelida de “dano sereia”, não é sequer um conceito operativo. O autor defende que não passa de um dano como qualquer outro que pode ter quer uma componente patrimonial, quer não patrimonial. Aliás, João Bernardo explica que a utilização da terminologia “dano biológico” na Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, só se justifica se nesta categoria se compreenderem os danos patrimoniais futuros, e não uma nova vertente indemnizatória.

Como vemos, apesar da importância de o dano biológico ser um dado assente na jurisprudência (como evidenciaremos no capítulo seguinte), na doutrina portuguesa encontramos posições divergentes quanto à utilidade ou necessidade desta categoria de dano.

5. Análise da jurisprudência portuguesa

A jurisprudência portuguesa indemniza, recorrentemente, o dano biológico. Contudo, não o faz de modo uniforme, visto que categoriza este dano, essencialmente, de três formas diferentes. De facto, os nossos tribunais classificam este dano como um dano patrimonial futuro, ou como um dano ora patrimonial, ora não patrimonial (consoante o concreto prejuízo que esteja em causa) ou, ainda, como um dano autónomo.

5.1 O dano biológico enquanto dano patrimonial futuro

A jurisprudência portuguesa tem, em parte, tratado o dano biológico como um dano patrimonial futuro, indemnizando-o pela perda da capacidade de ganho e pela restrição de oportunidades futuras, quer profissionais, quer pessoais.

Certas decisões de tribunais superiores, como é o caso do Ac. do STJ de 14 de julho de 2021⁴³, justificam esta classificação explicando que na “indemnização do dano patrimonial futuro/dano biológico relevam apenas as implicações de alcance económico, não as que se refletem na qualidade de vida do lesado, que devem ser valoradas como integrando o dano não patrimonial”. Neste acórdão, foram arbitrados ao autor EUR 120.000,00 a título do dano patrimonial futuro de perda de capacidade

⁴² Pinto, 2012, p. 21.

⁴³ Ac. do STJ, 14.07.2021, relator Ferreira Lopes.

de ganho/dano biológico. Como vemos, o tribunal superior classificou o dano biológico como um dano patrimonial, sendo esta indemnização, no fundo, o ressarcimento pelo défice funcional de que o autor ficou a padecer. Curiosamente, no acórdão são também arbitrados EUR 50.000 a título das “repercussões na vida laboral”. Deste modo, o STJ classificou os lucros cessantes como um dano patrimonial futuro no qual se insere o dano biológico, mas que não abarca os esforços acrescidos no trabalho habitual, classificando estes esforços como um dano não patrimonial. Um último aspeto interessante desta decisão reside na atribuição de indemnizações pelo dano estético (EUR 11.000), pelas repercussões na vida sexual (EUR 15.000) e pelas repercussões nas atividades de lazer (EUR 10.000). Todos estes danos foram classificados, como não poderiam deixar de ser, enquanto danos não patrimoniais, mas sem qualquer ligação ao dano biológico, apesar de já termos visto que parte da doutrina entende que o dano biológico abarca estes prejuízos.

De facto, o dano biológico sofre de frequente fusão ou confusão com a perda da capacidade de ganho ou a diminuição funcional do lesado. No Ac. do STJ de 19 de julho de 2019⁴⁴, o lesado recebeu uma indemnização pelo défice funcional permanente no valor de EUR 195.000, com o fundamento de que “o ressarcimento do dano biológico, no caso vertente, deve ser feito em sede de dano patrimonial, por se traduzir numa perda patrimonial futura ou na frustração de um lucro”.

No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 26 de outubro de 2017⁴⁵ arbitrou a quantia de EUR 70.000 à lesada pelo dano biológico proveniente da incapacidade de que ficou a padecer. Este tribunal superior defendeu que “tem sido dado relevo ao facto de havendo uma incapacidade permanente, mesmo que sem rebate profissional, sempre dela resultará uma afetação da dimensão anátomo-funcional do lesado (...). E é neste agravamento de penosidade que se radica o arbitramento de uma indemnização. Embora com contactos evidentes com os danos de natureza não patrimonial, o dano biológico não se pode reduzir a estes, na medida em que nos danos não patrimoniais apenas estão em causa prejuízos insuscetíveis da avaliação pecuniária e no dano biológico estão em causa prejuízos de natureza patrimonial, provenientes das consequências negativas ao nível da atividade geral do lesado”.

Ora, esta confusão entre o dano biológico e a perda da capacidade de ganho afigura-se, a nosso ver, bizarra, desde logo pela diferença de tratamento entre os lesados empregados e os lesados desempregados ou reformados. Senão, vejamos: seguindo este entendimento da inclusão do dano biológico na perda da capacidade de ganho, dois lesados que sofram a mesma lesão psicofísica e tenham a mesma idade

⁴⁴ Ac. do STJ, 19.06.2019, relatora Catarina Serra.

⁴⁵ Ac. do STJ, 26.01.2017, relator Oliveira Vasconcelos.

serão ressarcidos diferentemente⁴⁶. Na verdade, nesta aceção do dano biológico, não se percebe o que se visa indemnizar ou qual o papel desta categoria de dano. Ao indemnizar o dano biológico deste modo, os tribunais estão, essencialmente, a ressarcir algo que sempre ressarciram – a perda da capacidade de ganho –, mas utilizando uma terminologia diferente. De qualquer modo, esta indemnização (que reflete, por exemplo, o agravamento da penosidade na execução de tarefas de trabalho) apenas vem ressarcir os danos até ao limite da vida ativa, mesmo sabendo que as consequências da lesão somático-psíquica não se extinguem nesse momento.

A jurisprudência não só diverge quanto à classificação do dano biológico, como também diverge quanto ao prejuízo que o dano biológico, enquanto dano patrimonial futuro, visa reparar. Se nestes primeiros acórdãos esta indemnização ressarcia apenas a perda da capacidade de ganho e/ou o défice funcional permanente, nos seguintes, o dano biológico é, também, indemnizado pela *capitis deminutio* do lesado. Isto é, a restrição ou supressão de oportunidades profissionais, ou até pessoais, mesmo fora do âmbito da profissão habitual.

No Ac. do STJ de 30 de junho de 2021⁴⁷, onde se fixou, a título de perda da capacidade de ganho, uma indemnização no valor de EUR 320.000, entendeu-se que o dano biológico, enquanto dano patrimonial futuro, não deve ser autonomizado da indemnização pela perda da capacidade de ganho, mas antes refletir a *capitis deminutio* do lesado. Do mesmo modo, podemos ler, no Ac. do STJ de 6 de dezembro de 2017⁴⁸ (onde se atribuiu o montante de EUR 100.000 a título de danos patrimoniais decorrentes do défice funcional genérico), que o dano biológico “abrange um espectro alargado de prejuízos incidentes na esfera patrimonial do lesado, incluindo a frustração de previsíveis possibilidades de desempenho de quaisquer atividades ou tarefas de cariz económico, mesmo fora da atividade profissional habitual”.

Vejamos, ainda, o Ac. do STJ de 10 de outubro de 2012⁴⁹, onde foram arbitrados EUR 60.000 pela perda da capacidade de ganho, sendo EUR 10.000 referentes ao dano biológico sofrido com a perda irreversível de capacidades pessoais e profissionais. Neste acórdão, entende o tribunal que a compensação pelo dano biológico se refere à redução substancial das possibilidades de exercício de determinadas profissões e de futura

⁴⁶ Relativamente à perda da capacidade de ganho, veja-se o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2021 (relator Nuno Lopes Ribeiro), o qual refere que “a perda da capacidade geral de ganho, que não se concretize em perda de rendimentos da profissão, é indeterminável, pelo que o seu valor deve ser fixado com recurso à equidade”. Assim, o acórdão explica que a perda da capacidade de ganho deve ser sempre ressarcida através dos juízos de equidade, tendo por base a esperança média de vida do lesado, o grau de incapacidade e as suas potencialidades profissionais de ganho compatíveis com este défice as suas qualificações, mesmo nos casos em que não haja perda de rendimentos profissionais (seja porque o lesado está desempregado, reformado ou ainda a estudar).

⁴⁷ Ac. do STJ, 30.06.2021, relator Ferreira Lopes.

⁴⁸ Ac. do STJ, 06.12.2017, relator Tomé Gomes.

⁴⁹ Ac. do STJ, 10.10.2012, relator Lopes do Rego.

mudança ou conversão de emprego por parte do lesado. Estas restrições implicam, necessariamente, a perda de oportunidades geradoras de rendimentos, frustradas pela diminuição funcional de que o lesado padece. Destarte, podemos ler no texto do acórdão que “a perda relevante de capacidades funcionais (...) constitui uma verdadeira ‘*capitis deminutio*’ num mercado laboral exigente, em permanente mutação e turbulência, condicionando-lhe, de forma relevante e substancial, as possibilidades de exercício profissional e de escolha e evolução na profissão (...). E, nesta perspectiva, deverá aditar-se ao lucro cessante, decorrente da previsível perda de remunerações, calculada estritamente em função do grau de incapacidade permanente fixado, uma quantia que constitua justa compensação do referido dano biológico, consubstanciado na privação de futuras oportunidades profissionais, precludidas irremediavelmente pela *capitis deminutio* de que passou a padecer a recorrente”.

A este propósito há que também tecer certas considerações. Parece-nos desconforme com a realidade que uma indemnização pela perda de possíveis oportunidades profissionais esteja relacionada com o dano biológico. Vejamos.

Refere o art. 564.º, n.º 2 CC que os danos futuros são indemnizáveis, desde que previsíveis. Ou seja, não é suficiente que haja uma possibilidade abstrata e desenraizada de reais expetativas para que se prove este dano. É certo que não se exige uma certeza absoluta, nem, tão pouco, que a oportunidade já se tenha verificado, mas é imprescindível que exista uma realidade concreta que credibilize esta expetativa. Aliás, Mafalda Miranda Barbosa⁵⁰, a propósito desta vertente patrimonial do dano biológico, refere que a preterição de oportunidades profissionais futuras deve ser entendida à luz dos lucros cessantes. Ou seja, a questão reconduz-nos à frustração de ganhos ou aos prejuízos que advieram ao lesado por não ter aumentado o seu património em virtude do facto lesivo. A autora explica, ainda, que este enquadramento não se confunde com o dano de perda de chance, visto que este último se trata de um dano emergente, no qual o lesado se vê frustrado na chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo futuro e aleatório em virtude de um ato de um terceiro⁵¹. Assim, tratando-se de um lucro cessante, sabemos que “não basta uma mera hipótese de aquisição desse ganho, tendo de existir uma probabilidade quase em termos de certeza de que essa aquisição ocorreria”⁵².

⁵⁰ Cfr. Barbosa, 2019, p. 655.

⁵¹ Neste sentido, a autora refere que “embora se defenda que a chance tem de ser certa e real, o que releva e justifica para os seus defensores a indemnização é a lesão de uma oportunidade, valorada como um bem jurídico em si mesmo, o que determina, do ponto de vista da responsabilidade delitual assente numa cláusula autónoma de ilicitude, o problema da desvelação deste requisito. O que está em causa, portanto, é a diminuição das chances, das possibilidades de ganho; ao invés, quando consideramos o dano da perda de oportunidade profissional, o que se valora não é a oportunidade em si mesma, mas tem-se em conta o ganho que o sujeito obterá e deixa de obter”, cit. Barbosa, 2019, p. 655.

⁵² Cit. Leitão, 2010, p. 346.

Ou seja, os tribunais, quando classificam o dano biológico como um dano patrimonial futuro, propiciam um tratamento desigual entre lesados, quer por terem em conta o rendimento auferido, quer por indemnizarem uma lesão permanente até, somente, ao limite da vida ativa.

5.2 A vertente não patrimonial do dano biológico

Parte da jurisprudência portuguesa considera que o dano biológico deve ser ressarcido em ambas as suas vertentes: a patrimonial e a não patrimonial. Tendo acabado de analisar o dano biológico enquanto dano patrimonial futuro, iremo-nos debruçar, agora, apenas sobre a vertente não patrimonial desta categoria de dano.

No Ac. do STJ, de 27 de outubro de 2009⁵³, o tribunal decidiu arbitrar ao lesado o montante de EUR 10.000 a título de dano biológico na sua vertente patrimonial, e EUR 26.000 pelo dano moral, onde se insere o dano biológico na veste de dano não patrimonial. Nesta decisão, o tribunal entendeu que o dano biológico se encontra presente tanto nos prejuízos patrimoniais como não patrimoniais, explicando que “o chamado dano biológico tanto pode ser ressarcido como dano patrimonial, como compensado a título de dano moral. A situação terá de ser apreciada casuisticamente, verificando se a lesão originou, no futuro, durante o período activo do lesado ou da sua vida e, só por si, uma perda da capacidade de ganho ou se traduz, apenas, numa afectação da sua potencialidade física, psíquica ou intelectual, para além do agravamento natural resultante da idade”. De facto, é inevitável que o exercício da atividade profissional se vá tornando mais penoso com o passar do tempo, e, assim, será necessário fazer um esforço suplementar e um maior dispêndio de energia para colmatar défices naturais da saúde mental como a impaciência e desatenção. Ora, em virtude da lesão psicofísica, estes condicionalismos agravar-se-ão, tendo repercussões profissionais. No entanto, desde que estas repercussões não afetem direta ou indiretamente a remuneração do lesado, ou, pelo menos, desde que não se traduzam numa perda patrimonial, tratar-se-ão de um dano não patrimonial. Assim, o tribunal entendeu que um maior esforço e dispêndio de energia, na vida pessoal e profissional do lesado, se traduz num esforço psicossomático e não num dano patrimonial.

Curiosamente, no acórdão supramencionado, a vertente não patrimonial do dano biológico foi incluída no dano moral, ao invés da categoria dos danos não patrimoniais, que é mais ampla e acolhe este último. Esta solução acaba por criar uma certa confusão entre o dano moral e o dano biológico (não patrimonial), o que não faz grande sentido, visto que ambos se inserem na categoria dos danos não patrimoniais.

⁵³ Ac. do STJ, 27.10.2019, relator Sebastião Póvoas.

No mesmo sentido, no Ac. do STJ de 12 de dezembro de 2017⁵⁴ foram arbitrados EUR 30.000 a título do dano biológico na sua vertente não patrimonial, para além de EUR 35.000 pelos danos não patrimoniais/morais. Seguindo o entendimento de que o dano biológico pode assumir um carácter patrimonial ou não patrimonial, no caso em apreço, o tribunal entendeu que aquela lesão, para efeitos do dano biológico, não produzia prejuízos patrimoniais. Note-se que o lesado, apesar de não ficar afetado por uma incapacidade permanente, padece de graves sequelas definitivas a nível estético, sexual e de afirmação pessoal em atividades de lazer. Deste modo, podemos ler que “O quadro factual apresentado pelo autor, com uma marcada intensidade, ao nível das sequelas somáticas sobrevindas, como consequência necessária e direta do acidente que sofreu, muito embora se não tenha demonstrado qualquer quebra na sua capacidade de ganho, tendo sido afastado o rebate profissional, não permite catalogar o dano biológico ocorrido num quadro tipológico de cariz patrimonial”. Assim sendo, o tribunal seguiu o entendimento de que no dano biológico “enquanto dano inerente à integridade da pessoa (...) passou a compreender-se o dano estético, o dano sexual, o dano existencial, o dano psíquico, o dano à vida de relação”. Efetivamente, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o dano biológico acolhe estes prejuízos não patrimoniais⁵⁵, reconhecendo que assim se consegue ter uma verdadeira e completa noção dos prejuízos sofridos pelo lesado⁵⁶.

No entanto, ao contrário do acórdão anterior, existe uma clara distinção entre o dano moral e o dano biológico enquadrado nesta vertente não patrimonial. De facto, o tribunal explanou que “no âmbito dos danos de natureza não patrimonial, destacam-se ainda, face ao estreitamento do seu âmbito, por força do conteúdo do dano biológico que se delimitou, as dores, sofrimentos e desgostos, os traumatismos físicos, as fraturas, os tratamentos e reabilitações necessários à regeneração da pessoa, vítima, no caso concreto, de acidente de viação”. Ou seja, trata-se do dano moral subjetivo, como é referido na decisão, que contempla as dores do foro psicológico sofridas, que são específicas e estritamente pessoais.

Apesar de uma parte considerável dos tribunais superiores considerar que o dano biológico pode gerar prejuízos patrimoniais e/ou não patrimoniais, a verdade é que, na grande maioria das vezes, acaba por reparar este dano apenas na vertente patrimonial.

⁵⁴ Ac. do STJ, 12.12.2017, relator Helder Roque.

⁵⁵ Maria da Graça Trigo vai mais longe, admitindo que o dano biológico pode, eventualmente, abarcar a perda de aptidões familiares/afetivas, como a capacidade reprodutiva, a restrição de práticas desportivas e recreativas, a perda de gozo dos anos de juventude, a falta de vontade de viver e a limitação do percurso académico, cfr. Trigo, 2012, p. 168.

⁵⁶ Cfr. Trigo, 2012, p. 168: “a vantagem da introdução da concepção de dano biológico seria a de ampliar os componentes de dano real a ter em conta; para, num segundo plano, determinar, de forma mais justa, a indemnização devida pelo lesante, em regra quanto às consequências de natureza não patrimonial”.

Vejamos, então, uma decisão de um tribunal de segunda instância que indemniza o dano biológico enquanto dano não patrimonial. No Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de junho de 2021⁵⁷ foram atribuídos ao lesado EUR 10.000 a título de dano biológico, seguindo o entendimento, relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência, de que a compensação atribuída pelo dano biológico não tem, necessariamente, de ter uma ligação direta com a sua atividade profissional. Na verdade, configura-se como um dano permanente que interfere em todos os aspetos do quotidiano do lesado e na sua qualidade de vida, resultante da diminuição anátomo-funcional. Deste modo, podemos ler no referido acórdão que o dano biológico “pode assumir-se como patrimonial e/ou não patrimonial, traduz-se, nuclearmente, num handicap físico-emocional que, ainda que não implique perda remuneratória, torna mais penosa a realização das tarefas quotidianas, profissionais e pessoais, e é, decisivamente, calculado via juízo equo”.

Assim, na ótica não patrimonial do dano biológico atenta-se, sobretudo, à intensidade da lesão psicofísica. Isto é, tendo em conta que as sequelas do lesado implicam esforços acrescidos no trabalho habitual e nas tarefas diárias, apesar de compatíveis com o exercício da atividade profissional, apenas através da indemnização pelo dano biológico na vertente não patrimonial se poderá reparar este prejuízo.

Por último, no âmbito desta vertente do dano biológico, apraz-nos analisar o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de fevereiro de 2021⁵⁸. De forma inovadora, neste acórdão classifica-se o dano biológico como um dano puramente não patrimonial. Portanto, ao contrário dos acórdãos analisados *supra*, não se entende que esta categoria de dano contemple o binómio danos patrimoniais/danos não patrimoniais. Ao invés, interpreta-se que o dano biológico se enquadra unicamente no âmbito dos danos não patrimoniais, mais especificamente enquanto dano não patrimonial objetivo.

Ora, no caso em questão, para além dos montantes referentes aos danos patrimoniais, foram arbitrados um total de EUR 2.917,67 a título de dano biológico (ou dano não patrimonial objetivo) e EUR 12.500 pelo dano não patrimonial subjetivo. Neste sentido, o tribunal explanou que “Da configuração do dano biológico como lesão da saúde, à integridade físico-psíquica do ser humano, em toda a sua dimensão, ou seja, da sua qualificação como dano-evento, objetivamente, antijurídico, violador de direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, resulta, como efeito, a atribuição da sua natureza não patrimonial”. Seguindo esta linha de pensamento, acrescenta que a corrente que entende que o dano biológico deve ser ressarcido em sede não patrimonial “considera, desde logo, que o exercício de qualquer atividade profissional se vai

⁵⁷ Ac. do TRC, 22.06.2021, relator Carlos Moreira.

⁵⁸ Ac do TRL, 25.02.2021, relator Nelson Carneiro.

tornando mais penoso com o decorrer dos anos e o desgaste natural da vitalidade (paciência, atenção, perspectivas de carreira, desencantos...) e da saúde, tudo implicando um crescente dispêndio de esforço e energia, agravando-se ou potenciando-se estes condicionalismos naturais, em consequência de uma maior fragilidade adquirida, a nível somático ou psíquico”.

Assim, importa fazer uma clara distinção entre o que cabe no dano biológico, ou dano não patrimonial objetivo, e o que se insere no dano moral ou dano não patrimonial subjetivo. Segundo o entendimento deste tribunal, no dano biológico cabem as dores físicas e as mazelas resultantes da lesão à integridade física e, ainda, o sofrimento psíquico associado a uma patologia. De facto, o dano biológico resulta sempre de uma patologia, contrariamente ao que sucede no dano moral. Portanto, nesta categoria de dano não se inserem as tristezas e desgostos, ou seja, o sofrimento moral, que cabem no dano moral. É neste sentido que o tribunal frisa a importância da avaliação médica, pois só através desta perícia é que se justifica o dano biológico e se o separa, definitivamente, do dano moral. Ou seja, o tribunal considerou que “Por dano biológico deve entender-se qualquer lesão da integridade psicofísica que possa prejudicar quaisquer atividades, situações e relações da vida pessoal do sujeito, não sendo necessário que se refira apenas à sua esfera produtiva, abrangendo igualmente a espiritual, cultural, afetiva, social, desportiva e todas as demais nas quais o indivíduo procura desenvolver a sua personalidade. Com efeito, o dano biológico é constituído pela lesão à integridade físico-psíquica, à saúde da pessoa em si e por si considerada, independentemente das consequências de ordem patrimonial. Abrange as tarefas quotidianas que a lesão impede ou dificulta e as repercussões negativas em qualquer domínio em que se desenvolva a personalidade humana”. Assim, estando o dano biológico intimamente ligado à lesão à integridade psicofísica, tutelada pelo art. 25.º, n.º 1, da CRP e pelo art. 70.º, n.º 1 do CC, e ao comportar nos termos da sua indemnização uma fixação tabelar (anexo IV, da Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio), deverá ser qualificado como um dano não patrimonial objetivo, por ser comum a todas as pessoas, em contraposição ao dano não patrimonial subjetivo, que é específico de cada um.

5.3 A indemnização autónoma do dano biológico

De modo a concluir este capítulo, resta-nos apenas analisar a hipótese da indemnização autónoma do dano biológico. Na verdade, quando a jurisprudência segue esta orientação, muitas vezes não se debruça sobre a classificação do dano biológico nos danos patrimoniais e/ou não patrimoniais.

Foi precisamente o caso do Ac. do STJ de 13 de abril de 2021⁵⁹, onde foram atribuídos EUR 30.000 a título de dano biológico pela perda da capacidade de ganhos e pelos esforços acrescidos. De facto, o tribunal entendeu que “como quer que seja visto ou classificado este dano, o certo é que o mesmo é sempre ressarcível, como dano autónomo, independentemente do seu específico e concreto enquadramento nas categorias normativas do dano patrimonial ou do dano não patrimonial. É indemnizável em si mesmo, independentemente de se verificarem consequências para o lesado em termos de diminuição de proventos”.

Percebemos, então, que a principal preocupação do tribunal foi ressarcir integralmente os danos do lesado, nomeadamente o dano biológico, e não tanto categorizar este tipo de dano. Assim sendo, o acórdão alerta-nos de que o lesado não deve ser alvo de uma visão redutora e economicista, visto que a lesão permanente que o afeta constitui um dano em si mesma. Logo, a incapacidade permanente traduz-se num estado deficitário de dimensão anátomo-funcional e psíquica do sujeito com carácter definitivo e que afeta o lesado em diversos aspetos da sua vida, comuns a qualquer pessoa. Deste modo, este défice permanente pode ou não ter um reflexo direto na atividade e capacidade profissional de quem o sofre, dando lugar a uma perda da capacidade de ganho, mas não se reduzindo a esta.

Já no Ac. do STJ de 17 de maio de 2011⁶⁰, onde o lesado recebeu uma indemnização pelo dano biológico no valor de EUR 31.500, o tribunal assumiu que o cariz do dano biológico pode oscilar entre o dano patrimonial e o dano moral, mas que deve ser sempre valorado autonomamente. Aliás, o acórdão refere que se o lesado sofrer, também, perdas salariais, então estas integrarão o dano emergente como perda patrimonial efetiva e imediata, consequente da perda de capacidade de ganho, afastando-se, objetivamente, do entendimento que categoriza o dano biológico como um dano puramente patrimonial. Assim, o tribunal entendeu que no dano biológico se contabiliza “a maior penosidade e esforço no exercício da actividade diária corrente e profissional (...), bem como o condicionamento a que [o lesado] ficou sujeito para efeitos de valorização do seu estatuto no emprego, condicionamento que o penalizará, ainda, se quiser, ou vier a ser obrigado, a encontrar outra actividade profissional”.

O acórdão em análise explica, ainda, que a indemnização do dano biológico deve ser apurada pelo recurso à equidade⁶¹ e não através de fórmulas matemáticas e cálculos

⁵⁹ Ac. do STJ, 13.04.2021, relator Fernando Baptista.

⁶⁰ Ac. do STJ, 17.05.2011, relator Gregório Silva Jesus.

⁶¹ Sobre o recurso aos juízos de equidade, veja-se o Ac. do TRP, de 20 de março de 2012, relator M. Pinto dos Santos. Aqui, reitera-se que o dano biológico pode ser indemnizado autonomamente, desde que não seja valorado em sede patrimonial ou não patrimonial. Assim sendo, o tribunal explica que os critérios para o apuramento do *quantum* indemnizatório deverão ser os mesmos que os utilizados para os danos não patrimoniais, ou seja, os juízos de equidade.

financeiros. Deste modo, o tribunal defende que estas fórmulas não se conformam com a realidade complexa da dinâmica de vida do lesado (evoluções profissionais, melhoria exspectável da condição de vida, aumento da esperança média de vida e/ou do limite de vida ativa, inflação), pelo que devem ser meramente orientadoras e exemplificativas dos juízos de equidade.

Também quanto ao cálculo da indemnização pelo dano biológico, veja-se o Ac. do STJ de 20 de maio de 2010⁶². Neste acórdão, o tribunal entendeu que o dano biológico, perspectivado como a diminuição funcional do lesado com inevitáveis repercussões ao nível da vida pessoal e profissional, será sempre ressarcível autonomamente, independentemente de ser enquadrado nos danos patrimoniais ou não patrimoniais.

É por este motivo que o tribunal, apesar de incluir o dano biológico nos danos patrimoniais futuros (tendo arbitrado, no caso, EUR 15.000), frisa a importância de calcular a indemnização do dano biológico tendo em conta a esperança média de vida, e não o limite da vida ativa. Assim, refere que: “a indemnização a arbitrar por tais danos futuros deve corresponder a um capital produtor do rendimento de que a vítima ficou privada e que se extinguirá no termo do período provável da sua vida, determinado com base na esperança média de vida (e não apenas em função da duração da vida profissional activa do lesado, até este atingir a idade normal da reforma), já que as necessidades básicas do lesado não cessam obviamente no dia em que deixa de trabalhar por virtude da reforma”. Parece-nos que este entendimento configura uma solução mais razoável, na medida em que considera a lesão psicofísica enquanto um dano permanente que se repercutirá durante toda a vida do lesado, e não somente até à reforma.

No Ac. do STJ de 6 de outubro de 2016⁶³ foram concedidos ao lesado EUR 10.000 a título de dano biológico. Aqui, o tribunal considerou que o dano biológico constitui, em si, um dano-evento e resulta de uma lesão corporal que afeta a integridade físico-psíquica do lesado enquanto ofensa à saúde deste. Ou seja, o tribunal entendeu que o dano biológico é um dano primário que deve ser considerado *per se*. Destarte, podemos ler no texto do acórdão que “o dano corporal ou dano à saúde é considerado como autónomo (*tertium genus* para alguns), mas independentemente disso é inegável que é fonte de obrigação de indemnização, a suportar pelo autor do facto ilícito e em benefício de quem viu a sua integridade corporal beliscada”.

No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 3 de novembro de 2016⁶⁴, onde foram atribuídos ao lesado EUR 25.000 a título de dano biológico, preocupa-se com as

⁶² Ac. do STJ, 20.05.2010, relator Lopes do Rego.

⁶³ Ac. do STJ, 6.10.2016, relator António Joaquim Piçarra.

⁶⁴ Ac. do STJ, 3.11.2016, relator Lopes do Rego.

consequências da lesão em si. Neste caso, o tribunal entendeu que “O dano biológico, perspectivado como diminuição somático-psíquica e funcional do lesado, com substancial e notória repercussão na vida pessoal e profissional de quem o sofre, é sempre ressarcível, como dano autónomo, independentemente do seu específico e concreto enquadramento nas categorias normativas do dano patrimonial ou do dano não patrimonial”. Deste modo, o acórdão explica que o dano biológico tem plena autonomia, não só quanto aos danos não patrimoniais (como o abalo psicológico, as dores, etc...), mas também quanto aos danos patrimoniais, visando ressarcir o lesado pelo esforço acrescido que necessitará de empregar ao longo da sua vida profissional, para além das oportunidades profissionais futuras que ficaram preteridas em virtude da lesão – a denominada *capitis deminutio*.

Vejamos, por último, a interessante perspetiva do STJ no seu acórdão de 24 de março de 2021⁶⁵, o qual arbitrou EUR 25.000 a título do dano biológico. O tribunal entendeu, como nas restantes decisões analisadas, que o dano biológico configura um prejuízo futuro, que pode ter uma componente patrimonial e/ou não patrimonial, mas que deve ser ressarcido autonomamente, contemplando a maior penosidade na vida quotidiana e profissional do lesado. No entanto, explica que a autonomia do dano biológico emerge da Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, através da conjugação dos arts. 3.º e 4.º, alínea e). O art. 3.º, como vimos, refere-se ao dano biológico pela ofensa à integridade física e psíquica. Já o art. 4.º (de epígrafe “Danos morais complementares”) refere que “Além dos direitos indemnizatórios previstos no artigo anterior, o lesado tem ainda direito a ser indemnizado por danos morais complementares, autonomamente, nos termos previstos no anexo i da presente portaria, nas seguintes situações: (...) e) Quando resulte para o lesado uma incapacidade permanente que lhe exija esforços acrescidos no desempenho da sua atividade profissional habitual”⁶⁶.

Contra a autonomização do dano biológico surgem vozes na doutrina como a de Maria da Graça Trigo⁶⁷. A autora refere que a adoção da indemnização autónoma do dano biológico não teve um grande acolhimento por parte da jurisprudência, mas, na verdade, nem deveria ter sido seguida. Assim, a autora explica que não se sucedeu, por parte dos tribunais, uma construção dogmática na qual se faça corresponder este dano-evento (o dano biológico) aos danos-consequência (que são considerados para o cálculo da indemnização pecuniária). Em segundo lugar, refere que, mesmo que se optasse por este caminho, em Portugal não dispomos dos mesmos mecanismos jurídicos que

⁶⁵ Ac. do STJ, 24.03.2021, relator Paulo Ferreira da Cunha.

⁶⁶ Sublinhado nosso.

⁶⁷ Trigo, 2012, pp. 166 e 167.

existem no ordenamento jurídico italiano e que levaram ao entendimento da sentença da Corte Costituzionale de 14 de julho de 1986, como analisado *supra*. Assim, “não dispomos de uma cláusula geral aberta de responsabilidade civil delitual correspondente à do art. 2043.º do Codice Civile, mas antes de uma cláusula aberta restrita, consagrada no art. 483.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Civil português, inspirada no § 823, I, do BGB”. Ou seja, para se responsabilizar o autor do facto danoso, não é suficiente a mera verificação do “dano injusto”, como em Itália. É necessário lograr prova da violação do direito subjetivo absoluto do lesado. E, apesar de se poder, teórica e abstratamente, chegar a um entendimento próximo do da jurisprudência italiana, pela conjugação do direito à integridade pessoal (art. 25.º, n.º 1 da CRP) ou da tutela geral da personalidade (art. 70.º, n.º 1 do CC) com a responsabilidade por factos ilícitos do art. 483.º, n.º 1 do CC, a autora entende que dispomos de uma cláusula de ressarcimento dos danos não patrimoniais (art. 496.º do CC) suficientemente ampla para colmatar esta questão.

Em suma, a autonomização do dano biológico parece ser, para além de injustificada, uma ardilosa tentativa para fugir à árdua tarefa de classificar este dano.

6. Noção e natureza jurídica do dano biológico

Como vimos no capítulo III, a única definição normativa do dano biológico encontra-se presente no art. 3.º, al. b) da portaria 377/2008, de 26 de maio. Segundo este artigo, com a epígrafe “Danos indemnizáveis em caso de outros danos corporais”, percebemos que o dano biológico é o “dano pela ofensa à integridade física e psíquica, de que resulte ou não perda da capacidade de ganho”. Já a jurisprudência refere que o dano biológico vem sendo entendido “como um dano-evento, reportado a toda a violação da integridade físico-psíquica da pessoa, com tradução médico-legal, ou como diminuição somático-psíquica e funcional do lesado, com repercussão na sua vida pessoal e profissional, independentemente de dele decorrer ou não perda ou diminuição de proventos laborais”⁶⁸, ou, simplesmente, como “uma violação da integridade físico-psíquica de uma pessoa, com tradução médico-legal”⁶⁹. Por último, a doutrina considera que o dano biológico constitui a lesão à integridade psicofísica *em se e per se* considerada⁷⁰, ou limita-se a seguir a definição normativa referida *supra*.

O dano biológico constitui, então, o dano *em si* considerado da lesão de bens eminentemente pessoais – a saúde do lesado enquanto pessoa, na sua globalidade

⁶⁸ Ac. do STJ, 13.04.2021, relator Fernando Baptista.

⁶⁹ Ac. do STJ, 26.01.2017, relator Oliveira Vasconcelos.

⁷⁰ Cfr. Queiroz, 2015, p. 193.

psicofísica –, que se traduz numa imperfeita capacidade de utilização do seu corpo, pela diminuição somático-psíquica e funcional.

Na verdade, a definição do dano biológico nunca foi o grande desafio desta categoria de dano, mas sim a sua natureza jurídica.

Antes ainda da distinção entre dano patrimonial ou dano não patrimonial, importa distinguir o dano-evento dos danos-consequência⁷¹. Ora, o chamado dano-evento ou dano real consiste no prejuízo que o lesado sofre “*in natura*”, como ensina Almeida Costa⁷². O dano corresponde à lesão em si considerada, que, no caso do dano biológico, corresponde à lesão da integridade psicofísica. Em contraposição, existem os danos-consequência ou dano de cálculo, que consistem na expressão pecuniária do prejuízo. Dúvidas não restam que o dano biológico, enquanto tradução direta da lesão de um bem pessoal (a saúde), constitui um dano-evento.

Uma grande parte da jurisprudência portuguesa categoriza o dano biológico como um dano patrimonial futuro; no entanto, a nosso ver, trata-se, antes, de um dano não patrimonial. Senão, vejamos. A jurisprudência que considera o dano biológico como um dano patrimonial assume que o dano biológico se traduz na perda da capacidade de ganho e/ou na restrição de oportunidades futuras. Mas serão estes prejuízos uma componente do dano biológico ou meras consequências patrimoniais da lesão à integridade física e psíquica do lesado? A perda da capacidade de ganho constitui um dano patrimonial e deve, sem dúvida, ser ressarcida. Porém, não tem qualquer relação com o dano-evento que é o dano biológico. Aliás, a perda da capacidade de ganho sempre foi ressarcida em sede judicial, pelo que ao fundamentar-se este prejuízo no dano biológico, ocorreria uma violação do princípio da igualdade. De facto, se o seu fundamento é o dano biológico e não a lesão psicofísica *tout court*, então a reparação da perda da capacidade de ganho entre dois sujeitos que sofram a mesma lesão, mas em que apenas um auferia rendimentos, será totalmente distinta. Como explica Maria Manuel Veloso, “Onde o sistema redondamente falha ou mostra as suas debilidades é na compensação do dano corporal de pessoas reformadas ou sem rendimentos (por exemplo, crianças e jovens)”⁷³.

Uma outra crítica que se pode tecer tem que ver com o limite da vida ativa enquanto fator do cálculo da indemnização pela perda da capacidade de ganho. De facto, quando falamos do dano biológico, falamos, também, de uma lesão permanente da integridade física e/ou psíquica do lesado. Ou seja, trata-se de uma incapacidade que afetará o lesado durante toda a sua vida, que, logicamente, não se extingue quando este

⁷¹ Sobre as classificações tradicionais do dano e o dano biológico, veja-se Trigo, 2015, pp. 71 e ss.

⁷² Cfr. Costa, 2009, p. 595.

⁷³ Cit. Veloso, 2007, p. 516.

se reforma ou deixa de produzir rendimentos. Uma vez mais percebemos que a perda da capacidade de ganho nada tem que ver com o dano biológico. Qualquer indemnização a título de dano biológico terá, necessariamente, de ser calculada tendo em conta a esperança média de vida, devido ao carácter permanente da patologia. Por outro lado, a indemnização pela perda da capacidade de ganho, a existir, deve ser calculada tendo por base o limite da vida ativa (para além dos rendimentos auferidos).

Aliás, importa frisar que a perda da capacidade de ganho deve ser sempre ressarcida, mas este prejuízo nem sempre ocorre no âmbito de uma lesão à integridade psicofísica. Por exemplo, nos casos das “pequenas incapacidades”⁷⁴, o lesado padece de uma diminuição psicossomática, e sofre, necessariamente, um dano biológico, mas poderá inexistir uma perda efetiva de rendimentos.

No mesmo sentido, não nos parece que a perda de oportunidades futuras pessoais ou profissionais se relacione com o dano biológico. Aplaudimos a opinião de Mafalda Miranda Barbosa⁷⁵ ao classificar esta restrição de oportunidades como um dano que deve ser ressarcido em sede patrimonial, enquadrando-se nos lucros cessantes. Recorde-se que o lucro cessante se refere aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, isto é, reporta-se ao acréscimo patrimonial frustrado⁷⁶. Assim, seguindo os ensinamentos da doutrina⁷⁷, exige-se um elevado grau de probabilidade da futura obtenção deste benefício, não bastando uma simples esperança de receber um qualquer acréscimo patrimonial. Como refere a autora: “para além do núcleo de possibilidades aberto pela titularidade do direito subjetivo, teremos de analisar, em face das circunstâncias do caso concreto, quais as reais possibilidades de surgimento do ganho na esfera do lesado, de tal maneira que não pode ser uma possibilidade abstrata de trabalho no futuro que poderá sedimentar o pedido indemnizatório dessa perda de oportunidade”⁷⁸. Partilhamos, também, a opinião da autora quanto ao facto de esta indemnização pelos lucros cessantes não se confundir com o dano de perda de chance⁷⁹.

Sublinhe-se, porém, que autores como Álvaro Dias⁸⁰ não partilham esta opinião, defendendo que a indemnização pelas vantagens patrimoniais que o lesado viria a auferir no futuro, de acordo com os juízos de probabilidade e previsibilidade, se deve classificar com um dano de perda de chance. O autor configura a perda de chance como

⁷⁴ Sobre as “pequenas incapacidades”, que podem ser classificadas como a incapacidades permanentes até 10% (e que alguma doutrina distingue entre as “minipermanentes”, até 5% de incapacidade e as “micropermanentes” dos 5% aos 10% de incapacidade), ver Dias, 2001, pp. 116 e ss.

⁷⁵ Cfr. Barbosa, 2019, pp. 652 e ss.

⁷⁶ Cfr. Costa, 2009, p. 596 e Varela, 2000, p. 599.

⁷⁷ Ac. do STJ, 10.10.2012, relator Lopes do Rego.

⁷⁸ Cit. Barbosa, 2019, p. 654.

⁷⁹ Opinião explanada no capítulo V.I.

⁸⁰ Cfr. Dias, 2001, pp. 251 e ss.

uma lesão do direito à integridade do património do lesado, enquanto um dano certo (e não um dano futuro) de onde emerge a perda de uma possibilidade que, antes da lesão, era atual. Deste modo, explica que a possibilidade perdida “configura-se assim com um bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível”⁸¹.

Ora, sendo o dano biológico um dano não patrimonial, então a sua ressarcibilidade será tutelada pelo art. 496.º, n.º 1 do CC. Deste modo, os únicos requisitos para a compensação dos danos não patrimoniais são a gravidade⁸² da lesão e a tutela do direito⁸³ que, face a uma lesão à integridade física e/ou psíquica da vítima, parecem estar, inquestionavelmente, cumpridos.

Urge, então, distinguir o dano biológico do chamado dano moral subjetivo (ou *danno morale soggettivo*, como o apelidaram em Itália⁸⁴). Ora, como explica Armando Braga⁸⁵, “o dano moral [subjetivo], consiste, em princípio, numa perturbação fisiológica temporária da vítima, constituindo um dano-consequência, em sentido próprio, do evento lesivo da saúde. Por seu turno, o dano biológico revela-se no efeito interno do evento lesivo da saúde, devendo a sua existência ser provada, independentemente da relevância assumida pelas eventuais consequências externas do evento lesivo (com efeitos de ordem moral ou patrimonial)”.

Aqui chegados, torna-se necessário delimitar os prejuízos que decorrem da lesão à integridade psicofísica. Só assim conseguiremos, finalmente, perceber a verdadeira essência do dano biológico. Ou seja, o facto de a lesão à integridade psicofísica poder gerar danos e prejuízos de ordem patrimonial não justifica que estes se incluam na categoria do dano biológico nem o permite classificar como um dano patrimonial⁸⁶. De facto, o dano biológico consiste na diminuição da integridade psicossomática do lesado, em si e por si considerada, e incide sobre o valor e qualidade de vida do Homem, não se reduzindo à mera capacidade de produzir rendimentos.

Neste sentido, parece-nos que o dano biológico constitui um subtipo do dano corporal⁸⁷. De facto, ao longo da presente dissertação, apercebemo-nos que tanto a doutrina, como a jurisprudência, muitas vezes se referem a estes dois danos como se

⁸¹ Cit. Dias, 2001, p. 254.

⁸² No que concerne ao requisito da gravidade da lesão, quer a doutrina, quer a jurisprudência entendem que esta avaliação deve guiar-se por um padrão objetivo, e não à luz de fatores subjetivos, cfr. Varela, 2000, p. 606.

⁸³ Quanto à tutela do dano biológico nos moldes do art. 496º, n.º 1 do CC, Filipe Albuquerque Matos refere que desde que se verifiquem os requisitos normativos, então o lesado verá garantido o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do dano biológico, independentemente do tipo de bem a que estes estão associados, cfr. Matos, 2020, p. 69.

⁸⁴ Dano este que se diz ser aquele que consiste na perturbação psíquica transitória do lesado, cfr. Bellantoni, 2000, p. 316.

⁸⁵ Cit. Braga, 2009, pp. 47 e 48.

⁸⁶ Cfr. Queiroz, 2015, p. 193.

⁸⁷ Partilhamos, assim, o entendimento de Queiroz, 2015, pp. 194 e ss.

fossem figuras idênticas. Contudo, pensamos que o dano corporal configura uma categoria de dano tão vasta que seria impossível não acolher o dano biológico. Desde logo porque certos autores⁸⁸ assumem que o dano corporal corresponde ao dano à integridade físico-psíquica da vítima, suscetível de avaliação e determinação médica. Ora, tendo em conta o que temos vindo a explanar, o dano biológico não consegue *fugir* a esta noção tão genérica. Contudo, estes conceitos não se confundem.

Em primeiro lugar, a doutrina maioritária⁸⁹ classifica o dano corporal como sendo um *tertium genus*. Nas palavras de Álvaro Dias, “O dano à saúde ou dano corporal, como componente central do dano à pessoa, configura-se assim como um *tertium genus* com a sua natureza específica que não se esgota nem num qualquer dano patrimonial em sentido estrito (...) nem num simples dano moral”⁹⁰. Ou seja, conseguimos perceber que o dano corporal compreende um vasto leque de aspetos ressarcitórios, sejam eles patrimoniais ou não patrimoniais.

Neste sentido, Armando Braga⁹¹ enuncia cinco subtipos do dano corporal: o dano de afirmação pessoal ou dano à vida de relação, o dano estético, o dano psíquico, o dano sexual e o dano da incapacidade laboral. Não nos querendo debruçar sobre a natureza jurídica do dano corporal, concordamos⁹², em grande parte, com a opinião de ambos os autores. De facto, parece-nos que o dano corporal comporta uma vertente patrimonial, na qual se insere, nomeadamente, o dano da incapacidade laboral, e uma vertente não patrimonial, na qual se inserem os restantes danos elencados e o dano biológico.

Em segundo lugar, a expressão máxima do dano corporal⁹³ parece ser o dano da morte, algo que é naturalmente incompatível com a essência do dano biológico. Armando Braga⁹⁴ entende que a morte constitui um dano corporal com consequências

⁸⁸ Cfr. Braga, Armando, 2009, p. 46.

⁸⁹ Apesar de existir doutrina que classifica o dano corporal como um dano tripartido composto pelo dano não patrimonial (onde se insere o dano moral, o dano estético e os esforços acrescidos para a manutenção do mesmo rendimento), pelo dano patrimonial futuro (sempre que do dano corporal resulta uma concreta perda de rendimentos) e pelo dano a se, biológico, enquanto violação da integridade física e moral da vítima, cfr. Dinis, 2009, p. 34. Ou, ainda, doutrina que categoriza o dano corporal enquanto dano não patrimonial por atingir o bem não patrimonial que é a saúde, e por distorcer o conceito de patrimonialidade, cfr. Veloso, 2007, pp. 512 e ss.

⁹⁰ Cit. Dias, 2001, p. 125, opinião partilhada por Braga, 2009, p. 51, ao referir que “o dano corporal não deve considerar-se confinado ao território dos chamados danos não patrimoniais, antes gozando de autonomia quer face a estes, quer face aos danos patrimoniais”.

⁹¹ Cfr. Braga, 2009, p. 53.

⁹² Ainda que tenhamos algumas dúvidas quanto à utilidade e pertinência do dano psíquico, que se distingue do dano moral, por comportar uma patologia, ao passo que o dano moral configura um dano da esfera psicológica.

⁹³ Partilhamos a opinião de Dias, 2001, pp. 355 e 356, quando explica que “o dano da morte, ou se se preferir a morte enquanto dano, é um verdadeiro e próprio dano corporal (dano biológico). Dano corporal, lesão do bem vida, de grau máximo e inexcedível que nenhuma razão séria pode justificar que tenha um tratamento de menor dignidade ressarcitória que aquele outro que é conferido às lesões da saúde em geral, todas necessariamente e por definição de menor gravidade”.

⁹⁴ O autor entende que para além dos danos patrimoniais, a morte pode traduzir-se em três tipos de danos não patrimoniais: o dano não patrimonial da perda da vida como bem autónomo, os danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes da morte e os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima, cfr. Braga, 2009, pp. 173 e ss.

de ordem quer patrimonial, quer não patrimonial, podendo ser infligidas ao próprio lesado, enquanto vítima direta, ou a outras pessoas, enquanto vítimas secundárias, como familiares, por exemplo. Ora, reportando-se o dano biológico à afetação psicossomática e funcional do lesado e as suas repercussões na vida deste, então, logicamente, face a uma lesão mortal, estamos perante um dano corporal sem a verificação de um dano biológico.

Deste modo, partindo do pressuposto que o dano biológico configura uma subespécie do dano corporal, chegamos a uma conclusão lógica: o dano biológico pressupõe, necessariamente, a verificação de um dano corporal, porém, o dano corporal não comporta, obrigatoriamente, um dano biológico (basta pensar-se num acidente mortal, como vimos).

Percebemos, então, que o elo de ligação entre o dano biológico e o dano corporal reside na lesão à integridade psicofísica. Contudo, importa perceber que esta lesão indica uma noção clínica, e não jurídica. Define um facto objetivamente descritível, isto é, a lesão ao bem-estar físico e/ou mental do lesado. Assim, no que concerne ao dano biológico, a lesão psicofísica constitui o próprio dano, mas quanto ao dano corporal, a lesão psicofísica, em sentido jurídico, não é o dano, mas sim a causa do dano.

Em suma, consideramos que o dano corporal configura uma ampla categoria de dano que absorve todos os prejuízos sofridos em virtude da lesão física e/ou psíquica (ou mortal), quer sejam eles de ordem patrimonial, quer sejam de ordem não patrimonial, nomeadamente o dano biológico.

Importa, ainda, fazer um breve esclarecimento sobre o dano existencial⁹⁵, que é, por vezes, utilizado pela doutrina e jurisprudência com um sentido idêntico ao dano biológico. Em 1999, o dano existencial é tratado em Itália pela primeira vez, e pela jurisprudência dos nossos tribunais em 2003⁹⁶. Segundo, Ana Luísa Queiroz⁹⁷, o dano existencial configura uma categoria de dano mais abrangente do que o dano biológico, contemplando todo e qualquer comprometimento da dimensão existencial do ser humano, e que pelas palavras de Carneiro da Frada se reporta às “restrições que o sujeito tem de suportar na qualidade da sua vida em virtude de lesões no seu substrato biológico”⁹⁸.

⁹⁵ Relativamente à autonomização do dano existencial, parece que “em Portugal, diante da disciplina consagrada no art. 496.º CC, nenhuma especificidade resulta do facto de lidarmos com um dano existencial. Este pode ser, então, tratado como um qualquer dano não patrimonial, carecendo de justificação a autonomização da categoria”, cit. Barbosa, 2021, p. 337.

⁹⁶ Sobre o surgimento desta figura nos ordenamentos jurídicos italiano e português, veja-se Queiroz, 2015, pp. 200 e ss.

⁹⁷ Cfr. Queiroz, 2015, p. 201, que explica, também, que o dano biológico e o dano existencial confluem na esfera dinâmica da vida do lesado e nas repercussões sofridas pela lesão psicofísica.

⁹⁸ Frada, 2008, p. 51.

Ora, face a esta noção do dano existencial, e sendo este, sem qualquer dúvida, um dano não patrimonial, parece-nos, simplesmente, que o dano existencial corresponde à harmonização dos subtipos não patrimoniais do dano corporal. Ou seja, o dano de afirmação pessoal, o dano estético, o dano psíquico e o dano sexual (seguindo a classificação proposta por Armando Braga, analisada *supra*) compõem o dano existencial. Deste modo, pensamos que o dano existencial não assume grande relevo no nosso ordenamento jurídico, especialmente em sede judicial, pois apenas cria confusão entre as particularidades da lesão à integridade física e psíquica, promovendo uma eventual duplicação da compensação do dano sofrido.

Do exposto, percebemos que o dano biológico “surgiu inicialmente não como um novo tipo de dano, mas como um critério de liquidação do mesmo”⁹⁹. Isto é, o dano biológico não configura uma nova categoria de dano à pessoa, mas sim a sua própria essência. Portanto, a inovação reside na ressarcibilidade deste dano independentemente das consequências patrimoniais e morais que derivem da lesão à integridade físico-psíquica¹⁰⁰.

Sucedem que, para percebermos o modo como o dano biológico deve ser ressarcido, há que fazer um apontamento no que concerne à sua classificação enquanto dano não patrimonial.

Seguindo o entendimento de Maria da Graça Trigo¹⁰¹, o dano biológico configura um dano não patrimonial objetivo. Esta última característica assume um papel crucial para a natureza jurídica do dano biológico que defendemos. Como já referimos *supra*, a diferença entre o dano não patrimonial objetivo e o dano não patrimonial subjetivo reside no facto de o primeiro ser comum a todos, ao passo que o segundo é específico de cada pessoa. De facto, se o dano biológico se reporta à indemnização pela lesão à integridade psicofísica em si considerada, então nunca poderia ser objeto de uma tutela judicial diferente em casos idênticos. Destarte, perante dois lesados com a mesma idade e a mesma gravidade de lesão, a indemnização pelo dano biológico tem de ser absolutamente a mesma¹⁰², pois ambos os lesados viverão o resto das suas vidas sofrendo da mesma patologia.

Ora, visto que o dano biológico consiste num dano não patrimonial objetivo, então torna-se evidente que o único caminho a seguir para reparar este dano é o proposto por Maria da Graça Trigo¹⁰³: a utilização de critérios tabelares que fixem

⁹⁹ Cit. Veloso, 2007, p. 517.

¹⁰⁰ Cfr. Braga, 2009, p. 48.

¹⁰¹ A autora alerta que os danos não patrimoniais subjetivos que excedam os danos patrimoniais objetivos terão de ser objeto de prova efetiva de modo a garantir a reparação integral dos danos não patrimoniais, evitando uma eventual duplicação, cfr. Trigo, 2015, pp. 84 e 85.

¹⁰² Sem prejuízo da diferença de tratamento ao nível dos danos não patrimoniais subjetivos e dos danos patrimoniais.

¹⁰³ Cfr. Trigo, 2015, pp. 82 e ss.

indenizações equivalentes para todos os lesados, calculadas unicamente em função da idade e da gravidade da lesão. Entre nós, Armando Braga¹⁰⁴ defende, também, a necessidade da pecuniarização e tabulação da indenização do dano corporal, dada a impossibilidade da reparação *in natura* deste dano. João Álvaro Dias¹⁰⁵, por seu turno, vai mais longe, entendendo que a fixação de critérios tabelares é imprescindível; contudo, devem ser confiados ao juiz poderes equitativos para se poder mover, no caso concreto, entre um mínimo e um máximo pré-fixado. No entanto, parece-nos que o tratamento diferenciado proposto por este autor constituiria uma violação direta ao princípio da igualdade em casos com lesões idênticas.

Assim, parece-nos que o recurso aos juízos de equidade, quando utilizados em sede judicial para indenizar o dano biológico, configura uma violação do princípio da igualdade, constitucionalmente protegido pelo art. 13.º da CRP.

Em sentido diverso, Rita Mota Soares¹⁰⁶ considera que, “independentemente da qualificação que se faça, se a quantificação for efectuada em termos semelhantes, a igualdade dos lesados estará assegurada. Por isso que, mesmo que se entenda que está em causa um dano de natureza não patrimonial, o cálculo do montante compensatório não deverá afastar-se dos critérios adoptados por quem o qualifique como dano patrimonial”. No entanto, não podemos concordar com esta opinião. Mesmo assumindo que a autora se refere apenas aos casos onde do dano biológico (que aqui seria mais correto falar do dano corporal) não resulte a perda da capacidade de ganho, uma indenização calculada por recurso aos juízos de equidade iria sempre levar a um resultado distinto da utilização de critérios tabelares pré-determinados.

¹⁰⁴ Neste sentido, refere que a falta de critérios tabelares comporta manifestas desvantagens, como o aumento da falta de transparência, o aumento da litigiosidade e pendência nos tribunais e a falta de homogeneidade das decisões judiciais, cfr. Braga, 2009, p. 51.

¹⁰⁵ Cfr. Dias, 2001, pp. 126, 163 e ss.

¹⁰⁶ Soares, 2017, pp. 121 e 122, nota 27.

Conclusão

O dano biológico representa um enorme desafio tanto para a doutrina, como para a jurisprudência do nosso ordenamento jurídico. Por um lado, os nossos tribunais, apesar de indemnizarem regularmente esta categoria de dano, não conseguem alcançar uma harmonia de decisões, por ressarcirem o dano biológico de três formas distintas. Por outro lado, uma parte considerável da doutrina nem sequer reconhece a utilidade do dano biológico. A isto junta-se o facto de dispormos de apenas um diploma legal que regula o dano biológico, mas que nem dispõe de força vinculativa em sede judicial.

No entanto, com facilidade se percebe que o motivo destes obstáculos reside em entender-se o que constitui, verdadeiramente, o dano biológico e qual a sua natureza jurídica.

Assim, após uma minuciosa análise às raízes do dano biológico e do seu tratamento pela doutrina e jurisprudência portuguesas, parece-nos que o dano biológico resulta da lesão à integridade física e psíquica da vítima, traduzindo-se num dano à pessoa *per se*, enquanto dano-evento.

Neste sentido, o dano biológico constitui um dano não patrimonial objetivo, visto que a lesão à saúde e à integridade psicofísica do lesado não é suscetível de avaliação pecuniária, e que esta lesão, em si considerada, é comum a todos.

Por este motivo, entendemos que o dano biológico não será um mero sinónimo do dano corporal, mas antes uma subespécie deste último. Isto é, o dano corporal, categorizado pela doutrina como um *tertium genus*, é composto pela sua vertente patrimonial e pela vertente não patrimonial, onde se insere, entre outros, o dano biológico. Deste modo, todos os prejuízos resultantes da lesão à integridade física e psíquica do lesado ficam acautelados, quer sejam de natureza patrimonial ou não patrimonial. Ou seja, no caso concreto, será necessário aferir, por um lado, quais os danos emergentes, os lucros cessantes e a perda da capacidade de ganho, e, por outro, qual a concreta extensão do dano moral, bem como o dano biológico, o dano sexual, o dano estético e o prejuízo de afirmação pessoal.

Ora, de modo a assegurar a defesa do princípio da igualdade, a harmonização dos valores ressarcidos e a segurança jurídica, parece-nos imprescindível a elaboração de uma tabela indemnizatória, que estabeleça valores para a reparação do dano biológico em função da idade e da gravidade da lesão. Tabela esta que, eventualmente, poderia tutelar os restantes danos não patrimoniais que compõem o dano corporal, visto que são todos avaliados por recurso a exame pericial.

Bibliografia

- BARBOSA, M. M. (2019). Novas categorias de danos a partir da lesão à integridade física: a busca de originalidade espúria ou um novo sentido de justo? *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano I, pp. 639-663.
- BARBOSA, M. M. (2021). Direitos disponíveis e indisponíveis: repercussões em sede aquiliana. *Revista de Direito da Responsabilidade*.
- BELLANTONI, D. (2000). *Lesione dei diritti della persona, tutela penale – tutela civile e risarcimento del danno*. Pádua: CEDAM.
- BERNARDO, J. (2006). O “quantum” indemnizatório relativo aos danos pessoais. *Revista de Direito da Responsabilidade*.
- BISOGNI, K. Rosa, C. & RICCI, P. (2006). A tabela italiana de avaliação do dano corporal: percurso histórico. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 16.
- BRAGA, A. (2009). *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. J. A. (2009). *Direito das obrigações*, 12.ª ed. Coimbra: Almedina.
- DIAS, J. A. A. (2001). *Dano corporal – Quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina.
- DINIS, J. J. S. (2009). Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil. *Revista Julgar*, n.º 9.
- FRADA, M. C. (2008). Nos 40 anos do Código Civil Português: Tutela da personalidade e dano existencial. In *Código Civil Português – Evolução e perspectivas actuais. THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição especial.
- FRANCHINI, A. (1967). La valutazione medico-legale del danno biologico di rilevanza patrimoniale. In *Giornate medico legali di Como*. Milão: Giuffrè Editore.
- FRANZONI, M. (2010). *Trattato della responsabilità civile – Il danno resarcibile*, vol. II, 2.ª ed. Milão: Giuffrè Editore.
- GASPAR, C. M. & CHICHORRO M. M. R. S. (2014). *A valoração do dano corporal*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, D. C. (2019). A (in)utilidade do dano biológico. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 67, julho-setembro.
- LEITÃO, L. M. (2010). *Direito das obrigações*, vol. I, 9.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MATOS, F. A. (2020). A tabela nacional de incapacidades por acidentes de trabalho ou doenças profissionais e o factor de bonificação em função da idade. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 69, janeiro-março.
- NANNIPERI, L. (1998). La quantificazione del danno: il critério equitativo differenziato ed il valore del punto. In *La valutazione del danno all salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*. Pádua: CEDAM.
- PINTO, J. B. (2012). A reparação do dano corporal em acidentes de trabalho e no direito civil. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 23.
- QUEIROZ, L. M. (2015). Do dano biológico. *Revista da Ordem dos Advogados*, janeiro-junho.
- ROSETTI, M. (2017). *Il danno alla salute*, 2.ª ed. Milão: CEDAM.

- SOARES, R. M. (2017). Poderes/deveres da relação na reapreciação da matéria de facto. O dano biológico quando da afectação funcional não resulta perda da capacidade de ganho – princípio da igualdade. *Revista Julgar*, n.º 33, setembro-dezembro.
- TRIGO, M. G. (2012). Adopção do conceito “dano biológico” pelo direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, I, janeiro-março.
- TRIGO, M. G. (2015). *Responsabilidade civil – temas especiais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VARELA, J. M. A. (2000). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VELOSO, M. M. (2007). *Danos não patrimoniais*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de dezembro de 1995, relator Gonçalves Vilar.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de outubro de 2009, relator Sebastião Póvoas.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de maio de 2010, relator Lopes do Rego.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2011, relator Gregório Silva Jesus.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de março de 2012, relator M. Pinto dos Santo.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de outubro de 2012, relator Lopes do Rego.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de outubro de 2016, relator António Joaquim Piçarra.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de novembro de 2016, relator Lopes do Rego.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2016, relator Maria Graça Trigo.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 2017, relatado Oliveira Vasconcelos.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 2017, relator Tomé Gomes.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de dezembro de 2017, relator Hélder Roque.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2019, relator Pires da Graça.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2019, relator Catarina Serra.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de fevereiro de 2021, relator Nelson Carneiro.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de março de 2021, relator Paulo Ferreira da Cunha.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de abril de 2021, relator Fernando Baptista.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de junho de 2021, relator Carlos Moreira.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 2021, relator Ferreira Lopes.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 2021, relator Ferreira Lopes.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2021, relator Nuno Lopes Ribeiro.

A proteção dos videojogos pela propriedade intelectual

João Filipe Machado Cruz

Sob a orientação do Professor
Doutor Nuno de Araújo Sousa e Silva

“What developers own is IP; what they sell
(through licensing deals) is IP. In fact, all they
have is IP, so they need to protect it.”

— David Greenspan, S. Gregory

Boyd e Jas Purewal, Video

Games and IP: A Global

Perspective

Agradecimentos

Em primeiro lugar, gostaria de deixar uma palavra de agradecimento ao Doutor Nuno Sousa e Silva, não apenas pela orientação e conselhos que forneceu para a realização desta dissertação, mas também pelo interesse que demonstrou no meu sucesso, já que tal constituiu um incentivo adicional para a elaboração da tese.

Devo agradecer, também, à Dra. Cristina Ramalho, pela prontidão manifestada para dar resposta aos meus pedidos de empréstimo de obras (algumas delas apenas disponíveis noutros países).

Pelo papel indireto, mas não menos importante, para a realização desta dissertação, gostaria de agradecer à minha família, em especial, aos meus pais e avós, por todo o suporte e orgulho que demonstraram ter no meu sucesso académico e pessoal, assim como pela estabilidade proporcionada.

Finalmente, como não podia deixar de ser, devo um agradecimento aos meus amigos pela amizade e por todos os momentos que partilharam comigo.

Resumo

O tema principal desta tese é o estudo da ligação existente entre a propriedade intelectual e os videojogos. O objetivo subjacente à análise deste tema foi trazer para a realidade nacional os diversos avanços existentes neste campo noutros países, porque a doutrina nacional ainda está bastante centrada em tentar enquadrar os videojogos num determinado tipo de obra.

Desse modo, começámos por fazer um enquadramento breve dos videojogos, onde referimos o que são, qual a sua importância (em geral e para o Direito) e como é que os videojogos poderiam ser objeto de proteção pelo direito de autor. Também analisámos a evolução do sistema *copyright* nos Estados Unidos da América.

De seguida, estudámos as diferentes teses relativas à qualificação dos videojogos e optámos por seguir uma abordagem que consistia em analisar vários tipos de obras e, no final, concluir se os videojogos poderiam caber nalgum tipo delas ou se a melhor solução seria a classificação dos videojogos como um novo tipo de obra. Entendemos que os videojogos deveriam ser incluídos nas obras multimédia, e considerámos que seria útil prever um novo regime para regular as especificidades destas obras.

Depois explorámos a relação entre os videojogos e as patentes, onde atribuímos especial relevo à prática ao analisarmos um exemplo de uma invenção relacionada com os videojogos. Após esta análise, concluímos que as patentes podem ser uma forma de proteção para determinadas características de um videojogo.

Finalmente, estudámos algumas particularidades dos videojogos, nomeadamente as medidas tecnológicas de proteção e as modificações nos videojogos realizadas por terceiros. Nas medidas tecnológicas de proteção, optámos por uma perspetiva prática ao analisar o caso *Nintendo*, e concluímos que deveria ser dado um maior ênfase ao princípio da proporcionalidade para determinar se as medidas tecnológicas de proteção seriam apropriadas. Nas modificações, depois de percebermos o que eram, enquadrámo-las nas obras derivadas e nas obras compósitas, e vimos exemplos da sua integração nos *End User Licence Agreements*. No final, concluímos que a proteção dos autores deve prevalecer sobre a liberdade do utilizador para realizar modificações à obra.

Palavras-chave: videojogos; obras; qualificação; patentes; medidas tecnológicas de proteção; modificações.

Abstract

The main theme of this thesis was to study the connection between intellectual property and videogames. The objective underlying the analysis of this theme was to bring to the national reality the multiple advances that other countries have made in this field, because the national doctrine is still very focused on trying to frame videogames within a certain type of work.

As such, we started by presenting the general picture of videogames, where we mentioned what they are, what their importance is (in general and to the Law), and how they can be protected within author's rights. We also analysed the evolution of the copyright system in the United States of America.

Then, we studied the different theses around the qualification of videogames by following an approach that consisted in analysing the different types of work and, in the end, concluding whether videogames could fit in any of those types or if the best solution would be to classify videogames as a type of work of their own. We chose to include videogames within the multimedia works, and we supported the idea of creating a new regime to accommodate the particularities of these works.

Afterwards, we explored the connection between videogames and patents, where we gave greater emphasis to the practical approach by analysing an example of an invention related to videogames and concluded that patents can be a way of protecting certain characteristics of videogames.

Finally, we studied some peculiarities of videogames, namely the technological protection measures and the modifications of videogames created by third parties. In regard to the technological protection measures we opted for a practical perspective by analysing the Nintendo case where we concluded that there should be given greater emphasis to the principle of proportionality in order to determine if said measures were appropriate. In regard to the modifications, after understanding what they were, we included them in derivative works and composite works, and saw examples of their integration in End User Licence Agreements. In the end, we concluded that author protection must prevail over the user freedom to make modifications to the work.

Keywords: videogames; works; qualification; patents; technological protection measures; modifications.

Nota prévia

Há dois textos que foram usados para a realização desta tese, mas que não têm as suas páginas numeradas. O primeiro utiliza a referência Georgieva, 2018 (referência completa na bibliografia) e as páginas referidas são aquelas que correspondem ao ficheiro PDF que contém o texto e que está disponível no *link* que consta da bibliografia. O segundo utiliza a referência Rocha, 2011 (referência completa na bibliografia) e as páginas mencionadas são aquelas que correspondem à numeração do documento apresentada pelo *website* e que está disponível no *link* que consta da bibliografia. Em ambos os casos estamos perante a ordem natural das páginas.

Os *links* que constam ao longo da tese e que não foram mencionados na bibliografia correspondem a um destes tipos de documentos: dados estatísticos; decisões jurisprudenciais; decisões do *European Patent Office* ou do *United States Patent and Trademark Office*; o “Decreto n.º 52/91 Convenção de Munique sobre a Patente Europeia”; e *End User Licence Agreements*.

O itálico é reservado para expressões em língua estrangeira utilizadas no texto, exceto nas citações transcritas em língua estrangeira, assim como para o nome de jurisprudência estrangeira.

A última vez que consultámos os *websites* referidos na tese foi no dia 11 de maio de 2023.

Lista de siglas e abreviaturas

AFC	<i>Abstraction-Filtration-Comparison</i>
CDADC	Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (aprovado pelo DL n.º 63/85, de 14 de março)
Cfr.	Conforme
CPE	Convenção de Munique (Patente Europeia)
CPI	Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro)
DL	Decreto-Lei
EUA	Estados Unidos da América
EULA	<i>End User Licence Agreement</i>
n.º	Número
P(p).	Página(s)
§	Parágrafo
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça (jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia)
TRIPS	<i>Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UGC	<i>User Generated Content</i>

Índice

1. Introdução	9
2. Proteção jusautoral dos videojogos	10
2.1. As teses sobre a qualificação dos videojogos	14
2.1.1. Proteção como obra audiovisual ou multimédia	15
2.1.2. Proteção enquanto programa de computador	18
2.1.3. Proteção dos diferentes elementos do videojogo	19
2.1.4. Outras proteções	21
2.2. Consequências práticas das diferentes orientações	22
2.3. Posição adotada	23
3. Videojogos e Patentes	26
4. Particularidades da propriedade intelectual nos videojogos	29
4.1. Contorno de medidas tecnológicas de proteção	29
4.2. Modificações nos videojogos	31
Conclusão	36
Bibliografia	38

1. Introdução

Em muitos videogames, uma das primeiras mensagens com que nos deparamos enquanto o jogo está a iniciar é a advertência de que aquele videogame se encontra protegido por *copyright*¹, mas em que é que consiste exatamente essa proteção? Esta é, precisamente, a questão central do nosso trabalho de investigação, ou seja, de que modo é que os videogames podem ser protegidos pela propriedade intelectual.

Sendo a propriedade intelectual o ramo do Direito mais importante para produtoras e editoras de videogames², justifica-se uma análise da interação entre estes dois mundos. Contudo, é importante mencionar que não é possível falar acerca de todos os aspetos que ligam os videogames à propriedade intelectual e, como tal, vamos focar-nos nalgumas questões centrais, nomeadamente, perceber qual é natureza legal dos videogames e como é que podem ser protegidos. Adicionalmente, porque a propriedade intelectual não abrange apenas o direito de autor, fazemos uma reflexão acerca da possibilidade de proteção dos videogames através de patentes. Por último, iremos abordar algumas temáticas que estão intrinsecamente relacionadas com os videogames, particularmente, o contorno de medidas tecnológica de proteção e as modificações nos videogames.

Dada a ausência de um regime legal específico que regule todos os aspetos relacionados com os videogames, o objetivo do nosso estudo consiste em apresentar soluções para os diversos problemas referidos.

¹ O texto da mensagem não é uniforme, ou seja, comum a todos os videogames. Ainda assim, muitas destas mensagens de proteção por *copyright* surgem no seguinte formato (que poderá ter variações): poderá começar com o nome da obra protegida; segue-se o símbolo ©, a expressão completa ("*copyright*") ou a sua abreviação; depois o ano da primeira publicação da obra; e o nome do autor. Neste sentido, BITLAW, disponível em <https://www.bitlaw.com/copyright/formalities.html#form>.

Ainda quanto ao símbolo ©, importa referir que chegou a ser um requisito de proteção em países como os EUA, mas, para os países que aderiram à Convenção de Berna (incluindo os EUA), deixou de o ser, cfr. Silva, 2013, p. 1338. Por "Convenção de Berna" entenda-se a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, segundo a redação de 28 de setembro de 1979.

² Cfr. Greenspan, 2014, p. 72.

2. Proteção jusautoral dos videojogos

A indústria dos videojogos tem vindo a crescer ao longo dos anos, sendo inclusive a indústria que mais tem vindo a crescer no setor do entretenimento a nível mundial³. Este crescimento é visível não apenas no número de consumidores destes produtos ou de receitas geradas por esta indústria⁴, mas também no tamanho das empresas⁵ e no tipo de trabalhadores necessários para criar um videojogo⁶.

Existem várias definições de videojogos, quer na doutrina nacional, onde temos autores, como José Alberto Vieira, que os definem como um “jogo eletrónico composto de imagens em movimento no qual o jogador, através de um dispositivo externo de controlo (...), dá instruções de comando, manipulando as imagens que surgem num ecrã, monitor ou qualquer outro dispositivo visual”⁷, quer, por exemplo, na doutrina espanhola, como a definição jurídica apresentada por Luis Rodríguez-Piñero, que nos diz que são “la creación original de varias obras independientes (...) unidas bajo la dirección de una persona o bajo el acuerdo de varias personas físicas, que pueden adoptar una forma jurídica antes o después del diseño y desarrollo de los elementos que lo componen”⁸. De um ponto de vista mais técnico, há autores que consideram que um videojogo é feito de um motor de jogo (onde podemos incluir o *software*⁹) e o conteúdo do jogo¹⁰. Os jogos de vídeo têm a particularidade de juntar a tecnologia à arte, podendo ser jogados em várias plataformas, incluindo computadores, consolas e telemóveis¹¹.

³ “It is the fastest growing sector of the entertainment industry and an important driver of economic growth, creating millions of jobs, generating much-needed tax revenues and offering exciting opportunities for talented creators and engineers from all corners of the globe”, cfr. Greenspan, Boyd & Purewal, 2014. Neste sentido, veja-se ainda Casillas, 2012, pp. 137-138.

⁴ Para as receitas geradas pelos videojogos nos EUA veja-se: <https://www.statista.com/statistics/252457/consumer-spending-on-video-games-in-the-us/>. No âmbito do mercado europeu, segundo dados da Interactive Software Federation of Europe e European Games Developer Federation, disponíveis em <https://www.isfe.eu/wp-content/uploads/2021/10/2021-ISFE-EGDF-Key-Facts-European-video-games-sector-FINAL.pdf>, só em 2020, as receitas geradas pelos videojogos cresceram 22% face ao ano anterior, tendo atingido o valor de 23,3 mil milhões de euros.

⁵ Veja-se, a título de exemplo, as receitas geradas por empresas como a Electronic Arts: <https://www.statista.com/statistics/269696/revenue-of-electronic-arts-since-2005/>. E quanto às despesas “Many major video game titles have budgets comparable to Hollywood movies”, cfr. Greenspan, 2014, p. 18.

⁶ Hoje em dia, além de programadores informáticos, podem ser necessários escritores, músicos, artistas, atores, etc. Tal como no cinema, também pode haver um realizador/produtor, cfr. Cabrera & Hernández, 2016, p. 163.

⁷ Cfr. Vieira, 2020, p. 636. É interessante destacar que nesta definição não existe menção à componente áudio de um jogo, mas este mesmo autor, noutro manual, refere que “Na sua forma final, a expressão do jogo de vídeo consiste na representação de sons e imagens”, cfr. Vieira, 2005, p. 561.

⁸ Cfr. Rodríguez-Piñero, 2018, p. 26. Para uma outra definição de videojogo veja-se Cabrera & Hernández, 2016, p. 162.

⁹ Cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 11.

¹⁰ Cfr. Schlinsog, 2013, pp. 189 e 199.

¹¹ Dentro dos videojogos, o chamado “mobile gaming” (videojogos para telemóveis e tablets) é dos setores que mais tem crescido nos últimos anos, cfr. Greenspan, 2014, p. 159. Existem até problemas específicos, ou que se intensificam no âmbito da propriedade intelectual dos videojogos para telemóveis, cfr. Greenspan, 2014, pp. 166 e 167.

Esta ideia de que os videojogos não estão limitados a um tipo de plataformas também é reforçada por autores como José Alberto Vieira ao equiparar os jogos de consola aos jogos de computador, cfr. Vieira, 2005, p. 560.

Devido à importância dos videojogos para a sociedade hodierna é que se torna necessário encontrar a melhor forma para os proteger, tutelando assim os direitos dos criadores destes produtos. É por meio do direito de autor que vamos estimular investimentos nestas obras e, através da compensação devida pelo esforço empregue por todos aqueles envolvidos no processo criativo, incentivar à criação de videojogos cada vez mais ousados e originais¹², fomentando o crescimento deste mercado¹³. Ao proteger os autores destas obras, estamos, indiretamente, a assegurar uma maior diversidade e qualidade para os consumidores destes produtos, evitando que sejam criados inúmeros “clones”¹⁴ de videojogos bem-sucedidos¹⁵.

Dito isto, é fulcral ter em atenção que o direito de autor não protege ideias, como aliás decorre do artigo 1.º, n.º 2 do CDADC¹⁶. Segundo o ordenamento jurídico português, para podermos ter uma obra protegida por direito de autor, essa obra terá de pertencer ao domínio literário, artístico ou científico (como decorre do artigo 1.º, n.º 1 do CDADC)¹⁷. Logo aqui podemos perguntar em que categoria é que se inserem os videojogos. A resposta está dependente do tipo de proteção que lhes for dada, visto que se os protegermos enquanto programas de computador estaríamos perante obras literárias¹⁸, mas se os protegermos enquanto uma obra audiovisual já os poderíamos qualificar como obras literárias e artísticas¹⁹.

¹² “At its core, copyright law incentivizes the creation of works”, cfr. Casillas, 2012, p. 144.

¹³ É importante esclarecer que Portugal faz parte dos países europeus onde vigora o designado “*droit d’auteur*”, o que significa que a função do direito de autor está muito mais associada à tutela da personalidade e à proteção do trabalho do autor do que à ideia de promoção do progresso artístico e científico. Neste sentido veja-se Silva, 2013, p. 1336.

¹⁴ “The term ‘game cloning’ refers to the controversial practice whereby a competitor seeks to capitalize on a videogame’s success by replicating its overall design, and in particular the gameplay experience provided by it, while carefully refraining from any direct copying of its underlying computer program or graphics”, cfr. Lee, 2020, p. 48. Também Casillas, 2012, pp. 138 e 139 consagra uma definição deste termo. Este fenómeno é particularmente frequente no âmbito dos videojogos desenvolvidos para sistemas operativos móveis como o Android ou IOS, visto que são videojogos mais fáceis e baratos de construir.

¹⁵ “Without copyright protection, there is little incentive for authors and artists to create new creative works, because they naturally would be hesitant to create works that others could copy willy nilly without compensation to the artist”, cfr. Dannenberg & Chang, 2008.

¹⁶ “Efetivamente, as ideias, uma vez comunicadas, tornam-se património comum da humanidade, pelo que ninguém pode reclamar exclusividade no seu aproveitamento”, cfr. Leitão, 2020, p. 70. O acordo TRIPS também é claro sobre este assunto no seu artigo 9.º, n.º 2. O mesmo vale para o sistema de *copyright* existente no ordenamento jurídico norte-americano, como resulta do título 17, § 102(b) do *United States Code*.

¹⁷ Esta divisão das obras em três categorias não tem grande relevo prático, pois, como refere Maria Victória Rocha, “O conceito de obra literária, artística e científica, para o Direito de Autor, é um conceito normativo. (...) Apenas se pretende delimitar em que circunstâncias as criações intelectuais são susceptíveis de protecção jurídica”, cfr. Rocha, 2011, p. 13.

Autores como Luís Menezes Leitão e Luíz Francisco Rebello defendem que as obras científicas nem deveriam ser incluídas nesta divisão de obras, cfr. Leitão, 2020, p. 76. O próprio artigo 1.º da Convenção de Berna apenas menciona as obras literárias e artísticas. Por outro lado, segundo Maria Victória Rocha, “The usefulness of referring to scientific works separately derives from the fact that at times it is not possible to invoke the use of a language in such works, whereby they cannot be spoken of as literary works; nor should they be considered art, whereby they cannot be included in the artistic field”, cfr. Rocha, 2017, p. 26.

¹⁸ Obra literária segundo o entendimento da generalidade dos países europeus, cfr. Rocha, 2017, p. 25. Em Portugal, o entendimento é diferente, como explicaremos na nota de rodapé n.º 70.

¹⁹ Para mais desenvolvimentos, veja-se a nota de rodapé n.º 48.

Mais importante do que qualificar uma obra como literária, artística ou científica são as suas características. Para que possamos proteger os videojogos através do direito de autor é, desde logo, essencial que se preencham quatro requisitos para que os possamos qualificar como uma obra²⁰. Uma obra tem de ser uma criação humana, uma criação intelectual/do espírito²¹, exteriorizada²² (a obra tem de ser expressa de modo a que seja perceptível pelos sentidos) e original²³. A originalidade enquanto expressão individual do seu criador pode assumir vários graus, pois tanto se protegem obras muito criativas (em que se identifica uma parte da personalidade do autor na obra) como obras pouco criativas (também conhecidas por *kleine Münze*)²⁴. Em abstrato, os videojogos podem caber perfeitamente na definição de obra, visto que estamos a falar de uma criação humana²⁵ que é capaz de exprimir as ideias e sentimentos do seu autor, que pode ser exteriorizada (a interação do jogador com o jogo de vídeo é prova disso) e que pode, certamente, ser qualificada como original. Contudo, vamos ter de determinar se essa originalidade pertence ao videojogo como um todo ou se terá de ser avaliada em função de cada um dos seus elementos, daí a importância em perceber o tipo de obra que estamos a proteger.

No sistema norte-americano, apesar de os videojogos não estarem expressamente previstos no conjunto de obras enunciadas pelo título 17, § 102(a) do *United States Code*, eles são suscetíveis de preencher os requisitos (enunciados nesse título) para a sua proteção por *copyright*²⁶. Contudo, esta proteção dos videojogos pelo sistema *copyright* não foi sempre um dado adquirido²⁷.

Analisemos agora o caso *Tetris Holding*²⁸ para percebermos como é que a proteção dos videojogos pelo sistema *copyright* tem evoluído. Neste caso, as questões em discussão consistiam em saber se houve violação da proteção conferida por

²⁰ Cfr. Rocha, 2017, pp. 45-46. Já Luís Menezes Leitão refere que as duas características que uma obra intelectual deve possuir são a criatividade e a exteriorização, cfr. Leitão, 2020, p. 76.

²¹ “(...) o espírito humano tem de encontrar expressão na obra, sejam pensamentos ou sentimentos”, cfr. Rocha, 2011, pp. 2 e 3.

²² Devemos fazer alusão ao facto de que esta exteriorização não se confunde com a fixação, já que esta última é exigida, como regra geral, para a proteção de criações intelectuais no sistema de *copyright* (cfr. Silva, 2013, p. 1337), mas, no sistema continental (particularmente o português), tal exigência de fixação é meramente excecional (cfr. Leitão, 2020, p. 72).

²³ Segundo Maria Victória Rocha, para ser original, a obra tem de ser “o resultado de uma actividade independente do autor, de modo a que possamos dizer que teve nele origem”, cfr. Rocha, 2011, p. 9. José Alberto Vieira distingue entre os termos “originalidade” e “criatividade” e indica que o primeiro é um indício da existência do segundo, cfr. Vieira, 2020, pp. 71, 73 e 74.

²⁴ Cfr. Rocha, 2017, p. 46.

²⁵ É certo que se trata de algo criado através de computador, mas os próprios programas de computador também o são e tal facto não interfere com a proteção pelo direito autoral. Aliás, o computador é apenas o meio utilizado para a criação da obra, tal como um pintor pode usar um pincel para pintar um quadro.

²⁶ Esses requisitos são referidos em Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 89. O requisito da fixação é um requisito norte-americano que não existe no ordenamento jurídico português. De todo o modo, os videojogos estão sempre fixados em suporte informático.

²⁷ Cfr. Quagliariello, 2019, p. 265.

²⁸ Caso *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc*, 863 F. Supp. 2d 394 (2012), disponível em <https://casetext.com/case/tetris-holding-llc-v-xio-interactive-inc>.

copyright ao videogame Tetris da Tetris Holding e se houve violação da proteção conferida por *trade dress* à Tetris Holding²⁹. Começando por dar resposta à primeira questão, o tribunal disse que tinham de estar preenchidos dois requisitos³⁰: a Tetris Holding tinha de provar que detinha *copyright* sobre o videogame Tetris; e que tinha havido cópia dos elementos protegidos por *copyright* desse mesmo videogame. Para tal, o tribunal analisou os elementos do videogame que poderiam ser protegidos por *copyright*³¹, começando por destacar a existência de uma “*Idea-Expression Dichotomy*” (que significa que apenas se protegem por *copyright* as expressões de ideias e não as ideias em si mesmas) e a utilização do teste AFC³² para determinar se houve violação de *copyright*. O tribunal começou por excluir da proteção jusautorais as regras e mecanismos do videogame Tetris³³, mas, tal como a expressão de uma ideia, a forma como essas regras e mecanismos são expressos já é possível proteger³⁴. No âmbito da expressão da ideia podemos incluir fatores como o “estilo, a forma e o movimento das peças”³⁵. Na aplicação do teste AFC, a análise das semelhanças entre as duas obras deve ser feita segundo a perspetiva de um leigo, ou seja, deve ser tido em conta o aspeto geral das características do jogo³⁶. Adicionalmente, para identificar elementos expressivos do videogame que não poderiam ser protegidos, o tribunal analisou a “*merger doctrine*”³⁷ e a “*scènes à faire doctrine*”³⁸ e concluiu que nenhuma delas poderia ser aplicada ao caso concreto³⁹, o que significa que esses elementos do

²⁹ Foram colocadas 5 questões ao tribunal, mas o tribunal de New Jersey apenas deu resposta a estas duas. Adicionalmente, por não se enquadrar no âmbito deste trabalho, deixaremos de parte as questões relativas ao *trade dress*.

³⁰ Cfr. ponto 399 do Caso *Tetris Holding*.

³¹ Cfr. ponto 400 do Caso *Tetris Holding*.

³² “In other words, this test requires courts to first identify the expanding levels of abstraction of the program. Second, at each level of abstraction, courts must distinguish the material that is protectable by copyright, and then filter out the unprotected material for further examination. After the non-protected content is excised, it must then be compared to the copyrighted material to determine sufficient copying”, cfr. Casillas, 2012, p. 157.

³³ Cfr. ponto 404 do Caso *Tetris Holding*.

³⁴ Cfr. ponto 405 do Caso *Tetris Holding*. No entanto, “expression is not protected only when it is integral or inseparable from the idea or the function under the doctrines of merger or *scènes à faire*”, cfr. ponto 405 do Caso *Tetris Holding*.

³⁵ Cfr. ponto 411 do Caso *Tetris Holding*.

³⁶ Cfr. ponto 409 do Caso *Tetris Holding*.

³⁷ “Merger exists when an idea and its particular expression become inseparable”, cfr. ponto 403 do Caso *Tetris Holding*. Segundo Casillas, 2012, p. 148, citando a jurisprudência *Educ. Testing Servs. v. Katzman*, a “merger doctrine” é fundamental na indústria dos videogames, pois “[w]hen the idea and the expression of the idea coincide, then the expression will not be protected in order to prevent creation of a monopoly on the underlying ‘art’”. A “merger doctrine” também já foi afirmada no plano europeu, no § 49 do caso *BSA v. Ministerstvo kultury*, C-393/09 (ECLI:EU:C:2010:816), de 22 de dezembro de 2010, cfr. Silva, 2019a, p. 142.

³⁸ “(...) applies to expression that is so associated with a particular genre, motif, or idea that one is compelled to use such expression”, cfr. ponto 403 do caso *Tetris Holding*. “Certain standard and commonplace elements of the artwork in video games, however, fall under the doctrine of *scènes à faire*. These elements are not copyrightable to the extent that they are necessary to execute a particular genre of work”, cfr. Jewell, 2012. Veja-se ainda Casillas, 2012, p. 150.

³⁹ “I am not convinced that either the doctrine of merger or *scènes à faire* applies here”, cfr. ponto 412 do caso *Tetris Holding*.

Tetris estão protegidos por *copyright*. A Xio Interactive invocou ainda *fair use*⁴⁰ para justificar a utilização de elementos do Tetris no seu próprio videojogo, mas o tribunal não lhe deu razão⁴¹.

No fundo, este caso é um marco importante para a proteção dos videojogos no sistema norte-americano, pois muitas das decisões anteriores eram favoráveis às partes acusadas de realizar clones de outros videojogos⁴². Assim, o caso *Tetris Holding* constitui um incentivo para os criadores de videojogos protegerem as suas criações por *copyright* (sendo até recomendado o registo⁴³), dado que essa tutela ajuda no combate aos designados “clones”⁴⁴. Aliás, a própria evolução da tecnologia e sofisticação crescente dos jogos pode permitir uma proteção mais eficaz dos videojogos por *copyright*⁴⁵.

2.1. As teses sobre a qualificação dos videojogos

Agora que já analisámos em detalhe todos os requisitos necessários para que possamos ter uma obra, convém especificar o tipo exato de obra de que estamos a falar quando nos referimos à proteção jusautorais de um videojogo enquanto obra. A nível internacional não existe um consenso acerca do melhor método para proteger os videojogos. Essa decisão vai passar por uma identificação de cada um dos seus elementos criativos, já que só assim vamos conseguir encontrar a categoria que lhes confere uma proteção mais eficaz.

Na doutrina internacional são muitas as qualificações apontadas para os videojogos de modo a que estes possam pertencer a um dos tipos de obras tuteláveis pelo direito de autor. Digamos que as principais categoriais onde os videojogos costumam ser inseridos são nos programas de computador ou nas obras audiovisuais. Mas há também quem prefira enquadrá-los no âmbito das obras multimédia, ou até no

⁴⁰ *Fair use* é um dos limites ao *copyright* e está previsto no título 17, § 107 do *United States Code*.

⁴¹ “Because Xio has infringed a substantial amount of the overall copyrighted work, I find that its fair use defense must necessarily fail”, cfr. ponto 415 do caso *Tetris Holding*.

⁴² Cfr. Lee, 2020, p. 50. John Quagliariello também identifica o caso *Tetris Holding* como uma mudança de paradigma face a outra jurisprudência anterior, nomeadamente, o caso *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.* (referência completa na nota de rodapé n.º 60 e em Quagliariello, 2019, p. 267).

⁴³ Tal como no sistema português, o *copyright* do sistema norte-americano não precisa do registo para que a obra seja protegida. No entanto, o registo dessa obra, no sistema norte-americano, permite invocar os chamados *statutory damages*, que são mais fáceis de provar em tribunal e podem atribuir maiores quantias indemnizatórias do que os *actual damages*, que são aqueles danos que poderão ser invocados caso não haja registo. Neste sentido, veja-se Quagliariello, 2019, pp. 273-274. Para uma breve descrição do que são *statutory damages* veja-se Copyright Alliance, disponível em <https://copyrightalliance.org/faqs/statutory-damages-why-do-they-matter/>.

⁴⁴ Para uma definição do termo “clones” veja-se a nota de rodapé n.º 14. “While the case for infringement was made easier by Xio’s flagrant and wholesale copying, the legal standard applied by the court, addressing the overall look and feel of the game, may presage more robust copyright protection for video games”, cfr. Schecter, 2012, p. 15. Neste sentido, veja-se também Casillas, 2012, p. 168.

⁴⁵ “Implicitly, as these improvements in technology significantly expand the creative limits of game developers, developers of clones may have diminishing success in arguing that their wholesale copying is permissible because expression has merged with idea”, cfr. Casillas, 2012, p. 168.

conjunto das obras cinematográficas. Segundo alguns autores, parte do videojogo deve ser protegido como uma obra audiovisual e outra como programa de computador⁴⁶. Destarte, passemos à análise de cada um destes tipos de obras para perceber se alguma delas poderá ser adequada à tutela dos videojogos ou se o melhor será a criação de uma obra *sui generis*.

2.1.1. Proteção como obra audiovisual ou multimédia

As obras audiovisuais estão incluídas no conjunto de obras suscetíveis de proteção pelo direito de autor, como decorre do artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do CDADC⁴⁷. No entanto, não existe no CDADC uma secção dedicada à análise das obras audiovisuais como um todo. Ainda assim, a Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro, no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea g), dá-nos uma definição de obra audiovisual como aquelas “criações intelectuais expressas por um conjunto de combinações de palavras, música, sons, textos escritos e imagens em movimento, fixadas em qualquer suporte, cujas características técnicas da produção final permitam a transmissão televisiva”⁴⁸. Esta definição abrange uma das características dos videojogos que é a sua combinação de vários elementos criativos, mas depois, no final, fala em características que permitam a sua transmissão televisiva, o que não faz muito sentido no caso dos jogos de vídeo. No que diz respeito às obras multimédia, existe uma definição deste tipo de obras consagrada no artigo 2.º, alínea m) do DL n.º 25/2018, de 24 de abril, sendo importante destacar a parte onde diz “podendo implicar variantes e adaptações de um conteúdo base”, já que os videojogos, nos dias de hoje, são atualizados frequentemente pelos seus criadores.

O CDADC é inconsistente e pouco claro quanto às obras audiovisuais. Primeiro, estas não são expressamente incluídas no conjunto exemplificativo de obras do artigo 2.º do CDADC (apesar de, como já vimos, alguns autores as incluírem no âmbito da alínea f) do n.º 1 desse artigo). Em segundo lugar, o capítulo III não tem nenhuma secção específica para as obras audiovisuais, mas o título III, relativo aos direitos conexos, através da utilização de uma conjunção disjuntiva (“ou”), associa as obras cinematográficas às obras audiovisuais⁴⁹. Por fim, a secção II relativa à atribuição do direito de autor não se refere à titularidade para as obras audiovisuais, mas o artigo 34.º do CDADC já se refere à duração da obra cinematográfica e audiovisual (e as

⁴⁶ “Generally speaking, the underlying software on which a video game runs is protected as a literary work, and the artwork and sound are protected as an audiovisual work”, cfr. Jewell, 2012.

⁴⁷ “Nesta situação estão essencialmente em causa obras audiovisuais”, cfr. Leitão, 2020, p. 83.

⁴⁸ Desta definição podemos concluir que as obras audiovisuais são obras literárias e artísticas, já que para além da linguagem, incluem imagens, sons, etc. Quanto às obras artísticas: “Artistic works, which can be defined by a process of elimination, as all works, which do not utilize language”, Rocha, 2017, p. 25. Nos EUA, o título 17, § 101 do *United States Code*, define o que se entende por obras audiovisuais.

⁴⁹ Artigos 176.º, n.º 5, 178.º, n.º 2 e 183.º, n.º 5 do CDADC.

peessoas referidas neste artigo são as mesmas do artigo 22.º do CDADC, que apenas se aplica a obras cinematográficas). Não existe qualquer menção expressa às obras multimédia no CDADC.

Importa, também, perceber se existe alguma diferença entre a proteção de um videojogo enquanto uma obra audiovisual ou enquanto uma obra multimédia. Uma obra multimédia pode ser definida enquanto um conjunto de elementos criativos que interagem entre si num ambiente digital e que permitem a manipulação pelo destinatário⁵⁰. No que diz respeito às obras audiovisuais, é geralmente aceite que estas envolvem imagens em movimento, mas, no que diz respeito à componente sonora, apesar de estar incluída no nome, não é estritamente necessária⁵¹. Já quanto à distinção entre obras multimédia e as obras audiovisuais, existe quem defenda a inclusão das obras multimédia dentro da categoria das obras audiovisuais⁵², mas também há quem considere que as obras multimédia podem ser qualificadas como bases de dados⁵³, quem contraponha as obras audiovisuais às obras multimédia dizendo que as primeiras são compostas por imagens em movimento, enquanto as segundas são compostas por imagens estáticas⁵⁴ e, ainda, quem refira que a grande distinção entre estes dois tipos de obras é que nas obras multimédia existe interatividade, enquanto nas audiovisuais não (o destinatário tem uma posição passiva)⁵⁵.

Há países que defendem a integração dos videojogos, exclusivamente, no conjunto das obras audiovisuais, mas tal solução só será possível em locais onde o significado atribuído ao termo “audiovisual” seja compatível com a natureza de um

⁵⁰ “La obra multimedia es una creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, tales como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su contenido”, cfr. Rodríguez-Cano, 2015, p. 69. Para uma outra definição de obra multimédia, veja-se Cabrera & Hernández, 2016, p. 166.

Na doutrina nacional, Maria Victória Rocha diz-nos que a obra multimédia “constitui uma combinação de texto, imagens, fixas ou em movimento, e sons digitais, através de um programa de computador que permite a interactividade”, cfr. Rocha, 1996, p. 183. Oliveira Ascensão caracteriza-as “por reunirem obras de diversa índole” (cfr. Ascensão, 2001, p. 13) e pela sua interatividade. Ainda de acordo com estas características, temos Leitão, 2020, p. 335. Num sentido diverso, José Alberto Vieira refere que “a interatividade não distingue o carácter multimédia de um trabalho e não tem qualquer relevância jurídico-autoral”, cfr. Vieira, 2020, pp. 638.

⁵¹ Neste sentido, veja-se Vieira, 2020, p. 104.

⁵² “En segundo lugar, se suele encuadrar la obra multimedia en aquellas categorías de obras que tienen un carácter complejo, en concreto la colección, la base de datos y la obra audiovisual”, cfr. Rodríguez-Cano, 2015, p. 70. Veja-se ainda Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 10.

⁵³ Maria Victória Rocha, embora apresente como possível uma inclusão das criações multimédia dentro das obras audiovisuais, defende que, devido ao facto de a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (de 11 de março de 1996) ter adotado uma conceção ampla de bases de dados (presente no artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva 96/9/CE), as obras multimédia poderão caber dentro da noção de base de dados. Deste modo, a qualificação como bases de dados das obras multimédia assume “prioridade sobre as outras qualificações”, cfr. Rocha, 1996, p. 192.

⁵⁴ Cfr. Vieira, 2020, pp. 103-104.

⁵⁵ Cfr. Ascensão, 2001, p. 13.

videojogo, e tal estará dependente da classificação da componente audiovisual como aquela que é dominante⁵⁶.

Na doutrina italiana, autores como Laura Chimienti integram os videojogos nas obras multimédia⁵⁷. Na doutrina espanhola, autores como Rodrigo Rodríguez-Cano apontam para uma classificação dos videojogos como obras multimédia⁵⁸, mas, segundo Rodríguez-Piñero, estas obras nem sequer têm regulação própria, ou seja, não há um regime específico para as obras multimédia⁵⁹. Já no âmbito da jurisprudência norte-americana, foi reconhecido que os videojogos poderiam integrar o conjunto das obras audiovisuais⁶⁰, autonomizando-se, desse modo, a componente visual do videojogo face ao programa de computador propriamente dito.

Na doutrina nacional, Maria Victória Rocha classifica os videojogos como obras multimédia e qualifica estas últimas, por sua vez, como bases de dados (tal como referimos anteriormente). Contudo, segundo esta autora, é perfeitamente possível que uma determinada obra multimédia seja, além de uma base de dados, outro tipo de obra e, no caso dos videojogos, esse outro tipo de obra é a criação cinematográfica, “uma vez que se trata de obras audiovisuais que consistem numa série de imagens relacionadas, que mostradas em sucessão dão a impressão de movimento, em conjunto como [*sic*] os sons que as acompanham”⁶¹. No final de contas, no caso dos videojogos, a obra multimédia, além de uma base de dados, é também uma obra audiovisual. Já de acordo com José Alberto Vieira, os videojogos devem ser inseridos no conjunto das obras audiovisuais, mas ficam sujeitos a um “regime geral indiferenciado de proteção da obra”⁶², visto que este autor dá ênfase à elevada expressividade dos “gráficos projetados pelo programa de computador subjacente ao jogo de vídeo”⁶³ e afasta a possibilidade da existência de uma classificação própria para as obras multimédia⁶⁴.

⁵⁶ De acordo com uma análise comparativa quanto à qualificação dos videojogos, só dois países (Quênia e Coreia do Sul), num grupo de 24 ordenamentos jurídicos analisados, é que protegiam os videojogos, exclusivamente, como obras audiovisuais, cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 11.

⁵⁷ Cfr. Chimienti, 2006, p. 91.

⁵⁸ Cfr. Rodríguez-Cano, 2015, pp. 69 e 70.

⁵⁹ Cfr. Rodríguez-Piñero, 2018, p. 52.

⁶⁰ “It is also unquestionable that video games in general are entitled to copyright protections as audiovisual works”, cfr. ponto 139 do caso *Midway Mfg. Co. v. Bandai-America, Inc.*, 546 F. Supp. 125 (D.N.J. 1982), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/546/125/1870427/>. Outro exemplo resulta do ponto 226 do caso *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Supp. 222 (1981), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/547/222/1478917/>, onde é dito o seguinte: “Plaintiff’s ‘work’, the thing that plaintiff has created and desires to protect, is the visual presentation of the ‘Asteroids’ game. That work is copyrightable as an audiovisual work and as a motion picture”.

⁶¹ Neste sentido, veja-se Rocha, 1996, p. 193.

⁶² Cfr. Vieira, 2020, p. 608. Dito isto, há espaço para a analogia com outras regras, como veremos na nota de rodapé n.º 89.

⁶³ Cfr. Vieira, 2020, p. 637.

⁶⁴ Cfr. Vieira, 2020, pp. 639 e 640.

2.1.2. Proteção enquanto programa de computador

Quer a Diretiva 2009/24/CE, de 23 de abril, quer o DL n.º 252/94, de 20 de outubro, não consagram uma definição legal de programa de computador⁶⁵. Ainda assim, a jurisprudência portuguesa já teve a oportunidade de apresentar uma noção de programa de computador, mais precisamente, no acórdão do TRL de 16 de janeiro de 2014⁶⁶ onde o tribunal afirmou que ele consiste numa “pré-listagem de instruções que precede a introdução dos dados, instruções essas que são destinadas a orientar a acção do computador relativamente ao material informativo que se pretende que seja processado”⁶⁷. Adicionalmente, com esta definição de programas de computador percebemos que eles são distintos das obras multimédia⁶⁸. Nos dias de hoje, também é feita distinção entre os programas de computador e a sua interface visual, ou seja, estamos perante duas obras distintas⁶⁹.

No que diz respeito à proteção dos programas de computador pelo direito de autor, eles enquadram-se no conjunto das obras literárias, segundo o artigo 1.º, n.º 1 da Diretiva 2009/24/CE, mas no DL que transpõe esta diretiva eles são objeto de uma “proteção análoga à conferida às obras literárias”⁷⁰. O objeto desta proteção incide sobre a forma como um determinado programa de computador é expresso⁷¹ (em geral, o direito de autor protege o modo como uma obra é expressa) e este pode ser classificado como sistema operativo ou aplicação, sendo ambos igualmente protegidos. Será que os videojogos podem ser considerados aplicações? Como refere José Alberto Vieira, “As aplicações são concebidas para a interação do utilizador com o computador. O utilizador opera o computador e executa as suas operações através de programas

⁶⁵ O próprio acórdão do TRL de 16 de janeiro de 2014, processo 113/13.9YHLSB-A.L1-6, diz que “As legislações nacionais e as convenções internacionais não dão a noção de programa de computador, dando-a como suposta”. O mesmo é dito por Vieira, 2020, p. 512. No entanto, o considerando 7 da Diretiva 2009/24/CE diz-nos o que a expressão “programa de computador” pode conter.

⁶⁶ Processo 113/13.9YHLSB-A.L1-6.

⁶⁷ Para uma excelente descrição de programa de computador, incluindo o código fonte e o código objeto, veja-se Bing, 2009, pp. 403-405. José Alberto Vieira destaca o carácter funcional dos programas de computador, e entende que o seu conceito legal é mais abrangente do que o seu conceito informático, cfr. Vieira, 2020, pp. 511 e 512. Este carácter funcional também é referido em Cabrera & Hernández, 2016, p. 164.

⁶⁸ Esta distinção entre a obra multimédia e o programa de computador subjacente à mesma também resulta da seguinte afirmação: “En la medida en que la presentación visual de la obra multimedia (aquello que aparece en la pantalla del ordenador) no constituye una secuencia de instrucciones o indicaciones (...) y tiene una propia originalidad, se considera que debe protegerse independientemente del programa subyacente”, cfr. Rodríguez-Cano, 2015, pp. 69-70.

⁶⁹ Cfr. Vieira, 2020, p. 571 e o acórdão do TJ, processo n.º C-393/09, de 22 de dezembro de 2010, § 51. Para uma definição de interface visual do utilizador veja-se Vieira, 2020, pp. 569 e 570.

⁷⁰ Artigo 1.º, n.º 2 do DL n.º 252/94. O regime dos programas de computador está fora do CDADC, muito por causa de Oliveira Ascensão, que não concordava com a assimilação dos programas de computador às obras literárias, cfr. Vieira, 2020, p. 510. Esta opção leva a uma distinção, desnecessária, entre programas de computador e obras literárias, cfr. Rocha, 2017, p. 25.

⁷¹ Artigo 2.º, n.º 1 do DL n.º 252/94. De acordo com José Alberto Vieira, o código objeto de um programa de computador não poderá ser tutelado pelo direito de autor, devido à sua falta de expressão, cfr. Vieira, 2020, pp. 513 e 517.

aplicativos”⁷². Ora, os videojogos têm uma forte componente interativa, ou seja, subjacente à interação do jogador com o videojogo está a interação do jogador com o computador, por isso poderíamos argumentar que o videojogo, enquanto aplicação, também seria um programa de computador⁷³.

O TJ, no caso *Nintendo*⁷⁴, no âmbito de um litígio relativo ao contorno de medidas tecnológicas de proteção, pronunciou-se quanto à classificação legal dos videojogos dizendo que estes são mais do que meros programas de computador, pois, para além da linguagem de computação, também incluem elementos gráficos e sonoros que não podem ser totalmente abrangidos pela definição de programa de computador, mas que merecem proteção. Isto significa que, por não estarmos perante um puro programa de computador, o videojogo, como um todo, deverá ser incluído no âmbito da Diretiva 2001/29/CE, de 22 de maio, e não na Diretiva 2009/24/CE⁷⁵.

Como resulta das definições de videojogos que enunciámos anteriormente, de facto, o programa de computador pode ser descrito como a base do videojogo, ou seja, é ele que vai permitir que a máquina (*hardware*) reconheça o videojogo e o execute. Contudo, será correto reduzir a proteção dos videojogos a um sentido utilitário e funcional característico dos programas de computador? Tanto a Diretiva 2009/24/CE como o DL n.º 252/94, que a transpõe, se referem à proteção de programas de computador, mas os videojogos são mais do que isso. Há elementos audiovisuais que também são merecedores de tutela, o que significa que uma proteção que ignorasse essas características estaria incompleta⁷⁶.

2.1.3. Proteção dos diferentes elementos do videojogo

Aqui chegados, podemos constatar que os videojogos são compostos por elementos audiovisuais e por elementos característicos dos programas de computador, mas, em concreto, em que é que estes elementos se manifestam? Ora, convém começar por referir que existem muitos géneros distintos de videojogos⁷⁷, o que significa que nem todos os videojogos têm exatamente as mesmas características (por exemplo,

⁷² Cfr. Vieira, 2020, p. 512.

⁷³ José Alberto Vieira, ao dizer “Nos jogos de vídeo, como nos jogos de computador, um programa de computador (aplicativo) (...)” (cfr. Vieira, 2020, p. 636), parece distinguir entre o videojogo enquanto obra audiovisual e o programa de computador que o executa.

⁷⁴ Caso *Nintendo v. PC Box*, C-355/12 (ECLI:EU:C:2014:25), de 23 de janeiro de 2014.

⁷⁵ Cfr. § 23 do caso *Nintendo*.

⁷⁶ Cfr. Cabrera & Hernández, 2016, p. 164.

Na doutrina espanhola, Luis Rodríguez-Piñero é contra a integração dos videojogos no âmbito do regime jurídico dos programas de computador, cfr. Rodríguez-Piñero, 2018, p. 52.

Na doutrina nacional, José Alberto Vieira refere que a proteção dos videojogos é independente da proteção do programa de computador, cfr. Vieira, 2005, p. 562.

⁷⁷ É difícil quantificar ao certo todos os géneros de videojogos, até porque se trata de algo que está em constante evolução, mas para uma lista não exaustiva de tipos de videojogos (com uma explicação para cada um deles) veja-se Pavlovic, 2020.

alguns videogames podem servir como meios para contar uma história, enquanto outros podem nem sequer ter objetivos pré-definidos), sendo tal facto particularmente notório quando fazemos a comparação dos primeiros videogames com aqueles que existem atualmente. Ainda assim, há um conjunto de elementos criativos que se podem dizer comuns a todos os videogames. Autores como Lipson e Brain⁷⁸ dividem esses elementos em três grupos⁷⁹: elementos de áudio, de vídeo e o código de computação. Os dois primeiros elementos fazem parte da componente audiovisual do videogame e o outro elemento corresponde ao *software* que, por sua vez, pode ser dividido em código fonte e código objeto⁸⁰. A tendência é para se incluir, depois, dentro de cada um destes três elementos uma série de subgrupos⁸¹, mas a verdade é que muitos desses outros componentes já não se poderão dizer universais, isto é, existentes em todos os videogames (como já mencionámos, nem todos os videogames contam histórias ou têm uma componente vocal).

Uma proteção fragmentada dos videogames consistiria em proteger individualmente cada um destes elementos fazendo-os corresponder ao tipo de obra que seja mais adequado ao elemento em concreto, ou seja, protegeríamos o código de computação enquanto programa de computador e os outros dois componentes seriam protegidos como uma obra audiovisual. Em França, uma das teses defendidas na jurisprudência é a de que os videogames, por serem obras complexas, não poderiam ser conduzidos a uma só categoria, o que significa que a cada componente seria aplicável o regime que fosse mais adequado⁸².

No direito norte-americano, Marc E. Mayer considera que os videogames são dois tipos de obras⁸³, mas indica-nos que os elementos audiovisuais e o programa de computador são “two embodiments of the same copyrighted work”⁸⁴, o que significa que não estamos propriamente perante uma proteção fracionada, mas sim uma única obra (o videogame), protegida por *copyright* (direito de autor, no nosso ordenamento jurídico), podendo a violação de qualquer uma destas componentes gerar violação do *copyright*. Já a análise comparativa publicada pela *World Intellectual Property Organization* indica que a classificação dos videogames nos EUA vai depender do seu

⁷⁸ Lipson & Brain, 2016, p. 42, também citado por Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 8.

⁷⁹ Recordemos que estes mesmos três elementos foram referidos no caso *Nintendo*, § 23, mencionado anteriormente.

⁸⁰ Cfr. Cabrera & Hernández, 2016, p. 163. Outros autores também distinguem entre elementos audiovisuais e *software*, por exemplo, Schlinsog, 2013, p. 194.

⁸¹ Para uma lista desses subgrupos, veja-se Lipson & Brain, 2016, p. 42. A análise comparativa publicada pela *World Intellectual Property Organization* indica essa mesma lista (mas não menciona “live motion capture” nos elementos de vídeo) e acrescenta-lhe outros elementos como “video game script, its plot and other literary works; well-developed characters; choreographies and pantomimes; and maps and architectural works”, cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 8.

⁸² Cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 36.

⁸³ Programas de computador e obras audiovisuais, Cfr. Scelsi & Dannenberg, 2019, pp. 64-65.

⁸⁴ Cfr. Scelsi & Dannenberg, 2019, p. 65.

elemento predominante, mas que, como é um programa de computador que está na sua base, a sua proteção será fragmentada⁸⁵.

2.1.4. Outras proteções

Para além de todas as proteções em que já inserimos os videojogos, existem autores que tentam enquadrar os videojogos noutras categorias, como as obras cinematográficas⁸⁶ que, apesar de serem incluídas na categoria das obras audiovisuais⁸⁷, não foram incluídas no ponto 2.1.1., visto que, nesse caso, nos referíamos a uma qualificação do jogo de vídeo como uma nova forma de audiovisual e não como uma obra cinematográfica. É certo que os videojogos são diferentes dos filmes, mas o que se pode argumentar é que o regime das obras cinematográficas deve ser aplicado por analogia aos videojogos, já que estes não têm um regime próprio na legislação nacional (ou seja, podemos dizer que há uma lacuna da lei⁸⁸) e há determinados aspetos do regime das obras cinematográficas que seriam compatíveis com os jogos de vídeo⁸⁹. Esta analogia até poderia não ser necessária no ordenamento jurídico português devido ao disposto no artigo 140.º do CDADC, que dispõe que: “As disposições da presente secção são aplicáveis às obras produzidas por qualquer processo análogo à cinematografia”. No entanto, apesar de muitos videojogos terem as chamadas “*cutscenes*”⁹⁰, que se podem aproximar a curtas-metragens, parece-nos excessivo equiparar os videojogos como um todo a “processos análogos à cinematografia”, até porque nem todos os videojogos possuem estas *cutscenes*.

É pertinente destacar que, na legislação portuguesa, segundo o artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do DL n.º 23/2014, de 14 de fevereiro, para efeitos deste mesmo DL, os

⁸⁵ “(...) a distributive classification will be applicable to video games”, Cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 93.

⁸⁶ Cfr. Cabrera & Hernández, 2016, p. 168.

⁸⁷ Cfr. Vieira, 2020, p. 105.

⁸⁸ Especificando, uma lacuna teleológica latente, no sentido conferido a esta expressão pelo acórdão do TRP, de 19 de maio de 2004, processo n.º 0441062, ou seja, poderíamos aplicar o regime geral de proteção das obras aos videojogos, pois a finalidade deste regime indiferenciado é proteger todas as obras que não tenham um regime especial, mas tal regime não tem devidamente em conta as especificidades do videojogo.

⁸⁹ “Si se aplica una analogía para los juegos de vídeo, podría el desarrollador del software, en tanto esta es una obra literaria, ser asimilado a un guionista o libretista, especificando en el trámite de registro la naturaleza de código informático, mientras los demás titulares podrían permanecer más o menos iguales en ambos casos”, cfr. Cabrera & Hernández, 2016, p. 168. Adaptando isto à lei nacional, o artigo 22.º do CDADC, relativo aos titulares da obra cinematográfica, poderia ser aplicado, com as devidas adaptações, aos videojogos, ou seja, o realizador seria o produtor do videojogo e as pessoas incluídas na alínea b) do n.º 1 deste artigo seriam todas aquelas responsáveis por cada um dos elementos criativos do videojogo. Na doutrina nacional, José Alberto Vieira refere que é possível a aplicação analógica das regras sobre o filme, quando tal “não choque com a natureza expressiva do jogo de vídeo ou com as especificidades próprias do cinema”, cfr. Vieira, 2020, p. 637. Para este autor, o termo “filme” inclui o filme cinematográfico, o filme videográfico e os demais filmes, cfr. Vieira, 2020, p. 607.

⁹⁰ “While computer game’s cutscenes are predominantly used for a cinematic narrative development, in many computer games cutscenes might serve not only as a basic orientation hint about next level in gaming environment but might be understood as sort of an information system that helps the player to learn important information to be able to win the game”, cfr. Říha, 2014, p. 662.

videojogos são considerados como um exemplo de videograma⁹¹. O artigo 29.º deste DL regula alguns aspetos dos videojogos enquanto videogramas. Atendendo que Luís Menezes Leitão refere que “são obras fonográficas e videográficas aquelas que são difundidas respetivamente em fonogramas ou em videogramas”⁹² e ao disposto no artigo 176.º, n.º 5 do CDADC, parece-nos que esta visão de videojogos como videogramas não deverá ser acolhida fora do DL em análise, já que o conceito de videograma está ligado ao suporte material onde a obra é fixada e não à obra enquanto objeto de tutela pelo direito de autor.

Por fim, poderíamos pensar numa proteção dos videojogos como uma obra *sui generis*, isto é, através da consagração de um regime próprio que tenha em conta as especificidades deste tipo de obra e todos os elementos que a compõem. Concretizando, este regime poderia incluir, nomeadamente, a descrição jurídica do objeto de proteção, promovendo, desse modo, uma maior segurança jurídica em torno daquilo que é ou não tutelado⁹³.

2.2. Consequências práticas das diferentes orientações

Uma das diferenças práticas entre as várias qualificações que possam ser atribuídas aos videojogos é ao nível da escolha do regime para regular os videojogos. Isto quer dizer que, por exemplo, se os jogos eletrónicos fossem considerados como programas de computador, então estariam protegidos de acordo com o DL 252/94, que contém uma série de disposições específicas para este tipo de obras, mas se fossem considerados como obras cinematográficas então já teríamos de aplicar o regime previsto nos artigos 22.º, 34.º e 124.º e ss. do CDADC.

Uma outra diferença que poderá ser concebível entre as várias qualificações tem a ver com a proteção do videojogo de forma fragmentada. Supondo que não se considere o videojogo como uma só obra, mas sim como uma obra audiovisual e um programa de computador, então a violação da tutela conferida a uma das obras não afeta a proteção garantida à outra. Já no caso de estarmos apenas perante uma só obra (o videojogo), composta por elementos audiovisuais e o código de computação, tal significa que a violação de qualquer um desses componentes constituirá violação da proteção

⁹¹ Luís Menezes Leitão defende que o conceito de videograma foi alargado neste DL, cfr. Leitão, 2020, pp. 84-85.

⁹² Cfr. Leitão, 2020, p. 84. A obra videográfica é um dos tipos de obra previstos no artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do CDADC e também é referida numa série de outras disposições específicas para estas obras, nomeadamente, os artigos 24.º e 141.º e ss. do CDADC. Segundo José Alberto Vieira, são as diferentes regras de atribuição do direito de autor que obrigam a distinguir o filme cinematográfico do filme videográfico, cfr. Vieira, 2020, p. 106.

⁹³ Para uma proposta concreta de um novo regime jurídico do videojogo, onde se vai além da mera descrição do objeto, veja-se Rodríguez-Piñero, 2018, p. 51.

conferida pelo direito de autor⁹⁴.

Do que acabámos de referir resulta uma outra diferença. Se, por um lado, a proteção dos videojogos como um todo permite proteger até aqueles elementos que, por si só, não têm capacidade para serem protegidos enquanto obra, o inverso também é verdade, ou seja, uma proteção fragmentada pode fazer com que a componente audiovisual de um videojogo, que reúna os requisitos de proteção autoral, seja protegida, quando não o seria se fosse avaliada com o videojogo como um todo⁹⁵.

Caso o autor do videojogo queira registar a sua obra, a proteção do videojogo como um todo, em vez da proteção individual de cada um dos seus elementos, corresponderia apenas a um tipo de registo. Desta forma, uma das vantagens práticas da proteção dos jogos de vídeo enquanto uma só obra seria uma economia de recursos.

Por fim, podemos destacar uma eventual diferença prática na forma como teria sido decidido o caso *Nintendo*, referido anteriormente. Se a classificação do videojogo fosse fracionada, então a escolha entre a Diretiva 2001/29/CE ou a Diretiva 2009/24/CE dependeria se a medida tecnológica de proteção estivesse a proteger, a título principal, o programa de computador ou o elemento audiovisual⁹⁶. Destarte, parece seguro inferir que o tribunal, neste caso, considera que os videojogos devem ser protegidos como uma obra unitária⁹⁷, já que nem sequer questiona quais dos elementos do videojogo é que as medidas tecnológicas de proteção estão a proteger a título principal, dizendo apenas que o videojogo como um todo vai além do programa de computador, logo cabe na Diretiva 2001/29/CE.

2.3. Posição adotada

A solução para classificação do tipo de obra em que melhor se enquadram os videojogos vai depender de país para país, visto que as definições que cada nação atribui a determinados conceitos não são necessariamente as mesmas, mas, em Portugal, a ideia da interatividade não aparenta estar associada às obras audiovisuais, e essa é uma

⁹⁴ Neste sentido, temos autores como Marc E. Mayer, em Scelsi & Dannenberg, 2019, pp. 66. Este autor, na mesma página, acrescenta que, na prática jurisprudencial, a separação entre o que pertence à componente audiovisual e o que faz parte do programa de computador pode não ser fácil. Contudo, na jurisprudência norte-americana, no caso *Lilith Games (Shanghai) Co., Ltd. v. uCool, Inc.* (Case No. 15-CV-01267-SC [N.D. Cal. Sept. 23, 2015], disponível em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv01267/285795/117/0.pdf>), de modo a poder ser feita a distinção entre estas duas componentes do videojogo, o tribunal decidiu dividir esta obra em elementos “literais” e “não literais”, atribuindo os primeiros ao programa de computador e os segundos à componente audiovisual.

⁹⁵ Esta ideia tem por base o pensamento de Maria Victória Rocha relativamente às obras multimédia quando refere que “Uma vez que a multimédia combina distintos elementos, nada obsta a que cada um desses elementos considerado individualmente seja suscetível de protecção. O que tem especial relevância quando a obra como um todo não tenha suficiente originalidade para gozar de protecção”, cfr. Rocha, 1996, 195.

⁹⁶ Esta diferença é apontada por Tito Rendas, mas cabe esclarecer que este autor rejeita esta hipótese, cfr. Rendas, 2014, pp. 5-6.

⁹⁷ Yin Harn Lee indica que o caso *Nintendo* pode significar que o direito de autor europeu protege os videojogos como uma só obra, cfr. Lee, 2020, p. 47.

das principais características dos videojogos⁹⁸. Aliás aquilo que confere interatividade ao videojogo é, precisamente, o programa de computador que lhe serve de base⁹⁹.

Por outro lado, proteger um videojogo enquanto mero programa de computador pode ser complicado, principalmente hoje em dia, em que os criadores de um videojogo não têm de desenvolver eles próprios toda a linguagem computacional necessária para realizar um videojogo, visto que o motor em que é construído o jogo de vídeo (*game engine*) pode nem sequer ser da autoria dos criadores do videojogo, o que significa que pode não haver muito código de computação novo quando se cria um videojogo¹⁰⁰. Adicionalmente, o próprio TJ, no caso *Nintendo*, constatou que os videojogos são obras complexas, isto é, são compostos por mais elementos para além do programa de computador.

Ora, se os videojogos não se conseguem integrar completamente na categoria das obras audiovisuais, mas também não são apenas programas de computador, isto significa que ou adotamos uma proteção separada para cada um destes elementos, ou aceitamos uma classificação como obra multimédia ou, então, como uma obra *sui generis*.

Talvez o melhor seja uma proteção através da obra multimédia (assumindo que, de acordo com a doutrina dominante, esta é uma possível classificação para uma obra), visto que muita da doutrina parece atribuir-lhes a característica da interatividade, algo que é essencial a um videojogo. Adicionalmente, como vimos, os videojogos, tal como as obras multimédia, são caracterizados por reunirem vários tipos de obras, ou seja, os três grandes elementos de um videojogo (áudio, vídeo e programa de computador) estão cobertos pela categoria das obras multimédia. Finalmente, quer os videojogos, quer as obras multimédia são obras que são expressas em formato digital, pelo facto de ambas terem na sua base um programa de computador¹⁰¹.

Resolvido o problema da classificação do videojogo, resta o problema de saber de que modo é que eles poderão ser protegidos. Sendo uma obra multimédia protegida como base de dados, será que este regime tutela de forma eficaz os videojogos? A verdade é que, mesmo que classifiquemos os videojogos como obras multimédia, tal não implica, necessariamente, que eles tenham de ser regulados pelo regime das bases de dados, visto que, tal como é possível que uma mesma obra multimédia seja vista como uma compilação e uma obra cinematográfica (por esta última poder ser vista

⁹⁸ “What truly distinguishes videogames from mere sequences of images, video, text and sound is their interactivity”, cfr. Rendas, 2014, p. 13.

⁹⁹ Cfr. Rendas, 2014, p. 14.

¹⁰⁰ Cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 11. Há até quem considere que o motor de jogo não deveria ser parte da proteção de um videojogo enquanto obra, cfr. Rodríguez-Piñero, 2018, p. 50.

¹⁰¹ Dito isto, José Alberto Vieira defende que “A obra digitalizada não pertence a nenhuma espécie de obras autonomizada pelo Direito de Autor”, cfr. Vieira, 2020, p. 630.

como uma forma especial de compilação)¹⁰², também o videojogo, enquanto obra multimédia, pode ser visto como compilação e, ao mesmo tempo, estar coberto pelo regime das obras cinematográficas (onde a analogia seja possível) ou, melhor ainda e numa perspetiva de direito a constituir, por um eventual regime *sui generis* que tenha em conta as especificidades de um videojogo que não existem nos filmes¹⁰³. De qualquer forma, é preciso ter em atenção que o programa de computador que sirva de base ao videojogo terá de ser protegido fora do regime das bases de dados¹⁰⁴, o que faz sentido, visto que também as obras cinematográficas podem ser realizadas com o recurso a programas de computador¹⁰⁵ (por exemplo, as imagens geradas por computador¹⁰⁶) e esse programa é objeto de uma tutela autónoma relativamente à obra cinematográfica¹⁰⁷.

Essencialmente, com esta classificação dos videojogos como obras multimédia, estamos a ir além da mera proteção individual de cada uma das obras que dão forma a um videojogo, ou seja, para além do direito de autor que possa existir quanto a cada um dos elementos que compõem um videojogo, estamos a proteger uma determinada seleção de conteúdos e a forma de disposição dos diferentes elementos constituintes de um videojogo, de modo a que possamos afirmar que aquele videojogo constitui efetivamente “uma criação intelectual específica do respetivo autor”¹⁰⁸. Nesta perspetiva, podemos afirmar que os videojogos são mais do que uma conexão de obras, visto que, como resulta do que temos dito até aqui, não nos parece que os jogos de vídeo

¹⁰² Cfr. Rocha, 1996, p. 193.

¹⁰³ Para além da proposta concreta de um novo regime jurídico do videojogo a que fizemos referência na nota de rodapé n.º 93, podemos referir que a indústria dos videojogos tem evoluído num sentido diferente do cinema, na perspetiva de que muitos criadores de videojogos, aproveitando-se dos avanços das telecomunicações (ex: transmissão de informação a altas velocidades), têm preferido uma abordagem de trabalho caracterizada por realizar melhorias constantes ao videojogo (melhorias essas que os jogadores podem descarregar graças à sua ligação à internet), o que revela alguma aproximação à ideia do “*Software-as-a-Service*”, contrariamente aos filmes que, uma vez exibidos ao público, raramente são sujeitos a modificações/melhoramentos.

¹⁰⁴ Como resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 3 da Diretiva 96/9/CE e artigo 1.º, n.º 4 do DL n.º 122/2000, de 04 de julho. Também José Alberto Vieira defende uma proteção independente para o programa de computador subjacente ao “trabalho multimédia”, cfr. Vieira, 2020, p. 639.

¹⁰⁵ “As imagens virtuais do filme são protegidas da mesma maneira das outras” e “Seja qual for o suporte, analógico ou digital (...) a proteção legal do filme não está dependente dele, nem a prejudica de modo algum”, cfr. Vieira, 2020, p. 107.

¹⁰⁶ Mais conhecido pelo termo CGI (*Computer Generated Imagery*).

¹⁰⁷ Dito isto, enquanto uma obra cinematográfica pode ser realizada sem recurso a programas de computador, o mesmo não nos parece que possa ser dito quanto aos videojogos.

¹⁰⁸ Cfr. Artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (de 11 de março de 1996). A ideia de separação entre a proteção do videojogo como um todo, isto é, enquanto uma obra multimédia, e cada um dos “conteúdos” que o compõem é algo que resulta do disposto no artigo 3.º, n.º 2 da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (de 11 de março de 1996), no artigo 4.º, n.º 3 do DL n.º 122/2000, de 04 de julho e ainda do artigo 5.º do tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direito de autor. Neste sentido veja-se ainda Rocha, 1996, p. 194.

possam ser reduzidos a meras “combinações de duas ou mais obras com a finalidade de exploração comercial conjunta”¹⁰⁹.

3. Videojogos e patentes

Atualmente, como vimos, os programas de computador estão enquadrados no âmbito do direito de autor. Isto significa que se incluíssemos os videojogos no conjunto de obras qualificadas como programas de computador, estes seriam regulados pelo DL n.º 252/94 e pelo CDADC e não pelas normas previstas para as patentes¹¹⁰. Ainda assim, independentemente da qualificação adotada para os videojogos, convém estudar a relação destes com as patentes, ou seja, perceber se existem ou não determinados aspetos de um videjogo que possam ser objeto de uma patente. De um ponto de vista prático, também se têm tornado frequentes, em países como os EUA, litígios envolvendo patentes e videjogos¹¹¹.

Podemos definir uma patente de invenção como “um título que confere um direito exclusivo de exploração de um invento”¹¹², sendo que este invento pode consistir num novo produto, num novo processo ou em novas utilizações. De modo a não nos desviarmos em demasia do propósito deste capítulo, devemos apenas acrescentar que existem quatro requisitos substantivos que devem ser preenchidos para que uma patente possa ser concedida, particularmente, temos de estar perante uma invenção, nova, que implique atividade inventiva e que seja suscetível de aplicação industrial¹¹³.

¹⁰⁹ Cfr. Vieira, 2020, p. 199. Segundo este mesmo autor: “Na conexão de obras o conjunto não atinge um grau expressivo novo, por outras palavras, da combinação não resulta uma nova obra, enquanto na compilação de obras nasce uma nova expressão, a expressão compilatória”, cfr. Vieira, 2020, p. 202.

¹¹⁰ Quanto à relação entre programas de computador e patentes, cabe esclarecer que os programas de computador estão excluídos de patenteabilidade “como tais” (como resulta do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) e n.º 3 da CPE). Existem vários entendimentos quanto ao significado desta expressão, por exemplo, “Um programa de computador só não deve ser considerado *como tal* quando esteja ao serviço de uma invenção programável que realiza um conjunto de tarefas predefinidas dirigidas a fenómenos tangíveis e não apenas de informação. (...) Todos os outros programas protegidos diretamente, incluindo os que produzem um efeito técnico suplementar que vai para além da interação física *software/hardware*, devem ser considerados programas *como tais*, passíveis de serem protegidos, apenas, e exclusivamente, pelo direito de autor”, cfr. Gonçalves, 2019, pp. 54-55, e, de forma mais simples, há quem diga que estaremos perante um programa de computador “como tal” quando esse programa não constitua uma solução técnica para um problema técnico, cfr. Cabral, 2016, p. 158.

No plano europeu, apesar de não se admitir patentes sobre programas de computador tão facilmente como nos EUA, já foram concedidas algumas “on the basis that they had a technical effect on hardware or even that the software permitted other software to work significantly better”, cfr. Greenspan, 2014, p. 215.

Maria Victória Rocha defende que é possível haver cumulação das proteções conferidas pelo direito de autor e por patentes, cfr. Rocha, 2017, p. 110.

¹¹¹ Cfr. Greenspan, 2014, p. 30 e Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 93. Um exemplo da jurisprudência norte-americana onde se discutiu uma eventual violação de uma patente por uma empresa criadora de videjogos é o caso *Atari Corp. v. Sega of America, Inc.*, 869 F. Supp. 783 (N.D. Cal. 1994), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/869/783/1495595/>.

¹¹² Cfr. Silva, 2019b, p. 47.

¹¹³ Como decorre do artigo 52.º, n.º 1 da CPE e do artigo 50.º, n.º 1 do CPI.

Desde já, devemos deixar claro que os videojogos em si mesmos, isto é, enquanto produto ou obra completa, não são patenteáveis¹¹⁴, não porque sejam expressamente excluídos pela lei¹¹⁵, mas simplesmente porque não preenchem os requisitos para que possam ser objeto de uma patente. Facilmente poderemos constatar que dificilmente um videojogo poderá ser qualificado como uma invenção, no sentido de solução técnica para um problema técnico. Contudo, nos EUA, existem cada vez mais patentes que, indiretamente, estão ligadas aos videojogos¹¹⁶. Já no plano europeu, o artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE diz que os “planos, princípios e métodos (...) em matéria de jogo”¹¹⁷ (“como tais” devido ao disposto no n.º 3 deste artigo) não podem ser considerados como invenções, logo não podem ser objeto de patentes¹¹⁸.

Apesar destes obstáculos, parece haver algum espaço para a conceção de patentes relacionadas com a indústria dos videojogos. Um exemplo disso é o pedido de patente da Nintendo Co., Ltd¹¹⁹ que tem como invenção algo que pode ser descrito do seguinte modo: “Nintendo’s invention allows a selected virtual object to be moved between display areas on a screen when a movement sensor (...) is moved with sufficient acceleration or angular velocity”¹²⁰. Neste caso, a divisão de exame começou por recusar o pedido, pois considerou que não havia novidade nem atividade inventiva¹²¹. Todavia, a câmara de recurso (começando por afirmar que as reivindicações estavam suficientemente claras, como exige o artigo 84.º da CPE) disse que havia novidade¹²², o

¹¹⁴ Hristina Georgieva refere que “It should be underscored, however, that despite the cited provision [artigo 52.º, n.º 2 da CPE], the European Patent Office (EPO) has registered a number of software patents, including videogames, for example, issued to Konami Co., Ltd. European Patent Video Game Patent (EP 1703429 A2)”, cfr. Georgieva, 2018, p. 3; no entanto, o caso aqui mencionado (que pela referência parece corresponder ao caso T 0928/03, disponível em <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appels/recent/t030928eu1.html>), em rigor, não concede uma patente sobre um determinado videojogo, mas sim um elemento desse videojogo (*guide display device e guide displaying method*).

¹¹⁵ Hristina Georgieva defende que a Convenção de Munique sobre a patente europeia (CPE), no seu artigo 52.º, n.º 2, exclui do conjunto de invenções os videojogos, cfr. Georgieva, 2018, p. 3, mas, para ser mais preciso, o que este artigo afasta como invenção são “schemes, rules and methods for (...) playing games” e não os videojogos em si mesmos.

¹¹⁶ “Other means for protecting certain elements of video games are patents (for the functional aspects of the game)”, cfr. Ramos, López, Rodríguez, Meng & Abrams, 2013, p. 91. Alguns exemplos incluem “hardware, digital distribution, networking, and inventive gameplay”, cfr. Greenspan, 2014, p. 95. Um exemplo recente, que poderá ser incluído na categoria de “inventive gameplay”, é o pedido de uma patente, feito pela editora de videojogos Take-Two Interactive, para um sistema e método para navegação virtual num ambiente de jogo, disponível em <https://uspto.report/patent/app/20200338450>. Esta editora já realizou muitos outros pedidos de patente relacionados com os seus videojogos (cfr. <https://uspto.report/company/Take-Two-Interactive-Software-Inc/patents>).

¹¹⁷ Esta tradução consta de <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec52-1991.pdf>.

¹¹⁸ É importante referir que esta exceção do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, quando menciona “jogo”, inclui os videojogos, cfr. European Patent Office, 2021, Part G – Chapter II-9.

¹¹⁹ Caso n.º T 1504/17, decisão de 17 de agosto de 2020, disponível em <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appels/recent/t171504eu1.html>.

¹²⁰ Cfr. Roy, 2020. Uma descrição mais completa da invenção em causa consta do ponto V do sumário dos factos do caso n.º T 1504/17.

¹²¹ Cfr. ponto II do sumário dos factos do caso n.º T 1504/17.

¹²² Ao longo dos pontos 5 e 6 do caso n.º T 1504/17, a câmara de recurso vai comparando o pedido em casa e as suas reivindicações com uma série de outros documentos, tendo acabado por concluir que nenhum deles colocava em causa a novidade deste pedido. Quanto ao modo como estes documentos devem ser analisados: “In determining novelty, a prior-art document is to be read as it would have been read by a

que significa que a invenção em causa não está compreendida no estado da técnica (artigo 54.º, n.º 1 e 2 da CPE). De modo a afastar uma possível associação da reivindicação em causa com o artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, a câmara de recurso afirma que a invenção em causa não se trata de uma regra/princípio de jogo (“*game rule*”¹²³) ou de uma especificidade de um determinado jogo, mas sim de uma solução técnica para controlar um objeto no espaço de jogo¹²⁴, ou seja, esta invenção não está excluída pela lei. Além disso, a invenção tem caráter técnico¹²⁵ e constitui uma solução técnica (“display switching means switching a target object from one area to another by determining when acceleration or angular velocity exceeds a threshold”¹²⁶) para um problema técnico (“how to adapt the program of D5 so that display switching a targeted object is easier for the user”¹²⁷). No que diz respeito à atividade inventiva¹²⁸ (prevista no artigo 56.º da CPE), ela é composta por três elementos: o estado da técnica¹²⁹, o perito na especialidade¹³⁰ e a não evidência¹³¹. No caso concreto, parece-nos que a câmara de recurso utilizou a abordagem problema-solução para concluir que havia atividade inventiva, ou seja, começando por comparar a reivindicação em apreço com a que consta em D5¹³², determinou o estado da técnica mais próximo (que constava do D5), identificou o problema técnico a resolver (como já o dissemos) e determinou que a invenção em causa, tendo em conta o estado da técnica, não teria sido evidente para um perito na especialidade¹³³. Quanto aos restantes documentos citados por este caso,

person skilled in the art on the relevant date of the document”, cfr. European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VI-1.

¹²³ O que se entende por “*game rules*”, para efeitos desta Convenção (que na versão portuguesa da Convenção corresponde aos princípios em matéria de jogo) está detalhado em European Patent Office, 2021, Part G – Chapter II-9 e 10.

¹²⁴ Cfr. o ponto 7.1 do caso n.º T 1504/17.

¹²⁵ No ponto 7.1 do caso n.º T 1504/17, a câmara de recurso, ao descrever a invenção, diz que esta é uma “technical feature”. Caráter técnico significa que “o invento deve ter por objeto um ‘ensinamento técnico’, ou seja, deve indicar ao perito na especialidade como proceder para resolver um determinado problema técnico utilizando certos meios técnicos”, cfr. Silva, 2019b, p. 49.

¹²⁶ Cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹²⁷ Cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹²⁸ Pedro Sousa e Silva descreve a atividade inventiva como “um patamar qualitativo respeitante ao mérito do invento”, cfr. Silva, 2019b, p. 60.

¹²⁹ Devemos ter em consideração que o estado da técnica a que se refere o requisito da atividade inventiva tem um sentido diferente daquele a que se refere o requisito da novidade, cfr. Silva, 2019b, p. 61. Neste mesmo sentido: “Por outro lado, por confronto com a apreciação do requisito da novidade, no qual o perito deve efetuar uma comparação individualizada entre a invenção apresentada e a informação anterior, no caso do requisito da originalidade (ou atividade inventiva) a apreciação compreende a invenção e todos os elementos isolados ou combinados que formam o estado da técnica incluindo referências técnicas equivalentes”, cfr. Gonçalves, 2019, p. 71.

¹³⁰ O perito na especialidade pode ser descrito como um especialista (ou grupo de especialistas) na área de conhecimento em que o invento foi desenvolvido, mas não corresponde a um especialista acima da média. Ele representa o técnico médio, isto é, alguém competente e experiente na matéria. Neste sentido veja-se Silva, 2019b, p. 61, Gonçalves, 2019, p. 71 e European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-1.

¹³¹ Uma invenção não é evidente quando demonstra criatividade, isto é, temos de estar perante uma solução técnica mais sofisticada do que aquela que seria decorrente do avanço regular da técnica. Neste sentido veja-se Silva, 2019b, p. 61, Gonçalves, 2019, p. 71 e European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-2.

¹³² “D5” corresponde ao documento 5 a que o caso n.º T 1504/17 faz referência.

¹³³ Estas três etapas da abordagem problema-solução estão enunciadas em European Patent Office, 2021, Part G – Chapter VII-2 e 3. Já de acordo com a Case Law of the Boards of Appeal, esta abordagem está dividida em quatro etapas (a etapa extra consta da alínea b)), cfr. European Patent Office, 2019, p. 176,

como tinham ainda menos fatores em comum com a invenção em causa, não criaram nenhum obstáculo ao reconhecimento da atividade inventiva na invenção em causa.

Do exposto podemos depreender que, apesar da exclusão que consta do artigo 52.º, n.º 2, alínea c) da CPE, as patentes podem ser uma forma de tutela de determinados elementos dos videojogos, desde que esses elementos possuam um carácter técnico e preencham os demais requisitos de patenteabilidade.

4. Particularidades da propriedade intelectual nos videojogos

4.1. Contorno de medidas tecnológicas de proteção

Graças à tecnologia digital é hoje mais fácil aceder a determinados tipos de obras, mas essa facilidade no acesso também se traduz em maiores riscos de infração dos direitos dos autores dessas mesmas obras. Deste modo, foram criadas medidas tecnológicas de proteção com o objetivo de reduzir estes riscos e garantir aos autores das obras o controlo efetivo dos seus direitos. O nosso CDADC, nos artigos 217.º a 228.º, consagra a proteção das medidas de carácter tecnológico (e não só), sendo que o artigo 217.º, n.º 2 diz-nos o que são medidas de carácter tecnológico. Ao nível da União Europeia, segundo o artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva 2001/29/CE, as medidas de carácter tecnológico são:

(...) quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito sui generis previsto no capítulo III da directiva 96/9/CE¹³⁴.

No que diz respeito à jurisprudência da União Europeia, é particularmente relevante para este ponto o caso *Nintendo*¹³⁵, pois estamos perante uma decisão europeia relativa a uma situação de contorno de medidas tecnológicas de proteção, mais concretamente, um litígio em que a Nintendo acusava a PC Box de comercializar, através de um *website* gerido pela PC Box, “*mod chips*”¹³⁶ e “*game copiers*”¹³⁷. Depois de instalados nas consolas, estes dispositivos permitiam a utilização de um *software*

mas, no caso em estudo, esta alínea b) está verificada quando se compara o objeto deste pedido de patente com o estado da técnica mais próximo dizendo que esta invenção permite mover um objeto de modo mais intuitivo e, assim, com maior facilidade, cfr. o ponto 7.2 do caso n.º T 1504/17.

¹³⁴ Alguns elementos desta definição também constam do considerando 47 desta diretiva.

¹³⁵ Referência completa na nota de rodapé n.º 74.

¹³⁶ “Video game modification chips, or mod chips, are enhancement devices which users place inside video game consoles to add functionality to the machines”, cfr. Harris Jr., 2007, p. 115.

¹³⁷ Cfr. § 2 do caso *Nintendo*.

adicional (criado por produtores independentes, conhecidos por “*homebrews*”¹³⁸) e eram usados de forma a neutralizar as medidas tecnológicas de proteção das consolas da Nintendo, possibilitando a utilização de cópias ilegais de jogos de vídeo, mas também de *software* que não era da autoria da Nintendo. A primeira questão consistia em saber se o âmbito de proteção do artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva 2001/29/CE poderia abranger as consolas da Nintendo ou apenas o suporte da obra protegida (ex: CD-Rom do videojogo). O TJ considerou que, devido à necessária interoperabilidade entre as medidas tecnológicas de proteção do suporte do videojogo e da consola, ambas estariam cobertas pelo artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva 2001/29/CE¹³⁹. A segunda questão girava em torno dos “critérios para apreciar o alcance da proteção jurídica contra a neutralização de medidas de carácter tecnológico eficazes na aceção do artigo 6.º da Diretiva 2001/29”¹⁴⁰. A resposta a esta questão encontra-se no artigo 6.º, n.º 2 e no considerando 48 da Diretiva 2001/29/CE, ou seja, a proteção jurídica conferida pela diretiva tem de observar o princípio da proporcionalidade, e cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar “se outras medidas ou medidas não instaladas nas consolas poderiam causar menos interferências com as atividades dos terceiros ou limitações dessas atividades, proporcionando uma proteção comparável aos direitos do titular”¹⁴¹. Deve ainda referir-se que o TJ, como vimos anteriormente, enquadró as medidas tecnológicas de proteção no âmbito da Diretiva 2001/29/CE e não na Diretiva 2009/24/CE¹⁴².

Deste caso decorre, ainda, que as medidas tecnológicas de proteção podem ter um papel eficaz no combate à “utilização de cópias ilegais de jogos de vídeo”¹⁴³. Dito isto, o caso *Nintendo*, que aqui analisámos, refere que as medidas tecnológicas de proteção evitam a utilização de “jogos de vídeo contrafeitos”¹⁴⁴. Contudo, as medidas de carácter tecnológico são mais frequentemente associadas ao combate à pirataria¹⁴⁵ e, segundo

¹³⁸ Para uma descrição do termo *homebrew* veja-se Harris Jr., 2007, p. 116. Essencialmente, trata-se de *software* adicional que é capaz de acrescentar novas funcionalidades à consola e precisa de *mod chips* para ser incorporado nas mesmas.

¹³⁹ Cfr. § 28 do caso *Nintendo*.

¹⁴⁰ Cfr. § 29 do caso *Nintendo*.

¹⁴¹ Cfr. § 38 do caso *Nintendo*. Devem ser tidos em conta fatores como os custos, aspetos técnicos e práticos e a eficácia das diferentes medidas de carácter tecnológico, assim como a finalidade dos dispositivos de neutralização das mesmas.

¹⁴² A proteção conferida às medidas tecnológicas de proteção pela Diretiva 2009/24/CE é inferior à Diretiva 2001/29/CE, cfr. Rendas, 2014, pp. 8 e 13. Este mesmo autor discorda da interpretação dada pelo TJ à doutrina da *lex specialis*, isto é, defende a possibilidade de aplicar esta doutrina mesmo em casos onde a lei especial apenas regule parcialmente a situação em causa, visto que as razões que serviram de base à menor proteção conferida às medidas tecnológicas de proteção no âmbito da Diretiva 2009/24/CE também são válidas para os videojogos, cfr. Rendas, 2014, p. 14.

¹⁴³ Cfr. § 10 do caso *Nintendo*.

¹⁴⁴ Cfr. § 12 do caso *Nintendo*. O uso da palavra “contrafação” está de acordo com a língua do processo (que é o italiano) onde se diz “*contraffatti*”.

¹⁴⁵ Neste sentido, Tito Rendas refere que as medidas tecnológicas de proteção podem prevenir a instalação de cópias pirata de videojogos, assim como videojogos *homebrew*, cfr. Rendas, 2014, p. 2. Também Luís Menezes Leitão faz esta ligação ao dizer que “o seu surgimento [dos dispositivos tecnológicos de proteção]

Patrícia Akester, o termo “pirataria” corresponde à usurpação¹⁴⁶. Adicionalmente, importa referir que nem todos os *mod chips* são construídos com a finalidade de cometer alguma ilegalidade¹⁴⁷, daí a importância de respeitar o princípio da proporcionalidade¹⁴⁸ e de garantir que os dispositivos em causa respeitem o disposto no artigo 6.º, n.º 2 da Diretiva 2001/29/CE.

No contexto das medidas de carácter tecnológico, é também de realçar o Regulamento n.º 608/2013, de 12 de junho, por incluir os dispositivos de neutralização de medidas de carácter tecnológico no âmbito da intervenção das autoridades aduaneiras¹⁴⁹. Essencialmente, este regulamento vem regular as intervenções das autoridades aduaneiras quando estejam em causa “mercadorias suspeitas de violar um direito de propriedade intelectual”¹⁵⁰, entre as quais se encontram os tais dispositivos de neutralização¹⁵¹. Ainda relacionada com os videojogos (mas não só), está a referência a “mercadorias-pirata”¹⁵², visto que, tal como na indústria musical e cinematográfica, também podem ser fabricadas cópias de um videojogo sem a autorização do titular do direito¹⁵³.

4.2. Modificações nos videojogos

Os videojogos são bastante conhecidos pela sua componente interativa, mas tal interação não se limita ao simples processo de jogar o videojogo. Muitos jogos são modificados pelos próprios jogadores, que lhes acrescentam mais conteúdo. O tipo de modificações é bastante diverso (podem ser, por exemplo, novos locais, novos modos de jogo, novos itens, etc.) e varia consoante o grau de acessibilidade com que são feitas essas modificações, ou seja, os próprios criadores do videojogo têm um papel preponderante na facilidade com que o seu jogo pode ser objeto de modificações por

tornou-se necessário em virtude da crescente pirataria”, cfr. Leitão, 2020, p. 358. Na doutrina estrangeira também é comum ver a associação entre estas medidas e o combate à pirataria, cfr. Harris Jr., 2007, p. 117.

¹⁴⁶ Cfr. Akester, 2013, p. 188. O Regulamento n.º 608/2013, de que falaremos no parágrafo que se segue, distingue entre mercadorias de contrafação e mercadorias pirata. Veja-se ainda o considerando 22 da Diretiva 2001/29/CE.

¹⁴⁷ Cfr. Harris Jr., 2007, pp. 116 e 117. Este autor critica o caso norte-americano *Sony v. Divineo*, porque muitas das utilizações dos *mod chips* não são ilegais e, como tal, a decisão daquele caso está apenas a colocar um entrave à inovação e criatividade dos distribuidores e utilizadores de *mod chips* para videojogos, cfr. Harris Jr., 2007, pp. 135-136. Neste mesmo sentido, Yin Harn Lee alerta para o facto de as medidas tecnológicas de proteção instaladas nas consolas impedirem, entre outras coisas lícitas, a utilização de videojogos criados por produtores independentes (cfr. Lee, 2020, p. 55). Se, por um lado, entendemos que os fabricantes das consolas queiram controlar os videojogos que estão disponíveis nas mesmas para impedir que videojogos de fraca qualidade sejam associados à sua consola, por outro, é fulcral respeitar o escopo dado às medidas tecnológicas de proteção pela Diretiva 2001/29/CE.

¹⁴⁸ Que se pode manifestar em, por exemplo, impedir o uso de medidas tecnológicas de proteção que sejam demasiado disruptivas, cfr. Lee, 2020, p. 56.

¹⁴⁹ Como resulta do considerando 5 deste regulamento.

¹⁵⁰ Cfr. artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento n.º 608/2013.

¹⁵¹ Estes dispositivos encontram-se definidos no artigo 2.º, n.º 7, alínea b) do Regulamento n.º 608/2013.

¹⁵² Explicadas no artigo 2.º, n.º 6 do Regulamento n.º 608/2013.

¹⁵³ Contudo, deve ser clarificado que muita da pirataria que ocorre hoje em dia, na indústria dos videojogos, é realizada *online*, e não através de cópias físicas.

terceiros. Esta criação de conteúdos para um videojogo por terceiros é conhecida como “*modding*”¹⁵⁴ e é algo bastante frequente nos videojogos da atualidade, particularmente, naqueles desenvolvidos para computadores¹⁵⁵. Destarte, o jogador dos videojogos deixa de ser um mero utilizador passivo destas obras, no sentido em que ele próprio passa a ser capaz de as modificar¹⁵⁶.

De acordo com o artigo 12.º da Convenção de Berna, são os autores das obras originais que podem autorizar adaptações, arranjos ou transformações às suas obras. Podemos, assim, constatar que este é um direito exclusivo desses autores, tal como aliás consta, também, na nossa legislação nacional, em particular, no artigo 68.º, n.º 2, alínea g) do CDADC. O artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do CDADC consagra as transformações das obras no âmbito de obras equiparadas a originais e, como tais, suscetíveis de proteção pelo direito de autor. Contudo, se equiparmos as modificações dos videojogos a transformações de uma obra, então tais transformações só serão possíveis caso haja autorização por parte dos detentores dos direitos de autor do videojogo em causa¹⁵⁷. Adicionalmente, estas modificações podem entrar em conflito não apenas com um direito patrimonial de autor, mas também com um direito moral do autor, mais precisamente, o direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra, como resulta dos artigos 9.º, n.º 3 e 56.º, n.º 1 do CDADC. Isto significa que, mesmo quando haja autorização por parte do autor da obra original para que se possa proceder à realização da obra derivada, tal obra derivada terá de “respeitar o sentido da obra original” e as modificações só serão lícitas na medida em que não desvirtuem essa obra original¹⁵⁸.

Outra questão consiste em saber se qualquer modificação no videojogo, por mais pequena que seja, dá sempre origem a uma obra derivada. Para termos uma obra derivada é preciso que haja uma transformação de uma obra anterior, mas o grau de

¹⁵⁴ “Relacionando com os videojogos, é possível perceber que surgem diferentes maneiras de interação, não só com o jogo em si, mas de outras formas, como (...) o *modding* (modificações e extensões feitas ao videojogo, pelos próprios jogadores, que por vezes são comercializadas ou dão origem a um novo jogo)”, cfr. Pinto, Cádima, Coelho & Dias, 2017, p. 167. “Mods, or modifications, are made by altering or creating files for the game engine”, cfr. Schlinsog, 2013, p. 189. Pedro Pina refere que “some of the most impressive derivative works consist in additional software such as add-ons and mods”, cfr. Pina, 2011, p. 469.

¹⁵⁵ É muito mais simples para os utilizadores modificar videojogos desenvolvidos para computador (onde se utilizam sistemas operativos como Windows, Linux e o MacOS, que permitem chegar mais facilmente aos ficheiros do jogo), do que aqueles que são desenvolvidos para outras plataformas.

¹⁵⁶ “Today, reality has dramatically changed and almost everyone connected to the internet can obtain software able to facilitate the creation or the adaptation of digital works”, cfr. Pina, 2011, p. 465.

¹⁵⁷ Como consta do artigo 169.º, n.º 1 do CDADC. Esta autorização a que nos referimos só não será necessária quando a obra preexistente não seja protegida por direito de autor, como refere Leitão, 2020, p. 104.

¹⁵⁸ Cfr. artigo 169.º, n.º 3 e 4 do CDADC. Poderíamos até perguntar se estas exigências fazem sentido, tendo em conta a existência das paródias, mas a verdade é que estas estão previstas na lei enquanto obras originais, cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea n) do CDADC, e o artigo 169.º do CDADC aplica-se a “qualquer transformação”, ou seja, obras derivadas. Apesar disso, Maria Catarina Louro refere que, na prática, as paródias aproximam-se mais de obras derivadas do que de obras originais, já que correspondem “a um uso transformativo da obra anterior” (cfr. Louro, 2018, p. 53) e, como tal, seria necessário reconhecer a “exceção de paródia” (cfr. Louro, 2018, p. 54) que, para além de dispensar autorização do autor da obra original, ampliaria “as invasões possíveis à honra e reputação” (cfr. Louro, 2018, p. 59).

criatividade da obra derivada é sempre inferior ao da obra original¹⁵⁹. Ainda assim, uma obra derivada tem sempre de preencher os requisitos necessários à proteção das demais obras pelo direito de autor, o que significa que uma modificação de um videogame só poderá ser qualificada como obra se for uma criação humana, intelectual, exteriorizada e original¹⁶⁰. No caso dos videogames, utilizando um exemplo da jurisprudência norte-americana¹⁶¹, o tribunal disse que a utilização de todos aqueles níveis criados pelos jogadores do jogo de vídeo “Duke Nukem 3D” (através de ferramentas e de arte criada para o jogo), da FormGen, no produto “Nuke It”, da Micro Star, faz com que este último seja uma obra derivada do primeiro¹⁶². Este exemplo poderá ser aplicado a outros casos em torno do UGC¹⁶³, categoria onde se incluem os *mods*¹⁶⁴.

Também seria pensável classificar certas modificações nos videogames como obras compósitas¹⁶⁵, pelo menos naqueles casos em que essas modificações apenas adicionem determinados conteúdos sem alterar quaisquer elementos da obra original. Por exemplo, imaginemos que um determinado videogame tem dez níveis e, um terceiro, sem qualquer colaboração por parte dos criadores do videogame, cria uma modificação que acrescenta três novos níveis ao jogo. Neste caso, faz mais sentido a qualificação desses novos níveis como uma obra compósita (assumindo que estão preenchidos todos os requisitos inerentes à proteção da obra), visto que não ocorre transformação do videogame original (os dez níveis que compunham o videogame mantêm-se exatamente iguais). Já se, em vez de novos níveis, estivéssemos a falar de novos itens que o jogador poderia colecionar, já estaríamos perante uma transformação do videogame, visto que esses novos itens alterariam o modo como os jogadores interagiriam com os dez níveis do jogo. De todo o modo, as obras compósitas também carecem de autorização por

¹⁵⁹ Cfr. Leitão, 2020, p. 103. Contudo, “o grau de criatividade não se confunde, porém, com a qualidade da obra”, cfr. Leitão, 2020, p. 103.

¹⁶⁰ O acórdão do STJ, de 25 de maio de 2021, processo n.º 89359/10.7YIPRT.L2.S1, diz que “Mesmo nos casos em que ocorre essa transformação de uma expressão anterior, tal não basta para que se possa falar em obra derivada, uma vez que, para tanto, será necessário que se mostrem preenchidos dois requisitos cumulativos: (i) que haja transformação de uma expressão anterior; e (ii) que essa transformação seja realizada criativamente por alguém”.

¹⁶¹ Caso MICRO STAR v. FORMGEN INC. 154 F.3d 1107 (9th Cir. 1998), disponível em <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1998%20Micro%20Star%20Abridged.pdf>.

¹⁶² Referindo-se aos elementos de prova necessários para qualificarmos uma obra como derivada de outra, particularmente, a semelhança entre as ideias e a expressão, o tribunal refere o seguinte: “FormGen will doubtless succeed in making these showings since the audiovisual displays generated when the player chooses the N/I levels come entirely out of D/N-3D’s source art library”, cfr. p. 4 do caso MICRO STAR. Como o que se protege é a expressão e não as ideias, a transformação/modificação de um videogame, para não ser considerada como uma obra derivada protegida pelo direito de autor, terá de ser realizada “without copying substantially the used expression or code”, cfr. Pina, 2011, p. 472.

Para a jurisprudência norte-americana, outro requisito é que “a derivative work must exist in a ‘concrete or permanent form’”, cfr. p. 3 do caso MICRO STAR.

¹⁶³ Cfr. Schlinsog, 2013, p. 200.

¹⁶⁴ Cfr. Schlinsog, 2013, p. 189. Quanto ao conceito de *mods*, veja-se a nota de rodapé n.º 154.

¹⁶⁵ “(...) na obra compósita ocorre apenas a incorporação de uma outra obra, sem que a original seja de algum modo transformada”, Cfr. Leitão, 2020, p. 111.

parte do autor da obra original para nela poderem ser incorporadas, como decorre do artigo 20.º, n.º 1 do CDADC.

Atualmente, grande parte dos videojogos que existem no mercado contém um EULA¹⁶⁶. O EULA é um acordo que confere uma licença de utilização final¹⁶⁷ e é um documento que consagra um conjunto de regras para a utilização, neste caso, de um determinado videojogo¹⁶⁸. Nas várias cláusulas que compõem este acordo existem, geralmente, alguns pontos dedicados às modificações do videojogo. Por exemplo, a empresa Rockstar Games refere no seu EULA o seguinte: “The Software may not be copied, reproduced, altered, modified, or distributed in any manner or medium, in whole or in part, without prior written consent from Licensor”¹⁶⁹. Este EULA tem uma parte dedicada ao UGC que indica que os jogadores poderão criar conteúdos para o jogo, mas, no caso de poderem ser protegidos por *copyright*, os direitos patrimoniais dos criadores desses conteúdos serão licenciados à Rockstar Games. Adicionalmente, também menciona os direitos morais, dizendo que o criador de conteúdos terá de renunciar a esses direitos¹⁷⁰. Este EULA refere que a lei aplicável é a lei do estado de Nova Iorque (EUA), mas analisemos o conteúdo deste EULA (no que diz respeito ao UGC) de acordo com a legislação nacional. A autorização concedida à Rockstar Games para utilizar esses conteúdos não levanta grandes problemas, visto que os direitos patrimoniais são disponíveis (artigo 40.º do CDADC). Já a parte em que refere que o criador desses conteúdos deve renunciar aos direitos morais vai contra o disposto no artigo 56.º, n.º 2 do CDADC. De acordo com Luís Menezes Leitão, no caso de obras intelectuais feitas por encomenda, o direito pessoal de autor pode ser atribuído ao comitente¹⁷¹, mas não nos parece que esse seja o caso neste EULA, visto que está implícito que o direito moral pertence ao criador de conteúdos, caso contrário não faria sentido dizer que este deveria renunciar ao direito¹⁷².

Os EULA com este tipo de cláusulas são bastante comuns nos videojogos, mas também se discute se não deveriam ser reconhecidos direitos aos criadores destas modificações nos videojogos através do próprio direito de autor, sem que seja

¹⁶⁶ Cfr. Pina, 2011, p. 471.

¹⁶⁷ Nos contratos de licença de *software* existem 3 tipos de licenças: licenças de produção, licenças de distribuição e licenças de utilização final, cfr. Leitão, 2020, p. 350.

¹⁶⁸ O EULA pode ter por objeto “programas produzidos em série (*standard software*), ainda que adaptados, ou um programa novo concebido especificamente para os fins visados pelo utilizador (*individual software*)”, cfr. Leitão, 2020, pp. 350 e 351. No caso da venda de videojogos, estamos a falar do primeiro caso, visto que são programas produzidos em série.

¹⁶⁹ Sublinhado nosso. Este EULA encontra-se disponível em <https://www.rockstargames.com/eula>.

¹⁷⁰ “You hereby waive and agree never to assert any moral rights”, cfr. EULA, referido na nota de rodapé anterior.

¹⁷¹ Cfr. Leitão, 2020, p. 114. Em sentido oposto veja-se Rocha, 2017, p. 53.

¹⁷² Convém realçar que o conteúdo dos EULA não é igual em todos os casos, pois, por exemplo, o EULA do videojogo “Minecraft”, no ponto 3, não menciona qualquer renúncia a direitos morais. Este EULA está disponível em <https://www.minecraft.net/en-us/terms/nintendo-switch>.

necessário deixar a sua gestão para o âmbito dos EULA que, aliás, muitas vezes, acabam por fortalecer a posição dos autores da obra (autores do videojogo)¹⁷³. No fundo, a ideia é tentar conciliar a liberdade de expressão e a promoção da criatividade dos utilizadores com a proteção dos autores¹⁷⁴. No nosso entender, o grau de criatividade dos utilizadores deve estar sujeito à vontade do autor da obra. Não podemos esquecer que, principalmente nos países como o nosso, onde vigora o sistema de *droit d'auteur*, o direito de autor preocupa-se mais com a tutela da personalidade do autor do que com a promoção da criatividade artística. Isto significa que a criatividade dos utilizadores deverá ser sempre limitada pela vontade do criador do videojogo, ou seja, a realização de modificações, como obra derivada, deverá estar dependente da autorização do autor da obra original¹⁷⁵. Aliás, a criação de um direito do utilizador para modificar o videojogo como lhe aprouver (por exemplo, adicionando uma nova exceção ao artigo 75.º do CDADC), mesmo que se exigisse a não existência de uma finalidade comercial, colidiria frontalmente com o direito moral do autor em assegurar a integridade e genuinidade da sua obra, visto que qualquer pessoa poderia modificar a sua obra, independentemente da sua vontade, em nome da defesa do “utilizador criativo”¹⁷⁶. Por fim, muitas vezes é do interesse dos próprios criadores dos videojogos assegurar que o seu produto é facilmente modificável e, nesses casos, os utilizadores poderão ter maior liberdade¹⁷⁷.

¹⁷³ Cfr. Pina, 2011, pp. 471 e 472.

¹⁷⁴ “Copyright must protect the author (...) But it cannot be forgotten that there also should be a place for the user and for the community within copyright”, cfr. Pina, 2011, p. 473.

Quanto às modificações dos videojogos (UGC) existem três soluções possíveis quanto à titularidade dessas criações: titularidade exclusiva para o criador desse conteúdo, qualificação da criação como uma obra feita em colaboração, ou qualificação desse conteúdo como obra derivada. Neste sentido veja-se Kelly & Plassaras, 2015.

¹⁷⁵ Na doutrina nacional, Maria Victória Rocha questiona o papel da interatividade das obras multimédia no conceito de autoria e acaba por referir algo que se enquadra bem neste contexto: “Já se, embora os elementos expressivos tenham sido produzidos e predeterminados pelo autor, ou autores, da obra, a intervenção do utilizador na seleção e organização de uma das suas expressões tiver importância preponderante para produzir um novo resultado, o que pressupõe graus mais intensos de interatividade, então o utilizador entrará no campo da autoria, podendo este novo produto ser visto como uma obra derivada”, cfr. Rocha, 1996, pp. 201 e 202.

¹⁷⁶ Aproveitando para fazer uma ligação entre o presente capítulo da dissertação e o capítulo 2.3 da mesma, devemos referir que o artigo 5.º, n.º 5 do DL n.º 122/2000, de 04 de julho, assim como o artigo 3.º, n.º 5 do DL 252/94, de 20 de outubro, indicam que o artigo 15.º, n.º 2 do CDADC não se aplica, respetivamente, às bases de dados e aos programas de computador. Este artigo 15.º, n.º 2 do CDADC constitui “um reflexo do direito à integridade da obra, direito esse que proíbe a sua destruição (...) ou outra modificação da mesma”, cfr. Akester, 2017, p. 66. Se aplicássemos um dos dois decretos-leis referidos, então o tipo de modificações que o artigo 15.º, n.º 2 contempla não careceriam de autorização. Este facto representa mais uma razão para termos sugerido a criação de um regime *sui generis* para os videojogos ou a aplicação do regime das obras cinematográficas quando a analogia seja compatível.

¹⁷⁷ No caso do EULA do videojogo “Minecraft” (mencionado na nota de rodapé n.º 172): “You are not giving up your ownership rights in your content, you are just giving us and other users permission to use it”. Estas modificações têm o potencial para adicionar mais conteúdo ao videojogo e, como tal, tornam-no mais atrativo a novos jogadores, cfr. Schlinsog, 2013, p. 204.

Conclusão

Em suma, tudo o que analisámos ao longo deste trabalho está longe de esgotar a relação existente entre a propriedade intelectual e o mundo dos videojogos. Aliás, um dos benefícios que indiretamente decorrem de toda a investigação realizada para este estudo é o facto de nos ter dado a conhecer muitas outras questões que aproximam estas duas realidades, como, por exemplo, a relação existente entre as editoras de videojogos e as produtoras dos mesmos, ou até a adaptação de outros tipos de obras para o formato dos videojogos. O critério adotado para a escolha das questões discutidas neste estudo cingiu-se àquelas que apresentassem uma maior singularidade e pertinência, de forma a promover uma análise construtiva para cada tema.

A nossa pesquisa foi bastante centrada no âmbito do direito de autor, visto que quase todos os pontos deste trabalho versaram exclusivamente sobre esse ramo da propriedade intelectual. No entanto, daqui não deve ser inferido que não existem quaisquer ligações com a propriedade industrial. Na verdade, o facto de não termos desenvolvido em profundidade essa vertente deriva apenas de uma opção deliberada em centrar o tema da tese em questões relativas ao direito de autor. Ainda assim, abrimos uma exceção para o caso das patentes de modo a não deixar totalmente de fora um ramo tão importante da propriedade intelectual, contribuindo, simultaneamente, para demonstrar como é que a propriedade industrial e os videojogos podem estar associados. Dito isto, tendo em mente futuras investigações que sejam realizadas em torno desta temática, gostaríamos de mencionar que os videojogos, para além das patentes, colocam novos problemas no âmbito do direito de marcas e até nos segredos de negócio¹⁷⁸.

Com esta investigação procurámos trazer para o ordenamento jurídico português os desenvolvimentos que se têm verificado em torno desta matéria. Isto porque, embora haja doutrina nacional que toca, ainda que de forma sucinta, no setor dos videojogos e na sua relação com determinados aspetos da propriedade intelectual (principalmente, em torno da classificação dos videojogos), há outros países em que a indústria produtora de videojogos está muito mais desenvolvida. Isto leva a que países como os EUA estejam na linha da frente no que toca à exploração doutrinal dos diversos impactos que os videojogos possam ter para a propriedade intelectual¹⁷⁹. Dito isto, não podemos aplicar *ipsis verbis* as soluções apresentadas pelo sistema norte-americano,

¹⁷⁸ Para exemplos do que pode ser segredo de negócio ou marca, respetivamente, veja-se Greenspan, 2014, pp. 85 e 89. Sobre as marcas em específico, existe um acórdão do TRL (processo n.º 250/19.6YHLSB.L1-PICRS, de 29 de setembro de 2020) em que se discute se há imitação ou não da marca “GTA” (sigla do videojogo designado “Grand Theft Auto”) por parte da recorrida ao criar a marca “GTAudio”.

¹⁷⁹ No contexto europeu, países como a Espanha também apresentam vasta doutrina nesta área, havendo até propostas para um eventual regime jurídico para os videojogos, como vimos.

muito devido ao facto de existirem algumas diferenças entre o sistema de *copyright* e o nosso sistema de *droit d'auteur*.

Bibliografia

- AKESTER, P. (2013). *Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Almedina.
- AKESTER, P. (2017). *Código do direito de autor e dos direitos conexos – Anotado*. Almedina.
- ASCENSÃO, J.O. (2001). *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Almedina.
- BING, J. (2009). Copyright protection of computer programs. In *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, pp. 401-426.
- BITLAW. Copyright notice and registration. Forsgren Fisher. <https://www.bitlaw.com/copyright/formalities.html#form>.
- CABRAL, J.P. (2016). *A patenteabilidade das invenções implementadas por computador*. Dissertação de mestrado em ciências jurídicas – Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- CABRERA, S.F.À. & HERNÁNDEZ, K.Y.R. (2016). Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor. *Revista Opinión Jurídica*. Universidad de Medellín, Colombia.
- CASILLAS, B. (2012). Attack of the clones: Copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, vol. 33, no. 2, pp. 137-170.
- CHIMIENTI, L. (2006). Lineamenti del nuovo diritto d'autore, 7.^a ed. Giuffrè editore.
- Copyright Alliance. What are statutory damages and why do they matter? <https://copyrightalliance.org/faqs/statutory-damages-why-do-they-matter/>.
- DANNENBERG, R. & CHANG, S. (2008). Hey, that's my game! Intellectual property protection for video games. *Game Developer*. <https://www.gamedeveloper.com/business/hey-that-s-my-game-intellectual-property-protection-for-video-games>.
- European Patent Office (2019). Case law of the boards of appeal of the European patent office. I – Patentability. [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9C4AC8DAC2B2AC13C12584690048A4D7/\\$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2019_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9C4AC8DAC2B2AC13C12584690048A4D7/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2019_en.pdf).
- European Patent Office (2021). Guidelines for examination in the European patent office. Part G – Patentability. [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/C4B20952A0A7EF6BC125868B002A5C61/\\$File/epo_guidelines_for_examination_2021_hyperlinked_en.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/C4B20952A0A7EF6BC125868B002A5C61/$File/epo_guidelines_for_examination_2021_hyperlinked_en.pdf).
- GEORGIEVA, H.R. (2018). Video games – objects of intellectual property law. Comparative law analysis. In *Proceedings of University of Ruse*, vol. 55. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3122263.
- GONÇALVES, L.C. (2019). *Manual de direito industrial*, 8.^a ed. Almedina.
- GREENSPAN, D. (2014). Mastering the game: Business and legal issues for video game developers. *Creative Industries*, no. 8.
- GREENSPAN, D., BOYD, S.G. & PUREWAL, J. (2014). Video games and IP: A global perspective. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/02/article_0002.html.

- HARRIS Jr., P.A. (2007). Mod chips and homebrew: A recipe for their continued use in the wake of Sony v. Divineo. *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol 9, no. 1, HeinOnline.
- Interactive Software Federation of Europe & European Games Developer Federation (2021). Key facts 2020 – The year we played together. <https://www.isfe.eu/wp-content/uploads/2021/10/2021-ISFE-EGDF-Key-Facts-European-video-games-sector-FINAL.pdf>.
- JEWELL, C. (2012). Video games: 21st century art. *WIPO Magazine*, no. 4/2012. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2012/04/article_0003.html.
- KELLY, J.L. & PLASSARAS, N. (2015). Copyright player-generated content in video games. VentureBeat. <https://venturebeat.com/2015/01/07/copyrighting-player-generated-content-in-video-games/>.
- LEE, Y.H. (2020). Copyright and gaming. In Tanya Aplin (ed.), *Research handbook on intellectual property and digital technologies*, pp. 44-62. Edward Elgar Publishing.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2020). *Direito de autor*, 3.^a ed. Almedina.
- LIPSON, A.S. & BRAIN, R.D. (2016). *Videogame law – Cases, statutes, forms, problems & materials*, 2nd ed. Carolina Academic Press.
- LOURO, M.C.V. (2018). *A paródia e os direitos de propriedade intelectual*. Dissertação de mestrado científico em Direito Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- PAVLOVIC, D. (2020). Video game genres: Everything you need to know. HP TECH TAKES. <https://www.hp.com/us-en/shop/tech-takes/video-game-genres>.
- PINA, P. (2011). Computer games and intellectual property law: Derivative works, copyright and copyleft. In *Business, technological, and social dimensions of computer games: Multidisciplinary developments*. IGI Global.
- PINTO, D., CÁDIMA, F.R., COELHO, J. & DIAS, L. (2017). Novos usos e desafios para os videojogos: *streaming*, questões de género e assédio online. *Media e Jornalismo*, vol. 17, n.º 31, pp. 165-176. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- QUAGLIARIELLO, J. (2019). Applying copyright law to videogames: Litigation strategies for lawyers. *Journal of Sports & Entertainment Law*, pp. 263-276.
- RAMOS, A., LÓPEZ, L., RODRÍGUEZ, A., MENG, T. & ABRAMS, S. (2013). The legal status of video games: Comparative analysis in national approaches. WIPO.
- RENDAS, T. (2014). Lex specialis(sima): Videogames and technological protection measures in EU copyright law. *European Intellectual Property Review*, vol. 39 (2015). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456273.
- ŘÍHA, D. (2014). Cutscenes in computer games as an information system. In Marcus A. (ed.), *Design, user experience, and usability. User experience design for diverse interaction platforms and environments*. DUXU 2014. Lecture notes in Computer Science, vol. 8518. Springer, Cham.
- ROCHA, M.V. (1996). Multimédia e direito de autor: Alguns problemas. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- ROCHA, M.V. (2011). Elementos para estudo da disciplina (conceito de obra): A obra enquanto objecto de protecção pelo direito de autor. <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-catolica-portuguesa/cumprimento-e-nao-cumprimento-das-obrigacoes/victoria-rocha-obra-sobre-direito-de-autor/11376099>.
- ROCHA, M.V. (2017). Intellectual property Portugal. In H. Vanhees (ed.), *International Encyclopaedia of Laws – Intellectual Property*. Holanda: Kluwer Law International.
- RODRÍGUEZ-CANO, R.B. (2015). Manual de propiedad intelectual, 6.^a ed. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L.M.T. (2018). *Principios legales de los videojuegos y los e-sports*. Editorial Síntesis.
- ROY, A. (2020). Patenting video games in Europe – The EPO’s Board of Appeal decide in favour of Nintendo (T1504/17). Lexology. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=779b176e-e3b8-44cf-b9d6-a685be522efd>.
- SCELSI, C. & DANNENBERG, R.A. (2019). *Computer games and immersive entertainment: Next frontiers in intellectual property law*, 2nd ed. American Bar Association: Section of Intellectual Property Law.
- SCHECTER, J.C. (2012). Grand theft video: Judge gives gamemakers hope for combating clones. *IP Insight*. <https://www.fedbar.org/wp-content/uploads/2012/10/ipinsight-octnov2012-pdf-1.pdf>.
- SCHLINSOG, M.J. (2013). Endermen, creepers, and copyright: The bogeymen of user-generated content in Minecraft. *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 16, pp. 185-206.
- SILVA, N.S. (2013). Uma introdução ao direito de autor europeu. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, vol. IV, pp. 1331-1387.
- SILVA, N.S. (2019a). The boundaries of EU copyright law: Cheese, jeans and a military report in the Court of Justice. *Market and Competition Law Review*, vol. III, no. 1.
- SILVA, P.S. (2019b). *Direito industrial – Noções fundamentais*, 2.^a ed. Almedina.
- VIEIRA, J.A. (2005). *A proteção dos programas de computador pelo direito de autor*. Lex – Edições Jurídicas.
- VIEIRA, J.A. (2020). *Direito de autor – Dogmática básica*. Almedina.

**A responsabilidade do empreiteiro por defeitos
da obra no regime da propriedade horizontal**

João Pedro da Cruz Garcia Madeira Pinto

Sob orientação da Prof.
Doutora Maria Isabel Menéres Campos

Em toda a obra de criação há um fio condutor, nem sempre facilmente discernível, que lhe dá unidade – um fio discreto ou evidente, da maior importância, pois é um dos sinais da sua autenticidade.

Eugénio de Andrade

Agradecimentos

Aos meus pais e irmão, por me iluminarem o caminho do sucesso. A eles devo o mundo, e nem o mundo retribuiria a sua influência neste percurso.

À minha namorada, companheira de todas as horas e confidente, aquela com a qual poderei sempre contar, em qualquer parte do mundo e em qualquer circunstância.

À minha orientadora, Prof. Doutora Isabel Menéres Campos, pelo acompanhamento, estima e disponibilidade demonstrada.

À demais família e amigos que contribuíram para esta realização académica.

O meu louvado agradecimento.

Resumo

A presente dissertação é realizada com vista à obtenção do grau de mestre na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, orientada pela Exma. Prof.^a Doutora Maria Isabel Menéres Campos, e versa sobre a temática da responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra na construção de imóveis destinados a longa duração posteriormente submetidos ao regime da propriedade horizontal.

A especialidade do regime previsto no art. 1225.º do Código Civil, sob a epígrafe *imóveis destinados a longa duração*, trouxe questões que levantam uma certa ambiguidade na sua aplicação à realidade da habitação em condomínio constituída sob esta forma de organização de propriedade, dando aso a problemas diversos na convergência dos regimes.

Pretende-se com a realização deste trabalho de investigação científico dar resposta às questões mais controvertidas tendentes à interpretação e aplicação do regime supracitado previsto na nossa lei civil em reação à existência de vícios ou defeitos de construção no edifício.

A exposição encontra-se dividida em várias partes distintas, cujo tratamento se revelava imprescindível para a atribuição de sentido ao trabalho.

Começaremos por dar uma breve contextualização do regime geral da responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos da obra, para chegar à exploração do regime especial em obras incidentes sobre imóveis destinados a longa duração, esmiuçando o conteúdo, o sentido prático, e observando, igualmente, os seus traços identificadores e principais pontos de desvio por comparação com a regulação do regime geral do cumprimento defeituoso do contrato de empreitada.

Caminharemos, assim, ao encontro do cerne central da nossa exposição, tendente ao estudo das problemáticas emergentes da aplicação do regime constante do art. 1225.º do Código Civil à realidade de habitação em condomínio em edifícios submetidos ao regime da propriedade horizontal.

Palavras-chave: Contrato de empreitada; cumprimento defeituoso; imóveis destinados a longa duração; defeitos da obra; garantia; prazo de caducidade; denúncia; direitos resultantes do cumprimento defeituoso; construtor-vendedor; terceiro adquirente; propriedade horizontal; edifício; frações autónomas; partes comuns; condomínio; administrador do condomínio; legitimidade processual; contagem de prazos; consumidor; empreitada de consumo.

Abstract

The present dissertation addresses contractors' responsibility for defects in the construction of long-term properties subsequently submitted to the horizontal property regime.

The regime provided for in art. 1225 of the Civil Code has brought up questions that raise a certain ambiguity in its application to the reality of housing in condominiums constituted under this form of property organization, giving rise to various problems in the convergence of regimes.

Therefore, the purpose of this scientific research is to answer the most controversial questions regarding the interpretation and application of the aforementioned regime as a reaction to the existence of construction defects in the building.

We will begin with a brief contextualization of the general regime of the contractor's liability for defects in the work, moving on to the special regime of works in buildings intended for condominiums, detailing its content, its practical sense, its identifying features, and its main differences in comparison with the regulation of the general regime of defective performance of the work contract.

This will bring us to the central core of our work, namely the problems emerging from the application of the regime contained in art. 1225 of the Civil Code to the reality of condominium housing in buildings subject to the horizontal property regime.

Keywords: Work contract; non-conforming performance; defects in the work; warranty; expiry period; denunciation; rights resulting from defective performance; builder-seller; third-party purchaser; horizontal property; building; autonomous fractions; common parts; condominium; condominium administrator; procedural legitimacy.

Lista de siglas e abreviaturas

AA	Associação Académica
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Bol.	Boletim
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
CJ	Coletânea de Jurisprudência
Cód.	Código
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Fr.	Francês
It.	Italiano
N.º	Número
OA	Ordem dos Advogados
P(p).	Página(s)
Ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TR	Tribunal da Relação
T.	Tomo
T.V.	Tomo volume
UCP	Universidade Católica Portuguesa
Univ.	Universidade
Vide	Ver
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
I - A responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra	9
Enquadramento legal da responsabilidade	9
Verificação da obra e denúncia dos defeitos	12
Direitos resultantes do cumprimento defeituoso da obra	14
II - O regime dos imóveis destinados a longa duração	18
O âmbito do regime	18
Os traços especiais do regime	19
a) A extensão dos prazos e a sua articulação	19
b) As interrogações do art. 1225.º CC	21
c) A extensão da responsabilidade a favor do terceiro adquirente	22
d) A aplicação do regime à figura do construtor-vendedor	24
III - Problemas suscitados em imóveis constituídos sob o regime da propriedade horizontal	27
A propriedade horizontal – generalidades	27
A legitimidade individual e coletiva	28
O problema da contagem do prazo de caducidade	30
A empreitada de consumo	32
a) Breves notas	32
b) O consumidor da propriedade horizontal	34
Conclusão	38
Bibliografia	39
Jurisprudência	41

Introdução

A redação atual dada pelo teor do art. 1225.º do Código Civil, sob a epígrafe *imóveis destinados a longa duração*, é de uma construção legal com inspiração no velho Direito Romano que foi sendo progressivamente desenvolvida até à ordenação vigente.

Atualmente, a responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos contém um regime especial voltado para obras realizadas em imóveis destinados a longa duração, o qual surgiu de forma paralela com as regras gerais de responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra.

A criação deste regime remonta à entrada em vigor do CC de 1966. O seu corpo é, na sua redação atual, mais extenso do que o fora inicialmente, o que resultou da consciencialização por parte do legislador dos seus problemas de sustentabilidade legislativa.

Não obstante ser inegável que o nosso art. 1225.º CC, na sua redação atual, confere uma tutela abrangente, não só do ponto de vista dos beneficiários da responsabilidade, como também da sua extensão, são inúmeras as questões que emergem da sua existência, designadamente no seu relacionamento e concreta aplicação à realidade jurídica de habitação em condomínio em edifícios submetidos ao regime da propriedade horizontal.

Nesta medida, cientes da relevância do estudo destas matérias como contributo de investigação, o desígnio da presente dissertação passa por compreender, discutir e solucionar as principais questões que advêm da responsabilização do autor da edificação nesta forma organizativa do direito de propriedade, à qual, conforme veremos em sede própria, subjazem intrínsecas particularidades cujo tratamento se afigura de particular importância na realidade prática dos nossos dias, observando o crescimento exponencial da edificação urbana, em especial da implementação da propriedade horizontal para dar resposta às necessidades de comprimir os espaços citadinos.

I. A responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra

Enquadramento legal da responsabilidade

Com a celebração de um contrato de empreitada, o empreiteiro obriga-se “a realizar certa obra”,¹ mediante o pagamento de um preço, na aceção do disposto no art. 1207.º CC, ficando, em consequência, vinculado a realizá-la em conformidade com o que foi convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam a sua aptidão para uso ordinário ou para o previsto nos termos do contrato – cfr. art. 1208.º CC.²

O empreiteiro, devedor de uma prestação de facto ou *facere*, fica vinculado a alcançar o resultado prometido³ de acordo com o plano da obra constante do programa contratual. Se esse resultado não for cumprido, nasce uma situação de incumprimento contratual, incorrendo o empreiteiro em responsabilidade contratual perante o dono da obra.

Daqui resulta um pressuposto encefálico: a situação de incumprimento, em si mesma. É de atentar que, pela profunda amplitude do conceito de incumprimento, o qual reveste uma “figura heterogénea que se desdobra por uma série de situações com recorte e regimes diversos”,⁴ a responsabilidade do empreiteiro será tratada de maneira distinta em função das suas diferenciadas manifestações.

Na ótica do incumprimento imputável ao devedor, é distinguível a situação de incumprimento total ou parcial, de mora do devedor e, ainda, a hipótese de o devedor cumprir a sua prestação de forma defeituosa. Vejamos com maior detalhe esta terceira via do incumprimento.⁵

O cumprimento defeituoso, em sentido amplo, traduz-se numa disparidade entre o “ser e o “dever ser”, uma discrepância face ao cumprimento devido.⁶ Tendo o credor direito a uma determinada prestação, esta considera-se cumprida se o interesse do credor implícito na obrigação se revela inteiramente satisfeito. Se o devedor efetua a sua prestação, mas esta não corresponde, em parte ou no todo, à obrigação a que estava adstrito, equivale a dizer que o cumpre de forma defeituosa.⁷

¹ “A obra, elemento que dá vida ao contrato de empreitada quando se reúnem os mais requisitos, é aquela modalidade de serviço que se traduz neste resultado material: criação ou melhoramento de uma coisa”. Galvão Telles, 1951, p. 76.

² De forma distinta, no Cód. It., a empreitada abrange tanto uma obra como um serviço – cfr. Almeida Costa, 2013, p. 301.

³ A obrigação de realização da obra consubstancia uma obrigação de resultado – Vaz Serra, 1965, p. 38.

⁴ Brandão Proença, 2017, p. 174.

⁵ Romano Martínez (1994, pp. 129 e ss.) fala em “terceira modalidade do incumprimento”: “Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e empreitada”.

⁶ Ibidem, nota 6, p. 129.

⁷ Antunes Varela, 1987, p. 30.

Nas palavras de Batista Machado, o cumprimento defeituoso é tido como aquele em que “a prestação efetuada não tem os requisitos idôneos a fazê-la coincidir com o programa obrigacional, tal como resulta do contrato e do princípio da correção e da boa fé”.⁸

Numa ótica de demarcação desta variante, por referência às outras vestes do incumprimento, note-se que o cumprimento defeituoso pressupõe, por contraposição à omissão do dever de prestar, a execução da prestação. O traço distintivo reside na sua má execução, fora das condições devidas, havendo quem o apelide de violação contratual de índole positiva.⁹

Note-se, ainda, que o cumprimento defeituoso só emerge inteira autonomia¹⁰ se o credor, *in casu*, dono da obra, aceitar a prestação, seja totalmente e sem reservas ou aponto reserva, pois de outro modo, i.e., caso rejeite totalmente a prestação, tal conduzirá à aplicação dos regimes da mora e do incumprimento definitivo.

Apesar de não existir uma secção expressamente reservada ao tratamento da figura do cumprimento defeituoso na nossa lei civil, que segue as regras gerais do cumprimento das obrigações, é patente a existência de um regime paradigmático em alguns tipos contratuais.¹¹

No regime que aqui nos ocupa, o da empreitada, o legislador implementou uma disciplina específica quanto ao cumprimento defeituoso da realização da obra, com concretas regras tendentes ao preenchimento da responsabilidade civil do empreiteiro pela ocorrência de defeitos.¹² Os arts. 1221.º a 1225.º CC estatuem o leque de direitos que assistem ao dono da obra em reação ao caráter defeituoso da prestação do empreiteiro, os quais se situam num plano de sequencialidade funcional, com vista à proteção do interesse do dono da obra face aos defeitos situados na obra.

O conceito de defeito

A aplicação do regime da perturbação do contrato de empreitada por deficiente execução da realização da obra implica, *prima facie*, a existência de um defeito. Sendo o defeito um termo lato na sua terminologia, impõe-se a concretização deste conceito legal.

A obrigação principal que onera o empreiteiro assenta na realização de uma obra, obra essa que deve ser executada sem defeitos – cfr. art. 1208.º CC. É, desde logo, manifesta a configuração de uma prestação unitária, que abrange a realização da obra em si mesma, bem como as qualidades que lhe devem estar inerentes, previstas pelo próprio contrato ou pela natureza da própria prestação, que conduzem ao resultado prometido.¹³

⁸ Batista Machado, 1979, p. 343.

⁹ A doutrina alemã fala em “mau cumprimento”. Romano Martinez, 1994, p. 129.

¹⁰ Cfr. Romano Martinez, 2000, p. 438.

¹¹ Seguem a mesma linha os contratos de compra e venda, empreitada e locação.

¹² Situados no âmbito da responsabilidade contratual, vigora a presunção de culpa do devedor – art. 799.º CC.

¹³ Pires de Lima & Antunes Varela 1981, p. 706 referem que o art. 1208.º CC estipula as condições em que a obra deve ser executada.

Com efeito, uma empreitada com defeitos será entendida como aquela que padece de vícios qualitativos e/ou desconformidades, sendo estes os dois elementos integrantes do conceito legal de defeito.

Começando pelos vícios da obra, estes reportam-se a anomalias da obra de índole objetiva, que se abstraem do plano de obra convencionado,¹⁴ respeitando, portanto, a imperfeições no seu desenvolvimento e acabamento, determinado à luz do padrão comum da *legis artis* do setor da obra.¹⁵

Caberão aqui, entre outras, as hipóteses em que o empreiteiro executa de forma imperfeita os trabalhos, aplica de forma errónea os materiais a incorporar, utiliza técnicas deficientes na obra ou utiliza materiais de qualidade abaixo da qualidade expectável, etc.¹⁶

A nossa lei, no art. 1208.º CC, esquematiza uma separação dos vícios que excluam ou reduzam o valor da obra, bem como a sua aptidão para uso ordinário ou para o uso previsto pelo contrato.¹⁷

A primeira reflete a avaliação do vício enquanto fator passível de desvalorização da obra executada pelo empreiteiro, sendo o seu valor reduzido ou extinto. A avaliação será feita por referência a um juízo comparativo com o valor normal de coisas com a mesma identidade ou género da obra construída.¹⁸

Já no que concerne à aptidão para o seu uso ordinário, devemos procurar perceber se existe inadequação da obra para os fins a que a mesma se destina, seja esta total ou parcial. Relativamente ao destino da obra, este será tratado de forma distinta consoante exista ou não silêncio das partes relativamente à função que a obra visa desempenhar.¹⁹

Havendo estipulação contratual, olha-se ao corpo definido no contrato, de forma a verificar se a obra permite a satisfação dos fins a que o dono da obra a destina.²⁰ Na hipótese de nada ser estipulado, observam-se as características da obra e a inerente satisfação dos fins expectáveis ou típicos para uma utilização comum, pelo que valerá, essencialmente, a função habitual daquela obra específica dentro do contexto em que a mesma é realizada.²¹

Prosseguindo, encontramos noutra face do conceito de defeito as apelidadas desconformidades da obra. Estas exprimem uma divergência entre a prestação contratada e a

¹⁴ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 58.

¹⁵ Serão relevantes aqui o cumprimento de normas técnicas, de estabilidade e segurança do edifício.

¹⁶ O art. 1210.º, n.º 2 exige, no silêncio das partes, a incorporação na obra de materiais nunca inferiores à qualidade média.

¹⁷ Cfr. Sá Gomes, 1998, pp. 597 e ss.

¹⁸ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 58. Noutra perspetiva, o art. 633.º do BGB alemão, que enquadra uma relação de causa-efeito entre a existência do defeito e a desvalorização económica da obra.

¹⁹ Cfr. Savana, 2004, p. 10

²⁰ Esta opção parece ressaltar a existência de um elemento subjetivo do conceito de defeito – cfr. Romano Martinez, “Cumprimento defeituoso”, p. 165 e ss.

²¹ Cura Mariano defende que o valor económico da obra e a sua adequação devem ser encontrados com base em juízos de experiência, 2015, p. 58.

prestação realizada, uma violação das condições previstas pelo plano convencionado no contrato.²²

Diferentemente dos vícios, não assume qualquer relevância a diminuição do valor da obra ou a sua inadequação. Relevante será perceber se existe alguma discrepância entre o que foi convencionado e o que foi efetivamente prestado, *i.e.*, se a obra entregue difere da obra contratada, a que subjaz uma ideia de correspondência da prestação.

Dentro de uma multiplicidade de situações que aqui podem caber, serão tidas como desconformidades, por exemplo, os casos, não raros, em que a obra é desenvolvida no desrespeito pelas regras constantes de projeto construtivo.²³ Em face do desenvolvimento da obra de forma distinta do acordado, somos conduzidos à aplicação do regime das alterações da obra – arts. 1214.^o e ss. do CC.

Verificação da obra e denúncia dos defeitos

Finda a realização da obra, o empreiteiro fica obrigado a entregá-la ao dono da obra²⁴, colocando-a à sua disposição para que este possa proceder ao seu exame, com vista a assegurar que esta foi executada nas condições convencionadas e sem vícios, antes de proceder à sua aceitação.²⁵

Este é, sem dúvida, um momento de grande relevância no contexto do contrato de empreitada, pois a existência de defeitos afere-se, primordialmente, por referência ao momento da entrega da obra.²⁶

Na sequência do exame à obra, segue-se a comunicação do seu resultado ao empreiteiro, que reveste “um ato jurídico simples, mediante o qual o dono da obra transmite ao empreiteiro o resultado da verificação”.²⁷ Será mediante a comunicação do resultado do exame (n.^o 4 do art. 1218.^o CC) que o empreiteiro tomará conta de eventuais defeitos despistados pelo dono da obra.

Apesar de a aceitação não se confundir com a comunicação a que alude o parágrafo anterior, por serem atos jurídicos distintos, é de admitir que, se a obra for inspecionada pelo dono da obra e tudo estiver em conformidade com o esperado, em princípio, tal reconduzirá à aceitação da obra sem reservas.²⁸ Em sentido inverso, caso sejam detetados defeitos e

²² A desconformidade como um desvio ao projeto da obra – cfr. Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 165.

²³ Situação analisada no Ac. TR Lisboa, de 29-01-2013 (Ana Resende).

²⁴ É um dos deveres constantes do contrato de empreitada – Cfr. Menezes Leitão, 2009, pp. 522 e ss.

²⁵ Pires de Lima & Antunes Varela, 1981, p. 727.

²⁶ Com exceção para os defeitos ocultos.

²⁷ Menezes Leitão, 2011., p. 522.

²⁸ Albuquerque & Assis Raimundo defendem a inexistência de autonomia material dos dois atos jurídicos, 2019, p. 288. Ideia seguida também por Menezes Leitão, 2011, p. 468.

prontamente comunicados, o seu significado prático será a aceitação com reservas²⁹ ou a recusa da obra, equivalendo ambos os atos à denúncia dos defeitos que o dono da obra conheça.

É de referir que a perceção dos defeitos e a aceitação da obra são aspetos preponderantes, na medida em que a aceitação total e sem reservas determina a exclusão legal da responsabilidade do empreiteiro caso os defeitos sejam conhecidos – cfr. 1219.º do CC, de onde urge a necessidade de separar conceptualmente a categorização entre defeitos conhecidos, aparentes e ocultos.³⁰

São tidos como conhecidos os defeitos que o dono da obra conhece. Releva o seu estado psicológico, ou seja, o conhecimento da sua existência. Não importa o momento em que o dono da obra se apercebe do defeito, uma vez que esta perceção pode, desde logo, ter lugar durante a normal fiscalização da obra³¹, como também do seu exame após a entrega. Importante será aferir o seu estado de conhecimento no momento em que exprime o ato de aceitação. Esta opção acaba por plasmar uma presunção absoluta de renúncia ao direito de efetivar a responsabilidade perante defeitos da obra, uma vez que o dono da obra aceita a prestação sabendo que ela não corresponde à devida.

O conhecimento dos defeitos reveste uma exceção perentória impeditiva das pretensões do dono da obra em responsabilizar o empreiteiro, devendo ser invocada por quem dela pode beneficiar – o empreiteiro –, podendo, ainda, ser conhecida oficiosamente pelo tribunal.³²

Paralelamente aos defeitos conhecidos, a lei consagra, no n.º 2 do art. 1219.º CC, uma presunção *iuris tantum* do conhecimento dos apelidados defeitos aparentes, que serão entendidos como todos aqueles que poderiam ter sido detetados no exame realizado, porquanto se mostravam visíveis e comprováveis por elementos exteriores que compõem a obra.³³ Assim, sendo o seu desconhecimento imputável ao próprio dono da obra, com referência a um padrão de diligência médio, tal estado psicológico acarreta para o dono da obra a desresponsabilização do empreiteiro.³⁴

Noutra face, encontramos os defeitos de carácter oculto, que serão aqueles que não se revelam perceptíveis no momento da aceitação da obra, não permitindo que o dono da obra possa, assim, constatar a sua existência no momento em que se procede ao exame.³⁵ Para esta categoria de defeitos, a lei preserva a possibilidade de o dono da obra demandar o empreiteiro,

²⁹ Conforme ensina Cura Mariano, “a reserva é uma declaração potestatória pela qual se acautela que certo comportamento do protestante não possa valer ou ser interpretada como uma declaração de renúncia ao exercício de direitos”, 2015, p. 86.

³⁰ Ver a destrinça feita por Romano Martinez, “Cumprimento defeituoso...”, pp. 181 e ss.

³¹ Sobre a fiscalização, ver Pires de Lima & Antunes Varela, ob. cit., p. 708.

³² Vide Ac. TR Porto, de 03-04-2017 (Carlos Gil).

³³ A doutrina italiana fala no termo “riconoscibili”, traduzindo à letra, defeitos “reconhecíveis”. No Ac. TR Porto, de 17-11-1992 (C.J XVII), T.V, p. 224, o tribunal, perante uma obra em que as escadas estavam fora da localização constante do projeto da obra, qualificou esse defeito como aparente.

³⁴ Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 413.

³⁵ Sá Gomes, 1998, p.602 ensina que infiltrações no prédio que só se manifestam em épocas de chuvas revestem a categorização de defeito oculto.

devendo a denúncia ocorrer no prazo de tinta dias após o seu descobrimento – 1220.º, n.º 1 do CC.³⁶

Direitos resultantes do cumprimento defeituoso da obra

a) Eliminação dos defeitos e obra nova

O direito primordial conferido ao dono da obra é o direito à eliminação dos defeitos, previsto no art. 1221.º CC, que visa efetivar a eliminação das disformidades evidenciadas na obra.

Para Calvão da Silva, “não se trata de um direito ao cumprimento, mas de um direito sucedâneo deste”.³⁷ Romano Martinez prefere enquadrar a questão na “execução específica da realização conforme da obra”.³⁸

Desta forma, o comitente da obra poderá obter a reparação das imperfeições evidenciadas na obra, de forma a colocá-la conforme era devida, reparando o dano oriundo da prestação defeituosa, seguindo o desígnio da reconstituição natural da situação do lesado, daí que a lei lhe atribua primazia.³⁹

Importa referir que este meio de tutela será excluído por impossibilidade fáctica ou jurídica, ou por excessiva desproporcionalidade. A averiguação da viabilidade da eliminação dos defeitos cabe ao mestre das obras, que domina as regras da arte do setor e tem conhecimentos técnicos para aferir se é viável ou possível a sua eliminação.⁴⁰

Afastada a eliminação dos defeitos, poderá ser exigida a realização de nova construção, direito que é estabelecido num encadeamento sequencial com o anterior. Neste remédio, o empreiteiro será obrigado a repetir a totalidade da prestação, efetuando uma prestação substitutiva.⁴¹

De facto, torna-se compreensível que, não podendo a prestação defeituosa ser corrigida pelo recurso à eliminação dos defeitos, a substituição da prestação será um meio idóneo a satisfazer o interesse do dono da obra no cumprimento da prestação imperfeitamente realizada.⁴²

A nova prestação, ou prestação substitutiva, não terá necessariamente de refletir uma repetição total da prestação, ainda que a lei fale na realização de nova obra. Merece o art. 1221.º

³⁶ Para maior aprofundamento, cfr. Cura Mariano, 2015., pp. 99 e ss.

³⁷ Calvão da Silva, 2007, p. 147.

³⁸ Romano Martinez, 2001, p. 449.

³⁹ As vantagens associadas a este remédio são, do lado do dono da obra, a satisfação do seu interesse creditório e, do lado do empreiteiro, da gestão dos custos associados à reparação.

⁴⁰ Deve imperar o princípio da boa fé – 762.º, n.º 2 CC. Para mais ensinamentos sobre o conceito, cfr. Oliveira Ascensão, 2002, pp. 177 e ss.

⁴¹ Apesar da formulação legal referir nova construção, inclui quaisquer trabalhos no âmbito de empreitada – cfr. Pires de Lima & Antunes Varela, 1981, p. 733.

⁴² Sá Gomes, 1998, p. 617 chegou a propor que a escolha recaia sobre o empreiteiro.

CC uma interpretação ampla no sentido de nela incluir a realização total ou parcial de nova obra.⁴³

À semelhança do direito anteriormente visto, a proporcionalidade funciona igualmente como um limite imanente à realização de nova obra.⁴⁴ Concluindo que existe um desmesurado custo para o empreiteiro realizar nova obra, por comparação com o proveito do dono da obra, fica excluído este remédio. Trata-se, nada mais nada menos, do que uma solução que visa salvaguardar o equilíbrio da relação obrigacional, reajustando a equivalência das prestações.⁴⁵

Por fim, uma nota para o facto de ambos os direitos colhidos *supra* envolverem a necessidade de colaboração do empreiteiro na reposição do inadimplemento da prestação. Caso o empreiteiro não colabore de acordo com as pretensões do dono da obra, este poderá exigir judicialmente a realização coativa da prestação (art. 817.º CC).

Na eventualidade de, obtida a condenação, persistir o incumprimento, o dono da obra poderá recorrer, em sede executiva, à chamada execução de prestação de facto por terceiro, em consonância com as disposições conjugadas dos arts. 828.º CC e 868.º do CPC.⁴⁶

b) A redução do preço e a resolução do contrato

A redução do preço não aparece como uma via alternativa aos anteriores, mas antes como um remédio subsidiário,⁴⁷ na medida em que só exprime o seu verdadeiro sentido se o dono da obra, perante o carácter defeituoso da prestação, tiver efetivo interesse em recebê-la.⁴⁸

Em face dessa utilidade para o dono da obra, a lei confere-lhe o direito de exigir a redução do preço por aferição da correspondente redução das qualidades inerentes à obra. Com isto alcança-se o desejado ponto de equilíbrio no seio da relação obrigacional sinalagmática.⁴⁹

Afigura-se compreensível que, não sendo possível a reconstituição natural da situação do credor, a lei lhe confira o direito de reduzir a sua contraprestação, por referência à limitação tangente às qualidades que a obra deveria ter e não tem.⁵⁰ Embora não seja visto como um direito indemnizatório, prossegue a mesma finalidade, pois pretende a reparação do prejuízo causado pela entrega de obra defeituosa.

A redução do preço opera no âmbito extrajudicial; no entanto, se as partes não chegarem a acordo sobre a quantificação da mesma, caberá ao tribunal a sua determinação. O art. 1222.º, n.º 2 remete para o art. 884.º CC no que alude à determinação do *quantum* a reduzir.

⁴³ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 117.

⁴⁴ “Esse juízo de proporcionalidade deve ser efetuado entre o custo das obras e o proveito para o dono da obra que reveste a eliminação do defeito”. Cura Mariano, 2015, p. 113.

⁴⁵ Cfr. Romano Martinez, 2001., pp. 357 e ss.

⁴⁶ Se a prestação for infungível, fica afastado este mecanismo, podendo o dono da obra requerer ao tribunal a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso – art. 829.º A CC.

⁴⁷ O legislador seguiu o BGB alemão.

⁴⁸ Cfr. Romano Martinez, 1995., p. 452.

⁴⁹ Reflexo do princípio romano *actio quanti minoris* – cfr. Romano Martinez, 2020, p. 99.

⁵⁰ Se a obra valorizar com os defeitos, não pode ser exigida a redução do preço – cfr. Giannattasio, 1967, p. 200.

Independentemente do método ideal, que nunca existirá, a tarefa de redução compreende a estrita finalidade de restituir o equilíbrio obrigacional, sendo uma operação que deve presidir à aplicação de métodos objetivos.⁵¹

Passando para o direito que se segue, o direito à resolução do contrato, este encontra consagração legal igualmente no art. 1222.º CC. É uma das soluções, nas múltiplas existentes no nosso Código, em que se consagra um direito legal de resolução.

Partindo da letra do n.º 1, percebemos que a resolução surge apenas como invocável pelo dono da obra caso não sejam eliminados os defeitos ou realizada nova obra, tendo natureza subsidiária relativamente a estes direitos. Já face ao direito à redução do preço surge numa posição de alternatividade, estando este condicionado à verificação de a obra se ter como inadequada para os fins a que se destina.⁵²

Assim, não podendo os defeitos ser eliminados ou exigida nova construção, e verificando-se que a prestação defeituosa não reveste o carácter de utilidade mínimo para o dono da obra, restará ao dono da obra exercer o direito de resolução como *ultima ratio*.⁵³

Colhido o *supra* exposto, é necessário ter em conta que, em todo o caso, a resolução do contrato não surge como uma pretensão discricionária por parte do dono da obra.

Nesta senda, torna-se necessário, em primeira linha, conceber a existência de uma causa justificativa do direito de resolução, redondamente traduzida na constatação objetiva de que o credor da prestação não tem interesse em recebê-la nas condições verificadas, atentas as qualidades da obra que não se coadunam com as finalidades que seriam expectáveis. Por outro lado, exige a existência de um pressuposto de gravidade bastante⁵⁴, pelo terá de ocorrer uma situação de incumprimento culposo que, pela sua gravidade, torne inexigível para o credor a manutenção do vínculo contratual.

A resolução do contrato segue o regime previsto nos arts. 432.º e ss. do CC. Tornando-se eficaz, subjaz-lhe uma eficácia liberatória, por um lado, e recuperatória, por outro.⁵⁵ O seu efeito será a destruição total de todas as prestações, devendo cada contraente restituir tudo o que haja prestado em virtude da execução do contrato, na medida do possível.⁵⁶

c) A indemnização

Como último direito no leque de remédios consagrados pelo nosso legislador no que tange ao cumprimento defeituoso da empreitada surge o direito à indemnização.

⁵¹ A discussão sobre a fórmula de redução não é consensual – Cfr. Albuquerque & Assis Raimundo, ob. cit., p. 431.

⁵² Cfr. Moitinho de Almeida, 1973, p. 17.

⁵³ O legislador português seguiu de perto o italiano, ver art. 1668.º do Cód. It.

⁵⁴ Albuquerque & Assis Raimundo falam em “gravidade da falta”, 2019, p. 433.

⁵⁵ Brandão Proença, 2017, pp. 371 e ss.

⁵⁶ Cfr. Menezes Leitão, 2011, p. 552.

O legislador estabeleceu um direito indemnizatório com o intuito de colmatar espaços vazios⁵⁷ na reparação dos prejuízos que não possam, em parte ou no seu todo, ser eliminados pelo recurso aos restantes direitos, funcionando como um mecanismo residual de reparação do dano. Daí que se tenha estabelecido no art. 1223.º CC que o exercício dos direitos referidos nos preceitos anteriores não exclui o direito do dono da obra de ser indemnizado nos termos gerais.

O direito de indemnização poderá ser exercido de forma individualizada ou complementar.⁵⁸ A linha de distinção estará na sua complementaridade perante o recurso aos restantes remédios, ou na sua plena autonomia, nos casos em que a indemnização é o único meio de reparação do prejuízo causado ao dono da obra.

Nas situações em que a tutela indemnizatória é tida como o único remédio reparador dos danos, o cálculo do *quantum* indemnizatório será feito com vista a colocar o contraente lesado na situação hipotética em que estaria se o contrato fosse integralmente cumprido, *i.e.*, por referência ao interesse contratual positivo.⁵⁹

Já nos casos em que a indemnização é cumulada com os restantes remédios, o interesse contratual para efeitos do *quantum* varia consoante a finalidade que se encontra subjacente a tais remédios que precedem a indemnização.⁶⁰

O interesse contratual positivo resulta, em princípio, da cumulação do pedido indemnizatório com a eliminação dos defeitos, realização de nova obra ou redução do preço, com vista a colocar o contraente lesado na situação que estaria se o contrato fosse integralmente cumprido.⁶¹ Em sentido inverso surge o interesse contratual negativo, tendencialmente suscitado na hipótese de cumulação do pedido indemnizatório com a resolução do contrato por parte do dono da obra, devido ao facto de a tutela resolutiva visar a destruição do vínculo negocial, procurando colocar o lesado na situação patrimonial em que estaria na ausência da celebração daquele contrato.⁶²

⁵⁷ Veja-se os ensinamentos de Romano Martinez, 1994, p. 101.

⁵⁸ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 131.

⁵⁹ Cfr. Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 438.

⁶⁰ Para maior aprofundamento, o contributo de Mota Pinto, 2008.

⁶¹ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 130 e ss.

⁶² Cfr. Ac. TR Guimarães, de 31-05-2012 (Amílcar Andrade).

II. O regime dos imóveis destinados a longa duração

O âmbito do regime

O regime especial inscrito no art. 1225.º CC traduz uma opção particularizada do legislador com contornos peculiarmente restritos.

Desde logo, é de notar que este regime só se aplica a trabalhos de construção, reparação ou modificação realizados em bem imóvel, conforme se denota pelo teor da parte inicial do n.º 1 do art. 1225.º CC, observando-se incluídos no âmbito deste regime quaisquer trabalhos que incidam sobre qualquer parte deste.⁶³

Num segundo vetor de aplicação do regime, é necessário que a obra incida sobre “imóvel destinado a longa duração”.⁶⁴ O legislador, ao utilizar o termo “destinado”, do verbo destinar, induz o intérprete, *a priori*, a considerar que se deve aferir o destino que o dono da obra visa, *i.e.*, a afetação funcional que este nele pretende implementar. Todavia, não é esta a interpretação que deve estar subjacente à terminologia legal.

Aliás, se olharmos o teor do n.º 1 do art. 1225.º CC, notamos que o legislador faz expressa menção ao destino, “por sua natureza, a longa duração”. Por essa razão, atende-se à natureza do bem, o que propende a nossa interpretação para um critério de natureza objetiva.

Nesta senda, Cura Mariano ensina que para aferir se um imóvel é destinado a longa duração “deve atender-se à sua utilização corrente, de acordo com a sua natureza e com os materiais que a compõem, e não à finalidade que o dono da obra a destina”.⁶⁵

Daí que, seguindo um critério objetivo, se deva procurar firmar se, atenta a natureza da obra, se pode razoavelmente esperar uma duração prolongada, por referência à sua tipologia, bem como aos materiais que nela são incorporados.⁶⁶ A aferição da utilização prolongada é feita mediante a conceção da obra, na sua completude, e das partes que a integram.⁶⁷ Essa expectativa, reforce-se a ideia, é alheia ao destino que o dono da obra lhe queira dar.⁶⁸

Continuando a percorrer o âmbito do regime, é de notar que a sua aplicação pressupõe, atenta a letra da lei, que desses trabalhos de construção, reparação ou modificação resulte a ruína total ou parcial da obra e/ou a mesma esteja ferida de vícios e desconformidades, sejam estes derivados de vícios qualitativos do solo ou da construção, ou de erros na execução dos trabalhos.

⁶³ Cfr. Pires de Lima & Antunes Varela, 1981, p. 738. Seguido também pela doutrina italiana, entre outros, Sollai, 2010, p. 637.

⁶⁴ O art. 204.º CC contém a definição legal de bem imóvel.

⁶⁵ Ver Cura Mariano, 2015, p. 174.

⁶⁶ Cfr. Sá Gomes, 1998, p. 634.

⁶⁷ O exemplo clássico apresentado pela doutrina italiana, a casa de madeira que é destinada a habitação do dono da obra, não tem um destino objetivo de longa duração – cfr. Rubino, 1980, p. 204.

⁶⁸ Albuquerque & Assis Raimundo referem o seguinte: “Não se atende à planificação subjetiva do dono (...) mas sim à obra propriamente dita, o tipo e modo de construção”, 2019, p. 451.

Merece o devido reparo o facto de o legislador, no que alude aos defeitos da obra, ter optado por uma separação conceptual das origens do defeito. Em nosso entender, essa separação encontra-se desprovida de relevância prática. Com isto, sindicamos que o âmbito da responsabilização deveria encontrar-se unitariamente abrangido por uma formulação legal ampla do conceito de defeito (implícito pelo dever intrínseco à prestação de realização da obra constante do art. 1208.º CC). Nada acrescenta esta redundância na letra da lei, dado que os seus efeitos práticos se revelam os mesmos.⁶⁹

Os traços especiais do regime

a) A extensão dos prazos e a sua articulação

O legislador procedeu a um desvio no que respeita ao funcionamento dos prazos de garantia e de denúncia dos defeitos, por comparação com o regime geral, os quais foram aumentados, respetivamente, de um ano para cinco anos, e de trinta dias para um ano. Esta opção teve por base as particularidades inerentes a uma obra destinada a longa duração.⁷⁰

Neste tipo de obras, o *timing* de manifestação dos defeitos e o seu próprio descobrimento são, de facto, realidades complexas. De facto, as regras da experiência indiciam que a execução de trabalhos em bem imóvel, pelas suas particularidades, determina que o defeito possa ter carácter tardio, seja porque não existe no momento em que a obra é aceite ou porque não se mostra visível em tal momento.⁷¹ A dilatação dos prazos de denúncia e de garantia refletem tais preocupações.

Na ótica do prazo de garantia, acreditou-se que os cinco anos refletiam o hiato temporal suficiente para que eventuais defeitos tardios pudessem surgir. No que respeita à denúncia, o prazo de um ano após o conhecimento visa a possibilidade de concentração dos defeitos que vão sendo conhecidos no mesmo ato de denúncia, evitando atos distintos, sendo, pois, uma solução que visa a celeridade na resolução de perturbações oriundas da realização da obra.⁷²

Questão de relevo, a este propósito, reporta-se a saber se o prazo de garantia de cinco anos após a entrega da obra constitui um prazo de caducidade inultrapassável respeitante ao exercício dos direitos ou se, em sentido contrário, se reporta apenas à manifestação dos defeitos. Não se desatende à existência de posições sufragadas na nossa doutrina que interpretam os cinco anos após a entrega da obra como um prazo de caducidade do exercício dos direitos.⁷³ Entre nós, afastamos este entendimento.

⁶⁹ Cura Mariano também adere a este entendimento, 2015, p. 175.

⁷⁰ Albuquerque & Assis Raimundo falam no acolhimento das regras da experiência em imóveis destinados a longa duração, 2019, p. 450.

⁷¹ “Dados os perigos especiais (...) e a maior dificuldade em descobrir esses vícios, justificam-se alguns desvios às regras gerais” – Romano Martinez, 1994 p. 463.

⁷² Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 176.

⁷³ Solução defendida por Villalonga, 1993, p. 225 e por Rosendo Dias, 1981, pp. 73 e ss.

O regime do artigo 1225.º, n.º 1, do CC estatui o prazo de cinco anos após a entrega da obra, prazo dentro do qual, conforme preceitua o regime, “o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra e ao terceiro adquirente”. O n.º 2 do citado normativo vem, por sua vez, determinar que a denúncia terá de ser exercida no prazo de um ano, e os direitos devem ser exercidos no ano seguinte à denúncia.

O legislador procedeu a uma articulação tripartida dos limites temporais para o exercício dos direitos perante o empreiteiro.

Um prazo de garantia de cinco anos; o prazo de um ano, a contar do conhecimento do defeito, para exercer o direito de denúncia; o prazo de um ano, posterior à denúncia, dentro do qual terão os direitos de ser exercidos, sob pena de caducidade.⁷⁴

Deste desenho legislativo não parece resultar que o exercício de qualquer direito tenha de ser efetivado dentro da vigência do prazo de garantia, porquanto se trata de prazos autonomizáveis, pese embora se relacionem entre si, por força da articulação temporal traçada pelo legislador.

Entre nós, apenas se mostra exigível que o facto constitutivo da responsabilização do empreiteiro ocorra dentro do período temporal da garantia e que a denúncia seja observada dentro do prazo. Já o exercício dos direitos pode ir além do prazo de garantia estabelecido, pois o beneficiário da responsabilidade apenas está obrigado a exercer os seus direitos de ação impreterivelmente no prazo de um ano após a denúncia, o que poderá ocorrer para lá do período de cinco anos.⁷⁵

Admitindo a solução inversa, certamente nos veríamos frequentemente deparados com situações em que os defeitos se evidenciam perto do termo do prazo, obstando a que, por mais diligente que fosse o titular do direito, este pudesse desencadear tempestivamente a responsabilização do empreiteiro. Seria certamente um cenário a evitar, do ponto de vista da *ratio legis* do regime.

Um outro argumento a favor deste entendimento prende-se com a interpretação da *letra legis*. Atentemos na redação dada ao n.º 1 do art. 1225.º, em comparação com o que dispõe o n.º 2 do art. 1224.º, ambos do CC.

No regime geral observamos que o legislador determinou um prazo máximo de caducidade para o exercício dos direitos que nunca poderia ir além dos dois anos após a entrega da obra. Não o fez, curiosamente, no regime especial. Cremos que não se tratou de uma coincidência, mas sim de uma tomada de posição no sentido de não determinar idêntica solução no regime do art. 1225.º CC, pois se o legislador visasse fazer caducar os direitos do

⁷⁴ Cfr. Ac. STJ, de 14-01-2014 (Moreira Alves).

⁷⁵ Vide Ac. STJ, de 29-11-2011 (Gabriel Catarino) e, ainda, os seguintes Acórdãos: Ac. TR Lisboa, de 20-03-2012 (Cristina Coelho), de 01-03-2007 (Fátima Galante); Ac. STJ, de 15-11-2009 (Granja Da Fonseca) e Ac. TR Porto, de 23-02-2012 (Ramos Lopes).

dono da obra, teria certamente utilizado uma enunciação semelhante à do art. 1224.º, n.º 2,⁷⁶ ressaltando que jamais qualquer direito poderia ser exercido decorridos cinco anos após a entrega da obra.

b) As interrogações do art. 1225.º CC

A construção legal do art. 1225.º CC, designadamente a articulação do seu n.º 1 *fine*, ao referir que o empreiteiro é responsável “pelo prejuízo causado (...)”, com o n.º 2, que estabelece que “a indemnização deve ser pedida no ano seguinte à denúncia”, e o n.º 3, que equipara os prazos previstos no n.º 2 ao direito de eliminação dos defeitos, revela-se tarefa árdua para o intérprete.⁷⁷

Na redação inicial dada pelo CC de 1966, entendia-se estarmos perante um direito indemnizatório.⁷⁸ Contudo, posteriormente, com a entrada em vigor da reforma da norma em 1994, acentuou-se o problema. É que o legislador aditou o n.º 3 ao preceito, atribuindo os mesmos prazos ao direito à eliminação dos defeitos. Manteve, porém, a dúvida alusiva à aplicação do regime especial aos restantes direitos conferidos ao dono da obra, pelo facto de não ser feita qualquer menção aos demais.

Em nosso entender, a ideia da restrição da aplicabilidade deste regime apenas e só ao direito à indemnização⁷⁹ e à eliminação dos defeitos não parece ser uma interpretação coerente, e que acabaria inevitavelmente por ferir o quadro legal instituído pelo art. 1225.º CC.

Vista sob um prisma de ordem sistemático, uma restrição desta índole colocaria em causa a congruência da sistematização legal do contrato de empreitada. Seria, indesmentivelmente, um contrassenso a lei atribuir um leque variado de direitos, no seu regime geral, restringindo os direitos passíveis de exercício em imóveis destinados a longa duração.⁸⁰

Por outro lado, não terá sido esse o espírito legislativo que o legislador visou implementar com a adoção deste desvio ao regime geral, uma vez que a sua criação resultou, essencialmente, do reconhecimento dos perigos acrescidos que as obras incidentes sobre bens desta natureza poderiam representar.⁸¹ Uma menor proteção não parece ter sido, portanto, o resultado pretendido pelo legislador.

Um outro argumento merecedor de análise tem que ver com a interpretação da letra da lei. Estatui o preceito que, nas hipóteses inscritas na norma, “o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra e ao terceiro adquirente”.

⁷⁶ Expõem este argumento Albuquerque & Assis Raimundo, 2019 p. 459.

⁷⁷ Ver anotações de Neto, 2006, pp. 1026 e ss.

⁷⁸ Seguem este entendimento, entre outros, Menezes Leitão, 2011, p. 556 e Pereira de Almeida, 1998, p. 96.

⁷⁹ Posição defendida pelo Ac. TR Évora, de 23-11-2005 (Maria Alexandra Santos).

⁸⁰ Cura Mariano, 2015, p. 179.

⁸¹ Cfr. Romano Martinez, 2001, p. 463.

Ora, o prejuízo mencionado pelo legislador será o resultado da execução defeituosa da obra, se lhe sobrevierem danos relevantes passíveis de responsabilização.⁸² Mas, deve referir-se que ao prejuízo não está diretamente ligada a ideia de um direito indenizatório, até porque, da construção da responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra, os remédios criados servem o propósito da reparação do dano infligido ao dono da obra. Além disso, na parte inicial da norma é feita desde logo uma ressalva, ao referir “sem prejuízo do disposto nos arts. 1219.º e ss.”, o que determina que este regime não afasta a aplicação do regime geral.

No que alude ao tratamento dos prazos, também não cremos que seja de acolher a ideia de que o legislador pretendeu apenas fixar prazos especiais para o direito à indemnização e à eliminação dos defeitos, determinando um tratamento diferenciado aos restantes. Inexiste qualquer razão que sustente a fixação de prazos distintos para os direitos conferidos ao dono da obra.⁸³ Deve, neste sentido, acolher a norma uma interpretação extensiva, observando-se aplicável a articulação temporal de prazos constante do art. 1225.º CC a todos os remédios conferidos pelo legislador.

c) A extensão da responsabilidade a favor do terceiro adquirente

A extensão da responsabilidade do empreiteiro perante o terceiro adquirente do bem é uma solução inovadora introduzida pela redação dada ao art. 1225.º, n.º 1 CC pelo DL n.º 268/94.⁸⁴ Foi incluído na parte final do n.º 1 que o empreiteiro é “responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra” e, sublinhe-se, ao “terceiro adquirente”.

O motivo primordial que presidiu à adoção desta solução prendeu-se, essencialmente, com a garantia de segurança nas transações imobiliárias e a imperiosa necessidade de tutela do terceiro adquirente.⁸⁵

Sem esta solução, estava apenas assegurada, na ótica do comprador, a proteção conferida pelo regime da compra e venda de bens defeituosos, sendo que um aspeto se afigurava problemático. É que, por força desse regime, o comprador não responde por vícios do bem alienado, caso prove que desconhecia sem culpa a existência de defeitos (cfr. art. 914.º do CC).⁸⁶

Com efeito, sendo a obra realizada posteriormente vendida pelo dono da obra com defeitos, o empreiteiro é responsável pela sua verificação perante o terceiro que adquire o imóvel,⁸⁷ operando, assim, uma transmissão do direito de efetivar a responsabilidade contra o empreiteiro, o que redundará, na verdade, numa transmissão da garantia legal.

⁸² Romano Martinez, Pedro fala em danos típicos, 2001., p. 136.

⁸³ Albuquerque & Assis Raimundo, 2019., p. 458.

⁸⁴ Já anteriormente proposto por Vaz Serra no anteprojeto do Código Civil de 1966.

⁸⁵ Cfr. preâmbulo do DL n.º 267/94, de 25-10.

⁸⁶ Para maior aprofundamento, Menezes Leitão, 2011, pp. 123 e ss.

⁸⁷ Para Cura Mariano incluem-se ainda titulares de direitos reais de gozo, 2015, p. 181.

Desta forma, dispõe o comprador de uma dupla via de reação,⁸⁸ exercendo os seus direitos contra o vendedor do bem ou contra o empreiteiro que realizou a obra, sendo certo que, perante este último, estará o terceiro impedido de recorrer à redução do preço ou resolução do contrato, porquanto se trata de remédios que não podem ser exercidos contra o empreiteiro, uma vez que pressupõem o estabelecimento de uma relação contratual com este sujeito jurídico.⁸⁹

Vista e colhida a solução adotada pela lei, é de destacar que esta configuração legal não dispensa o levantar de algumas interrogações. Desde logo, porque esta traduz, naturalmente, um desvio ao princípio da relatividade dos contratos⁹⁰ – cfr. art. 406.º CC –, na medida em que é operada uma transmissão da garantia a um terceiro que não foi parte do prévio contrato de empreitada, que vinculava apenas empreiteiro e dono da obra, posteriormente vendedor.

Apelando à resolução desta questão prévia, é de apontar que a relatividade dos contratos, ou seja, a sua eficácia *inter partes*, apesar da sua imperatividade legal, não fecha as portas a eventuais exceções expressamente previstas na lei. O próprio n.º 2 do citado normativo consagra essa abertura.

No que concerne ao enquadramento jurídico da extensão da responsabilidade, alguns autores entendem que a mesma deve ser qualificada como uma cessão de créditos imposta por lei.⁹¹ Não acompanhamos este enquadramento.

Subvertendo à transmissão da garantia contra o empreiteiro, esta opera de forma automática, por imposição legal, sendo alheia à vontade das partes. Por esse motivo, preferimos enquadrar a solução como uma transmissão que é desencadeada por efeito *ipso jure*, ou seja, por imposição legal, a qual reveste caráter limitado, circunscrito à posição de terceiro face ao contrato de empreitada, que apenas poderá recorrer aos remédios que coadunem com a sua posição de terceiro.⁹²

É ainda de referir que a extensão do domínio da responsabilidade não prejudica as regras de articulação e funcionamento dos respetivos prazos de denúncia e exercício dos direitos.

Com efeito, o cômputo inicial do prazo de garantia dá-se com a entrega da obra ao seu dono, não se interrompendo com as posteriores aquisições, pelo que, existindo uma cadeia ininterrupta de transmissões⁹³, o que releva é a data de entrega da obra ao primitivo dono para efeitos de contagem do prazo de cinco anos, respondendo o empreiteiro perante o último

⁸⁸ Seguem-se as regras da responsabilidade solidária. Para maior aprofundamento, cfr. Antunes Varela, 2017, pp. 751 e ss.

⁸⁹ Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 450.

⁹⁰ Cfr. Almeida Costa, 2019, pp. 312 e ss.

⁹¹ Cfr. Pires de Lima & Antunes Varela, ob. cit., p. 740.

⁹² Vide Ac. STJ, de 11-07-2019 (Rosa Ribeiro Coelho).

⁹³ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 181.

adquirente do bem dentro da vigência do prazo de garantia.⁹⁴ O mesmo sucede com os prazos de denúncia e exercício dos direitos, que ficam sujeitos às idênticas regras já vistas.⁹⁵

d) A aplicação do regime à figura do construtor-vendedor

O regime especial instituído pela redação atual do art. 1225.º CC determina, ainda, a sua aplicação à figura do construtor vendedor, conforme dispõe o n.º 4 do citado normativo, leia-se, “o disposto nos números anteriores é aplicável ao vendedor do imóvel que o tenha construído, modificado ou reparado”.

Significa isto que ao vendedor que constrói e posteriormente vende o bem são de aplicar as regras atinentes à responsabilidade civil do empreiteiro. É uma solução que já constava dos estudos de Vaz Serra⁹⁶, seguida também nos dias de hoje noutros sistemas de direito comparado.⁹⁷

Para o comprador, a aplicação do regime da compra e venda de bens defeituosos cede perante esta regra, uma vez que o regime reveste carácter especial, aplicando-se às circunstâncias particulares previstas na lei.⁹⁸

À semelhança da inovação contida pelo n.º 3, já observada *supra*, esta introdução do n.º 4 no seio do art. 1225.º CC teve igualmente por base a proteção do adquirente do bem, tido como numa posição mais enfraquecida no seio do mercado imobiliário. Mas não se revelou a única razão.

Serviu, igualmente, como tomada de posição perante problemas suscitados por zonas de confluência entre os regimes da compra e venda e empreitada, em situações em que as dificuldades na demarcação da fronteira dos dois regimes fez emergir complicações na determinação do regime a aplicar.⁹⁹

Delineada a solução legal, merece a devida clarificação o facto de que os contornos da figura de construtor-vendedor são uma realidade complexa, nem sempre se observando tarefa fácil alcançar a subsunção jurídica a este conceito.¹⁰⁰

No que respeita ao vendedor que procede, por via de administração direta, à edificação e posterior comercialização, não ressaltam quaisquer dúvidas sobre o seu enquadramento legal como construtor-vendedor do imóvel. As dúvidas acentuam-se nas situações em que há recurso a terceiros para levar a cabo a construção.¹⁰¹ Não raras vezes, quem se dedica à

⁹⁴ Vide Ac. TR Porto, de 24-05-2007 (Fernando Batista).

⁹⁵ Para maior aprofundamento, ver Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 460

⁹⁶ Cfr. Vaz Serra, 2001., pp. 148 e ss.

⁹⁷ Seguido pelos sistemas espanhol, italiano, alemão e francês.

⁹⁸ Cfr. Romano Martinez, 1994., p. 156.

⁹⁹ A conceção mista do contrato, enquanto compra e venda e empreitada, trazia problemas – cfr. Romano Martinez, ob. cit., pp. 147 e ss.

¹⁰⁰ Observar a problematização dada por Guedes, 1997.

¹⁰¹ A separação entre a compra e venda e a empreitada levanta problemas de concreta delinação da fronteira de aplicabilidade dos regimes.

comercialização de imóveis adjudica a realização da empreitada (em parte ou no seu todo) de longa duração a um empreiteiro, comercializando posteriormente o bem.

As implicações legais desta destriça são consideravelmente relevantes, porquanto influem diretamente na determinação da fronteira entre a aplicação do regime da compra e venda de bens defeituosos (arts. 913.º e ss. CC) e o regime especial da responsabilidade em imóveis destinados a longa duração (art. 1225.º CC).

Na nossa doutrina, Serras de Sousa aponta que o n.º 4 do art. 1225.º se aplica a situações de administração direta do vendedor, entendendo que construtor-vendedor “será somente aquele que o tenha construído, reparado ou modificado com intervenção direta (...). Isto significa, portanto, não se aplicar este regime ao vendedor profissional que tenha contratado um terceiro para a realização da obra e posterior venda”.¹⁰²

Todavia, este entendimento tem sido abandonado, cedendo em função da efetiva intervenção do vendedor na realização da obra. A preocupação primordial tem sido, acima de tudo, conceber o conceito de construtor-vendedor como uma construção jurídica abrangente, que não deve preconizar uma interpretação estritamente literal.

Aliás, se assim o fosse, só estaríamos em condições de lograr esse enquadramento quando o vendedor do imóvel tivesse procedido à sua efetiva construção e venda.¹⁰³ Era impreterível ir mais longe, estabelecer uma maior elasticidade à interpretação do n.º 4 do citado normativo, na defesa dos interesses legalmente protegidos dos sujeitos adquirentes do imobiliário.

A jurisprudência, hoje largamente maioritária, posiciona-se no sentido de não vislumbrar ser decisivo a obra ter sido materialmente levada a cabo pelo vendedor para o enquadramento deste como construtor-vendedor. Relevante será, pois, saber se o vendedor, mesmo não tendo sido o autor da construção, teve o seu domínio e a promoveu no âmbito profissional.¹⁰⁴

Na prática dos nossos dias, esta questão está usualmente ligada ao *modus operandi* de empresas de promoção imobiliária¹⁰⁵. Estas empresas elaboram projetos de construção, mas nem sempre possuem os meios técnicos e humanos que lhes permitam ter autonomia construtiva.

Recorrem, assim, com frequência à adjudicação dos trabalhos de edificação a terceiros, mediante a celebração de contratos de empreitada, visando posteriormente procederem à sua comercialização no mercado imobiliário, antes ou depois de finda a construção.

¹⁰² Serras de Sousa, 2017, p. 1524, seguido também por Calvão da Silva, 2008, p. 107, Cura Mariano, ob. cit., pp. 184 e ss., e por Albuquerque & Assis Raimundo, 2019, p. 463.

¹⁰³ Solução defendida na doutrina italiana, autores cit.

¹⁰⁴ Seguindo este critério apontam os seguintes Acórdãos: Ac. TR Lisboa, datado de 05-03-2020 (Arlindo Crua), Ac. do STJ, de 05-03-2013 (Maria Beleza); Ac. STJ de 14-01-2014 (Moreira Alves), Ac. TR Lisboa, datado de 25-09-2014 (Antonio Martins) e Ac. TR Guimarães, datado de 03-11-2011 (Antero Veiga).

¹⁰⁵ Romano Martinez, 2020, pp. 153 e ss. foi pioneiro na chamada de atenção dos problemas suscitados pela figura do promotor imobiliário.

Apesar da existência de contrato de empreitada com terceiro, conclui-se não raras vezes que o promotor mantém efetivo controlo¹⁰⁶ sobre todos os contornos tendentes à sua execução. Destarte, não atua este sujeito como alguém alheio à construção, estranho à mesma, que apenas se limita a vender o imóvel. Pelo contrário, é este sujeito que desencadeia a construção e posteriormente procede à sua comercialização, devendo, por conseguinte, ser tratado como construtor-vendedor, na aceção do n.º 4 do art. 1225.º CC.¹⁰⁷

Seguindo este entendimento, defendido por nós e hoje espelhado pela maioria da jurisprudência, abandona-se a indesejada interpretação restritiva do preceito, adotando uma conceção ampla do conceito de construtor-vendedor, à luz das preocupações que estiveram na base da positivação desta solução legal no corpo do art. 1225.º CC.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Este aspeto acaba por refutar um dos argumentos de Cura Mariano, 2015, pp. 185 e ss.

¹⁰⁷ O Cód. Fr. acolhe esta solução – cfr. art. 1831.º.

¹⁰⁸ “Só um conceito amplo de construtor respeita a intenção de proteção do /adquirente do imóvel, reconhecendo-lhe o direito de responsabilizar os “vários agentes intervenientes no sector imobiliário” – preâmbulo do DL 267/94.

III - Problemas suscitados em imóveis constituídos sob o regime da propriedade horizontal

A propriedade horizontal – generalidades

A propriedade horizontal realiza, em si mesma, uma forma de organização do direito de propriedade. Observando o disposto no art. 1414.º CC, “As frações de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal”.¹⁰⁹

A sujeição de edifício ao regime da propriedade horizontal nasce com a emanção do título constitutivo,¹¹⁰ ato mediante o qual é feito o fracionamento do edifício em planos ou secções com vista a que este compreenda unidades independentes entre si. Do ato constitutivo emanam efeitos jurídicos distintos.

O primeiro é, desde logo, o surgimento de um novo estatuto jurídico do edifício, que deixa de ser tido como uma coisa unitária, passando a imperar a ideia de fracionamento na sua composição, uma unidade global composta por uma multiplicidade de coisas.

Em face de tal fracionamento, germinam, por conseguinte, direitos reais autónomos sobre as partes que compõem o edifício que, embora coexistindo entre si, preservam a sua autonomia jurídica, podendo sobre estas surgir situações jurídico-reais distintas.¹¹¹

Seguindo o art. 1420.º, n.º 1 do CC, “cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício”.

O direito de propriedade é aqui indissociavelmente ligado à propriedade exclusiva das frações autónomas e à compropriedade das partes comuns. O conjunto de direitos de propriedade exclusivos e comuns integram uma unidade incindível, um direito real novo¹¹², incidindo sobre o edifício um conjunto coordenado de direitos de propriedade, ora exclusivos e plenamente individualizados, ora em concurso com os demais condóminos,¹¹³ afetos a um todo, de carácter instrumental face aos anteriores.

As frações autónomas correspondem às partes do edifício afetas ao uso e fruição exclusivos do seu proprietário. Já as partes comuns a todos os condóminos pertencem, referindo a lei que são partes comuns do edifício os elementos do prédio mais bem descritos sob o art. 1421.º CC.

Uma outra particularidade espelhada pela construção da figura da propriedade horizontal traduz-se no estabelecimento de uma organização coletiva para a condução dos assuntos que a todos os condóminos dizem respeito, com vista a dar resposta e monitorizar

¹⁰⁹ Consultar anotações de França Pitão, 2007, pp. 9 e ss.

¹¹⁰ Sobre o título constitutivo, ver anotações de Pires de Lima & Antunes Varela, 1981 p. 405.

¹¹¹ Cfr. texto de Carvalho Fernandes, 2006, pp. 3 e ss.

¹¹² Miller, 1973, p. 45.

¹¹³ Pinto Duarte, 2019, pp. 41 e ss.

todas as questões que versem sobre o interesse coletivo. O condomínio,¹¹⁴ na sua existência, necessita de órgãos que o administrem, porquanto se trata de uma figura que carece da existência de uma estrutura humana, na ótica da coexistência de uma comunidade de interesses heterogêneos dos proprietários das frações.

Esta situação jurídica coletiva foi aclamada pelo legislador português com a consagração da estrutura organizativa do condomínio, a qual inclui, desde logo, a assembleia de condomínio, composta por todos os proprietários das frações, cuja competência é dualista: deliberativa, por um lado, e fiscalizadora, por outro. Alinhada com este órgão surge a figura do administrador do condomínio, órgão de natureza executiva, cujas funções se encontram clarificadas pelo legislador – cfr. art. 1436.º do CC. O administrador é eleito e pode ser exonerado pela assembleia, a todo o tempo, e está obrigado a executar as suas deliberações.¹¹⁵

O estabelecimento deste quadro orgânico serve o propósito de implementar um instrumento jurídico de formação da vontade coletiva e da sua respetiva execução na gestão dos interesses da coletividade dos condóminos.¹¹⁶ Com isto, torna-se exequível a formação jurídica da vontade do grupo, com vista a possibilitar a convivência de interesses num edifício submetido ao regime da propriedade horizontal.¹¹⁷

A legitimidade individual e coletiva

Em face das considerações preliminares acima vistas, e com base na premissa de responsabilização do empreiteiro com fundamento na aplicação do regime especial instituído pelo art. 1225.º CC, o primeiro problema que nos propomos analisar assenta na determinação da legitimidade ativa para efetivar a responsabilidade perante o empreiteiro em edifício constituído em propriedade horizontal.

Considerando que o problema em mãos está dentro do âmbito dos poderes de administração das partes do edifício, a determinação da legitimidade para reagir contra defeitos compreende a separação jurídica do dever de administração e a sua relação com a proveniência dos defeitos.

Nas frações autónomas, quem tem o dever de conservação é o seu proprietário.¹¹⁸ Já no âmbito das partes comuns, é sobre a administração do condomínio e sobre o conjunto dos condóminos, através da respetiva assembleia, que recai o dever de administrar e conservar as partes comuns¹¹⁹

¹¹⁴ Pires de Lima & Antunes Varela, 1981, p. 398.

¹¹⁵ Cfr. arts. 1432.º, n.º 3 e 1435.º, ambos do CC.

¹¹⁶ “A lei encomenda a órgãos o desenvolvimento normal da vida da comunidade mediante a assunção de diversas funções que ficam, assim, subtraídas à esfera da competência individual de cada condómino”. Passinhas, 2000, p. 179.

¹¹⁷ Pinto Duarte, 2019, pp. 102 e ss.

¹¹⁸ Cura Mariano, 2015, p. 194 inclui ainda titulares de direitos reais menores.

¹¹⁹ Ac. TR Guimarães, de 14-01-2021 (Maria Nogueira).

Feita esta destrinça, é de admitir que, se surgirem defeitos numa fração autónoma, o titular da legitimidade ativa para efetivar a responsabilidade do construtor do edifício será o seu proprietário exclusivo, individualmente considerado.¹²⁰ Sendo estes incidentes sobre partes comuns do edifício, o dever de conservação compete à estrutura orgânica do condomínio.

Esta última hipótese assume traços peculiares no que respeita à legitimidade processual ativa. O condomínio não goza de personalidade jurídica, gozando apenas de personalidade judiciária, *i.e.*, é uma figura suscetível de figurar como parte processual.

Enquanto figura de ficção, este carece de ser representado em juízo por uma pessoa física, daí que a lei tenha conferido essa incumbência ao seu administrador, por meio de uma *legitimatio ad processum*, resultando da conjugação das atribuições conferidas pelo teor do art. 1437.º CC e pelo art. 26.º do Código de Processo Civil, que regula a representação de entidades não dotadas de personalidade jurídica própria, as quais devem ser representadas pelos seus administradores.

Note-se que, com a entrada em vigor da Lei 8/2022, de 10 de janeiro de 2022, a legitimidade representativa do condomínio foi exclusivamente conferida ao administrador, com a alteração da redação dada ao art. 1437.º CC, passando este a dispor, no seu n.º 1, que “o condomínio é sempre representado em juízo pelo seu administrador, devendo demandar e ser demandado em nome daquele”, resolvendo, assim, as divergências na interpretação do preceito.

A sua legitimidade ativa para litigar está circunscrita ao exercício das funções de gestão corrente, na ótica da conservação dos direitos relativos a bens comuns, ou quando expressamente mandatado pela assembleia, na componente executiva das mesmas.¹²¹

No que alude ao exercício do leque de direitos inscritos no art. 1225.º CC, estamos perante matérias excluídas dos atos de conservação ordinários que oneram o administrador, na aceção da alínea f) do art. 1436.º CC.

Destarte, para a maioria da jurisprudência¹²², a propositura de uma ação judicial pelo condomínio, representado pelo administrador, contra o construtor do edifício não consubstancia um ato de conservação ordinário, porquanto versa sobre questões que contendem com a propriedade condominal, indo bem para além das atribuições legais do administrador. Para o administrador ser tido como parte legítima em ação judicial movida contra o empreiteiro, tal pretensão carece de prévia autorização da assembleia.¹²³

¹²⁰ Cfr. Aragão Seia, 2002, p. 208.

¹²¹ Art. 1437.º, n.º 2 CC, na redação dada pela Lei 8/2021.

¹²² Cfr. Mesquita, 1976, p.199; na jurisprudência, entre outros, o Ac. STJ, de 4.10.2007 (Santos Bernardino), Ac. TR Lisboa, de 16.12.2003 (Maria Ribeiro) e de 18.6.2009, (Vaz Gomes), Ac. TR Évora, de 17-03-2010 (Tavares da Paiva) E Os Ac. TR Porto, de 10.5.2005 (Alziro Cardoso) E De 12.11.2012 (José Eusébio Almeida).

¹²³ Para maior aprofundamento, consultar Oliveira Magalhães. Pode admitir-se prescindir de deliberação, em casos de urgência – vide Ac. TR Porto, de 09-12-2010 (Deolinda Varão).

Em qualquer um dos cenários, afastada se revela, ao que parece, a possibilidade de os próprios condóminos figurarem na ação em representação do condomínio sem a presença do administrador, como outrora já se admitiu. A nova redação do art. 1437.º CC acabou de vez com a discussão tendente à atribuição de legitimidade processual, na fronteira entre o órgão de administração e os próprios condóminos.

Acolhendo eventuais situações de inércia do administrador no exercício das funções que lhe são atribuídas, também não se afigura razoável tal solução. E nem por isso é de afirmar que o condomínio desaba numa posição de desproteção, existindo variados mecanismos de reação.

Desde logo, a exoneração do administrador, que pode ter lugar a todo o tempo, pela assembleia.¹²⁴ Outra hipótese é uma ação judicial proposta contra o condomínio, representado pelo seu administrador, com vista à efetivação da responsabilidade do construtor. Por fim, em última sede, surge ainda eventual ação de responsabilidade civil movida contra o administrador pelos prejuízos causados ao condomínio.¹²⁵

Posto isto, não obstante o caminho percorrido até aqui no concernente ao tratamento da relação entre os poderes de administração do administrador das partes comuns do edifício e a atribuição de legitimidade ativa para representar o condomínio, é preciso ter em conta que este raciocínio comporta alguns desvios.

Olhando o leque de direitos consagrados pelo legislador não é possível estender a legitimidade do administrador ao exercício de todos eles, mas tão só àqueles que, efetivamente, incidam sobre o seu poder de administração das partes comuns, que serão, exclusivamente, o direito à eliminação dos defeitos e nova construção e o direito à indemnização por danos causados ao condomínio.¹²⁶ De fora ficam o direito à redução do preço e à resolução do contrato, direitos exclusivamente exercíveis pelo comprador da fração.

O problema da contagem do prazo de caducidade

A segunda questão que sonda a nossa abordagem tem que ver com a determinação do momento relevante para efeitos do início da contagem do prazo de garantia, em edifício construído pelo vendedor, posteriormente submetido a propriedade horizontal. A redação do n.º 1 do art. 1225.º CC determina que a sua contagem se inicia com a entrega da obra, solução que foi pensada com o sentido de olhar o momento da entrega como o momento em que os direitos podem ser exercidos.¹²⁷

Ora, esta opção do legislador encontra um obstáculo na hipótese de edifício construído e vendido pelo mesmo sujeito jurídico, apelidado de construtor-vendedor, submetido ao regime

¹²⁴ Cfr. art. 1435.º, n.º 1 CC.

¹²⁵ Situação exposta no Ac. TR Lisboa, de 01-03-2012 (Ezaguy Martins).

¹²⁶ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 195. Esta orientação também é seguida na doutrina italiana, entre outros, Sollai, 2010, p. 646. Sobre o direito à indemnização por danos morais causados aos condóminos, o Ac. TR Évora, de 14-02-2019 (Tomé de Carvalho) afastou a legitimidade do administrador.

¹²⁷ Sobre a caducidade, cfr. Menezes Cordeiro, 2007, pp. 207 e ss.

da propriedade horizontal, uma vez que este não procede, em princípio, à alienação das frações que germinam da constituição da propriedade horizontal em momento simultâneo.

Considerando este aspeto, se relativamente às frações autónomas o problema não se coloca, porquanto se trata de partes do edifício que dão corpo a direitos individualmente considerados, sendo o cômputo inicial do prazo dos cinco anos a data da entrega da fração ao respetivo adquirente,¹²⁸ as dificuldades incidem sobre a aferição da data de entrega das partes comuns do edifício.

A este respeito, diversas teses foram construídas na jurisprudência. A tese primitivamente com mais apoio, especialmente no seio do STJ, fixava o momento da entrega das partes comuns como a data efetiva da transmissão da sua administração à assembleia de condomínio, mediante a reunião em assembleia e respetiva nomeação do administrador do condomínio.¹²⁹ Entendia-se que a partir desta data era corporizada a base organizativa do condomínio, cujas atribuições são, entre outras, a conservação das partes comuns, ficando, por conseguinte, o condomínio em condições de demandar o construtor.

Acolhendo o problema em mãos, sufragamos as nossas reservas face a esta tese, à qual aderimos, em parte do seu raciocínio, mas tendemos a discordar, por outro, conforme se apontará. Não colocando em causa que com a reunião em assembleia e nomeação do administrador o condomínio forma a sua base orgânica, não podemos olvidar, porém, que nesse momento o construtor possa manter-se proprietário de todas as frações ou, pelo menos, de uma parte substancial do edifício.

Este aspeto é significativo, pois reflete a sua maioria representativa em assembleia, que tem incidência direta na condução da vontade do condomínio e pode, por isso, afluir numa situação de conflito de interesses, estando a ser objeto de deliberação, pense-se, a responsabilização do construtor do edifício, que desta forma pode ser inviabilizada.¹³⁰ Um outro aspeto, relacionado com o anterior, está na possibilidade de o construtor, *per si*, eleger o administrador de condomínio, órgão executivo do condomínio, o que também pode constituir um entrave à proteção do interesse do condomínio.¹³¹

Destarte, na vigência de tal *status quo*, estamos perante uma assembleia desprovida da exigida coexistência de interesses autónomos e individualizados, não prosseguindo o fim aclamado pelo legislador de consagrar um sistema colegial deliberativo conducente à prossecução da vontade do grupo¹³², dado que o construtor mantém um papel decisivo assente no poder de impor a sua vontade aos demais.

¹²⁸ Cfr. Cura Mariano, 2015, p. 200.

¹²⁹ Cfr. na jurisprudência mais recente do STJ os seguintes acórdãos: Ac. STJ. de 15-11-2012 (Granja da Fonseca), de 29-06-2010 (Hélder Roque), de (Duarte Soares), de 01-06-2010 (Azevedo Ramos), 10-04-2014 (Moreira Alves). Seguida igualmente por alguns autores, entre os quais Cura Mariano, ob. cit., p. 201.

¹³⁰ Cfr. Ac. do STJ, de 29-11-2011 (Gabriel Catarino): “A ocorrer esta hipótese estar-se-ia perante uma impossibilidade de exercício de um direito suscetível de conduzir ao respetivo bloqueio”.

¹³¹ Passinhas, 2000, p. 289 chama a atenção para esta particularidade.

¹³² Cfr. Cura Mariano, 2015, pp. 201 e ss.

Tendo em conta estas preocupações de proteção do interesse coletivo, seguimos de perto alguns autores que adotam uma posição de desconsideração da suficiência do critério anteriormente visto, *i.e.*, da mera constituição da estrutura orgânica do condomínio para o início da contagem do prazo quando se conclui que a entidade vendedora ainda detém sobre o edifício uma posição de domínio.¹³³

Nesta senda, o *dies a quo* deve ficar dependente não apenas da criação da estrutura organizativa do condomínio, como igualmente da aferição simultânea de autonomia deliberativa da assembleia, o que corresponde a afirmar, por outras palavras, que é necessário que o controlo da assembleia não esteja atribuído ao construtor no momento em que há lugar à reunião em assembleia e eleição de administrador para efeitos de consideração da entrega das partes comuns do edifício.

Para que esse circunstancialismo se verifique, a forma mais prática de o examinar será observar se a assembleia é composta por membros que perfaçam uma maioria deliberativa distinta do vendedor no momento em que elege o administrador.

A escolha desta tese mostra-se preferível, desde logo, por ser a que melhor se coaduna com a *letra legis* do art. 1225.º, n.º 1 CC, na parte em que preceitua “a contar da entrega”, bem como com a *ratio legis* que sobre si emerge, na ótica da proteção dos interesses dos condóminos.

A empreitada de consumo

a) Breves notas

A empreitada de consumo reveste um subtipo contratual do contrato de empreitada, que surgiu de forma paralela face à regulação civil, especialmente voltado para as relações de consumo.¹³⁴

A sua regulação especial adveio, primitivamente, da entrada em vigor do DL 67/2003¹³⁵, de 8 de abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 1999/44/CE¹³⁶, estabelecendo um regime para a compra e venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas, sendo igualmente aplicável à empreitada, pela extensão do âmbito objetivo do diploma a “outros contratos de fornecimento de bens de consumo”, entre os quais se incluem os bens fornecidos em contrato de empreitada.¹³⁷

¹³³ Veja-se, entre outros, na jurisprudência mais recente, o Ac. do STJ de 31-05-2011 (Clara Sottomayor), de 29-11-2011 (Gabriel Catarino), de 10-12-2019 (Nuno Oliveira) e os Ac. TR Porto, de 15-10-2012 (Anabela Carvalho) e 14-05-2009 (Madeira Pinto).

¹³⁴ A especialidade das normas de consumo derroga a aplicação do regime civil – Cfr. Ac. TR Coimbra, de 15-06-2020 (Sílvia Pires).

¹³⁵ Posteriormente revogado pelo DL 84/2008, de 21-05.

¹³⁶ Cfr. Calvão da Silva, 2010, pp. 60 e ss.

¹³⁷ Sobre as referências à empreitada no diploma, cfr. Romano Martinez, 2013, pp. 13 e ss.

Com isto, a compra e venda e a empreitada passaram a revestir-se de autonomia no seu tratamento jurídico¹³⁸, no âmbito das relações de consumo, mediante a criação de um regime particularizado, não só no que toca aos próprios elementos do contrato, como igualmente ao seu próprio cumprimento e às garantias subjacentes.¹³⁹

Volvidas cerca de duas décadas, entrou em vigor, no passado ano, o DL 84/2021, de 18 de outubro, que veio revogar o DL 84/2008, na sequência da transposição de duas diretivas comunitárias – Diretiva EU 2019/770¹⁴⁰, relativa ao fornecimento de bens e conteúdos digitais, e a Diretiva EU 2019/771, relativa à compra e venda de bens de consumo.

Para a nossa exposição, releva uma breve abordagem de aspetos inovadores na compra e venda e empreitada de consumo, esta última que continua a estar incluída no âmbito objetivo de aplicação do diploma – cfr. art. 3.º, n.º 1 b) DL 84/2021.

O novo diploma estatuiu regras mais sólidas para a compra e venda de bens móveis (arts. 5.º e ss.), tendo reforçado o sentido interpretativo do conceito de falta de conformidade do contrato, que passou a conter uma divisão categórica em elementos objetivos e subjetivos¹⁴¹, aumentando, assim, as exigências de conformidade dos bens transacionados.

De igual modo, foi ainda introduzido um regime específico referente à conformidade na venda de bens imóveis (arts. 22.º e ss.), requisito desenhado com recurso a conceitos indeterminados, estando o profissional obrigado a entregar ao consumidor um imóvel que apresente características “de qualidade, de segurança, de habitabilidade, de proteção ambiental e de funcionalidade de modo a assegurar a aptidão dos mesmos ao uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável”.¹⁴²

Ainda no âmbito do regime previsto para a venda de bens imóveis, destaque-se, ainda, o aumento dos prazos de garantia e de exercício dos direitos. O legislador determinou o alargamento do prazo de garantia para dez anos, em caso de vícios estruturais, mantendo, em tudo o mais, os cinco anos que já vigoravam pelo regime do DL 84/2008 – cfr. art. 23.º, n.º 1 DL, fixando, ainda, que o exercício dos direitos conferidos pelo diploma deve ocorrer no prazo máximo de três anos após a comunicação do consumidor da falta de conformidade do bem.¹⁴³

Em súmula, esta opção do legislador europeu derivou, essencialmente, de preocupações de garantia da qualidade dos bens em circulação no mercado que, perante os desafios do mercado contemporâneo, exigiram uma tomada de posição no sentido de reforçar a tutela conferida ao consumidor pela regulação até então vigente. Para o efeito, observou-se imprescindível a criação de um regime mais densificado e plenamente harmonizado em função da natureza dos bens comercializados.

¹³⁸ Cambinda, 2019, pp. 62 e ss.

¹³⁹ Cfr. Engrácia Antunes, 2017, p. 156. Ver, ainda, Morais Carvalho, 2017, pp. 35 e ss.

¹⁴⁰ Em Portugal, Miranda Barbosa chamava a atenção para a necessidade de harmonização.

¹⁴¹ Cfr. arts. 6.º e 7.º DL 84/2021.

¹⁴² Cfr. art. 22.º, n.º 1 do DL 84/2021.

¹⁴³ Ver ensinamentos de Passinhas, 2021.

b) O consumidor da propriedade horizontal

Na propriedade horizontal, não raras vezes, face à qualidade dos sujeitos envolvidos, um litígio convoca a aplicação da legislação de consumo. Neste âmbito, será de entrever a inclusão no âmbito subjetivo do diploma dos adquirentes das frações por compra e venda, como igualmente do dono da obra consumidor, sendo certo que, em ambos os casos, a garantia de efetivar a responsabilidade perante o profissional se transmite ao terceiro adquirente do bem.¹⁴⁴

Situando-nos no estudo da empreitada de consumo, observa-se condição necessária para aplicação das normas de tutela do consumidor a verificação de uma relação jurídica de consumo, *i.e.*, a que é estabelecida entre consumidor e profissional.¹⁴⁵ Face ao conceito de consumidor, estaremos perante empreitada de consumo quando o dono da obra encomenda uma obra a um profissional, destinando-a a um uso pessoal, privado ou doméstico.¹⁴⁶

Neste quadro esquemático impõe-se o tratamento de uma questão complexa, que se reporta a saber como tratar a figura do condomínio quando colocado na posição de dono da obra, para efeitos de aplicação do regime da empreitada de consumo. Trata-se, de facto, de uma interrogação dúbia, essencialmente pelas dificuldades que emergem no tratamento dos elementos subjetivo e teleológico do conceito de consumidor.

O conceito de consumidor, no seio comunitário, tem sido concebido restritivamente a pessoas singulares e físicas, excluindo as pessoas coletivas do seu horizonte, na sua aceção subjetiva.¹⁴⁷ O legislador português, ao que parece, não acompanha esta restrição conceptual, inexistindo uma concreta delimitação da amplitude do conceito de consumidor. Na verdade, na definição dada pela LDC, o conceito assume uma configuração ampla, que fica, assim, à mercê de interpretações casuísticas, que irão influir na sua elasticidade, em função da realidade das situações.¹⁴⁸

Olhando à figura do condomínio, a sua inclusão no conceito de consumidor vai para além das tradicionais conceções limítrofes entre pessoas singulares e coletivas, uma vez que não cabe dentro de tal categorização. O condomínio, para o Direito, não mais é do que um termo definidor da situação jurídica de um edifício unitário pertencente a vários contitulares,¹⁴⁹ não sendo, contudo, enquadrável como uma pessoa jurídica, por se encontrar despido de personalidade jurídica.

Todavia, não será de descurar que o condomínio é composto por uma coletividade de indivíduos que, globalmente, unificam a estrutura incindível composta pelos direitos

¹⁴⁴ Cfr. art. 15.º, n.º 10 do DL n.º 84/2021.

¹⁴⁵ Veja-se o art. 2.º, n.º 1 da Lei 24/96.

¹⁴⁶ Cfr. Cambinda, *ob. cit.*, p. 49.

¹⁴⁷ Espelho das orientações constantes das várias Diretivas comunitárias.

¹⁴⁸ Cfr. Baptista de Oliveira, 2009, pp. 162 e ss.

¹⁴⁹ Mesquita, *ob. cit.*, pp. 146 e ss.

individualizados e os direitos comuns, sendo, pois, inegável que, pelo menos, se lhe atribua um substrato pessoal.¹⁵⁰

Ademais, resultante da introdução de um sistema organizativo, na convivência e interdependência funcional dos seus órgãos, a assembleia e o administrador, com vista a conduzir os assuntos na ordem do dia na realidade do condomínio, parece daqui poder extrair-se uma aproximação a elementos de índole organizativa que norteiam as pessoas coletivas, dado que o condómino “recolhe ou empresta das pessoas coletivas alguns instrumentos, e age, quer nas relações externas quer nas internas, como sujeito diferente dos condóminos”,¹⁵¹ conforme ensina Sandra Passinhas.

Atentando não ser de integrar a figura do condomínio nas pessoas singulares ou coletivas, devemos entender, por se tratar de construção diferenciada que preconizou a regulação de interesses específicos dos membros que o compõem, que esta se situa num caminho intermédio entre as tradicionais conceções do elemento subjetivo. Não será por isso, diga-se, que devemos rejeitar que o condomínio possa ser considerado consumidor. Aliás, seguindo de perto jurisprudência do STJ, o conceito deve abranger figuras desprovidas de personalidade jurídica,¹⁵² pelo que o condomínio é suscetível de caber no elemento subjetivo do conceito de consumidor, sendo ademais hoje pacífico tal entendimento, restando apenas determinar qual será o critério de aferição de tal estatuto.

No seguimento do que até aqui expusemos, o segundo vértice do problema assenta no tratamento do elemento teleológico¹⁵³ do conceito, *i.e.*, o destino não profissional da obra, esbatendo o problema do tratamento deste elemento na sua inclusão na figura do condomínio, o qual não tem profissão, não visa a prossecução de qualquer fim económico social, político ou recreativo, como entende Cura Mariano.¹⁵⁴ Visa tão só a criação de um sistema de gestão e condução dos interesses coletivos com o recurso a uma figura de ficção.

Desta sorte, para aferir o destino dado a uma obra encomendada pelo condomínio, teremos de utilizar como base de referência a utilização dada pelos proprietários das frações autónomas que compõem o edifício.¹⁵⁵

Analisadas estas dúvidas na prática dos nossos tribunais, o STJ já se pronunciou no sentido de afirmar como consumidor o condomínio no qual apenas uma das frações é destinada a um uso pessoal ou não profissional.¹⁵⁶ A fundamentação deste tribunal acolhe preocupações de ordem sistemática, entendendo que seria uma solução de contrassenso um

¹⁵⁰ Ribeiro Mendes, 1970, pp. 5 e ss.

¹⁵¹ Passinhas, ob. cit., p. 179.

¹⁵² Vide Ac. STJ, de 10-12-2019 (Nuno Pinto de Oliveira).

¹⁵³ Para maior aprofundamento, ver Cambinda, 2015, p. 49.

¹⁵⁴ Cura Mariano, 2015, p. 242.

¹⁵⁵ Ibidem, nota 151.

¹⁵⁶ Ac. STJ, de 10-12-2019 (Nuno Pinto de Oliveira).

proprietário preencher o estatuto de consumidor enquanto proprietário de fração autônoma, mas já não o ser no âmbito das partes comuns.¹⁵⁷

Não aderimos a esta tese do STJ. Preferimos a seguida por Cura Mariano,¹⁵⁸ sustentada por outra corrente da jurisprudência, que defende a ideia de predominância do destino das frações que compõem o condomínio para aferir o elemento teleológico do conceito de consumidor.

Assim, para o condomínio ser considerado consumidor, torna-se necessário que as frações autônomas que compõem o edifício sejam, na sua maioria, destinadas a um uso particular, fora do âmbito profissional.¹⁵⁹

Não desconsiderando as preocupações sistemáticas que presidiram ao entendimento seguido no STJ, somos de refutar o mesmo, na medida em que o argumento que serve para justificar os perigos inerentes à hipótese de quem fosse consumidor relativamente à sua fração não o ser relativamente às partes comuns esbate na projeção da sua incidência face aos demais condôminos.

Pense-se que, dessa forma, todos os condôminos que não são consumidores quanto à sua fração aproveitariam vantagens injustificadas de um estatuto que não preencham. Jamais se poderia, a nosso ver, colher tal raciocínio, que deve ceder perante um critério do destino maioritário do prédio, quando esse mesmo destino ou afetação não é exclusivo, pois será este critério que traduz, globalmente, o destino dado às frações do edifício.

Isto posto, a segunda questão que nos propomos analisar está relacionada com a tutela do terceiro adquirente do bem. O legislador optou por conferir, no âmbito das relações de consumo, a proteção de terceiros, ao determinar o alargamento da tutela consagrada ao consumidor aos posteriores adquirentes dos bens objeto da contratação de consumo, mesmo tendo presente que o terceiro adquire o bem de um sujeito não profissional, não sendo consumidor face a este último.¹⁶⁰ Em face desta transmissão, o terceiro pode exercer os direitos resultantes da falta de conformidade.

Na sequência da configuração tradicional da transmissão da garantia nas relações de consumo, surgiu uma questão algo ambígua, tocante a saber como enquadrar uma situação em que a primitiva relação estabelecida entre empreiteiro e dono da obra não assenta numa relação de consumo.

¹⁵⁷ “Os negócios jurídicos relacionados com as partes comuns do edifício deveriam ser considerados como negócios jurídicos de consumo desde que o proprietário, ou desde que algum dos proprietários, das partes comuns devesse ser qualificado como consumidor. Vide Ac. STJ, cit., nota 158.

¹⁵⁸ Ver Cura Mariano, 2015, p. 242.

¹⁵⁹ Vide, entre outros, Ac. TRP, de 08-05-2014 e 26-06-2008 (Ana Paula Lobo) e Ac. TRC, de 03-12-2019, Ac. TR Guimarães, de 19-11-2020 (António Penha).

¹⁶⁰ Olinda Garcia, 2008, p. 37.

Partindo do princípio que o terceiro adquirente não tem qualquer relação contratual com o empreiteiro, a nossa resposta intuitiva seria, evidentemente, negativa. A verdade é que o STJ abriu caminho a uma solução inovadora.

Convocado a dirimir a questão, atribuiu o estatuto de consumidor ao terceiro que, não sendo parte do primitivo contrato, preencheria tal estatuto, por meio de equiparação da sua posição à do primitivo contrato de empreitada.¹⁶¹

Dito por outras palavras, sendo o adquirente um consumidor face ao dono da obra, entende o STJ que também o é relativamente ao empreiteiro, se este conhecer, quando contrata com o dono da obra a realização da empreitada, a intenção futura de comercialização do bem objeto da empreitada para ser distribuído a consumidores.¹⁶² Entre nós, somos da opinião que tal entendimento acaba por ferir em demasia a congruência sistemática do ordenamento.

Desde logo, é de notar que a tutela do terceiro está indissociavelmente ligada aos direitos que lhe são transmitidos pelo dono da obra, em consequência da transmissão da garantia legal, não podendo este ter mais direitos do que tinha o dono da obra. Gozando o terceiro adquirente da tutela das leis de proteção do consumidor, sem que o contraente com o qual ele estabeleceu uma relação contratual goze de tal estatuto, ficaria o primeiro com um tratamento mais favorável face ao seu cedente.

Por outro lado, se a primitiva relação era puramente civil e a relação estabelecida pela compra e venda não reveste uma relação de consumo, deve ter-se como vedada a aplicação das normas de defesa do consumidor.

A posição tomada pelo STJ sugere um alargamento estranho do conceito de consumidor face a um terceiro que não cabe dentro do conceito legal desenhado pelo legislador com um desígnio facilmente observável, nomeadamente a tentativa desmesurada de atribuir um tratamento diferenciado a sujeitos que careçam da intervenção do Direito para corrigir as desigualdades de forças no tráfego jurídico.

¹⁶¹ Vide Ac. STJ, de 17-10-2019 (Oliveira Abreu) e Ac. STJ, de 10-12-2019 (Nuno Pinto de Oliveira).

¹⁶² Citamos a seguinte passagem do Ac. STJ, de 17-10-2019 (Oliveira Abreu): “Ter-se-á que admitir que para a aplicação do regime da Lei de Defesa do Consumidor, ao terceiro adquirente, Condomínio, aqui Autor, depende de este, ficionando-se, poder ser qualificado como consumidor se tivesse sido parte no primeiro contrato”.

Conclusão

A regulação do cumprimento defeituoso das obrigações, conforme vimos, assume um tratamento especial no contrato de empreitada. Ao lado de um regime paradigmático para dar resposta aos defeitos da obra, surge um regime especial, com regras específicas para trabalhos encetados em imóveis destinados a longa duração, no art. 1225.º CC.

Este normativo veio, univocamente, conferir utilidade prática assinalável no que toca à responsabilidade dos sujeitos intervenientes na edificação e venda de bens imóveis, tutelando vincadamente a posição de quem retira utilidade da obra – o dono da obra, no imediato, e os posteriores adquirentes, no futuro.

Na sua relação com o regime da propriedade horizontal, demos conta das questões mais discutidas no que respeita à sua concreta aplicação em edifícios submetidos ao regime da propriedade horizontal. De facto, as particularidades inerentes ao instituto da propriedade horizontal oferecem variadíssimos problemas, alguns de complexidade assinalável, que nos exigem, enquanto juristas, um rastreio aprofundado.

Olhando à realidade prática dos nossos dias, são inúmeros os litígios que ocupam os nossos tribunais com o tratamento destas questões na habitação em condomínio, designadamente a legitimidade ativa para efetivar a responsabilidade em sede judicial, a problemática da contagem do prazo de garantia para efeitos de caducidade e, por fim, as linhas transfronteiriças de complexa delimitação entre a tutela civil e a tutela conferida pelas normas de proteção do consumidor.

Cientes da relevância do aprofundamento destas matérias, a escolha de uma abordagem de problematização permitiu chamar a atenção para as dificuldades que, não raras vezes, ocorrem na pretensão de responsabilizar o construtor de edifício posteriormente submetido ao regime da propriedade horizontal.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. & ASSIS RAIMUNDO, M. (2019). *Direito das obrigações – Contratos em especial*. Vol. II, 2.^a ed. Almedina.
- ALMEIDA COSTA, M.J. (2013). *Noções fundamentais de direito civil*. Almedina.
- ALMEIDA COSTA, M.J. (2019). *Direito das obrigações*.
- ANTUNES VARELA, L. (2017). *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10.^a ed. Almedina.
- ANTUNES VARELA, L. (1987). *Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda – Parecer* publicado na C.J, ano XII.
- ARAGÃO SEIA, J. (2002). *Propriedade horizontal*. 2.^a ed. Almedina.
- BAPTISTA DE OLIVEIRA, F. (2009). *O conceito de consumidor – Perspetivas nacional e comunitária*. Almedina.
- BAPTISTA MACHADO, J. (1979). Pressupostos da resolução por incumprimento. In *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. II.
- BRANDÃO PROENÇA, J. (2017). *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Católica Editora.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2007). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.^a ed. Almedina.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2010). *Venda de bens de consumo*. Almedina.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2008). *Compra e venda de coisas defeituosas – conformidade e segurança*, 5.^a ed. Almedina.
- CAMBINDA, H. (2015). *Empreitada de consumo*. Universidade Católica Editora.
- CARVALHO FERNANDES, L. (2006). *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15.
- CARVALHO FERNANDES, L. (2006). *Da natureza jurídica da propriedade horizontal* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Estudos em honra de Ruy de Albuquerque
- CURA MARIANO, J. (2015). *A responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 6.^a ed., Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2018). Dos contratos de consumo em especial. *ROA*, vol. I e II.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2019). *Direito do consumo*. Almedina.
- FRANÇA PITÃO, J. (2007). *Propriedade horizontal*. Almedina.
- GALVÃO TELLES, I. (1951). *Aspetos comuns aos vários contratos: exposição de motivos referente ao título do futuro Código Civil Português sobre contratos em especial* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- GIANNATTASIO, C. (1977). *D'appalto*. Giuffrè Editore.
- GUEDES, A. (1997). *A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada – Contratos: atualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- HORSTER, H. (2016). *Parte geral do Código Civil Português*. Almedina.
- MANUEL VILLALONGA, J. (1997). *Compra e venda e empreitada – um contributo para a separação de regimes*. *ROA*, vol. I.
- MENEZES CORDEIRO (2007). *Tratado de direito civil*. Vol. I, Tomo IV. Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2009). *Direito das obrigações*. Vol. III, 6.^a ed. Almedina.
- MESQUITA, H. (1976). *A propriedade horizontal no Código Civil Português*. Coimbra Ed.
- MILLER, R. (1973). *A propriedade horizontal no Código Civil português*. 2.^a ed. Almedina.

- MIRANDA BARBOSA, M. (2019). Futuro da compra e venda de coisas defeituosas. *ROA*, vol. III e IV.
- MORAIS CARVALHO, J. (2017). *Estudos de direito do consumo* – Centro de Direito do Consumo.
- MORAIS CARVALHO, J. (2020). *Manual de direito do consumo*, 7.^a ed. Almedina.
- MOTA PINTO, P. (2008). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra Ed.
- NETO, A. (2009). *Código Civil anotado*, 22.^a ed. Ediforum.
- OLINDA GARCIA, M. (2008). *O consumidor mais protegido – O alcance do DL n.º 84/2008*.
- OLIVEIRA ASCENÇÃO (2002). *Direito Civil – Teoria Geral*. Vol. III. Coimbra Ed.
- OLIVEIRA MAGALHÃES, G. (2014). A personalidade judiciária do condomínio e a sua representação em juízo. *Revista Julgar*, n.º 23.
- PASSINHAS, S. (2000). *A assembleia de condóminos e o administrador na propriedade horizontal*. Almedina.
- PASSINHAS, S. (2021). O novo regime da compra e venda de bens. *Revista de Direito Comercial*.
- PEREIRA DE ALMEIDA, A. (1983). *Direito Privado II – Contrato de empreitada*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- PINTO DUARTE, R. (2019). *Propriedade horizontal*. Almedina.
- PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA (1981). *Código Civil anotado*. Vol. II, 2.^a ed. Coimbra.
- RIBEIRO MENDES, A. (1970). A propriedade horizontal no Código Civil português. *ROA*, n.º 30.
- ROMANO MARTINEZ, P. (1994). *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e empreitada*. Almedina
- ROMANO MARTINEZ, P. (2000). *Direito das Obrigações – Parte especial*.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2001). Empreitada de consumo. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Lisboa*, vol. II.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2020). A responsabilidade civil do empreiteiro no contrato de empreitada e seguro de responsabilidade civil. *Revista Julgar*.
- ROSENDO DIAS, J. (1981). *A responsabilidade civil do construtor e do vendedor pelos defeitos*. Petrony Editora.
- RUBINO, D. (1980). *L'appalto*. Vol. VII, tomo 3, 4.^a ed. Turim: UTET.
- RUBINO, D. & IUDICA, G. (2007). *Dell'appalto*. Vol. IV, 4.^a ed. Zanicheli Editore.
- SÁ GOMES, R. (1998). Breves notas sobre o cumprimento defeituoso no contrato de empreitada. In *Ab vno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*.
- SAVANA, L. (2004). *La responsabilità dell'appaltatore*. Torino: Giappichelli – Linea Professionale.
- SERRAS DE SOUSA, J. (2017). *Código Civil anotado*. Coimbra: Almedina.
- SOLLAI, C. (2010). *Codice dell'appalto privato*. Giuffrè Editore.
- VAZ SERRA, A. (1965). *Empreitada*. *BMJ*, n.º 146.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-10-2007 (Santos Bernardino)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-03-2013 (Maria Beleza)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-12-2019 (Nuno Oliveira)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-12-2019 (Nuno Pinto de Oliveira)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-07-2019 (Rosa Ribeiro Coelho)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-01-2014 (Moreira Alves)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-11-2009 (Granja da Fonseca)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-10-2019 (Oliveira Abreu)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-11-2011 (Gabriel Catarino)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31-05-2011 (Clara Sottomayor)
Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-12-2019 (Ana Paula Lobo)
Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15-06-2020 (Sílvia Pires)
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14-02-2019 (Tomé de Carvalho)
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17-03-2010 (Tavares da Paiva)
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-11-2005 (Maria Alexandra Santos)
Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14-01-2021 (Maria Nogueira)
Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19-11-2020 (António Penha)
Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 31-05-2012 (Amílcar Andrade)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 03-11-2011 (Antero Veiga)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 05-03-2020 (Arlindo Crua)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 25-09-2014 (Antonio Martins)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-03-2007 (Fátima Galante)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-03-2012 (Ezaguy Martins)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16-12-2003 (Maria Ribeiro)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-06-2009, (Vaz Gomes)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-03-2012 (Cristina Coelho)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29-01-2013 (Ana Resende)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 26-06-2008 (Ana Paula Lobo)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 14-05-2009 (Madeira Pinto)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-04-2017 (Carlos Gil)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08-05-2014 (Ana Paula Lobo)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-5-2005 (Alziro Cardoso)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-11-2012 (José Eusébio Almeida)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-10-2012 (Anabela Carvalho)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-11-1992 (Ribeiro Fernandes)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-02-2012 (Ramos Lopes)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-05-2007 (Fernando Batista)

Branqueamento e criptomoedas
Uma análise das novas entidades obrigadas do sistema preventivo

João Pedro da Cunha Teixeira

Sob a orientação do Senhor Professor
Doutor Pedro Miguel Freitas

Agradecimentos

Ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Pedro Miguel Freitas, quero agradecer pelo apoio e disponibilidade que prestou ao longo da realização deste trabalho.

À Carolina e à Vanessa, por me ajudarem em todo o meu percurso académico.

À Francisca e ao Bernardo, pelo conhecimento que partilharam comigo e por me motivarem sempre que precisei.

À minha família, por ser o meu apoio incondicional em todos os desafios.

Resumo

O crime de branqueamento acompanhou o fenómeno evolutivo caracterizado pela globalização e modernização tecnológica. Surgiram novos meios de execução do crime que merecem hoje a atenção dos ordenamentos jurídicos. Um destes meios traduz-se na utilização das criptomoedas para a ocultação da origem ilícita das vantagens.

A presente dissertação tem como objetivo analisar criticamente o modo pelo qual as criptomoedas foram incluídas nos atuais sistemas de prevenção de branqueamento. Para tal, será estudada a junção do branqueamento e das criptomoedas, os instrumentos legislativos que se dedicam à prevenção da utilização do sistema económico-financeiro para este crime e quais foram as suas alterações que permitiram englobar as criptomoedas.

Palavras-chave: branqueamento; criptomoedas; *blockchain*; sistema preventivo.

Abstract

Money laundering has kept up with the evolutionary phenomenon characterized by globalization and technological modernization, and new means of executing the crime deserve the attention of legal systems today. One of these is the use of cryptocurrencies to hide the illicit origin of the advantages.

The present dissertation aims to critically analyse how cryptocurrencies have been included in current money laundering prevention systems. To this end, we will study the interflow between money laundering and cryptocurrencies, the legislative instruments dedicated to preventing the use of the economic-financial system for this crime, and the changes therein that allowed the inclusion of cryptocurrencies.

Keywords: money laundering; cryptocurrencies; *blockchain*; preventive system.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
ATMs	Automatic Teller Machines
DCIAP	Departamento Central de Investigação e Ação Penal
ECB	European Central Bank
GAFI/FATF	Grupo de Ação Financeira Internacional / Financial Action Task Force
ICO	Initial Coin Offering
IMF	International Monetary Fund
N.º	Número
P(p).	Página(s)
P2P	Peer-to-peer
PoS	Proof of Stake
PoW	Proof of Work
Pp.	Páginas
UIF	Unidade de Informação Financeira
VASP	Virtual Assets Service Provider
VPNs	Virtual Private Networks

Índice

1. Introdução	6
2. O branqueamento	7
2.1. Conceito de branqueamento	7
2.2. Fases do branqueamento	8
2.3. Evolução legislativa internacional	9
2.4. Evolução legislativa nacional	11
3. As criptomoedas	13
3.1. Evolução das criptomoedas	13
3.2. Definição de criptomoedas	15
3.3. A tecnologia <i>blockchain</i> como base das criptomoedas	16
3.4. Principais entidades que participam no ecossistema das criptomoedas	18
3.5. Risco de utilização de criptomoedas para a prática de crimes	20
3.6. Utilização de criptomoedas no crime de branqueamento	23
4. O sistema preventivo europeu e nacional	27
4.1 A quinta Diretiva e o seu conceito de moedas virtuais	27
4.2. As novas entidades obrigadas da Diretiva	30
4.3. O sistema de prevenção nacional: a Lei n.º 83/2017 e alteração da Lei n.º 58/2020	32
5. Análise crítica da atual abordagem e das futuras alterações	34
5.1 Proibição das criptomoedas: um caminho a considerar?	34
5.2. O modelo europeu e a sua evolução	35
5.3. A antecipação do legislador nacional	36
5.4. A futura alteração do modelo europeu	38
5.5. Mineração: o último passo	39
6. Conclusão	41
Bibliografia	42

1. Introdução

O branqueamento consiste na prática de atos de dissimulação da origem das vantagens que provêm de um ilícito anterior. Este não é um novo tipo de crime, sendo que sua origem se reporta a várias décadas. Não obstante, este fenómeno tem acompanhado a evolução da sociedade, adaptando-se aos seus moldes através do aparecimento de novos meios de execução do crime.

Esta prática, que é suscetível à criminalidade económico-financeira organizada devido à necessidade de desvinculação da origem das vantagens em quantias avultadas, aproveitou a globalização e o desenvolvimento tecnológico que moldaram profundamente a sociedade para modernizar os seus meios de execução.

As criptomoedas, produto destes fenómenos sociais, surgiram como alternativa ao sistema financeiro tradicional, apresentando-se como um novo meio de transação de valores monetários desvinculado das instituições intermediárias.

A evolução do branqueamento também passou pela utilização das criptomoedas na sua execução. Hoje, este novo tipo de branqueamento é uma realidade cada vez mais significativa e que merece a atenção dos ordenamentos jurídicos internacionais.

O regime jurídico nacional atual é composto por dois elementos: o Código Penal, que criminaliza o branqueamento no seu artigo 368.º-A; e o sistema preventivo da Lei n.º 83/2017, que institui medidas de prevenção de utilização de algumas instituições para o branqueamento.

A presente dissertação tem como objetivo analisar as recentes alterações dos sistemas de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento europeu e nacional que incluíram as entidades relevantes no ecossistema das criptomoedas.

Nos primeiros dois capítulos será estudado o crime de branqueamento, a sua origem, as suas fases de execução e a sua evolução legislativa a nível nacional e internacional. Também será feita uma análise das criptomoedas como nova realidade, explicando a sua origem e funcionamento para entender a permeabilidade da sua utilização na prática de crimes, em especial o de branqueamento.

Os últimos dois capítulos serão dedicados à análise das alterações aos sistemas preventivos a nível europeu e nacional que introduziram as criptomoedas e das futuras alterações de tais sistemas, avaliando se as abordagens tomadas são necessárias ou suficientes para acautelar de modo adequado este meio de branqueamento.

Isto dito, questiona-se: que alterações foram feitas, tanto a nível nacional como europeu, para que se inclua as criptomoedas no sistema de prevenção de branqueamento? Serão estas alterações suficientes para prevenir a prática deste crime através da utilização deste novo meio de transações?

2. O branqueamento

2.1. Conceito de branqueamento

O conceito de branqueamento não é pacífico na doutrina, tanto a nível nacional como internacional, surgindo várias conceções elaboradas na tentativa de descrever a sua total amplitude.

De acordo com a caracterização apresentada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI ou *Financial Action Task Force* / FATF), organização que tem servido de base na promoção de estratégias internacionais na luta contra o branqueamento, este é o conjunto de processos ou práticas utilizadas para camuflar a origem ilícita de vantagens provenientes da prática de crimes¹.

Originalmente, a este fenómeno associou-se a designação de “branqueamento de capitais”, tradução da expressão inglesa *money laundering*, inspirada na dissimulação de vantagens monetárias obtidas através de negócios de lavandarias levada a cabo por Al Capone, um dos notórios nomes da criminalidade organizada, na década de 1920 dos Estados Unidos da América².

Nesta época, conhecida como a “era da proibição”, o branqueamento emergiu dado a necessidade de “encobrir” volumes avultados dos capitais que resultavam do crime sobretudo ligado ao tráfico de álcool, cuja comercialização e produção se viu criminalizada.

A evolução do branqueamento como fenómeno, agora associado a novos crimes e meios de execução, abriu portas a outros tipos de objeto de branqueamento para além de capitais.

Por conseguinte, atualmente não será adequado restringir o objeto do branqueamento a bens monetários (capitais), uma vez que pode ser objeto de branqueamento qualquer bem ou vantagem que provenha de origem ilícita sem qualquer restrição para além das vantagens monetárias, ainda que estas sejam as mais comuns.

Assim, a expressão a adotar deverá ser “branqueamento” quando descrito no Código Penal e como prática criminosa de modo abstrato, que engloba todas as vantagens para além dos capitais. Já será verdadeiramente um “branqueamento de capitais” quando falemos especificamente do encobrimento de vantagens monetárias e do sistema preventivo vocacionado para as instituições que auxiliem a transação de bens monetários.

¹ FATF/GAFI, 2022.

² KYC-Chain, 2019.

2.2. Fases do branqueamento

Como o objetivo primordial do crime de branqueamento é o encobrimento das vantagens obtidas de uma prática criminosa antecedente, este será naturalmente um processo complexo, composto por várias atuações distintas.

Com vista a alcançar um melhor entendimento do dinamismo do crime de branqueamento, a doutrina e jurisprudência nacional e internacional, seguindo o entendimento do GAFI, têm desconstruído a prática do crime em três fases essenciais: a colocação, a circulação e a integração³.

A primeira fase, denominada de colocação (ou *placement*), é caracterizada pela introdução dos bens ou vantagens provenientes de origem ilícita no sistema financeiro. Para tal, o agente recorrerá a operações como depósitos bancários, casinos, casas de câmbio ou adquirindo bens não monetários de elevado valor como arte, antiguidades, comércio imobiliário, entre outros.

Tendo em consideração o elevado valor das vantagens normalmente associadas ao crime de branqueamento, assim como a ausência de qualquer disfarce da sua origem ilícita precedente até que alguma transação ocorra, esta fase será inevitavelmente a mais vulnerável à deteção por parte das autoridades de investigação⁴ e onde haverá maior controlo das instituições intermediárias que possam estar envolvidas.

De seguida, na fase da circulação (*layering*), o agente procede a uma série de transações financeiras de modo a criar “camadas” (*layers*) que desassocia as vantagens da sua origem. Este será o momento crucial para que a proveniência dos bens seja indetetável, quebrando o seu *papertrail*, isto é, os elementos documentais relevantes que permitem sequenciar o trajeto das vantagens até à sua origem.

Esta fase pode operar através de variadas formas, recorrendo a distintas técnicas conforme o tipo de vantagens, nomeadamente o acesso a fundos de investimento, aquisição de ações e obrigações, transferências para contas anónimas, o recurso a paraísos fiscais e entidades *offshore* no caso do branqueamento de capitais.

Por fim, surge a fase da integração (*integration*), onde as vantagens se encontram desassociadas da sua origem e aparentemente provenientes de fonte lícita, ou seja, já “branqueadas”, e reintegram a esfera patrimonial do agente em circuitos económicos correntes.

Não obstante a vantagem prática que esta tripartição do crime de branqueamento possa ter, especialmente em meio de investigação e prevenção do crime, é necessário enfatizar que o branqueamento pode, por vezes, não respeitar todas as fases acima descritas.

³ Braguês, 2009, pp. 9-16; Choo, 2013, p. 8; Duarte, 2002, pp. 35-39; FATF/GAFI, 2018, pp. 18 e 19.

⁴ Forgang, 2019, p. 10.

Assim, por exemplo, a fase de colocação pode não existir quando as vantagens do crime estejam já inseridas no sistema financeiro e idóneas a sofrer as operações típicas da fase de circulação. Tal pode acontecer quando as vantagens do crime sejam obtidas por meio em que se possa proceder diretamente à circulação sem que se tenha de introduzir no sistema financeiro.

2.3. Evolução legislativa internacional

A evolução dos mercados financeiros, promovida pela revolução tecnológica e pelo fenómeno da globalização ao longo das últimas décadas, alertou a comunidade internacional para o perigo da consequente cosmopolização da criminalidade organizada, em especial na vertente económico-financeira.

O crime de branqueamento, propício a este tipo de criminalidade, beneficiou desta evolução que não só permitiu novos meios de execução do crime, como permitiu o *fórum shopping* através do aproveitamento de ordenamentos jurídicos deficitários na legislação do branqueamento para lá executar o crime.

Muito rapidamente, o branqueamento viu-se caracterizado como transnacional, o que levou à necessidade da criação instrumentos jurídicos harmonizados e com base na cooperação internacional para combater o fenómeno⁵.

Esta procura de uma ordem jurídica internacional uniformizada quanto à criminalização do branqueamento e cooperação entre os vários Estados para a sua prevenção foi iniciada pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, designada Convenção de Viena.

A Convenção surgiu no âmbito do combate ao tráfico de drogas e, apesar de não definir estas condutas como “branqueamento”, incumbiu aos Estados a iniciativa legislativa nas respetivas ordens jurídicas nacionais quanto à sua tipificação penal⁶.

Através desta Convenção, tal tipificação do crime de branqueamento começou por ser direcionado às vantagens provenientes de crimes de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas. Para além da criminalização das condutas típicas do branqueamento, foi dado realce a matérias como auxílio judiciário, extradição, medidas de perda dos produtos obtidos e cooperação entre os Estados⁷.

Em 1990 surgiu a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime do Conselho da Europa, denominada de “Convenção de Estrasburgo”, que marcou o primeiro alargamento do crime de branqueamento a vantagens provenientes de outros crimes para além dos relacionados com tráfico de droga.

⁵ Duarte, 2002, p. 41.

⁶ Vide artigo 3.º, n.º 1, al. b).

⁷ Vide artigos 5.º a 9.º.

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, ou “Convenção de Palermo”, acompanhou a evolução do crime de branqueamento e alargou o seu âmbito de aplicação, relacionando as vantagens com outros crimes para além dos previstos na Convenção de Viena.

Ademais, esta convenção promoveu a criação de um sistema de prevenção focado nas instituições financeiras, as quais deveriam seguir deveres de identificação de clientes, de manutenção de registos, de comunicação de transações suspeitas e de cooperação com as autoridades nacionais competentes para a investigação do branqueamento⁸.

Na perspetiva do Direito da União Europeia, o legislador europeu atuou desde cedo de modo paralelo às convenções internacionais, vinculando os Estados-Membros através das Diretivas dedicadas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo (designadas *Anti-Money Laundering Directives*).

A primeira destas, a Diretiva 91/308/CEE do Conselho da União Europeia, deu seguimento à Convenção de Viena impondo a criminalização do crime relacionado com o tráfico de estupefacientes, mas promovendo o seu alargamento nas legislações nacionais.

Para além da tipificação do crime, a Diretiva impôs a criação do sistema preventivo orientado na imposição de medidas de diligência quanto à clientela (*customer due diligence*) às entidades financeiras, cuja utilização dos seus serviços é especialmente vulnerável no âmbito de branqueamento de capitais. Estas instituições financeiras sobre as quais recaíam os deveres foram designadas de “entidades obrigadas”.

A Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (segunda Diretiva relativa à prevenção do branqueamento) alargou o anterior leque de entidades obrigadas, passando a incluir instituições fora do escopo financeiro, tais como notários, casinos, agentes imobiliários, entre outros.

Em 2005, a terceira Diretiva relativa à prevenção do branqueamento, a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, revogou a anterior com vista a aprofundar os deveres de identificação da clientela e de controlo das operações a que as entidades obrigadas deveriam assumir.

Novamente, em 2015, o sistema preventivo foi reformulado pela nova Diretiva. Surge então a quarta Diretiva, 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, que revogou a antecedente.

O aumento dos mercados digitais e do recurso a ativos virtuais como ferramenta de branqueamento de capitais levou a que o legislador europeu alterasse o regime de 2015 através da Diretiva 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, a quinta Diretiva.

⁸ Vide artigo 7.º.

Esta recente alteração introduziu no catálogo de entidades obrigadas algumas instituições essenciais na aquisição e armazenamento de criptomoedas para que estas apliquem as medidas de prevenção de branqueamento da Diretiva.

Importa também realçar o papel crucial do GAFI, que guiou a produção legislativa a nível internacional relativa à prevenção do branqueamento. Criado em 1989 na Cimeira do G-7 em Paris⁹, o organismo intergovernamental é hoje composto por 37 países e duas organizações internacionais, a Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação dos Estados Árabes do Golfo.

Surgiu com o objetivo de promover uma estratégia e cooperação internacional de prevenção do branqueamento e, desde 2001, de combate ao financiamento de terrorismo. Em 1990, o GAFI publicou as “40 Recomendações do GAFI”, que aconselharam medidas a adotar pelos Estados para que alcançassem uma harmonia legislativa eficiente na matéria.

Estes textos, que têm sido âmbito de revisão e alteração ao longo dos anos, não têm valor vinculativo para os Estados ou organizações internacionais, comportando-se como um instrumento de *softlaw* ao invés de *hardlaw*.

Estas Recomendações desenvolvidas pelo GAFI serviram de orientação para vários elementos legislativos, nomeadamente as referidas cinco Diretivas relativas à prevenção do branqueamento de capitais que vincularam os Estados-Membros, assim como o sistema preventivo nacional.

2.4. Evolução legislativa nacional

Em 1993, o legislador português tipificou as condutas do branqueamento de capitais no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, reproduzindo na legislação nacional o exposto na Convenção de Viena de 1988.

Assim, tal como a Convenção o fez no seu artigo 3.º, n.º 1, b), o legislador descreveu no artigo 23.º do Decreto-Lei as condutas de conversão e transferência de bens com o objetivo de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita quando esta ilicitude resultasse da prática de crimes de tráfico de estupefacientes.

O Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, transpôs a primeira Diretiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, criando um sistema preventivo para além da tipificação do crime de branqueamento. Surge, então, uma dualidade de abordagens no ordenamento jurídico interno: a tipificação do crime de branqueamento (ainda em lei extravagante mas mais tarde no Código Penal) e o sistema preventivo focado nas entidades financeiras da Lei que transpõe a Diretiva¹⁰.

⁹ Organização composta pelos 7 países mais industrializados do mundo, são estes Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido e também representada a União Europeia.

¹⁰ Não será feita uma análise extensiva do crime de branqueamento do Código Penal, uma vez que o escopo da tese se centra na análise do regime preventivo. Quanto à tipificação do Código Penal, no capítulo 3.6. será feita uma

Nesta senda, este diploma impôs obrigações e deveres de diligência quanto à clientela para a prevenção do branqueamento a um catálogo de entidades que prestam serviços de natureza financeira, cujo incumprimento levaria a consequências em sede contraordenacional.

De seguida, o Decreto-Lei n.º 325/93, de 2 de dezembro, inspirado na Convenção de Estrasburgo de 1990, trouxe alterações ao crime de branqueamento e ao sistema preventivo.

Assim, quanto ao crime de branqueamento, alargou o seu conceito de modo que este deixasse de estar relacionado apenas a bens provenientes de crimes de tráfico de estupefacientes e passasse a incluir origens de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e outras infrações de relevo.

Já quanto ao sistema preventivo das entidades obrigadas, viu-se uma ampliação do catálogo de tais entidades para além das entidades financeiras, incluindo agora casinos, entidades que exerçam atividades de mediação imobiliária, entre outros.

Tanto o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, como o Decreto-Lei n.º 325/93, de 2 de dezembro, foram revogados pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, que transpôs a segunda Diretiva relativa à prevenção de branqueamento e que levou a que o crime de branqueamento deixasse de estar previsto em legislação extravagante e passasse a estar tipificado no Código Penal, no seu artigo 368.º-A.

A terceira Diretiva foi transposta em 2008 através da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que, acompanhando a evolução do regime de preventivo internacional, voltou a reformular o regime de prevenção do branqueamento, aumentando o catálogo de entidades obrigadas e os respetivos deveres e obrigações.

A entrada em vigor da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, transpôs a quarta Diretiva e ditou o atual regime do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo a nível nacional.

À luz deste, quando uma entidade se enquadre na lista taxativa dos artigos 3.º e 4.º da referida Lei, cairá no escopo deste regime e, consequentemente, ser-lhe-ão aplicados os respetivos deveres e obrigações apresentados no artigo 11.º e seguintes.

Neste âmbito, destacamos alguns deveres de especial importância na prevenção do branqueamento: o dever de controlo, de identificação e diligência de clientela nos casos do artigo 23.º; o dever de comunicação ao DCIAP e UIF de suspeitas de branqueamento ou financiamento de terrorismo descrito no artigo 43.º; o dever de colaboração com as autoridades e o dever de não divulgação ao cliente de informações relativas a investigações previstos nos artigos 53.º e 54.º, respetivamente; e o dever de abstenção de execução de operações quando haja suspeitas de a origem de bens estar associada a prática de atividades criminosas, consagrado no artigo 47.º.

breve integração das condutas de branqueamento através da utilização de criptomoedas na vertente objetiva do tipo legal do crime.

A Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, que procedeu à transposição da quinta Diretiva e que alterou a Lei n.º 83/2017, veio aperfeiçoar este regime, incluindo entidades cruciais nas transações e detenção de criptomoedas. Passaram então a ser incluídas nas entidades obrigadas aquelas que exerçam atividades relacionadas com ativos virtuais¹¹.

3. As criptomoedas

3.1. Evolução das criptomoedas

O nascimento das criptomoedas está intrinsecamente ligado a um movimento liberal que surgiu na década de 80 e que promoveu a prossecução da privacidade do indivíduo, especialmente no sistema económico-financeiro, tanto de um ponto de vista da intervenção estadual como de instituições privadas.

Vários ativistas defensores destes ideais acreditavam que a modernização da tecnologia levaria à possibilidade de invasão da esfera privada das pessoas através de uma vigilância por parte dos governos e empresas de aspetos da vida privada das mesmas¹².

Estas personalidades defendiam que “os computadores poderiam ser usados para interferir nos estilos de vida, hábitos, locais e associações a partir de dados recolhidos em transações quotidianas dos consumidores” (tradução nossa)¹³.

Tais preocupações manifestaram-se no plano económico-financeiro, o que motivou alguns matemáticos, programadores e criptógrafos ativistas, autoproclamados de “*cypherpunks*”, a defender a necessidade da criação de um sistema descentralizado de entidades intermediárias e a imprescindibilidade da fusão de criptografia¹⁴ com as transações financeiras para que estas mesmas se mantivessem privadas¹⁵.

A concretização da teoria de junção da encriptação com os dados das transações foi iniciada pelo criptógrafo americano David Chaum em 1983, com a publicação do seu estudo “*Blind Signatures For Untraceable Payments*”. Neste, Chaum propôs um sistema de transferência de dinheiro eletrónico que utilizaria um método de encriptação baseado em assinaturas digitais¹⁶, chamado *blind signatures* ou assinaturas cegas¹⁷.

¹¹ Vide alínea o) do n.º 1 do artigo 4.º.

¹² De Filippi & Wright, 2018, p. 18.

¹³ Chaum, 1985, p. 1030.

¹⁴ A criptografia ou encriptação permite a codificação de uma mensagem para que esta apenas possa ser entendida pelo recetor e não por outra entidade externa (Richards, 2021).

¹⁵ Huges, 1993.

¹⁶ O método de encriptação através de assinaturas digitais utilizaria chaves públicas e privadas: permitiria que a parte remetente da mensagem a assinasse com a sua chave privada (uma chave única que apenas a remetente conhece) e, uma vez enviada, a parte recetora poderia verificar a veracidade da assinatura utilizando a chave pública (uma chave única que pode ser conhecida por terceiros) da parte remetente. Apenas com a conjugação das chaves pública e privada corretas pode a assinatura ser verificada.

¹⁷ Chaum, 1983, p. 200.

Em 1990, Chaum aplicou a sua teoria através da criação da moeda virtual *DigiCash* e, em 1994, foi realizada a primeira transação eletrónica¹⁸. Contudo, não conseguiu separar a moeda virtual das entidades intermediárias devido ao “problema do gasto duplo” (*double spending*) das moedas, o qual se resume à necessidade de verificação das transações para evitar que um utilizador possa enviar ou usufruir da mesma moeda, gastando-a ou enviando-a duplamente.

A facilidade de replicar dados de um sistema operacional exige que haja um controlo da veracidade dos mesmos, contrariamente ao que acontece com notas e moedas, que têm um suporte físico¹⁹.

Este problema é facilmente ultrapassado no sistema bancário tradicional, onde o banco verifica as transações e controla cronologicamente as mesmas para que não haja falsificações no sistema, ainda que este seja puramente online.

De igual modo, a empresa de Chaum teve de funcionar como entidade central que monitorizava as transações, o que levou a que a *DigiCash* nunca fosse uma moeda virtual verdadeiramente descentralizada das instituições.

Em 1998, Nick Szabo tentou resolver o problema do duplo gasto com a teoria para uma nova moeda virtual, “*Bit Gold*”, cujo sistema de verificação das transações funcionaria através da validação destas por parte dos próprios utilizadores do sistema.

Para tal, as pessoas que participassem neste sistema abdicariam de poder computacional para a resolução de “puzzles” criptográficos, cujas soluções seriam anexadas aos dados das transações, diferenciando-as e validando-as no sistema²⁰.

Todos estes desenvolvimentos e tentativas ao longo das décadas contribuíram para que em 2008 Satoshi Nakamoto, cuja identidade é até hoje desconhecida, conseguisse passar as teorias para um sistema funcional.

Assim, no seguimento da publicação do seu estudo “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”²¹, Nakamoto criou a Bitcoin em 2009, uma moeda virtual que utiliza um sistema de criptografia de assinaturas digitais com chaves públicas e privadas e uma base de dados geral e distribuída que permite a verificação das transações pelos utilizadores. Tal tecnologia veio a ser conhecida posteriormente como tecnologia *blockchain*.

Este novo meio de pagamento viu-se livre de entidades intermediárias e, portanto, de qualquer escrutínio das transações. Consequentemente, a Bitcoin começou a ser utilizada como o principal meio de pagamento nos mercados virtuais ilegais, como o mercado *Silk Road* entre 2011 e 2013, que se dedicava à compra e venda de produtos e serviços ilegais. Isto resultou na reputação negativa das criptomoedas nos seus primeiros anos²².

¹⁸ Gates, 2017, p. 19.

¹⁹ De Filippi & Wright, 2018, p. 19.

²⁰ Gates, 2017, p. 20.

²¹ Nakamoto, 2008.

²² Forgang, 2019, p. 5.

Não obstante, devido ao crescimento da utilização da Bitcoin, algumas empresas como a Microsoft, Expedia e, mais recentemente, a Tesla começaram a aceitar Bitcoins como um meio de pagamento para os seus produtos e serviços²³.

Entretanto, muitas outras criptomoedas surgiram, algumas baseadas em protocolos idênticos ao da Bitcoin e outros diferentes e mais eficazes, como o caso da moeda Ethereum.

3.2. Definição de criptomoedas

A definição de criptomoedas e o seu enquadramento no sistema económico-financeiro depende de uma prévia análise e distinção dos vários tipos de moedas: moedas fiduciárias, moeda eletrónica (*e-money*), moedas digitais (*digital currencies*) e moedas virtuais (*virtual currencies*).

As moedas fiduciárias (moeda no seu sentido mais tradicional) são as moedas com estatuto de curso legal e que são normalmente usadas e aceites como meio de troca no país de emissão, como o Euro.

Segundo o Banco de Portugal, a designação de um bem como moeda dependerá da verificação de três funções essenciais: meio de troca, unidade de conta e reserva de valor, para a qual sua estabilidade de valor ao longo do tempo é fundamental²⁴. As moedas fiduciárias podem assumir forma física, como moedas e notas, ou não física, como a moeda eletrónica.

Quanto às moedas digitais, estas são representações de valor monetário guardadas ou transferidas por qualquer meio eletrónico. Podem representar o valor denominado em curso legal ou o seu próprio valor baseado na lei de oferta e procura e não na moeda fiduciária²⁵. Dentro destas, podemos ter a moeda eletrónica e as moedas virtuais.

O legislador europeu, na Diretiva 2009/110/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, definiu moeda eletrónica como

o valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de fundos para fazer operações de pagamento e que seja aceite por uma pessoa singular ou coletiva diferente do emitente de moeda eletrónica.

De modo mais abreviado, o GAFI considerou a moeda digital como um mecanismo de transferência digital de moedas fiduciárias, isto é, que têm o estatuto de curso legal²⁶. Um exemplo será o pagamento de um produto ou serviço através de *Paypal*.

Já quanto às moedas virtuais, o Banco Central Europeu (ECB) definiu-as, em 2015, como “uma representação digital de valor, não emitida por um banco central, instituição de crédito

²³ Martucci, 2021.

²⁴ Banco de Portugal, 2020, p. 3.

²⁵ Girasa, 2018, p. 8.

²⁶ FATF/GAFI, 2014, p. 4.

ou instituição de moeda eletrônica, que, em algumas circunstâncias, pode ser usada como uma alternativa ao dinheiro”²⁷.

Podemos subdividir as moedas virtuais em três tipos: (1) as moedas virtuais fechadas, que apenas podem ser usadas em sistemas virtuais fechados (ex.: as moedas utilizadas dentro de um videogame); (2) as moedas virtuais que estão unilateralmente relacionadas com a economia “real”, que podem ser adquiridas com moedas fiduciárias mas não podem ser inversamente vendidas (ex.: *Facebook Credits*); e (3) as moedas virtuais com uma relação bilateral com a economia “real”, isto é, que podem ser adquiridas e vendidas por moedas fiduciárias a uma taxa de conversão (ex.: Bitcoin)²⁸.

As criptomoedas enquadram-se nesta última subcategoria de moedas virtuais, ou seja, são moedas virtuais que podem ser compradas e vendidas através da moeda “tradicional”.

Isto dito, podemos caracterizar as criptomoedas como uma representação digital de valor convertível em moeda fiduciária e vice-versa, independente de qualquer instituição intermediária (descentralizada). Baseiam-se num mecanismo matemático de criptografia e as informações relativas às suas transferências são guardadas numa base de dados distribuída por toda a rede.

3.3. A tecnologia *blockchain* como base das criptomoedas

A tecnologia *blockchain* é a base de funcionamento das criptomoedas e das suas transações. É uma base de dados que grava dados em “blocos” que são juntos entre si e inseparáveis.

A sua origem coincide com a criação da primeira criptomoeda, Bitcoin, em 2008, através da publicação do seu estudo “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, no qual Satoshi Nakamoto descreveu o funcionamento da primeira *blockchain* que serviria de base para o registo de dados de transações de Bitcoins (apesar de nunca intitular esta tecnologia como “*blockchain*” no seu estudo).

Esta tecnologia conduziu à realização de um objetivo primordial na criação das criptomoedas: a criação de uma base de dados descentralizada, isto é, independente de qualquer entidade que controlasse a verificação dos dados registados, mas que impedisse que qualquer moeda fosse duplamente gasta ou transacionada.

A descentralização pôde ser alcançada devido ao seu funcionamento como uma base de dados distribuída: as adições de dados são efetuadas por qualquer membro da rede, criando um novo “bloco” de dados que é partilhado com todos os membros da rede²⁹. Estes membros

²⁷ European Central Bank, 2015, p. 4.

²⁸ European Central Bank, 2015, p. 6.

²⁹ World Bank Group, 2017, p. 1.

da rede estarão encarregues de coletivamente validar as adições feitas que, uma vez validadas, integrarão na base de dados num novo bloco.

Cada bloco de informação é composto por um “título” e pelo corpo que contém dados ou informações (no caso das criptomoedas, os dados das transações). O “título” de cada bloco contém uma referência do título (o código *hash*) do bloco anterior e da data em que este novo foi adicionado, criando uma conexão sucessiva entre os títulos dos blocos que referenciam sempre o anterior, elaborando uma “corrente” (*chain*) de blocos que uma vez adicionados não podem ser alterados ou removidos.

O mecanismo de verificação coletiva de novos blocos, denominado “mecanismo de consenso” (*consensus mechanism*), que Nakamoto propôs foi o essencial para resolver o problema do duplo gasto de moedas. Como se trata de uma rede descentralizada, as novas informações não serão validadas por uma entidade intermediária (como um banco que verifica a veracidade de uma transação), mas pelos próprios membros da rede em conjunto.

Estes mecanismos podem ser estruturados de variadas formas, sendo que as duas estruturas mais relevantes são *Proof of Work* (PoW) e *Proof of Stake* (PoS)³⁰. Sem descartar a importância das restantes estruturas de mecanismos de consenso, focar-nos-emos numa breve análise do funcionamento do PoW, que serve de base para as principais criptomoedas no mercado atual como a Bitcoin, Monero, Litecoin, entre outras.

O mecanismo PoW recorre a um processo chamado mineração (*mining*), que, nas palavras de David Silva Ramalho e Nuno Igreja Matos, consiste num “sistema de esforço e recompensa em que vários utilizadores da rede competem entre si para decifrar um código que simultaneamente lhes permitirá receber uma compensação (...) e introduzir um conjunto de transações na blockchain”³¹.

Neste sistema, os participantes resolverão operações matemáticas, investindo poder computacional que irá permitir adicionar novos blocos à *blockchain*. Os participantes que se dedicam a estas operações são designados mineradores ou “*miners*”.

As operações por eles realizadas consistem numa junção da informação previamente gravada na *blockchain* com a informação que será gravada no seguinte bloco (que aguarda numa “lista de espera” conhecida por *memory pool* ou *mempool*), criando um novo bloco intrinsecamente ligado aos anteriores.

Chegando à solução da operação necessária para adicionar a nova informação à *blockchain*, esta será verificada pelos membros da rede como correta e a nova informação integrará na base de dados.

Quando um participante apresenta uma solução válida de um destes problemas matemáticos e, conseqüentemente, prova o seu investimento (daqui surge o nome “*Proof of*

³⁰ Houben & Snyers, 2018, p. 18.

³¹ Ramalho & Matos, 2020, p. 86.

Work”), será recompensado monetariamente. Esta recompensa traz incentivo aos participantes que ajudem a base de dados crescer e, no caso das criptomoedas, promove a sua circulação³².

O crescimento da *blockchain* resulta no aumento progressivo da complexidade das operações a que a mineração se dedica. Atualmente, esta complexidade exige um poder computacional tão elevado que o custo da eletricidade e o *hardware* necessário fizeram com que a mineração da principal moeda Bitcoin não fosse rentável a nível individual³³.

Outros mecanismos de consenso surgiram como alternativas mais eficientes quanto aos custos necessários para promover o crescimento da rede, como o mecanismo PoS.

3.4. Principais entidades que participam no ecossistema das criptomoedas

O ecossistema das transações de criptomoedas consiste em novas entidades que não estão presentes nos esquemas financeiros tradicionais de moeda fiduciária³⁴. A análise destes novos participantes essenciais para o funcionamento de uma criptomoeda é necessária para uma subsequente interpretação da extensão normativa do legislador.

Em primeiro lugar, salientamos os utilizadores das criptomoedas, a entidade mais comum neste ecossistema. O GAFI define o utilizador como “pessoa ou entidade que obtém moedas virtuais e que as usa para comprar bens ou serviços, reais ou virtuais; ou que as transfere a título pessoal para outra pessoa; ou que as detém como um investimento pessoal” (tradução nossa)³⁵.

O utilizador pode obter as criptomoedas através de vários modos, tais como a troca com moeda fiduciária num serviço de câmbio, participação em atividades em que seja premiado com ativos virtuais (por exemplo, na distribuição inicial de uma criptomoeda), a prática da atividade de mineração, entre outros.

Os *miners* são as entidades que se dedicam ao processo de mineração através da disponibilização de poder computacional para a resolução de problemas matemáticos necessários para a validação das transações, promovendo o crescimento de uma *blockchain* baseada no sistema PoW (sem descartar a possibilidade de atividades equivalentes noutros sistemas para além deste).

O nome que se deu a este processo e às pessoas que a ele se dedicam é uma analogia ao esforço da mineração de minerais do solo³⁶. Os *miners* podem exercer a atividade

³² Nakamoto, 2008, p. 4.

³³ Ramalho & Matos, 2020, p. 88.

³⁴ European Central Bank, 2015, p. 7.

³⁵ FATF/GAFI, 2014, p. 7.

³⁶ European Central Bank, 2015, p. 7.

individualmente, como também podem exercer sob a forma de grupo que gere um negócio dedicado à mineração, designados *pools of miners*³⁷.

As criptomoedas são geralmente adquiridas através de mercados de câmbio (*virtual currency exchanges*), entidades que prestam serviços de troca de ativos virtuais cobrando uma taxa de transação³⁸. Podem dedicar-se à troca entre moedas virtuais e moedas fiduciárias (*crypto-to-fiat exchanges*) ou entre moedas virtuais entre si (*crypto-to-crypto exchanges*).

Ambos podem ser centralizados, quando a entidade encarregue do mercado participa diretamente como intermediário na compra e venda, ou descentralizados (*peer-to-peer exchanges* ou *P2P exchanges*), quando o próprio mercado não compra nem vende os ativos virtuais, apenas permitindo a negociação direta entre as partes³⁹.

As carteiras digitais armazenam as chaves públicas e privadas do utilizador que serão necessárias para as transações das criptomoedas. Através do acesso às carteiras, o utilizador pode também consultar o saldo, ver o histórico das movimentações e realizar novas transações.

Podemos distinguir as carteiras online (também denominadas *hot storage*), nas quais o armazenamento das chaves é realizado através de *software* na internet, e as carteiras offline (*cold storage*), onde o armazenamento é realizado através de dispositivos *hardware*, isto é, dispositivos físicos.

As carteiras digitais podem ser adquiridas através dos prestadores de carteiras, que se dedicam à venda de *software* e/ou *hardware* que permitem o armazenamento das chaves criptográficas por parte do utilizador e o acesso às redes *blockchains*. Já os prestadores de serviços de custódia de carteiras guardam as chaves privadas dos utilizadores em nome destes⁴⁰.

Por fim, resta mencionar o papel de algumas das entidades que participam na fase inicial de cada criptomoeda: os criadores da criptomoeda e as entidades encarregues da sua distribuição inicial.

Os criadores da criptomoeda são entidades que desenvolvem as bases tecnológicas do funcionamento da criptomoeda e as respetivas regras, como é o caso de Satoshi Nakamoto e a Bitcoin.

Já as entidades encarregues da distribuição inicial da criptomoeda (os *coin offerors*) distribuem unidades de criptomoedas após o seu lançamento inicial mediante pagamento por parte dos interessados ou, por vezes, sem qualquer contrapartida monetária, de modo a incentivar a circulação e a sua adoção em massa num processo conhecido por “*airdrop distribution*”⁴¹.

³⁷ Commission Staff Working Document, 2017, p. 85.

³⁸ Houben & Snyers, 2018, pp. 26 e 27.

³⁹ Haffke et al., 2020, p. 4.

⁴⁰ Houben & Snyers, 2018, p. 27.

⁴¹ European Central Bank, 2015, p. 7.

3.5. Risco de utilização de criptomoedas para a prática de crimes

A criação das criptomoedas teve como principal objetivo a introdução de uma alternativa à moeda fiduciária no sistema económico-financeiro, um novo método de transacionar valores monetários que não dependesse de uma instituição central e que fosse imune a qualquer intervenção na privacidade dos seus utilizadores.

Esta ausência de uma entidade controladora em conjunto com o foco na privacidade dos utilizadores abriu portas a transações sem medidas de controlo e, consequentemente, possibilitou o uso das criptomoedas como instrumento auxiliar da prática de crimes.

Não obstante as diferenças de cada criptomoeda e das tecnologias em que se baseiam, existe um conjunto de características gerais deste tipo de ativos que reforça o risco da sua utilização na prática de ilícitos, destacando-se o anonimato, a descentralização, a natureza tipicamente internacional, a incoerência normativa internacional na sua regulação e o imediatismo e irreversibilidade das transações.

A tecnologia *blockchain* baseia-se no princípio de distribuição da base de dados por toda a rede. Este tipo de base de dados aplicado ao universo das criptomoedas significa que lá serão guardadas todas as informações relativas às suas transações, incluindo os dados do remetente, do destinatário, o montante, a data de cada transferência e o montante de cada conta, algo que pode ser acedido por todos os utilizadores.

Apesar disto, as criptomoedas são caracterizadas por um anonimato quanto à identidade dos seus utilizadores. A cada utilizador é atribuída uma chave pública que funciona como endereço pessoal, contudo, os protocolos das criptomoedas não exigem que a este endereço esteja associada qualquer informação sobre a verdadeira identidade de quem a detém, ao contrário do que acontece com o sistema financeiro tradicional. Há então uma separação entre o endereço do utilizador e a sua verdadeira identidade.

Alguns autores defendem que este anonimato típico das criptomoedas pode, por vezes, traduzir-se num quase-anonimato ou *pseudonimização*⁴², visto que, como as informações de todas as transações são guardadas na base de dados, é geralmente possível identificar a verdadeira identidade do utilizador se for investido um elevado esforço para tal⁴³, algo que não pode acontecer com meios totalmente anónimos como no caso do pagamento em dinheiro físico.

Neste sentido, o Fundo Monetário Internacional caracteriza as criptomoedas como meios “mais transparentes do que dinheiro, mas mais anónimos do que outras formas de pagamento online” (tradução nossa)⁴⁴.

⁴² Ramalho & Matos, 2020, p. 94.

⁴³ U. Breu & G. Seitz, 2018, p. 6.

⁴⁴ IMF Staff Discussion Note, 2016, p. 9.

Note-se que existem criptomoedas dedicadas a contornar esta *pseudonimização*, acrescentando para o efeito uma nova camada de privacidade, as denominadas “moedas de privacidade” (*privacy coins*). Para tal, moedas como Monero adotam um protocolo que muda os endereços dos utilizadores a cada transação e não revela as informações das transações na sua base de dados⁴⁵.

O anonimato que as criptomoedas permitem alcançar, seja este parcial ou completo, abre portas à sua utilização na prática de crimes, criando obstáculos na sua investigação ao dificultar ou impossibilitar a descoberta da verdadeira identidade dos agentes do crime.

Uma segunda característica que potencia este risco de prática de ilícitos é a descentralização e a respetiva ausência de entidade intermediária. No sistema económico-financeiro tradicional, o foco regulatório é direcionado para as entidades intermediárias que se assumem como núcleos das transações, tais como os bancos. Assim, estas instituições identificam os clientes e transações suspeitas, prevenindo a prática dos crimes de branqueamento e financiamento de terrorismo através dos seus serviços.

Um exemplo de tal regulação é o próprio esquema europeu de prevenção de branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo, que mais tarde se alargou para outras instituições para além das financeiras tradicionais.

O ecossistema das criptomoedas baseia-se em bases de dados *blockchain*, que dispensam qualquer instituição intermediária, o que resulta na dificuldade em aplicar os sistemas preventivos já existentes na ordem jurídica, fragilizando a estrutura de combate ao crime.

Os desafios regulatórios são ainda mais evidentes quando se considera a natureza intrinsecamente internacional das criptomoedas. Trata-se de um sistema de transferências baseado na constante atualização dos utilizadores quanto às informações de toda a base de dados, o que implica que as criptomoedas são, obrigatoriamente, acompanhadas pelo fenómeno da internet. É através da internet que se realizam e se validam transferências para que sejam consensualmente aceites pela rede.

Consequentemente, todos estes fenómenos relacionados com o funcionamento de uma criptomoeda não serão confrontados com barreiras estaduais – vários utilizadores, *miners* e entidades que prestam os serviços de câmbio podem operar na mesma rede *blockchain* em países ou continentes completamente distintos.

Nesta senda, a ausência de coerência legislativa num fenómeno naturalmente internacional trará dificuldades na abordagem preventiva e, por outro lado, permite aos agentes do crime atuar em ordenamentos legislativos que não tenham adotado medidas eficientes para a prevenção destes fenómenos.

⁴⁵ Forgang, 2019, p. 8.

Por fim, as transferências de criptomoedas são imediatas e irreversíveis. O imediatismo das transferências deve-se ao facto do constante funcionamento de uma *blockchain* e dos seus *miners*.

A tentativa de adição das novas transferências realizadas e em espera na *memory pool* por parte dos *miners* será sempre o mais imediato possível, isto porque o primeiro *miner* que conseguir encontrar a solução para a junção dos dados necessários para introduzir a nova transferência na rede receberá o respetivo incentivo monetário, ou seja, há um incentivo para que o *miner* seja o mais rápido possível.

Uma vez adicionada a transação, a nova formulação da *blockchain*, que inclui agora os dados da nova transferência, será distribuída por cada utilizador para que a rede se mantenha atualizada. Reverter uma transação implicaria alterar as “cópias” da base de dados de todos os utilizadores que participam nessa *blockchain*⁴⁶, o que não será possível devido à inexistência de uma entidade central encarregue de gerir e alterar os dados já previamente guardados pelos utilizadores.

Vários estudos foram realizados para analisar se efetivamente estas características das criptomoedas levam à sua utilização na prática de crimes. O caso mais evidente é a participação das criptomoedas na compra e venda de produtos e serviços ilícitos.

Rapidamente se chegou à conclusão que as criptomoedas são o meio de pagamento preferido nos mercados ilícitos online, onde são negociados produtos ilegais tais como armas, estupefacientes, material pornográfico ilegal, documentos falsificados e serviços ilegais como *software* dedicado a realizar ataques informáticos⁴⁷.

Num estudo realizado em 2019, concluiu-se que entre janeiro de 2017 e março de 2018, 99.8 % dos endereços que transacionavam nos mercados ilícitos da *Dark Web*⁴⁸ operavam através de Bitcoin e que, desses, mais de 80 % se destinavam a fins ilícitos⁴⁹.

Em 2020, Naoki Hiramoto e Yoichi Tsuchiya dedicaram-se a examinar a dimensão destes mercados ilícitos onde as transações são efetuadas através de criptomoedas⁵⁰. Para tal, os autores analisaram o volume de mercado, assim como o meio e valor médio das transferências dos sete mercados com maior relevância na *Dark Web* que operaram entre 2011 e 2017: *SilkRoad*, *Silk Road 2.0*, *Agora*, *Evolution*, *Nucleus*, *Abraxas* e *AlphaBay*.

Nesta investigação, os autores concluíram que o volume de vendas dos mercados correspondeu a 161 milhões de dólares em 2013, 227 milhões de dólares em 2014 e 366 milhões de dólares em 2015⁵¹.

⁴⁶ Barros, 2019, p. 10.

⁴⁷ Tziakouris, 2018, p. 93.

⁴⁸ *Dark Web* refere-se a uma parcela da internet que apenas é acessível através de *software* específico, como o motor de pesquisa “Tor Browser” (Hiramoto & Tsuchiya, 2020, p. 2).

⁴⁹ Lee et al., 2019, p. 2.

⁵⁰ Hiramoto & Tsuchiya, 2020, pp. 1 e 2.

⁵¹ Hiramoto & Tsuchiya, 2020, p. 6.

Ademais, a grande maioria das transações correspondia a valores inferiores a 100 dólares, o que demonstra que a compra de produtos ilícitos se destina maioritariamente a consumo próprio e não à sua revenda⁵².

3.6. Utilização de criptomoedas no crime de branqueamento

A facilidade de acesso aos meios tecnológicos necessários para as transações de moedas virtuais em conjunto com as características que propiciam a sua utilização para a prática de crimes aqui enunciadas possibilitaram a utilização das criptomoedas no branqueamento de capitais. Surgiu, então, um novo modo de dissimulação da origem criminosa do património.

Analisaremos de seguida como o recurso aos ativos virtuais pode integrar-se na estrutura tripartida do crime, sem descartar a possível ausência de alguma das fases tradicionais.

Na fase da colocação, o agente do crime irá, geralmente, introduzir as vantagens de origem ilícita no sistema financeiro através da compra de criptomoedas. Para adquirir as criptomoedas de modo anónimo, é comum recorrer a mercados de câmbio em ordenamentos jurídicos com legislação deficitária na prevenção do branqueamento e a ATMs (*Automatic Teller Machines*), que oferecem simplicidade nas transações devido à sua abundância e por permitirem criar novas carteiras virtuais⁵³.

A instantaneidade das transações entre moedas fiduciárias e criptomoedas proporciona a rápida movimentação dos valores para instituições em países estrangeiros, processo que seria tradicionalmente mais demorado e consequentemente mais escrutinado⁵⁴.

Uma vez adquiridas as criptomoedas e já na fase de circulação, o agente do crime poderá executar várias transações para encobrir a origem das vantagens. Para isso, recorre-se a um processo chamado *chain-hopping*, realizando trocas da criptomoeda original por muitas outras diferentes através de vários mercados de câmbio e várias contas para desorientar o seu registo eletrónico e dificultar a descoberta da sua origem⁵⁵.

Novamente, nesta fase o imediatismo das transações deixa pouco espaço para a deteção de suspeitas de branqueamento por parte dos mercados de câmbio e faculta um processo de circulação rápido⁵⁶.

A fase de circulação poderá ainda ser facilitada através do recurso aos prestadores de serviços de mistura (denominados *mixers / tumblers*). Estes são mecanismos de reforço de anonimização e de obscurecimento da origem das criptomoedas transacionadas⁵⁷.

Para poder alcançar um maior anonimato, o misturador recolhe as criptomoedas dos utilizadores que pretendem usufruir do serviço num mesmo endereço, no qual executa uma

⁵² Hiramoto & Tsuchiya, 2020, p. 2.

⁵³ Teichmann & Falker, 2020, p. 7.

⁵⁴ Ramalho & Matos, 2020, p. 104.

⁵⁵ Kelly, 2017.

⁵⁶ Choo, 2015, p. 303.

⁵⁷ FATF/GAFI, 2014, p. 6.

série de transações com criptomoedas de outros utilizadores e de seguida envia para um endereço do recetor.

Deste modo, o processo de circulação será autonomizado e o registo de transações será aleatorizado, o que dificultará a descoberta da proveniência e do recetor e destinatário das criptomoedas.

Todo o processo de circulação, seja qual for o seu método, poderá ser executado através de motores de navegação dedicados à privacidade do utilizador como o Tor Browser e utilizando de VPNs (*Virtual Private Networks*), que dificulta a descoberta da verdadeira identidade do autor das transações e adiciona outra camada de anonimato⁵⁸.

Finalmente, na fase da integração, as várias criptomoedas são convertidas diretamente para moedas fiduciárias ou então utilizadas na compra direta de bens e serviços. Esta última fase beneficia das mesmas vantagens da fase da integração, visto que a venda de criptomoedas poderá ser feita nos mesmos moldes em que foi inicialmente comprada, isto é, através de mercados de câmbio, ATMs, entre outros.

Note-se que este esquema tripartido do crime de branqueamento pode por vezes sofrer alterações com a utilização destas novas tecnologias. Tal acontecerá, por exemplo, se o agente de um crime precedente receber as suas vantagens já em criptomoedas prontas para circular. Neste caso, não haverá a fase de colocação, uma vez que as vantagens já se encontram à partida no sistema financeiro.

A própria ação de colocação e integração pode ser idónea a dissimular a origem das vantagens: o agente pode adquirir uma criptomoeda dedicada à privacidade, as ditas moedas de privacidade, tal como Monero ou Zcash, e, de seguida, reconverter para moeda fiduciária, sem proceder a qualquer transação entre criptomoedas.

Neste caso houve colocação e integração, mas não houve a fase de circulação, uma vez que a simples compra de uma moeda de privacidade pode dissimular a origem do dinheiro.

Apesar do processo *chain-hopping* ser o mais comum dos esquemas de branqueamento, outras modalidades podem surgir através da utilização de criptomoedas. É o caso dos casinos online, através dos quais o agente pode transferir os seus fundos de criptomoedas para o casino online e de seguida retirá-los sem que gaste um montante mínimo de dinheiro.

Muitos destes casinos online aceitam como pagamento criptomoedas e alguns não possuem regras de fiscalização adequadas como acontece nas instituições financeiras⁵⁹.

A lavagem de dinheiro também pode ocorrer nos modelos mais tradicionais de transferências entre diferentes contas através do esquema de branqueamento denominado *smurfing*. Neste, várias pessoas executam as transações de compra e venda de criptomoedas

⁵⁸ Teichmann & Falker, 2020, p. 8.

⁵⁹ Forgang, 2019, p. 16.

em nome do agente do crime para que estas transações entre utilizadores diferentes e de menores valores dificultem qualquer suspeita da prática de branqueamento⁶⁰.

O branqueamento também pode ser conduzido através da aquisição de ativos virtuais em ICOs (*Initial Coin Offerings*). Numa ICO, a entidade encarregue procura o investimento por parte dos utilizadores no novo ativo virtual, que comprarão o produto na expectativa da valorização crescente do seu valor.

Nesta situação, um agente de um crime precedente que tencione encobrir a origem ilícita das vantagens pode comprar estes ativos virtuais diretamente de um utilizador que os detenha após adquiridos numa ICO. Com isto, o agente do crime adquiriu um ativo virtual que legitima a origem da vantagem através da suposta aquisição numa ICO, desvinculando a sua origem ilícita⁶¹.

Não haverá dúvidas que todos estes meios de branqueamento através das criptomoedas enquadrar-se-ão no tipo legal do artigo 368.º-A do Código Penal, cujo tipo objetivo consiste nas ações descritas nos n.ºs 3 e 4 do artigo.

Neste sentido, facilmente se chega à conclusão de que a aquisição de criptomoedas com as vantagens do crime seguidas dos processos anteriormente descritos serão ações de conversão e transferência de vantagens com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou impedir a perseguição criminal e que levarão à ocultação ou dissimulação da sua verdadeira natureza.

Como se trata de um crime comum, não será necessária qualquer característica específica do agente que o pratica. Todavia, já será essencial analisar o tipo ilícito que origina as vantagens a branquear. Estas serão todas as vantagens patrimoniais, ou seja, direitos ou coisas que provenham diretamente da prática dos crimes precedentes a que se refere o n.º 1 do artigo⁶², assim como os bens que sejam adquiridos através destas vantagens⁶³.

Ora, se um agente adquire criptomoedas com as vantagens de um crime precedente que se enquadre neste n.º 1 e, por qualquer meio, oculte ou dissimule tais vantagens, como por exemplo através do recurso aos serviços de mistura de criptomoedas, responderá pelo crime de branqueamento do Código Penal.

Apesar da prática do crime de branqueamento através de criptomoedas não ser mais comum do que os outros meios mais tradicionais, alguns artigos apontam para o seu progressivo crescimento e alertam para os seus perigos.

Segundo Rob Wainwright, Diretor Executivo da Europol entre 2009 e 2018, cerca de 3 a 4% das vantagens provenientes da prática de crimes anuais do continente europeu, que

⁶⁰ Forgang, 2019, p. 14.

⁶¹ AA.VV., 2018, p. 210.

⁶² O n.º 1 do artigo 368.º-A do Código Penal adota um critério misto (Albuquerque, 2021, p. 1233), ao incluir uma cláusula geral, que alude a todos os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, e um catálogo de crimes previsto nas alíneas do n.º 1 do artigo, ampliado pela Lei n.º 58/2020.

⁶³ Albuquerque, 2021, p. 1233.

equivale ao valor de 3,5 mil milhões a 4,7 mil milhões de euros, são branqueados através do uso de criptomoedas⁶⁴.

Já a empresa CipherTrace, que se dedica ao estudo de criptomoedas, analisou 45 milhões de transações realizadas entre 2009 e 2018, concluindo que mais de 2 mil milhões de euros foram branqueados utilizando apenas Bitcoins e que 97% das transações de Bitcoins vindas de fontes criminosas foram recebidas por serviços de câmbio com fraca ou inexistente regulação de prevenção de branqueamento⁶⁵.

4. O sistema preventivo europeu e nacional

4.1 A quinta Diretiva e o seu conceito de moedas virtuais

A crescente utilização das criptomoedas como instrumento para o branqueamento de capitais mereceu resposta legislativa supraestadual, que se baseou na inclusão das entidades cruciais do mercado de ativos virtuais no regime de prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento previamente existente.

Como exposto anteriormente, o crime de branqueamento ultrapassa as fronteiras estaduais e torna-se gradualmente mais internacional com a evolução da tecnologia e o desenvolvimento de novos meios de atuação de execução.

Por este motivo, entendeu-se que abordagens legislativas díspares levariam a uma eficácia enfraquecida no combate ao branqueamento ao permitir o acesso por parte dos agentes do crime a instituições financeiras e não financeiras que não estivessem abrangidas pelas mesmas exigências preventivas impostas no seu país.

Terá sido esta a lógica que levou o legislador europeu, em 1991⁶⁶, a harmonizar a legislação dos Estados-Membros através da transposição de medidas ditadas nas Diretivas, implementando um sistema preventivo homogéneo.

Neste sentido, leia-se o considerando 4 da quarta Diretiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo:

O branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo ocorrem com frequência num contexto internacional. As medidas adotadas exclusivamente a nível nacional, ou mesmo a nível da União, sem ter em conta a coordenação e cooperação internacionais, terão efeitos muito limitados. (...)

⁶⁴ Marsali, 2018.

⁶⁵ CipherTrace Cryptocurrency Intelligence, 2018, pp. 2 e 3.

⁶⁶ A Diretiva 91/308/CEE do Conselho da União Europeia, que promoveu pela primeira vez as medidas de prevenção de branqueamento focalizadas nas instituições financeiras.

Com o aparecimento das criptomoedas e a intensificação da sua utilização para fins ilícitos, inclusive para o branqueamento, emergiu a necessidade de integrar as entidades cruciais na troca e armazenamento das criptomoedas no quadro legislativo.

Para tal, e aproveitando o progressivo aditamento de novas entidades obrigadas no modelo preventivo, o legislador europeu optou por reutilizar esse mesmo instrumento jurídico para o ecossistema das moedas virtuais.

A quinta Diretiva vem então introduzir no sistema de prevenção de branqueamento algumas das entidades relacionadas com o mundo das criptomoedas, surgindo como entidades obrigadas os prestadores de serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias e os serviços de custódia de carteiras.

Ambas as entidades remetem para o conceito de “moedas virtuais” que, por sua vez, vem descrito na al. d) do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva. Consequentemente, a definição de moedas virtuais apresentada pelo legislador tem especial relevância, dado que determinará a inclusão ou exclusão das entidades consoante o enquadramento das moedas virtuais com que estas se relacionam na definição apresentada pela Diretiva.

As moedas virtuais surgem neste contexto definidas como:

uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica.

Retiram-se daqui dois pontos essenciais para a inclusão de uma representação digital de valor no conceito de moeda virtual apontada pela Diretiva. Em primeiro, são expostos dois requisitos negativos que excluem uma representação digital de valor deste âmbito: a emissão ou garantia desta por um banco central ou autoridade pública; e o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro. Caso alguma representação digital de valor seja emitida por parte do Estado ou seja legalmente admitida como moeda fiduciária, não será, para efeitos desta Diretiva, considerada moeda virtual.

Note-se que não se exclui desta definição toda e qualquer moeda virtual que esteja relacionada com moedas fiduciárias. É esclarecido pelo próprio texto que o facto de as moedas estarem ligadas às moedas fiduciárias não releva para efeitos de exclusão destas. Assim, as denominadas *stablecoins*, cujo valor se associa ao de uma moeda fiduciária ou ao de mercadorias (tal como o ouro)⁶⁷, podem ser consideradas como moedas virtuais⁶⁸.

⁶⁷ Herting, 2020.

⁶⁸ Haffke et al., 2020, p. 134.

Em segundo, são impostos dois requisitos positivos para que uma representação de valor seja abarcada pela definição: estas moedas têm de poder ser transferidas, armazenadas e comercializadas eletronicamente; e têm de ser aceites por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca.

O primeiro requisito não parece apresentar problemas quanto à sua extensão ou interpretação, já que a grande maioria das moedas virtuais podem ser transferidas, armazenadas e comercializadas, sendo irrelevante se de facto são efetuadas estas ações pelo utilizador. Caso uma moeda não possa ser armazenada pelo utilizador, a sua relevância no crime de branqueamento será inexistente.

O mesmo já não se pode dizer quanto ao segundo requisito, que exige que a representação de valor seja aceite como “meio de troca”. A Diretiva não aprofunda mais sobre o significado de “meio de troca”, o que levou a que alguns autores apresentassem críticas quanto a esta incerteza normativa, que pode levar a interpretações desfavoráveis quanto à inclusão de alguns tipos de criptomoedas e, por conseguinte, prejudicar a eficácia da própria Diretiva no combate ao branqueamento.

A expressão “meio de troca” é referida apenas uma outra vez pelo legislador, no considerando 10 da Diretiva. Neste, é clarificada a variedade de funções que as criptomoedas podem ter e, perante estas, a intenção do legislador em incluir a generalidade das criptomoedas no âmbito da Diretiva, independentemente das suas eventuais utilidades. Lê-se então:

Embora as moedas virtuais possam ser frequentemente utilizadas como meio de pagamento, também podem ser utilizadas para outros fins e ter aplicações mais vastas, como, por exemplo, meio de troca, investimento, produtos de reserva de valor ou utilização nos casinos em linha. A presente diretiva tem por objetivo abranger todas as utilizações potenciais das moedas virtuais.

O legislador deliberadamente discriminou a utilidade de meio de troca das outras moedas aqui referidas, o que causa dificuldades de interpretação do artigo 3.º da Diretiva quando este se refere apenas às moedas virtuais que evidenciem a utilidade de meio de troca e não quando estiver presente uma das outras funções.

Lars Haffke, Mathias Fromberger e Patrick Zimmermann, apoiados por outros autores, apontam duas possíveis interpretações do conceito de “meio de troca”. Considerando “meio de troca” num sentido mais abrangente, ficariam integradas todas as outras finalidades das criptomoedas, uma vez que efetivamente são utilizadas como meios de troca no sentido comum da palavra quando trocadas por moedas fiduciárias ou virtuais, produtos ou serviços.

Contudo, esta interpretação conflitua com o texto da Diretiva, uma vez que estaria em desacordo com o próprio texto da lei, que faz a distinção clara do “meio de troca” e das restantes funções individualizadas no considerando 10⁶⁹. Se a expressão “meio de troca” englobasse os

⁶⁹ Haffke et al., 2020, p. 135.

fins de investimento, produtos de reserva de valor e de utilização nos casinos em linha, não estariam estes últimos expressamente individualizados.

Dito isto, os autores defendem uma leitura mais restrita do conceito, interpretando-o à luz do seu sentido económico, segundo o qual um “meio de troca” não será utilizado para o seu próprio consumo, mas antes como um mero intermediário que auxilia a aquisição de produtos e serviços⁷⁰.

Ora, alguns ativos virtuais têm utilidade própria para além da sua troca por produtos ou serviços, tais como fins de investimento, denominados *investment tokens* ou *security tokens*⁷¹, bem como os *utility tokens*⁷².

Estes não poderão ser enquadrados na perspetiva restrita do conceito de “meio de troca” devido ao valor próprio de consumo de quem os adquire. Então, caso adotemos a doutrina restritiva, o legislador, apesar de afirmar a sua intenção de abranger todas as utilizações potenciais das moedas virtuais, não o fará, deixando de fora do conceito de moedas virtuais a transação deste tipo de ativos.

Outros autores como Robby Houben e Alexander Snyers não adotam a doutrina restritiva do conceito de “meio de troca” e fazem uma análise positiva da definição do artigo 3.º da Diretiva.

Segundo estes, caso um ativo não possua a finalidade de “meio de troca” (no seu sentido mais amplo), a utilidade deste tipo de ativos no crime de branqueamento será inexistente, isto porque o crime de branqueamento através de criptomoedas implicaria sempre a transação das moedas por qualquer bem, produto ou serviço⁷³.

4.2. As novas entidades obrigadas da Diretiva

Uma segunda questão de importante análise é a extensão da lista de entidades obrigadas da Diretiva. Para incluir as criptomoedas neste regime preventivo, o legislador apontou para as plataformas mais basilares no que toca à transação e armazenamento das criptomoedas.

A entidade com mais relevância apontada pelo legislador são os mercados de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias, presente no artigo 1.º, n.º 1, c). Segundo David Silva Ramalho e Nuno Igreja Matos, estes são os principais pontos de acesso ao mercado de

⁷⁰ Cancelli, 2020, p. 15; Covolo, 2019, p. 13; Haffke et al., 2020, p. 135.

⁷¹ Os *investment tokens* ou *security tokens* são ativos virtuais que permitem aos detentores o direito de participar dos retornos futuros através de pagamentos fixos ou a dividendos, podendo também exercer direitos de voto ou de participação (De Filippi & Wright, 2018, p. 101; Haffke et al., 2020, p. 127).

⁷² Os *utility tokens* são emitidos para financiar o desenvolvimento de novas criptomoedas e podem ser usados posteriormente pelos detentores para adquirir bens ou serviços do emissor da moeda (Capraro, 2021, p. 27).

⁷³ Houben & Snyers, 2018, p. 74.

criptomoedas e, por isso, apresentam maior exposição dos agentes do crime de branqueamento⁷⁴.

Quanto aos mercados de câmbio, a sua inclusão restringiu-se aos que permitem a troca de moedas fiduciárias e moedas virtuais, ficando de fora os mercados de câmbio exclusivamente de moedas virtuais, as *crypto-to-crypto exchanges*.

A doutrina é uniforme quanto à prejudicialidade da ausência destes últimos na lista das entidades obrigadas do regime de prevenção de branqueamento. Excluídos tais mercados do escopo regulatório, não se encontram delimitados pelas imposições da Diretiva.

Consequentemente, as transações de criptomoedas entre si não terão constrangimentos uma vez ultrapassado o “ponto de acesso” das moedas fiduciárias para as moedas virtuais, o que deixa um amplo espaço de atuação sem escrutínio num dos principais meios de branqueamento, as transações entre criptomoedas⁷⁵.

Para além dos mercados de câmbio, o artigo 1.º, n.º 1, c) da Diretiva inclui nas entidades obrigadas os prestadores de serviços de custódia de carteiras, cuja definição vem expressa no artigo 1.º, n.º 2, d).

A inclusão destas entidades no âmbito da Diretiva pode mitigar a ausência dos mercados de câmbio exclusivamente de moedas virtuais. De facto, a maioria destes mercados, para além da sua função primordial de facilitar a troca direta de criptomoedas entre os utilizadores, também guarda e administra as suas chaves criptográficas para facilitar a transação das moedas virtuais sem que os mesmos as tenham de introduzir a cada transação⁷⁶.

Não obstante, a definição não abrange todos os tipos de prestadores de carteiras digitais a que os utilizadores podem ter acesso, regulando apenas os serviços de custódia de carteiras e deixando de fora qualquer prestador de serviço de carteiras digitais sem custódia (os *noncustodial wallet providers*), ou seja, aqueles prestadores de serviços de carteiras *hardware* e *software* que providenciem os meios ao utilizador para guardar as suas chaves criptográficas por si ao invés de as salvar em seu nome⁷⁷.

Nesta senda, a ausência deste tipo de prestadores de serviços de carteiras sem custódia leva a que os utilizadores destes serviços não sejam objeto das exigências de identificação e controlo impostos pela Diretiva, abrindo portas para o acesso ao mercado de moedas virtuais de modo completamente anónimo.

Ademais, caso um mercado de câmbio entre moedas virtuais queira escapar às imposições da Diretiva, bastar-lhe-á exigir ao utilizador a introdução destas chaves a cada transação ao invés de as administrar em seu nome.

⁷⁴ Ramalho & Matos, 2020, p. 100.

⁷⁵ Cancelli, 2020, p. 15; Capraro, 2021, p. 28; Covolo, 2019, pp. 14 e 15; Haffke et al., 2020, pp. 134 e 135; Houben & Snyers, 2018, p. 77; Ramalho & Matos, 2020, pp. 100 e 101; Soana, 2021, pp. 6-8.

⁷⁶ Haffke et al., 2020, p. 135.

⁷⁷ Houben & Snyers, 2018, p. 78.

Por estes motivos, alguns autores entendem que a não aplicação das medidas preventivas aos outros prestadores de carteiras representa uma outra falha no sistema preventivo⁷⁸.

O catálogo de novas entidades abrangidas no sistema europeu de prevenção de branqueamento limitou-se aos mercados de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias e os prestadores de serviços de custódia de carteiras.

Paralelamente, não foram incluídos neste contexto as restantes entidades relevantes no sistema das criptomoedas, como é o caso dos utilizadores, os *miners* ou a própria atividade de mineração, os prestadores de serviços de mistura, os criadores da criptomoeda e as entidades encarregues da distribuição inicial da criptomoeda.

4.3. O sistema de prevenção nacional: a Lei n.º 83/2017 e a alteração da Lei n.º 58/2020

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, transpôs a quarta Diretiva relativa à prevenção de branqueamento. Para tal, instituiu um regime de prevenção idêntico ao redigido pelo legislador europeu em 2015, isto é, baseado na imposição de deveres de diligência quanto à clientela, controlo das transações, entre outros⁷⁹.

O legislador nacional dividiu os deveres em gerais, os quais todas as entidades obrigadas devem seguir; e os específicos, desenhados apenas para certas entidades. Veja-se, para tal, os artigos 11.º e seguintes da Lei. Quanto às entidades obrigadas, estas estão listadas nos artigos 3.º a 7.º da Lei. O incumprimento destes deveres levará à aplicação do regime sancionatório da Lei, composto por ilícitos criminais e contraordenacionais presentes nos artigos 157.º e seguintes.

No contexto da prevenção da utilização de criptomoedas para o branqueamento, cabe analisar as alterações ditadas pela Lei quanto ao conceito de moedas virtuais e às novas entidades obrigadas.

O artigo 5.º da Lei aditou a alínea ll), na qual se define ativo virtual como

uma representação digital de valor que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e que não possua o estatuto jurídico de moeda fiduciária, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca ou de investimento e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica.

A definição adotada pelo legislador nacional diverge daquela presente no artigo 1.º, n.º 2, al. d) da quinta Diretiva quanto às moedas virtuais. Quanto ao desvio semântico entre “moeda virtual” e “ativo virtual”, o mesmo não parece ter relevância, devendo a questão

⁷⁸ Cancelli, 2020, p. 16; Haffke et al., 2020, pp. 135 e 136; Soana, 2021, pp. 6 e 7.

⁷⁹ Machado, 2017, p. 73.

centrar-se na análise do seu conceito, sejam elas denominadas moedas virtuais, ativos virtuais ou até criptomoedas.

Por um lado, o legislador nacional não excluiu do conceito de ativos virtuais os emitidos ou garantidos por um banco central ou autoridade pública. Significa isto que, contrariamente à Diretiva, ficam incluídas nesta definição as criptomoedas estatais, isto é, emitidas pelo Estado, como é o caso da criptomoeda Petro, emitida pelo governo venezuelano, e as futuras criptomoedas chinesas e sul-coreanas, caso venham a ser emitidas⁸⁰.

Por outro, o legislador nacional adicionou ao requisito da aceitação como “meio de troca” a utilidade de “meio de investimento”. Quanto a isto, tal inclusão permite englobar na definição alguns dos ativos virtuais que foram excluídos da definição da Diretiva, como é o caso dos *investment tokens*. Ainda assim, a discriminação de certas utilidades como requisito causa um entrave desnecessário à inclusão de todos os tipos de criptomoedas independentemente das suas funções, objetivo expressamente assumido na Diretiva.

A dicotomia entre o sistema preventivo nacional e europeu acentua-se expressivamente nas entidades obrigadas cujo leque vem agora substancialmente mais alargado. Para tal, a Lei não escreve uma lista de entidades que devem ser obrigadas aos deveres, ao invés foca-se em identificar as atividades que quando praticadas por uma entidade levam a que esta caia no escopo do regime preventivo.

Foram então incluídos os serviços de troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias, assim como os de troca entre moedas virtuais entre si, ambos previstos na alínea mm), i) e ii) aditada pela Lei.

Podemos, desde já, concluir que o legislador nacional não se bastou com a inclusão dos pontos de acesso entre o mercado de criptomoedas e o mercado tradicional, regulando também as entidades que atuam exclusivamente dentro das transferências de ativos virtuais entre si, neste caso, as *crypto-to-crypto exchanges*.

No que diz respeito às carteiras virtuais, a Lei também recorreu a um método mais extenso do que o da Diretiva, indo para além dos prestadores de serviços de custódia de carteiras. Lê-se na alínea mm), iv): “serviços de guarda ou guarda e administração de ativos virtuais ou de instrumentos que permitam controlar, deter, armazenar ou transferir esses ativos, incluindo chaves criptográficas privadas”.

A expressão “serviços de guarda ou guarda e administração de ativos virtuais (...), incluindo chaves criptográficas privadas” é idónea a englobar os prestadores de serviços de custódia de carteiras, uma vez que a guarda das chaves criptográficas é de facto a principal função deste tipo de prestadores de serviços.

⁸⁰ Zapotochny, 2021.

Apesar de não especificar se esta guarda é feita em nome de terceiros (os utilizadores), deve entender-se através da letra da lei que a guarda destes ativos é feita pelo prestador de serviços e não pelo próprio utilizador.

Quanto aos “instrumentos que permitam controlar, deter, armazenar ou transferir esses ativos”, o preceito remete para a detenção própria do utilizador através dos meios providenciados por este tipo de prestadores de carteiras, logo, engloba os prestadores de carteiras sem custódia.

Não havendo qualquer referência à vertente virtual ou física deste tipo de serviços, devemos entender que nestes “instrumentos” se incluem as carteiras *software* e as carteiras *hardware*.

Deste modo, a Lei parece incluir todos os tipos de prestadores de carteiras digitais: os prestadores de carteiras *software* e *hardware* e os serviços de custódia de carteiras.

Por fim, na alínea mm), iii) são ainda abarcados os serviços de transferência de criptomoedas entre endereços ou carteiras digitais. Esta definição abrange os prestadores de serviços de mistura que, após recolherem as criptomoedas do utilizador, procedem à transferência das criptomoedas com outras e do produto final da mistura para um endereço destinatário.

5. Análise crítica da atual abordagem e das futuras alterações

5.1 Proibição das criptomoedas: um caminho a considerar?

Os riscos que a utilização das criptomoedas comporta na integridade do sistema económico-financeiro devido à volatilidade do valor e o aproveitamento destes ativos para fins ilícitos levanta inevitavelmente a questão sobre se deveria ou não ser adotada uma abordagem proibitiva perante esta nova realidade.

Kai Jia e Falin Zhang distinguem três principais respostas no espectro legislativo: a perspectiva liberal, adotada pelos Estados Unidos da América; a proibição total, seguida pela Rússia; e o “entusiasmo prudente”, presente na China⁸¹.

O modelo proibitivo das criptomoedas que hoje vemos ser aplicado em países como a Rússia, Vietname, Equador e Bolívia pode apresentar algumas vantagens quanto à repressão dos riscos das criptomoedas.

A proibição total desta nova realidade resultaria num maior entrave aos mercados de venda de produtos ilegais online, na frustração da utilização destes instrumentos em crimes como branqueamento, financiamento de terrorismo ou crimes de evasão fiscal e também na

⁸¹ Jia & Zhang, 2018, p. 89.

proteção do consumidor face aos riscos de flutuação do valor dos ativos virtuais e dos possíveis ataques informáticos.

Não obstante, este modelo implicaria necessariamente a obstrução à inovação tecnológica que os ativos virtuais e a sua tecnologia subjacente representam⁸². Tal reação proibitiva seria incompatível tanto de um ponto de vista teórico, no que toca a princípios basilares constitucionais e do Direito Penal, como de um ponto de vista prático face à realidade evolutiva da sociedade.

Segundo Taipa de Carvalho, o desenvolvimento das sociedades complexas atuais, que trouxe consigo novas formas de criminalidade, não poderá justificar a reação excessivamente repressiva por parte do Direito Penal que incida sobre a dignidade humana, ou seja, não justificará a desaplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, violaria o princípio da indispensabilidade da restrição constitucionalmente consagrado no artigo 18.º, n.º 2 CRP⁸³.

A proibição destas novas tecnologias implicaria uma intervenção manifestamente excessiva num fenómeno evolutivo natural da sociedade a que o Direito deve acompanhar e não dificultar, tendo sempre em consideração que a resposta penal perante os seus riscos poderá ser alcançada através de outros modelos menos agressivos perante o fenómeno.

Do ponto de vista prático, a proibição implicaria também o não aproveitamento da tecnologia. Os ativos virtuais podem trazer vantagens ao sistema financeiro tradicional, tais como a diminuição do custo de emissão e circulação de moeda e o aumento da conveniência e transparência da economia, fatores que foram reconhecidos pelo Banco Popular da China⁸⁴.

Paralelamente, também a tecnologia subjacente, as *blockchains*, como novos sistemas de base de dados, podem apresentar vários usos nos campos mais diversos, tais como bases de dados dos cidadãos, votos digitais, dados armazenados em hospitais, armazenamento em nuvem e inúmeros outros⁸⁵.

Restringir o maior campo de utilização das *blockchains*, as transações das criptomoedas, resultaria num obstáculo ao desenvolvimento desta tecnologia para meios de operação mais eficientes (tal como aconteceu com o sistema PoS).

Na perspetiva da prevenção de utilização de ativos virtuais para fins ilícitos, as perspetivas liberais e intermédias apresentam-se como mais proporcionais perante a colisão entre a evolução tecnológica e o risco da prática de crimes. Ambas as perspetivas permitem a utilização das criptomoedas, impondo deveres de prevenção de utilização das criptomoedas para fins ilícitos às entidades que auxiliam as transações⁸⁶.

⁸² Jia & Zhang, 2018, p. 99.

⁸³ Taipa de Carvalho, 2016, p. 55; Vaz et al., 2015, p. 246.

⁸⁴ Jia & Zhang, 2018, p. 100.

⁸⁵ Gates, 2017, pp. 36-39.

⁸⁶ O modelo intermediário ou de “entusiasmo prudente” vai mais longe do que a abordagem liberal e restringe a interação entre o mercado de ativos virtuais e o mercado fiduciário tradicional, através da proibição de todas as instituições financeiras de realizar negócios relacionados com criptomoedas, assim como a proibição de instituições

5.2. O modelo europeu e a sua evolução

Apesar de haver acesso aos mercados de criptomoedas, qualquer intervenção estadual no seu ecossistema contrariará necessariamente a sua própria natureza, visto que estas surgiram nos ideais político-liberais de transação de valores monetários sem a intervenção de instituições intermediárias públicas ou privadas que controlassem quer as transferências, quer a identidade de quem as executa.

Esta perspetiva marcada pelo choque entre as necessidades preventivas e a proteção da essência dos mercados virtuais constrangeu a atuação do legislador europeu aquando da introdução da 5.^a Diretiva.

Por conseguinte, o receio de uma excessiva intervenção no ecossistema das criptomoedas e dos danos que tal pudesse causar na sua natureza e no desenvolvimento tecnológico limitou o legislador europeu na imposição de deveres de prevenção de branqueamento, que se bastou nas entidades que atuam como pontes entre os mercados de criptomoedas e os mercados fiduciários.

Sem descartar a importância da consideração das consequências dos excessos normativos, a prevenção da utilização de criptomoedas para efeitos de branqueamento através da imposição de deveres nestas entidades apenas seria eficiente se a própria existência do mercado das criptomoedas dependesse do mercado fiduciário tradicional, ou seja, se as vantagens sujeitas a branqueamento através de criptomoedas tivessem necessariamente de passar, a certo ponto, pelo mercado fiduciário⁸⁷.

Nesta perceção, os instrumentos que permitem a troca entre as criptomoedas e as moedas fiduciárias teriam sempre a sua participação no esquema de branqueamento, seja numa fase de colocação, onde as vantagens são trocadas por ativos virtuais, seja numa fase de integração, onde as vantagens seriam devolvidas ao mercado financeiro tradicional.

Ora, tal perceção desenquadra-se com a realidade dos ativos virtuais e demonstra-se progressivamente mais irrealista perante a perspetiva de evolução futura do seu ecossistema. Cada vez mais utilizadores interagem com o mercado das criptomoedas e a sua aplicação na compra e venda de produtos e serviços é também gradualmente mais comum, o que leva a que esta realidade se autonomize do mercado fiduciário a um ritmo acelerado.

Um indivíduo poderá adquirir moedas virtuais através de uma transferência direta ou de uma *airdrop distribution*, podendo trocá-las por outras moedas ou comprar produtos e serviços a comerciantes que as aceitem como meio de pagamento sem ter de passar pelos mercados de câmbio descritos na Diretiva.

de pagamento de fornecer serviços a empresas que conduzam negócios de criptomoedas (Jia & Zhang, 2018, pp. 101-103).

⁸⁷ Soana, 2021, p. 3.

Isto dito, a decisão de apenas incluir na lista de entidades obrigadas as *crypto-to-fiat exchanges* e os prestadores de serviços de custódia de carteiras virtuais, deixando de fora as *crypto-to-crypto exchanges* e os demais tipos de prestadores de carteiras virtuais, leva a uma abordagem ineficiente no combate ao branqueamento.

Não obstante, uma intervenção legislativa no próprio ecossistema de transferências de criptomoedas entre si será estritamente necessária também na perspectiva de proteção do desenvolvimento da tecnologia subjacente.

Através de um sistema eficaz de prevenção da criminalidade económico-financeira, garante-se que as criptomoedas como fenómeno se desvinculam da reputação negativa que as associa à prática de crimes e que cria hesitação na sua adoção como um novo meio alternativo ao sistema financeiro tradicional.

A receptividade positiva promoverá o aumento da sua utilização, que, por sua vez, impulsionará o desenvolvimento da tecnologia de modo a poder ser aplicado em cada vez mais campos do quotidiano, sejam estes económicos (através das criptomoedas) ou outras diversas aplicações (através das *blockchain* aplicadas a outros fins).

5.3. A antecipação do legislador nacional

Comparando a Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, com a Diretiva que esta transpõe, evidencia-se a inclusão mais extensa de entidades adotada no ordenamento nacional. Do ponto de vista de prevenção de branqueamento, esta é uma abordagem mais eficaz e, pelos motivos enunciados, preferível.

As falhas da Diretiva quanto às novas entidades obrigadas foram desde cedo reconhecidas pelo GAFI, que alterou em outubro de 2018 a sua Recomendação n.º 15 (relativa à prática do crime de branqueamento com as novas tecnologias) e a respetiva nota interpretativa, adicionando novos conceitos de “ativos virtuais” e “prestadores de serviços de criptoativos” (VASP), aos quais devem ser aplicados os deveres⁸⁸.

Através destas alterações, o GAFI aprofundou o âmbito subjetivo da aplicação das medidas de prevenção de branqueamento, recomendando um alargamento das entidades às quais devem ser aplicadas tais medidas. A grande novidade centra-se nos prestadores de serviços de criptoativos: este novo conceito identifica as entidades obrigadas pela sua atividade prestada e não pela *ratione personae*. Este novo método demonstra-se mais apto a compreender novos modelos de negócio que possam surgir neste setor⁸⁹.

⁸⁸ FATF/GAFI, 2012, pp. 76 e 77.

⁸⁹ Covolo, 2019, p. 17.

Integram-se neste novo conceito, para além das *crypto-to-fiat exchanges* e os serviços de custódia de carteiras, as *crypto-to-crypto exchanges*, os serviços de transferência de ativos virtuais, os serviços de carteiras virtuais e os serviços financeiros relacionados com as ICO⁹⁰.

Estas alterações marcam o abandono da estratégia conservadora focalizada nos pontos de acesso ao mercado dos ativos virtuais e assumem a necessidade de controlo dentro do ecossistema dos ativos virtuais, que permite a aplicação das medidas de prevenção a um leque de entidades substancialmente mais carregado⁹¹.

Confrontado com estas novidades apresentadas pelo GAFI, organização que tem guiado o paradigma regulatório nesta matéria, inclusive o quadro legislativo europeu, o legislador nacional, que ainda não tinha transposto a 5.^a Diretiva⁹², viu-se na oportunidade de se antecipar ao legislador europeu.

Deste modo, e aproveitando o preceito normativo do artigo 5.º da 4.^a Diretiva (regime base alterado pela 5.^a Diretiva) que permite aos Estados-Membros aplicar medidas mais restritivas, o legislador nacional transpôs a 5.^a Diretiva, mas fê-lo seguindo a nova abordagem recomendada pelo GAFI e que certamente iria ser seguida posteriormente pelo legislador europeu.

É então perceptível a coincidência entre a definição de “atividades com ativos virtuais” apresentada pelo legislador nacional no artigo 5.º da Lei n.º 58/2020 e o conceito de VASP desenvolvido pelo GAFI nestas alterações. A letra da Lei neste ponto resume-se a uma tradução literal da nova definição de VASP, diferenciada do que foi exposto na 5.^a Diretiva.

Para além disso, esta antecipação à Diretiva não se bastou pela matéria de entidades obrigadas, também se verificou o mesmo fenómeno quanto à definição de criptoativos. Na mesma linha de pensamento, o legislador nacional passou a incluir, para além das criptomoedas aceites como meio de pagamento, as utilizadas como investimento. Ao contrário do regime da Diretiva, passam então a ser considerados os *investment tokens* ou *security tokens*.

Todavia, se é verdade que o legislador nacional aproveitou esta oportunidade para se antecipar ao regime europeu nestas vertentes, também é verdade que não o fez quanto à inclusão das atividades de lançamento das criptomoedas (as ICO) como recomendado pelo GAFI.

⁹⁰ FATF/GAFI, 2019, pp. 13 e 14.

⁹¹ Soana, 2021, pp. 10 e 11.

⁹² O prazo de transposição da 5.^a Diretiva seria em janeiro de 2020.

Tal exclusão nas atividades das VASP constitui uma falha no sistema preventivo, uma vez que a aquisição de um ativo virtual no seu lançamento é uma forma de adquirir criptomoedas sem ter de recorrer aos mercados de câmbio e, consequentemente, não está sujeito a qualquer dever de diligência de clientela ou controlo de suspeitas de branqueamento aquando da aquisição⁹³.

5.4. A futura alteração do modelo europeu

Em julho de 2021, a Comissão Europeia apresentou um pacote de propostas de alterações legislativas relativamente ao atual sistema de prevenção de branqueamento. Neste, estão incluídas propostas de revogação da 4.^a Diretiva e a sua substituição pela 6.^a Diretiva e por um novo Regulamento, assim como a criação da Autoridade para o Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, encarregue da supervisão da aplicação das obrigações impostas e de agilizar a cooperação entre UIFs nacionais⁹⁴.

Com estas alterações, o legislador europeu vem simplificar o conceito de criptoativos para que neste sejam abrangidos todos os tipos de moedas independentemente da sua utilidade, desde que possam ser transferidos ou armazenados.

Quanto às entidades obrigadas, verificou-se o mesmo fenómeno: o legislador consagrou o novo modelo das Recomendações nesta matéria, focando-se nas atividades prestadas para considerar, ou não, uma entidade como obrigada.

Passarão a ser entidades obrigadas todas as que sejam consideradas prestadoras de serviços de criptoativos, ou seja, que prestem as atividades descritas no artigo 3.º, n.º 1, ponto (9) da Proposta de Regulamento COM/2020/593, sendo: custódia e administração de criptoativos por conta de terceiros, operação de uma plataforma de negociação de criptoativos (P2P), troca de criptoativos por moeda fiduciária com curso legal e por outros criptoativos, colocação de criptoativos (as ICO) e execução, receção e transmissão de ordens relativas a criptoativos em nome de terceiros.

Note-se que as alterações propostas levam a que o sistema de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais deixe de ser regulado num único instrumento legislativo europeu, a Diretiva, e passe a ser enquadrado em dois elementos legislativos distintos: a 6.^a Diretiva, vocacionada para as medidas a ser aplicadas pelos Estados-Membros (identificadas sucintamente no artigo 1.º da proposta de Diretiva); e a proposta de Regulamento, direcionada para as entidades obrigadas e os respetivos deveres de prevenção de branqueamento.

⁹³ Forgang, 2019, p. 17 a 19; Houben & Snyers, 2018, p. 78.

⁹⁴ Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, 2021.

Caso a matéria de deveres das entidades obrigadas passe a ser ditada por Regulamento, não será necessária qualquer transposição para a lei nacional, inclusive a dada pela Lei n.º 83/2017 (alterada pela Lei n.º 58/2020), devido ao carácter geral e abstrato dos Regulamentos.

5.5. Mineração: o último passo

Em retrospectiva, a rápida evolução do sistema preventivo de branqueamento aplicado às criptomoedas tem-se como necessária para a própria eficácia e funcionamento do sistema. O modelo regulatório da 5.ª Diretiva não se mostrou suficiente para acautelar os perigos do fenómeno das criptomoedas, como a *pseudonimização* e a sua natureza intrinsecamente internacional.

A política mais intervencionista quanto ao âmbito subjetivo, ao incluir mais participantes do ecossistema das criptomoedas no leque das entidades obrigadas, deixa pouco espaço para que a interação com estas possa ser feita sem passar por métodos de verificação de identidade e monitorização de transações.

Tal modelo tem vindo a ser adotado através das alterações às Recomendações do GAFI em 2018 pela Lei n.º 58/2020, que alterou o modelo de prevenção de branqueamento nacional e transpôs a 5.ª Diretiva, e, por fim, pelas propostas de alterações do sistema preventivo a nível europeu.

Porém, o tema que não foi abordado em nenhuma destas novidades legislativas foi a atividade de mineração. Na perspetiva de autores como Lars Haffke, Mathias Fromberger e Patrick Zimmermann, a inclusão dos *miners* ou dos prestadores de ferramentas ou serviços de mineração seria desnecessária, uma vez que o branqueamento através da atividade de mineração não constitui um meio de atuação do crime de branqueamento suficientemente distinto dos restantes para a sua individualização no sistema preventivo⁹⁵.

Apesar de a mineração poder ser um dos muitos *modi operandi* do crime de branqueamento através da utilização de criptomoedas, a verdade é que também é um meio de aquisição de criptoativos, tal como uma ICO. A discussão não deve estar restrita à individualização dos modos de branqueamento, deve focar-se também nos modos de aquisição de ativos virtuais que podem levar posteriormente à prática do branqueamento.

Um potencial utilizador de criptomoedas pode adquiri-las através da atividade de mineração. Assim como numa ICO, as criptomoedas vão ser adquiridas sem passar por uma entidade que esteja obrigada a cumprir os requisitos de prevenção da Diretiva.

Este facto constitui um perigo de prática de branqueamento: um agente que queira dissimular a origem ilícita das suas vantagens pode adquirir estes instrumentos (*hardware*)

⁹⁵ Haffke et al., 2020, p. 138.

para exercer a atividade de mineração e obter a compensação em criptomoedas sem ter de ser sujeito a deveres de diligência de clientela.

No final, terá criptomoedas adquiridas aparentemente de modo legítimo, através da mineração, que poderá trocar por moeda fiduciária, por outras moedas virtuais ou por produtos e serviços. Esta prática também poderá ser exercida a nível coletivo, através dos *pools* de mineração, onde vários indivíduos trabalham cooperativamente para a mineração de moedas.

Posto isto, e acompanhando o entendimento de autores como Robby Houben, Alexander Syners, David Silva Ramalho e Nuno Igreja Matos, entendemos que a atividade de mineração deve constar no sistema preventivo de branqueamento⁹⁶. Para tal, deve ser considerada a inclusão das entidades que se dedicam à comercialização de *hardware* destinado à atividade de mineração nas atividades que definem as entidades obrigadas, as novas VASP.

⁹⁶ Houben & Syners, 2018, pp. 76 e 77; Ramalho & Matos, 2020, pp. 102 e 103.

6. Conclusão

A inclusão das criptomoedas no sistema de prevenção de branqueamento deu-se com o enquadramento de novas entidades essenciais à sua aquisição nesse sistema ditado pelas Diretivas e transposto pelos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros. Tais entidades terão agora de cumprir os deveres de prevenção de branqueamento, que passam por identificação de clientela, controlo de transações e cooperação com as UIFs.

Esta novidade que surgiu com a 5.^a Diretiva reconheceu o perigo da utilização das criptomoedas no crime de branqueamento e a necessidade de acautelar este novo meio de execução do crime.

Não obstante a importância de tal reconhecimento na prevenção do branqueamento moderno, as novidades introduzidas pela 5.^a Diretiva não se revelaram suficientes para prevenir a utilização das criptomoedas para estes fins.

A integração dos pontos de acesso entre o mercado fiduciário e o ecossistema das criptomoedas não é, por si, apto a englobar todos os meios de acesso a estes ativos virtuais devido à gradual autonomização das criptomoedas do sistema financeiro tradicional.

Por conseguinte, a Diretiva não englobou todos os tipos de criptomoedas nem conseguiu implementar a aplicação dos deveres de controlo e diligência à totalidade de utilizadores que as adquirem, o que leva à falha do sistema preventivo.

Contrariamente, o mesmo sistema preventivo transposto pelo legislador nacional foi mais eficaz na matéria, incluindo outras entidades para além dos pontos de acesso entre estes dois mercados. Assim, ao seguir as recomendações mais recentes do GAFI, o legislador nacional estendeu tais deveres a outras entidades para além dos mercados de câmbio.

As propostas de alteração do sistema preventivo europeu salientam a urgência de modificação da abordagem tomada na 5.^a Diretiva para uma mais incisiva no ecossistema das criptomoedas, nos moldes recomendados pelo GAFI e já adotados pelo legislador nacional.

Dado o volume que o crime de branqueamento tem vindo a revelar nas últimas décadas, em especial através destes novos instrumentos, entendemos que as alterações propostas não só são necessárias, como também urgentes para a boa realização da prevenção do crime neste setor económico-financeiro.

Ainda assim, a ausência da atividade de mineração nesta matéria pode revelar-se uma falha, visto que é tanto um meio de aquisição de criptomoedas como um meio idóneo de branquear valores monetários que fica fora do escopo do sistema.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. P. de (2021). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (4.^a ed.). Universidade Católica Editora.
- AA.VV. (2018). ICO as economic security threat. Possible risks analysis. Experience of foreign States. *KnE Social Sciences*, vol. 3, no. 2. <https://doi.org/10.18502/kss.v3i2.1544>.
- BANCO DE PORTUGAL (2020). *Occasional Paper on Crypto-Assets*. <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/op202004.pdf>.
- BRAGUÊS, J. L. (2009). *O processo de branqueamento de capitais*. Edições Húmus & OBEGEF. <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2009/02/wp0021.pdf>.
- CANCELLI, L. (2020). *The growing crypto-assets threat to anti-money laundering: How institutions are coping with this phenomenon*.
- CAPRARO, T. (2021). *The 5th Anti-Money Laundering Directive in the light of virtual currencies: The exploitation of the decentralized system and rising legislative challenges*.
- CHAUM, D. (1983). Blind signatures for untraceable payments. In *Advances in cryptology*. Springer.
- CHAUM, D. (1985). Security without identification: Transaction systems to make big brother obsolete. *Communications of the ACM*, vol. 28, no. 10, pp. 1030-1044. <https://doi.org/10.1145/4372.4373>.
- CHOO, K.-K. R. (2013). New payment methods: A review of 2010–2012 FATF mutual evaluation reports. *Computers & Security*, vol. 36, pp. 12-26. <https://doi.org/10.1016/j.cose.2013.01.009>.
- CHOO, K.-K. R. (2015). Cryptocurrency and virtual currency. In *Handbook of digital currency* (pp. 283-307). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-802117-0.00015-1>.
- CIPHERTRACE CRYPTOCURRENCY INTELLIGENCE (2018). *Cryptocurrency anti-money laundering report*.
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (2017). *Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and to the Council on the assessment of the risks of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border situations*. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d4d7d30e-5a5a-11e7-954d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.
- COVOLO, D. V. (2019). *The EU response to criminal misuse of cryptocurrencies: The young, already outdated 5th Anti-Money Laundering Directive*.
- DE BARROS, G. O. (2019). Cryptocurrencies: Advantages and risks of digital money. *Gabinete de Estratégia e Estudos do Ministério da Economia*, vol. 67.
- DE FILIPPI, P. & WRIGHT, A. (2018). *Blockchain and the law: The rule of code*. Harvard University Press.
- DUARTE, J.M.D. (2002). *Branqueamento de capitais: O Regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional*. Coimbra Editora.
- EUROPEAN CENTRAL BANK (2015). *Virtual currency schemes: A further analysis*. Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2866/662172>.
- FATF/GAFI (2012). *The FATF recommendations*. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- FATF/GAFI (2014). *Virtual currencies – Key definitions and potential AML/CFT Risks*.

- FATF/GAFI (2018). *Professional money laundering*. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Professional-Money-Laundering.pdf>.
- FATF/GAFI (2019). *Guidance for a risk-based approach to virtual assets and virtual asset service providers*. <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html>.
- FATF/GAFI (2022, Janeiro 4). *Money laundering*. <https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223>.
- FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION (2021, Julho 20). *Anti-money laundering and countering the financing of terrorism legislative package*. https://ec.europa.eu/info/publications/210720-anti-money-laundering-countering-financing-terrorism_en.
- FORGANG, G. (2019). *Money laundering through cryptocurrencies*.
- GATES, M. (2017). *Blockchain: Ultimate guide to understanding blockchain, bitcoin, cryptocurrencies, smart contracts and the future of money*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- GIRASA, R. (2018). *Regulation of cryptocurrencies and blockchain technologies*. Springer International Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-78509-7>.
- HAFFKE, L., FROMBERGER, M. & ZIMMERMANN, P. (2020). Cryptocurrencies and anti-money laundering: The shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them. *Journal of Banking Regulation*. <https://doi.org/10.1057/s41261-019-00101-4>.
- HERTING, A. (2020, Dezembro 29). *What is a stablecoin?* <https://www.coindesk.com/learn/what-is-a-stablecoin/>.
- HIRAMOTO, N. & TSUCHIYA, Y. (2020). Measuring dark web marketplaces via Bitcoin transactions: From birth to independence. *Forensic Science International: Digital Investigation*, 35, 301086. <https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2020.301086>.
- HOUBEN, D. R. & SNYERS, A. (2018). *Cryptocurrencies and blockchain*.
- HUDGES, E. (1993). *A cypherpunk's manifesto*. <https://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>.
- IMF STAFF DISCUSSION NOTE (2016). *Virtual currencies and beyond: Initial considerations*. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>.
- JIA, K. & ZHANG, F. (2018). Between liberalization and prohibition: Prudent enthusiasm and the governance of Bitcoin/blockchain technology. In *Bitcoin and beyond: Cryptocurrencies, blockchains and global governance*. Routledge, Taylor & Francis Group.
- KELLY, J. (2017, Maio 18). *Bitcoin's murkier rivals line up to displace it as cybercriminals' favourite*. <https://www.reuters.com/article/cyber-attackbitcoin/bitcoins-murkier-rivals-line-up-to-displace-it-as-cybercriminals-favouriteidUSL8N1II1MV>.
- KYC-CHAIN (2019, Abril 25). *The history of money laundering*. <https://kyc-chain.com/the-history-of-money-laundering/>.
- LEE, S., YOON, C., KANG, H., KIM, Y., KIM, Y., HAN, D., SON, S. & SHIN, S. (2019). Cybercriminal minds: An investigative study of cryptocurrency abuses in the Dark Web. *Proceedings 2019 Network and Distributed System Security Symposium*. Network and Distributed System Security Symposium, San Diego, CA. <https://doi.org/10.14722/ndss.2019.23055>.

- MACHADO, M. da C. (2017). Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 31, pp. 39-91.
- MARSALI, M. (2018, Abril 26). Crypto money-laundering: Will crypto help the money-launderers of the future? *The Economist*. <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/04/26/crypto-money-laundering>.
- MARTUCCI, B. (2021, Maio 18). *What is cryptocurrency – How it works, history & bitcoin alternatives*. <https://www.moneycrashers.com/cryptocurrency-history-bitcoin-alternatives/>.
- NAKAMOTO, S. (2008). *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*.
- RAMALHO, D. S. & MATOS, N. I. (2020). Branqueamento e Bitcoin: Uma introdução. *Revista do Ministério Público*, n.º 40.
- RICHARDS, K. (2021, Setembro). *Cryptography*. <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/cryptography>.
- SOANA, G. (2021). Regulating cryptocurrencies checkpoints: Fighting a trench war with cavalry? *Economic Notes*, vol. 51, n.º 1. <https://doi.org/10.1111/ecno.12195>.
- TAIPA DE CARVALHO, A. (2016). *Direito penal, parte geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime* (3.ª ed.). Universidade Católica Editora.
- TEICHMANN, F.M.J. & FALKER, M-C. (2020). Cryptocurrencies and financial crime: Solutions from Liechtenstein. *Journal of Money Laundering Control* (ahead-of-print). <https://doi.org/10.1108/JMLC-05-2020-0060>.
- TZIAKOURIS, G. (2018). Cryptocurrencies – A forensic challenge or opportunity for law enforcement? An INTERPOL perspective. *IEEE Security & Privacy*, vol. 16, no. 4, pp. 92-94. <https://doi.org/10.1109/MSP.2018.3111243>.
- U. BREU, S. & G. SEITX, T. (2018). *Legislative regulations to prevent terrorism and organized crime from using cryptocurrencies and its effect on the economy and society*. <https://ssrn.com/abstract=3081911>.
- VAZ, M. A., SANTOS BOTELHO, C., CARVALHO, R., FOLHADELA, I. & RIBEIRO, A.T. (2015). *Direito constitucional: O sistema constitucional português* (2.ª ed.). Universidade Católica Editora.
- WORLD BANK GROUP (2017). *Distributed Ledger Technology (DLT) and blockchain*. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/177911513714062215/pdf/122140-WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf>.
- ZAPOTOCHNY, A. (2021, Fevereiro 18). *Government-issued cryptocurrencies: An overview*. <https://blockgeeks.com/government-issued-cryptocurrencies-an-overview/>.

O investimento em capital de risco
Os conflitos de interesses e os seus remédios

Juliana Isabel Faria Figueiras

Sob a orientação do Professor
Doutor José Engrácia Antunes

Aos meus Pais, a quem devo tudo.

“É preciso sair da ilha para ver a ilha. Não nos vemos se não sairmos de nós.”

(José Saramago)

Agradecimentos

Aos meus Pais e Irmão, o maior dos agradecimentos. Por estarem sempre presentes. Pelas palavras certas nas horas precisas. Pelo apoio e pelos valores. Não há palavras suficientes para lhes agradecer. Devo-vos aquilo que não se compra.

Aos meus Avós, sinónimo de casa, serei eternamente grata por tudo aquilo que me ensinam.

Aos meus Amigos, aqueles que me acompanham sem me largarem a mão, agradeço o companheirismo, o apoio incondicional e as risadas.

Ao Professor Doutor José Engrácia Antunes, pela competência técnica e científica, por toda a atenção e disponibilidade dispensadas.

Resumo

A presente dissertação incide sobre as relações estabelecidas no âmbito do investimento em capital de risco, mais concretamente quanto aos diversos e múltiplos interesses de cada parte. Após a compreensão do investimento em capital de risco como fenómeno económico e jurídico, traçam-se os interesses e os conflitos de interesses que surgem no seu âmbito, salientando-se a existência dos conflitos de interesses como uma idiossincrasia do capital de risco.

Visto que o financiamento através do capital de risco é uma forma de financiamento empresarial de extrema importância, enumeram-se soluções existentes na ordem jurídica para aquele que vê o seu interesse lesado aquando de um conflito de interesses.

Palavras-chave: capital de risco; conflitos de interesses; deveres fiduciários; responsabilidade.

Abstract

This dissertation focuses on the relationships established within the scope of private equity deals, more specifically regarding the diverse and multiple interests of each party.

After understanding private equity deals as an economic and legal phenomenon, the interests and conflicts of interests that arise in its scope are outlined, emphasizing the existence of conflicts of interest as an idiosyncrasy of private equity.

Since financing through private equity is an extremely important form of corporate financing, the solutions available in the legal system are listed for those whose interests are harmed in the event of a conflict of interest.

Keywords: private equity; conflicts of interest; fiduciary duties; liability.

Lista de siglas e abreviaturas

Al(s).	alínea(s)
Art(s).	artigo(s)
CadMVM	Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários
Cfr.	Conforme/confronte
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DGFIA	Diretiva dos Gestores de Fundos de Investimento Alternativo
<i>E.g.</i>	Por exemplo
EUA	Estados Unidos da América
EuSEF	European Social Entrepreneurship Funds
EuVECA	European Venture Capital Funds
EVCA	European Private Equity and Venture Capital Association
FCR	Fundo de Capital de Risco
ICR	Investidor em Capital de Risco
n. ^{os}	número(s)
PME	Pequenas e Médias Empresas
RGOIC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
RJCR	Regime Jurídico de Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado
SCR	Sociedade de Capital de Risco
SDR	Sociedade de Desenvolvimento Regional
SGFCR	Sociedade Gestora de Fundos de Capital de Risco
SGOIC	Sociedade Gestora de Organismos de Investimento Coletivo
SICR	Sociedade de Investimento em Capital de Risco
ss.	e seguintes
UE	União Europeia

Índice

Introdução	8
Capítulo I – O investimento em capital de risco	9
1. O capital de risco como fenómeno económico	9
1.1. Aspetos gerais	9
1.2. Evolução histórica	10
1.3. Comparação com outros tipos de financiamento	11
1.4. Relevância atual do capital de risco	12
1.5. Modalidades do capital de risco	13
2. O capital de risco como fenómeno jurídico	15
2.1. A regulação legal: sua evolução em Portugal e na Europa	15
2.2. O Regime Jurídico Português do Capital de Risco (RJCR)	17
2.3. As entidades de investimento em capital de risco	18
Capítulo II – Os conflitos de interesses no capital de risco	19
1. Noções gerais	19
1.1. Interesse	19
1.2. Conflito	19
1.3. Conflito de interesses	20
1.4. Os interesses no capital de risco	21
1.5. Ordem de sequência	23
2. Os conflitos de interesses nas sociedades de capital de risco (SCR)	24
2.1. Relações verticais	24
2.2. Relações horizontais	27
3. Os conflitos de interesses nos fundos de capital de risco (FCR)	28
3.1. Relações verticais	29
3.2. Relações horizontais	29
Capítulo III – Os remédios legais e outros	31
1. O problema	31
2. As normas sobre conflitos de interesses no RJCR	32
3. As normas sancionatórias do RJCR	33
4. Meios alternativos de resolução de conflitos	34
5. Recurso aos tribunais	35
6. A prevenção dos conflitos de interesses	37
Conclusão	38
Bibliografia	40

Introdução

Um dos meios de financiamento das empresas portuguesas passa pelo capital de risco. Este encontra-se entre o autofinanciamento e o heterofinanciamento, devido ao facto de constituir uma entrada no capital social da empresa e, ao mesmo tempo, possuir um carácter temporário.

O capital de risco relaciona, assim, tanto o aporte de capitais para a empresa em questão, como o aconselhamento técnico no âmbito da sua gestão. É da possível ingerência de terceiros na gestão de uma empresa estranha que podem surgir conflitos entre os múltiplos interesses das partes. Se numa empresa não financiada por capital externo existem, por vezes, interesses desarmónicos, a intervenção de terceiros na sua gestão levará a que a dissonância entre interesses seja mais premente. Ora, é sobre os conflitos de interesses que surgem da atividade de capital de risco que se debruça este trabalho.

Marcamos o seu início com o Capítulo I, onde abordamos o capital de risco numa perspectiva económica e numa perspectiva jurídica. Na primeira, focamo-nos em perceber no que consiste o capital de risco, qual a sua importância e as suas modalidades. Na segunda, procuramos esmiuçar os ditames normativos do capital de risco e quem são os seus intervenientes. Esta exposição visa servir de contextualização para o objeto deste trabalho, de forma a que consigamos perceber em que circunstâncias ocorrem os conflitos de interesses.

Seguidamente, o cerne do trabalho – presente no Capítulo II – residirá nos conflitos de interesses que surgem no âmbito da atividade de capital de risco. Concentramo-nos na compreensão dos diferentes interesses, na enumeração detalhada das partes em conflito e nas razões dos mesmos. Por outras palavras, pretendemos compreender quais as circunstâncias e por que motivos ocorrem discórdias entre as diferentes partes.

Por fim, no Capítulo III, exaltamos as respostas trazidas pelo ordenamento jurídico para os casos de conflitos de interesses, realçando aqueles nos quais se verifica a violação de deveres fiduciários por parte dos membros do órgão de administração. Procuramos responder às questões que se impõem quando nos deparamos com conflitos de interesses: que soluções existem para remediar os seus efeitos? Como compensar aquele que viu os seus interesses lesados?

Capítulo I – O investimento em capital de risco

1. O capital de risco como fenómeno económico

1.1. Aspetos gerais

O investimento em capital de risco é uma forma de financiamento das empresas¹. O investidor em capital de risco adquire ou subscreve participações sociais da empresa que pretende financiar, por um período de tempo limitado. A aquisição de participações sociais numa empresa envolve “uma influência na gestão e a assunção do risco da empresa adquirida ou financiada tendo em vista a valorização e posterior alienação das participações detidas”². Ou seja, quando investimos em capital de risco, financiamos a empresa através das entradas que realizamos, o que gera essencialmente duas consequências.

Em primeiro lugar, o investidor tem uma abordagem *hands-on*, passando a influenciar as decisões de gestão da empresa, contribuindo com o seu *know-how* e rede de contactos, tendo em vista um melhor desempenho da sociedade participada. Esta influência pode, contudo, significar uma ingerência na gestão por parte do investidor, resultando numa perda de controlo da empresa pelos sócios. O sócio-investidor, no momento em que adquire a participação social, passa a ser sócio-gestor da sociedade.

Em segundo lugar, o investidor participará na assunção do risco da empresa juntamente com os restantes detentores de participações sociais, visando o seu crescimento. Havendo uma valorização da empresa, haverá consequentemente uma valorização das participações sociais. Por isso, quando o investidor, detentor de uma participação social, desinvestir, terá como ganho a diferença entre o seu investimento inicial e o desinvestimento posterior. Só assumindo também o risco conseguirá o investidor obter uma mais-valia do seu investimento. Contudo, nem sempre se alcançam ganhos, porquanto, tal como nos diz Pedro Pais de Vasconcelos, “(a) sair, ao desinvestir, pode ganhar ou pode perder. Esta é a sua [do capital de risco] principal característica”³.

Assim, facilmente compreendemos o carácter temporário do capital de risco. O investidor em capital de risco não tem como propósito adquirir a propriedade ou o controlo de longo prazo da empresa, antes investe com o intuito de obter um ganho com o desinvestimento. Igualmente, a empresa que recorre ao capital de risco, precisando de financiamento para realizar a sua atividade, tem consciência de que, durante um certo período, a gestão dependerá

¹ Orlando de Carvalho aproxima-se de uma noção de empresa, entendendo a como “uma organização de factores produtivos que, constituindo uma forma relativamente estável de exercício de uma actividade de produção (entendida, evidentemente, em sentido amplo) com vista à obtenção de um ganho, ou de um excedente, socialmente legítimo, (...)”. Cfr. Carvalho, 2012, p. 276.

² Câmara, 2018, p. 935.

³ Pais de Vasconcelos, 2012, p. 158.

também deste investidor. Nas palavras de Ana Perestrelo de Oliveira, “o capital de risco dá origem, por definição, a uma ‘parceria temporária’ entre o investidor financeiro e os fundadores”⁴.

1.2. Evolução histórica

A noção de capital de risco – de investir correndo o risco de ganhar algo ou perder o que foi investido – é muito antiga.

Um dos primeiros momentos em que encontramos vestígios do capital de risco é no ano 100 a.C., quando o romano Marco Crasso financiava aqueles que desenvolviam negócios com o intento de receber os lucros que eventualmente fossem produzidos pelos mesmos⁵.

O contrato de comenda, que remonta à Idade Média, é também associado ao capital de risco, pois tratava-se de um contrato de curta duração que “permitia que os mercadores obtivessem o financiamento de que necessitavam (...). A partilha do resultado permitia contornar a proibição canónica do juro”⁶.

No século XV, com as primeiras expedições marítimas, desenvolve-se também a ideia de capital de risco. Sendo necessário um financiamento avultado, reuniram-se investimentos de várias pessoas – como foi o caso, em 1492, de Cristóvão Colombo, que reuniu, entre outros, o investimento dos reis católicos de Espanha, conjuntura que permitiu a descoberta da América do Norte⁷.

No século XVIII, eclodiu na Inglaterra a Revolução Industrial, o que criou um ambiente propício aos investimentos em capital de risco. Desenvolveram-se inúmeras invenções que envolviam “incertezas quanto aos resultados, [e] correspondiam, também, a novas formas de investimentos de risco, que foi necessário financiar”⁸.

Foi só no século XX, em 1946, que surgiu, nos EUA, a primeira sociedade de investimento em capital de risco – a *American Research and Development Corporation*, que tinha como objetivo responder a negócios que se baseavam em tecnologias desenvolvidas para a guerra⁹. Mais do que constituir uma sociedade de capital de risco, os seus fundadores ambicionavam criar uma indústria de capital de risco¹⁰. Alguns anos depois, também nos EUA, surgiram os investidores individuais de capital de risco – os *business angels*.

Todavia, ao contrário do que acontecia, *e.g.*, com a comenda, em que o comendador não intervinha no projeto, apenas o financiava, o capital de risco hoje, de influência norte-

⁴ Perestrelo de Oliveira, 2021, p. 824.

⁵ Cfr. Caetano, 2013, p. 9.

⁶ Pais de Vasconcelos & Leitão Pais de Vasconcelos, 2020, p. 10.

⁷ Cfr. Caetano, 2013, p. 9.

⁸ Athayde, Albuquerque de Athayde & Athayde, 2009, p. 271.

⁹ Cfr. Caetano, 2013, p. 10.

¹⁰ Hsu & Kenny, 2004, p. 14.

americana, tem como característica a intervenção do investidor na gestão da sociedade participada.

Desde o surgimento do capital de risco nos EUA que este país é palco dos maiores e mais rentáveis financiamentos de capital de risco em empresas maioritariamente ligadas à tecnologia¹¹. Face ao tremendo sucesso do investimento em capital de risco nos EUA, outros países procuraram instituir esta forma de financiamento, criando “o quadro legal e, muitas vezes, até o quadro económico necessários para o efeito”¹². Assim, começamos a ver governos, um pouco por todo o mundo, a regular o capital de risco, criando regras e incentivos ao investimento em capital de risco.

1.3. Comparação com outros tipos de financiamento

O direito das finanças societárias (*corporate finance*) é a área que estuda as formas de financiamento das empresas¹³. Há momentos, no seu ciclo de vida, em que o capital de que esta dispõe não é suficiente para levar a cabo o seu objeto, como, *e.g.*, aquando da sua constituição¹⁴. Surge, portanto, a necessidade de financiamento como uma solução inevitável.

Muitas são as fontes de financiamento que as empresas têm ao seu dispor. Temos, desde logo, o financiamento através do endividamento (*debt-finance*), onde a empresa recorre a financiamento através de capitais alheios – como o financiamento bancário e a emissão de obrigações¹⁵. Uma outra forma de financiamento é através de capitais próprios, isto é, recorrendo ao capital dos sócios da empresa em causa – através das entradas, das prestações acessórias, das prestações suplementares, dos suprimentos ou até das reservas da sociedade¹⁶ – ou à cotação e negociação em bolsa.

O meio de financiamento mais comum é o recurso ao endividamento bancário. As empresas recorrem à banca para obter crédito, tendo de oferecer, como moeda de troca, a remuneração do juro, a amortização do capital e, ainda, garantias (como bens móveis ou imóveis da empresa ou mesmo dos seus sócios). O banco financia a empresa procurando a restituição do capital emprestado e a remuneração através dos juros. No caso de a empresa não cumprir com as prestações devidas, a entidade bancária pode penhorar as garantias conferidas pela empresa, estando aquela munida de meios para obter um retorno quase certo do seu financiamento.

¹¹ É o caso da Google, Microsoft, Apple, Yahoo, Ebay e Amazon.

¹² Perestrelo de Oliveira, 2021, pp. 75-76.

¹³ Falamos essencialmente de sociedades comerciais, visto que a criação de uma empresa é quase sempre feita na forma de sociedade comercial. Ao longo deste trabalho, referir-nos-emos a esta com a expressão “sociedade participada”.

¹⁴ O capital social mínimo exigido na constituição de uma sociedade por quotas é de 1€ (art. 219.º do CSC).

¹⁵ Arts. 348.º a 372.º-B do CSC.

¹⁶ A sociedade pode utilizar as reservas que foi acumulando (art. 296.º, al. c) do CSC) e os sócios podem optar por não distribuir entre si o lucro gerado pela sociedade (arts. 217.º e 294.º do CSC).

No capital de risco não há um contrato de concessão de crédito. O investidor em capital de risco entra no capital social da empresa, não prestando esta qualquer garantia. Assume a posição de sócio, com todos os riscos que daí advêm. Estamos perante um financiamento empresarial em que o investidor se preocupa, com maior intensidade, com o sucesso da empresa, pois o retorno do seu investimento, aquando da venda da sua participação, decorre deste sucesso. O investidor em capital de risco e a empresa que financia são agora parceiros de negócio.

Com o colapso do *Lehman Brothers*, em 2008, e a consequente crise económico-financeira internacional, gerou-se uma enorme desconfiança face ao crédito bancário. Nesta conjuntura, o capital de risco assume-se como uma alternativa interessante ao endividamento, sobretudo das PME que têm mais dificuldade em aceder ao crédito bancário¹⁷. Quer quando estão na fase de crescimento e desenvolvimento, como acontece com as *start-ups*, quer quando estão já estabelecidas mas em dificuldades, o capital de risco dá-lhes não só recursos financeiros, mas também o aconselhamento estratégico, especializado e comprometido – estando provado que sociedades participadas pelo capital de risco superam as suas rivais que não tiveram este tipo de financiamento¹⁸.

1.4. Relevância atual do capital de risco

O capital de risco veio diversificar as fontes de financiamento das empresas. Incluído nos ativos alternativos¹⁹, marca-se hoje como uma verdadeira opção para os empresários. Percebemos a sua importância com a necessidade de, em Portugal, ser regulado logo em 1986, após a entrada na Comunidade Económica Europeia, fruto de um sector financeiro “quase exclusivamente público e regulado administrativamente pelo Banco de Portugal”²⁰. Assim, com o Decreto-Lei n.º 17/86, de 05/02, criou-se uma figura jurídica nova, a Sociedade de Capital de Risco (SCR), que visava representar um “instrumento recente de promoção do investimento e de introdução da inovação tecnológica”²¹.

É já extenso o excursus legislativo relacionado com o capital de risco, que denota o seu crescimento e relevância em Portugal, mas também na Europa. Marcado por períodos de maior ou menor investimento, o capital de risco apresenta-se hoje “adaptável, resiliente e inovador”²².

Em Portugal, de acordo com o Relatório sobre a Atividade de Capital de Risco de 2020²³, que tem por base a informação reportada à CMVM ao final de 2020, contávamos com 166 FCR

¹⁷ Cfr. Pereira, 2009, pp. 94-114.

¹⁸ Cfr. Hsu, Reed & Rocholl, 2011.

¹⁹ Definição no art. 4.º, n.º 1, al. a) da DGFIA.

²⁰ Caetano, 2013, p. 41.

²¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 17/86, de 05/02.

²² Invest Europe & Arthur D. Little, 2021, p. 15.

²³ CMVM, *Relatório sobre a Atividade de Capital de Risco*, 31/12/2020.

e 56 SCR, que totalizam 5,4 mil milhões de euros e 283,9 milhões de euros, respetivamente. Mesmo com a pandemia de COVID-19 – que arrastou o mundo para uma crise sanitária e económica, tendo o mercado de capitais estado assolado de incertezas, pessimismo e turbulência – os ativos sob gestão do setor de capital de risco aumentaram 9,8% em 2020, para 5,6 mil milhões de euros²⁴. Assim, concluímos que, embora num ano atípico, o setor do capital de risco reforça a sua importância como fonte de financiamento, adaptando-se facilmente à conjuntura. Como nos dá conta o Relatório mencionado, “houve uma realocação de investimento para projetos diretamente relacionados ou afetados pela pandemia, como sejam as atividades de saúde e de apoio social, a indústria transformadora e as atividades de consultoria, científicas, técnicas e similares”²⁵.

Na Europa, de acordo com o relatório de 2020 da associação Invest Europe²⁶ – *The Performance of European Private Equity Benchmark Report 2020*²⁷ – este foi o segundo melhor ano para investimento e um dos mais fortes para captação de recursos. Quanto a números, a Invest Europe salienta que houve investimento a totalizar 88 biliões de euros, um decréscimo de 12% relativo a 2019, mas, ainda assim, superior em 18% à média observada nos últimos 5 anos²⁸. Demonstra-se, assim, que – tal como vimos no caso português – para além da crise sanitária, os investidores em capital de risco apoiaram as sociedades participadas, salientando-se a resiliência da indústria do capital de risco.

1.5. Modalidades do capital de risco

Dependendo do ciclo de vida da empresa, o investimento em capital de risco toma denominações diferentes. Para além da legislação portuguesa acerca do capital de risco não distinguir, usando a expressão capital de risco para as diferentes modalidades, a nomenclatura usada nos EUA, importada pela CMVM e por alguns autores portugueses, ajuda-nos a fazer a distinção que se verifica na prática.

A principal divisão faz-se entre o *private equity* e o *venture capital*. Referimo-nos a *private equity* quando o investimento visa uma empresa já instalada e possui uma atividade económica mais expressiva, e a *venture capital* sempre que o investimento se dirige a pequenas empresas ou àquelas a estabelecer ou já estabelecidas²⁹.

Todavia, a doutrina portuguesa não é uníssona quanto à natureza dos investimentos. Alguns autores defendem a classificação acima descrita – como é o caso de Ana Perestrelo de Oliveira, que designa de *venture capital* o investimento em empresas em fase de instalação e

²⁴ *Idem*, p. 7.

²⁵ *Idem*, p. 24.

²⁶ Anteriormente chamada de *European Private Equity and Venture Capital Association (EVCA)*.

²⁷ Cfr. Invest Europe, *The Performance of European Private Equity Benchmark Report 2020*, 05/07/2021.

²⁸ Invest Europe, *Investing in Europe: Private Equity Activity 2020*, 12/07/2021, p. 7.

²⁹ Distinção utilizada nos *Relatórios sobre a Atividade de Capital de Risco* da CMVM.

de *private equity* aquelas em fase de reestruturação³⁰. Outros entendem que o capital de risco corresponde ao *private equity* e depois, dentro deste, é que temos outras modalidades de investimentos, como o *venture capital* (financiamento do início da atividade empresarial) e os *leveraged buyouts* (aquisição da empresa ou de partes dominantes da mesma)³¹ ou o *venture capital* e *growth capital* (apoio à criação ou desenvolvimento de empresas) e os *buy-outs* (aquisição do domínio de empresas para efetuar alterações de gestão)³².

Seguindo a classificação usada nos Relatórios sobre a Atividade de Capital de Risco da CMVM³³, o *venture capital* inclui o investimento em *seed capital* (empresas na fase de projeto, ainda não estabelecidas), *start-up* (empresas incipientes mas com potencial de crescimento) e *early-stage* (“empresas recém-instaladas, que completaram a fase de desenvolvimento do produto e que possam até já ter iniciado a comercialização, mas ainda sem lucros”³⁴) e representa 19,6% do investimento em capital de risco a 31/12/2020³⁵. Já o *private equity* exhibe os restantes 80,4%, onde se inclui o investimento em expansão (empresa em fase de crescimento ou desenvolvimento), capital de substituição (um investidor tradicional da empresa adquire a participação de outro investidor³⁶), *turnaround* (empresas em reestruturação), *management buy-out – MBO* (o capital de risco apoia a gestão na aquisição do capital da empresa³⁷), *management buy-in – MBI* (uma equipa exterior à gestão adquire o capital de uma empresa³⁸), entre outras³⁹.

Em Portugal, a maior percentagem de valor investido em capital de risco é relativa à expansão, seguida da modalidade de *turnaround*. Na Europa, quase 70% do investimento em capital de risco é em *management buy-out*, sucedendo-lhe a fase da expansão.

Vamos, contudo, analisar o capital de risco como um todo, não nos focando em nenhuma fase de investimento.

³⁰ Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2021, p. 71.

³¹ Cfr. Pais de Vasconcelos, 2012, p. 158.

³² Cfr. Câmara, 2018, p. 936.

³³ Outras classificações são ainda possíveis, como a enunciada por Pina, 2004, p. 434.

³⁴ Caetano, 2013, p. 18.

³⁵ Cfr. CMVM, *Relatório sobre a...*, anexo 9, p. 34.

³⁶ Caetano, 2013, p. 20.

³⁷ CMVM, *Relatório sobre a...*, p. 18.

³⁸ *Idem*, p. 18.

³⁹ Às restantes, mencionadas por Paulo Caetano, como o *buy-in management buy-out* (combinação entre o *MBO* e o *MBI*), *institutional buy-out*, *bridge financing*, *public to private*, *buyout* e o *leveraged buyout*, não fazemos referência, visto que não têm expressão em Portugal, segundo o *Relatório sobre a Atividade de Capital de Risco 2020*.

2. O capital de risco como fenómeno jurídico

2.1. A regulação legal: sua evolução em Portugal e na Europa

Como já referido, o investimento em capital de risco está regulado em Portugal desde 1986. Mesmo não tendo muita expressão em Portugal, cedo se percebeu o impacto que poderia ter na economia, tendo-se escolhido regular o seu regime jurídico e estabelecer os correspondentes benefícios fiscais⁴⁰. O DL n.º 17/86, de 05/02, exibiu o enquadramento legal das SCR e o DL n.º 187/91, de 17/05, regulamentou a constituição e o funcionamento dos fundos de investimento em capital de risco.

Depois de algumas alterações⁴¹, o DL n.º 319/2002, de 28/12, alterou o regime jurídico das SCR e dos FCR, juntando-os num só diploma. Este decreto trouxe-nos muitas particularidades⁴², destacando-se o fim da qualificação das SCR como sociedades financeiras, passando, portanto, a estar sujeitas à supervisão da CMVM⁴³. Em 2007, entrou em vigor o DL n.º 375/2007, de 08/11, que revogou o DL n.º 319/2002, tendo como objetivo flexibilizar, simplificar e, conseqüentemente, promover o incremento da atividade de capital de risco. Entre outras novidades, o DL n.º 375/2007, de 08/11, criou uma nova figura jurídica, a par das SCR e dos FCR, – os ICR, também chamados de *business angels*.

Este diploma foi revogado pela Lei n.º 18/2015, de 04/03, que transpôs parcialmente a Diretiva n.º 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e Conselho, de 8 de junho⁴⁴, e a Diretiva n.º 2013/14/UE, do Parlamento Europeu e Conselho, de 21 de maio, que asseguram a execução dos Regulamentos (UE) n.ºs 345/2013 e 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril⁴⁵.

Atualmente, é a Lei n.º 18/2015, de 04/03, denominada de Regime Jurídico de Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado, que regula a atividade de capital de risco em Portugal. Alvo de algumas alterações, visou, essencialmente, proceder à revisão do regime aplicável ao exercício da atividade de investimento em capital de risco.

⁴⁰ Hoje, os benefícios fiscais que se aplicam ao capital de risco encontram-se nos arts. 23.º e 32.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais (DL n.º 215/89, de 01/07).

⁴¹ No caso das SCR, o DL n.º 433/91, de 07/11, fundiu o seu regime jurídico com o das sociedades de fomento empresarial dada a proximidade entre os regimes. Nos FCR, o DL n.º 58/99, de 02/03 trouxe-lhes um novo regime, de forma a distingui-los das instituições de investimento coletivo em valores mobiliários dado o número, quantidade e importância que aqueles assumiam na atividade de capital de risco.

⁴² Cfr. Soares, 2002, pp. 233-241.

⁴³ Até então a supervisão era feita pelo Banco de Portugal.

⁴⁴ Diretiva dos Gestores de Fundos de Investimento Alternativo (DGfIA). Esta teve como objetivo estabelecer um regime harmonizado para os Gestores de Fundos de Investimento Alternativo e um passaporte europeu para que aqueles autorizados num Estado-Membro da UE possam atuar noutro Estado-Membro.

⁴⁵ O primeiro criou os fundos europeus de capital de risco *EuVECA* e o segundo estabeleceu regras uniformes para a comercialização de fundos europeus de empreendedorismo social *EuSEF*. Ambos aplicam-se caso não seja ultrapassado o limiar referido no art. 3.º, n.º 2, al. b) da DGfIA, de forma a poderem financiar as PME – art. 2.º, n.º 1, al. a) dos Regulamentos n.ºs 345/2013 e 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril.

Através deste excursus legislativo constatamos que em Portugal⁴⁶, e noutros países, há uma enorme tendência para se regular o regime jurídico do capital de risco. Como evidenciámos acima, nos EUA⁴⁷, o capital de risco surgiu da necessidade de financiamento do mercado e não de iniciativas legislativas ou programas governamentais. Ora, se o objetivo da regulação é promover o investimento em capital de risco, esta pode, contudo, ter o resultado oposto. Como demonstra Paulo Câmara, a propósito da transposição da Diretiva n.º 2011/61/UE, abaixo dos limiares nesta mencionados, o legislador nacional podia ter reduzido “a carga de deveres das instituições, em alinhamento com o regime mínimo fixado na nova Diretiva AIFMD”⁴⁸, referindo ainda que “(p)oderia, porém, ter ido mais longe nessa clivagem, sobretudo no sentido de um substancial alívio regulatório do investimento em capital de risco reservado a investidores profissionais”⁴⁹. Por vezes, o excesso de burocracia afasta os investidores e, se os de capital de risco são considerados investidores profissionais⁵⁰, segundo o art. 30.º, n.º 1, al. f) do CVM, dever-se-ia ter em conta a sua qualificação aquando da regulação do RJCR. Concordamos com este entendimento, visto que se trata maioritariamente de investidores com mais conhecimento, experiência e consciência das decisões de investimento.

Porém, se, por um lado, o Estado parece demasiado intrusivo quanto aos deveres que impõe aos investidores profissionais, por outro, pode ter um papel determinante na recuperação das empresas através do capital de risco. Uma vez que, comumente, as empresas em situação económica difícil têm dificuldades em obter financiamento – tanto porque há uma enorme probabilidade de o financiamento ser absorvido pelo passivo, como pelo facto de o investidor correr um risco acrescido em não obter o reembolso do investimento – a modalidade *turnaround* do capital de risco poderá representar uma solução profícua⁵¹. Assim, pensamos que, nos casos de investimento em capital de risco na modalidade *turnaround*, o Estado deve intervir, sobretudo como “criador de condições propícias aos investimentos de capital de risco por parte de outras entidades, nomeadamente removendo obstáculos e disponibilizando incentivos à atividade”⁵², principalmente através da regulação da insolvência⁵³.

Desta forma, percebemos a sensibilidade da discussão acerca da regulação do capital de risco pois, para além de ser difícil definir aquilo que deve ser deixado ao arbítrio do mercado

⁴⁶ Fruto, sobretudo, da influência que a UE tem na ordem jurídica interna.

⁴⁷ País onde teve origem o capital de risco que conhecemos hoje.

⁴⁸ Câmara, 2018, p. 940.

⁴⁹ Câmara, 2018, p. 940. Seguindo o mesmo pensamento, Pais de Vasconcelos afirma que “(o) sistema, como é tão ao gosto português, está, pois, muito regulamentado e controlado” (Pais de Vasconcelos, 2012, p. 161).

⁵⁰ Consideram-se investidores profissionais as entidades mencionadas nas als. do art. 30.º, n.º 1 do CVM, sem prejuízo do disposto nos arts. 317.º e 317.º-A do CVM. *A contrario*, investidores não profissionais são todos aqueles que não vêm enumerados nesta lista. Estes últimos beneficiam de uma maior proteção no que respeita à informação prestada e à avaliação da adequação dos instrumentos financeiros comercializados ao perfil do investidor, dada a sua menor experiência e conhecimento.

⁵¹ Cfr. Serra, 2016, pp. 329-331, que estabelece uma relação positiva entre o capital de risco e a resolução da crise.

⁵² *Idem*, p. 334.

⁵³ Cfr. *Idem*, pp. 341-348.

ou até onde o Estado pode ou deve intervir, está também em constante mutação devido à conjuntura económico-financeira nacional e internacional⁵⁴.

2.2. O Regime Jurídico Português do Capital de Risco (RJCR)

Presentemente, o investimento em capital de risco é regido pela Lei n.º 18/2015, de 04/03, com as devidas alterações. O seu art. 3.º consagra a noção de investimento em capital de risco, definindo-o como a “aquisição de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades com elevado potencial de desenvolvimento, como forma de beneficiar a respetiva valorização”. No mesmo sentido, o art. 9.º, n.º 1, indica que o objeto do investimento em capital de risco pode ser realizado através de várias operações, abrangendo o investimento em instrumentos de capital próprio, valores mobiliários ou direitos convertíveis, permutáveis ou que confirmam direito à sua aquisição, mas também em instrumentos de capital alheio e em instrumentos híbridos, das sociedades em que participem ou em que se proponham a participar.

Atendendo ao previsto nestes dois artigos, devemos questionar em que consiste o investimento em capital de risco através de instrumentos de capital alheio. Ora, estamos perante empréstimos e créditos, onde, à partida, haverá a prestação de garantias pela sociedade financiada de forma a assegurar a restituição do capital financiado, com juros. Portanto, nestas operações, a ideia de risco ou perigo, apanágio do capital de risco, não parece existir, visto não se verificar a assunção do risco inerente à aquisição de participações sociais⁵⁵.

Ademais, é relevante mencionar que a versão anterior do art. 3.º do RJCR incluía a expressão “por período de tempo limitado” e a do art. 10.º, n.º 1, al. c) mencionava que era proibido investir em capital de risco por período superior a 10 anos. Segundo Paulo Câmara, esta alteração deve-se ao facto de que “em operações de maior envergadura revela-se difícil a fixação de um prazo rígido da operação”⁵⁶. A eliminação do limite temporal⁵⁷, possivelmente motivada pelo comportamento das entidades de capital de risco nos últimos anos⁵⁸, retira ao capital de risco uma das suas principais características, o que poderá trazer mudanças na prática – verificando-se investimentos mais duradouros e com maior impacto na gestão das sociedades participadas. No entanto, mesmo que se verifique um alongamento no período de

⁵⁴ Por vezes, outras formas de financiamento estão em voga e o foco do investimento em capital de risco deve ser alterado. *E.g.*: numa situação de crise sanitária ou ambiental, é plausível que o Estado procure incentivar os investidores a financiar empresas desses setores; no caso dos vistos *gold*, onde, em 2017, o investimento igual ou superior a 350 mil euros em FCR (atualmente o patamar mínimo são 500 mil euros) podia resultar na concessão de autorização de residência (arts. 3.º, n.º 1, al. d), subalínea vii), 90.º-A e 122.º, n.º 1, al. r) da Lei n.º 102/2017, de 28/08).

⁵⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, 2018, pp. 1306-1307. Este autor vai mais longe, acusando a existência de uma dimensão leonina nesta operação.

⁵⁶ Câmara, 2018, p. 937.

⁵⁷ Com a entrada em vigor do DL n.º 56/2018, de 09/07.

⁵⁸ Verifica-se, de acordo com os *Relatórios sobre a Atividade de Capital de Risco* da CMVM relativos aos anos de 2017, 2018, 2019 e 2020, um aumento ligeiro, porém tendencialmente crescente no período de detenção das participações sociais igual ou superior a 10 anos.

detenção das participações sociais, o objetivo do capital de risco é obter lucro com a venda das participações, por isso, este investimento terá sempre de ser temporário, em maior ou menor medida.

2.3. As entidades de investimento em capital de risco

Neste contexto, é importante percebermos quem é que atua neste mercado, ou seja, quais são as entidades que estão legalmente habilitadas para investir em capital de risco.

O RJCR regula a constituição e o funcionamento destas entidades, que estão sujeitas à supervisão da CMVM⁵⁹ e são consideradas investidores profissionais. Quanto à possibilidade de serem consideradas intermediários financeiros, a lei é inequívoca, demonstrando que não as podemos qualificar como tal, não lhes sendo aplicados os deveres e a consequente responsabilidade previstos para os intermediários financeiros⁶⁰.

Enumeradas nas als. a) a e) do art. 1.º, n.º 1 do RJCR, temos, por ordem, as Sociedades de Capital de Risco (SCR), as Sociedades Gestoras de Fundos de Capital de Risco (SGFCR), as Sociedades de Investimento em Capital de Risco (SICR), os Fundos de Capital de Risco (FCR)⁶¹ e os Investidores em Capital de Risco (ICR).

As SCR⁶² são sociedades comerciais constituídas segundo o tipo de sociedade anónima, cujo capital social mínimo é de €125.000. Estas podem investir por si próprias ou gerir FCR. Os ICR⁶³, também conhecidos como *business angels*, são constituídos obrigatoriamente segundo o tipo de sociedade unipessoal por quotas, em que o sócio único tem de ser pessoa singular⁶⁴. Quer as SCR, quer os ICR, para além do RJCR e de outras disposições, são regidos pelos seus estatutos.

Os FCR são “patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, mas dotados personalidade judiciária, pertencentes ao conjunto de titulares das respetivas unidades de participação”⁶⁵. Cada FCR é administrado por uma entidade gestora que pode ser uma SCR, SDR ou SGOIC, caso os ativos estejam abaixo dos limiares relevantes⁶⁶, ou por uma SGFCR ou SICR, caso aqueles estejam acima dos limiares relevantes⁶⁷⁻⁶⁸. Os FCR dispõem de um regulamento de gestão, elaborado pela respetiva entidade gestora.

⁵⁹ Art. 359.º, n.º 1, al. p) do CVM.

⁶⁰ O art. 2.º, n.º 1 do RJCR referia, na sua versão anterior, que “não obstante o disposto na al. b) do art. 293º do Código dos Valores Mobiliários, as sociedades referidas no artigo anterior não são intermediários financeiros”. Esta norma foi eliminada, juntamente com o art. 293º, al. b) do CVM, com o DL n.º 144/2019, de 23/09.

⁶¹ Incluindo os *EuVECA*.

⁶² Aplicam-se-lhes as normas presentes nos arts. 6.º a 13.º do RJCR.

⁶³ Aplicam-se-lhes as normas presentes nos arts. 6.º a 10.º e 14.º do RJCR.

⁶⁴ O aparecimento dos *business angels* levou ao aparecimento do mercado informal de capital de risco, em contraposição com o mercado formal ou institucional de capital de risco constituído pelos restantes intervenientes. Cfr. Perestrelo de Oliveira, *Manual de Corporate...*, pp. 73-74.

⁶⁵ Art. 15.º, n.º 1 do RJCR.

⁶⁶ Aplicam-se-lhes as normas dos arts. 10.º e 15.º a 43.º do RJCR.

⁶⁷ Aplicam-se-lhes as normas dos arts. 44.º a 65.º-A do RJCR.

⁶⁸ Os limiares relevantes estão previstos no art. 6.º, n.º 2 do RJCR e a definição de efeito de alavancagem no n.º 3 do mesmo artigo.

Capítulo II – Os conflitos de interesses no capital de risco

1. Noções gerais

1.1. Interesse

Primeiramente, devemos começar por perceber o que é um interesse. O interesse está associado à ideia de vantagem, de conveniência, que um determinado sujeito tem relativamente a uma atividade ou objeto. Jhering, jurista da jurisprudência dos interesses⁶⁹, entendia que o interesse “exprime o valor na sua relação especial com o sujeito e seus fins”⁷⁰.

A doutrina majoritária distingue duas dimensões na noção de interesse – a objetiva e a subjetiva. A primeira consiste na “virtualidade que determinados bens têm para a satisfação de certas necessidades”⁷¹. Já a segunda exprime a consciência que o sujeito tem dessa virtualidade, isto é, “exprime uma relação de apetência que se estabelece entre o sujeito carente e as realidades aptas a satisfazê-lo”⁷².

Deste modo, entendemos que o interesse surge na ligação de um sujeito a um bem, quer quando o bem é capaz de corresponder às necessidades do sujeito, quer quando o sujeito tem a percepção, certa ou errada, de que aquele bem satisfá-las-á.

1.2. Conflito

De seguida, o conceito de conflito remete-nos, semanticamente, para os conceitos de choque, oposição ou desacordo. Nem sempre um conflito significa a existência de posições ou interesses antípodas, basta que sejam incompatíveis, podendo, *e.g.*, ter um fim comum, mas meios de atuação diferentes. Assim, consideramos a existência de um conflito quando temos “dois (ou mais) cursos de ação possíveis que, de forma mais ou menos intensa, puxam em direções diferentes ou opostas”⁷³.

1.3. Conflito de interesses

Notamos, portanto, que o conflito de interesses emerge do confronto das relações entre dois ou mais sujeitos e os bens idóneos a satisfazer as suas necessidades.

Deste modo, a colisão entre os diferentes interesses leva o Direito a ter de intervir e regular, sendo responsável por estabelecer qual interesse conflituante deverá prevalecer.

⁶⁹ Para Jhering, “a utilidade – não a vontade – é a substância do direito”, cfr. Jhering, 1924. O modelo de Savigny olhava para o direito subjetivo como “o poder da vontade” cfr. Savigny, 1840. Sobre este ponto *vide* Margarida Lima Rego, 2010, p. 173.

⁷⁰ Pais de Vasconcelos, 2019, p. 256.

⁷¹ Menezes Cordeiro, 2012, p. 876.

⁷² *Idem*, p. 877.

⁷³ Borges, 2007, p. 70.

No entanto, Paulo Câmara alerta-nos para o facto de que “a dignidade normativa do conflito de interesses exige uma incompatibilidade de interesses, (...) de modo a que a satisfação de um prejudique a de outro”⁷⁴. Portanto, para estarmos perante um conflito de interesses não só é necessário que exista uma colisão de interesses, mas também que subsista uma desvantagem, isto é, que acarrete, de certa forma, um dano para uma das partes.

Porém, é muito difícil, senão mesmo impossível, positivar todo e qualquer conflito de interesses que possa vir a surgir nas diferentes relações que vão sendo estabelecidas. E, para além do mais, é polemicamente dito no capital de risco que, sem conflitos de interesses, não há utilidade em investir.

Deixando esta questão para abordarmos mais adiante, focar-nos-emos agora em conhecer as diferentes modalidades de conflitos de interesses. A distinção é-nos trazida por Sofia Leite Borges, que distingue os conflitos internos dos externos, os conflitos estáticos dos dinâmicos, os conflitos intrínsecos dos extrínsecos e os conflitos pessoais dos conflitos entre clientes. Quanto à primeira distinção, estamos perante um conflito de interesses interno “quando uma pessoa quer uma coisa e, simultaneamente, quer outra” e perante um conflito de interesses externo “quando duas ou mais pessoas em relação, querem coisas opostas, incompatíveis e inconciliáveis”⁷⁵. A segunda, separa os conflitos de interesses estáticos, sendo aqueles onde se verifica “uma mera contraposição fáctica de interesses conflitantes, preexistente à conclusão de uma operação, negócio, decisão ou processo, relevantes” dos conflitos de interesses dinâmicos que preveem “a intervenção do direito e a configuração da situação como um abuso, ou seja, como um incumprimento de um dever de prossecução dos interesses de outrem”⁷⁶.

De seguida, distinguimos os conflitos de interesses intrínsecos dos extrínsecos, cujo critério de distinção assenta na razão que levou o titular do dever a adotar um comportamento contrário ao interesse que devia prosseguir. Nos conflitos intrínsecos existe um contrato que define as obrigações de cada uma das partes, conciliando-as, todavia, “na execução da prestação contratual, cada contraente procurará satisfazer da forma mais conveniente o seu próprio interesse”. Já nos extrínsecos, o sujeito detém “um interesse *extranei* que decorre da prossecução simultânea de diversas atividades conflitantes ou do facto de o sujeito se encontrar inserido numa estrutura de grupo, parentesco, ou outra”⁷⁷.

A última distinção, relativa aos conflitos pessoais e aos conflitos entre clientes, assenta na “titularidade dos interesses conflitantes”, na qual, fazendo-se a adaptação possível com a realidade da atividade de capital de risco, diríamos que os conflitos de interesses entre

⁷⁴ Câmara, 2010, p. 56.

⁷⁵ Borges, 2010, p. 317.

⁷⁶ *Idem*, p. 329.

⁷⁷ *Idem*, pp. 329-330.

clientes⁷⁸ são aqueles que surgem entre os investidores de uma entidade de capital de risco (e.g., SCR), e os conflitos pessoais⁷⁹ referir-se-ão aos conflitos entre os interesses do(s) investidor(es) e o interesse da entidade de capital de risco, ou ainda situações em que a entidade de capital de risco dirige a sua atividade de forma a beneficiar outrem. Sublinhe-se, no entanto, que na atividade de capital de risco, para além destes conflitos de interesses, existirão outros cuja enumeração e explicação será feita mais adiante⁸⁰.

1.4. Os interesses no capital de risco

Qualquer tipo de financiamento empresarial, sobretudo com recurso a capitais alheios, desponha um novo e diferente conjunto de interesses na sociedade participada. O investidor que disponibiliza capital a uma empresa tem sempre como objetivo a maximização do capital investido, procurando o maior retorno possível do valor providenciado.

A procura de capital fora círculo societário – dos próprios sócios ou fundadores – leva à coexistência de diferentes interesses e ao inevitável confronto entre os interesses de *insiders* e os interesses de *outsiders*. Emerge, assim, “uma relação “principal-agente” (...) entre *outsiders* (financiadores, investidores) e *insiders* (mutuários, empresários, gerentes), caracterizada, inevitavelmente, por assimetrias informativas”⁸¹.

Porém, o investidor em capital de risco não é apenas um *outsider*, preocupa-se também com a gestão da sociedade participada, podendo a sua ingerência significar um *apport* de aconselhamento ao nível técnico, estratégico ou tecnológico⁸², ou até a tomada de decisões de gestão quando é colocado nesse papel. A aquisição de uma participação maioritária no capital social, que pode levar a uma quase soberania do investidor na gestão da sociedade, não é um fenómeno raro. Mais de um quarto de todo o investimento em capital de risco corresponde à detenção de pelo menos 50% do capital social nas sociedades participadas⁸³, tendo esta o poder de conformar o quotidiano da respetiva empresa. Mas, mesmo que não haja a detenção de uma participação maioritária no capital, o investidor em capital de risco, ao adquirir a participação social, reclama, muitas vezes, direitos especiais, como o direito a designar membros para os

⁷⁸ Refere-se aos conflitos entre “titulares de interesses contrapostos em presença de determinadas pessoas (investidores ou emitentes) que revestem a qualidade de clientes de um mesmo intermediário financeiro ou, em determinadas situações, revestem essa qualidade face a diferentes intermediários financeiros integrados num grupo”. Cfr. *Idem*, p. 330.

⁷⁹ Dizem respeito pela positiva “aquele que contrapõe o interesse de um cliente (investidor ou emitente) a um interesse próprio do intermediário financeiro” e pela negativa às “situações de contraposição de interesses em que o titular do interesse contraposto ao do cliente investidor não seja, ele próprio, cliente do intermediário financeiro (...) o intermediário actua não para se beneficiar a si próprio, mas para proporcionar vantagens a outrem”. Cfr. *Idem*.

⁸⁰ Vide infra Títulos 2. e 3. da presente dissertação.

⁸¹ Perestrelo de Oliveira, 2021, pp. 21-22.

⁸² Pode dar-se o caso de este aconselhamento ir mais longe e de o novo sócio exercer, de forma transversal, funções de administração, arriscando ser qualificado de administrador de facto. Sobre este tema ver Costa, 2012.

⁸³ CMVM, *Relatório sobre a...*, anexo 6, p. 32.

órgãos de administração ou fiscalização⁸⁴, ou o direito de voto plural⁸⁵. É evidente, nestes casos, o risco de perda de controlo da gestão pelos sócios fundadores.

Portanto, a entrada do investidor em capital de risco no capital social da empresa leva à alteração da estrutura organizacional do seu órgão de gestão, o que acarreta agora problemas do foro do *corporate governance*, surgindo um desalinhamento entre “os interesses dos acionistas/proprietários e os interesses dos administradores”⁸⁶. Exemplificando, temos tanto a possibilidade de o novo sócio estar em desacordo com as decisões do órgão de gestão, gerando conflitos internos e a criação de alianças, pressões, ou até acordos parassociais, como a possibilidade de, caso surja a nomeação de administrador(es) pelo investidor de capital de risco – nas hipóteses de detenção de mais de 50% do capital social da sociedade participada ou de consagração de direitos especiais de designação de membros do órgão de gestão – confrontar-se o interesse deste(s) com o dos sócios-empresários.

Neste sentido, constatamos a existência de uma multiplicidade de interesses aquando do investimento em capital de risco. É especialmente gritante a tendência deste investimento para o denominado *short-termism*, que se refere à conduta de gestão que tem em vista resultados a curto-prazo⁸⁷, por forma a que, quando o investidor em capital de risco desinvista, decorrido um determinado período de tempo, consiga obter lucro do seu investimento. A isto chamamos de *buying-to-sell*. Ora, as entidades de capital de risco não são tão sensíveis ao crescimento sustentável, responsável e de longo-prazo da empresa (*long-termism*), tendo antes, como fim, a melhoria do seu desempenho e a maximização das participações sociais para depois, quando desinvestirem, poderem vir a beneficiar da respetiva valorização. Por isso, concordamos quando é dito que “a alegada oposição entre acionistas e os restantes grupos de interesses específicos (*stakeholders*) constitui uma premissa errada, e que a verdadeira oposição e tensão se dá entre os interesses de curto e de longo prazo da empresa (e dos seus acionistas)”⁸⁸.

Desta feita, a abordagem daquele que investe em capital de risco será estranha para o sócio que constituiu a empresa. Com a escolha do financiamento através do capital de risco, o sócio-empresário tem similarmente em vista o crescimento da empresa, mas de longo-prazo. Hoje em dia, o *long-termism* vem associado aos critérios *ESG – Environmental, Social and Governance* e ao novo paradigma de empresa onde há “um alargamento do dever fiduciário dos administradores, passando a integrar interesses de outros *stakeholders*, embutindo (...) uma cultura de empresa focada no longo prazo”⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. Bochner & Simmerman, 2016, p. 2.

⁸⁵ No caso de a sociedade participada tratar-se de uma sociedade por quotas - art. 250.º, n.º 2 do CSC.

⁸⁶ Perestrelo de Oliveira, 2021, p. 21.

⁸⁷ A este propósito, também nos *hedge funds* é prática recorrente, onde “o activismo destes fundos, enquanto investidores que buscam o máximo retorno no mais curto espaço de tempo possível, é susceptível de conduzir as administrações das sociedades participadas a enveredar por estratégias de gestão de curto prazo (“short-termism”) em detrimento de projetos de longo prazo criadores de valor para a sociedade e demais acionistas” (Engrácia Antunes, 2009, pp. 69-70).

⁸⁸ Figueiredo Dias, 2021, p. 740.

⁸⁹ Figueiredo Dias, 2021, p. 742.

Para além desta diferença de perspetivas de investimento, é relevante aludirmos a John Doerr, capitalista de risco, que alegadamente afirmou, como filosofia de investimento, que sem conflito, não há interesse em investir⁹⁰.

Tendo em consideração o exposto, podemos daqui extrair algumas conclusões. Concordamos, desde logo, com o facto de o interesse ser um elemento constitutivo de qualquer contrato, ou seja, é natural que por detrás da celebração de qualquer acordo existam interesses e que estes sejam diferentes. Porém, a assunção de que o conflito de interesses também faz parte da natureza de um investimento, isto é, de que apenas há utilidade em investir caso se configure uma situação de conflito de interesses, remete-nos para a importância deste trabalho. Encontramo-nos, de certa forma, perante um paradoxo, pois se a lei procura prevenir o aparecimento de conflitos de interesses, o investidor em capital de risco só investe caso estes existam.

1.5. Ordem de sequência

A atividade de capital de risco junta, assim, conflitos em dois níveis: no âmbito do financiamento (*corporate finance*) e no âmbito da administração (*corporate governance*).

Neste trabalho, vamos dar especial enfoque às SCR (como investidoras diretas) e aos FCR, porquanto são aqueles que têm uma maior preponderância no panorama nacional⁹¹.

Ora, é facto que as SCR e os FCR investem no mesmo produto – o capital de risco. Contudo, apontamos algumas diferenças nos modos de atuação destes dois intervenientes, tendo estes consequências relevantes nos conflitos de interesses que possam surgir nas relações que estabelecem.

No caso das SCR, temos uma sociedade anónima que tem como atividade o investimento em capital de risco, ou seja, os seus administradores deliberam investimentos em capital de risco e financiam, assim, uma outra sociedade ou sociedades. Portanto, nas SCR “não há necessidade de intermediação e os investidores aplicam diretamente o capital na empresa visada”⁹².

Já nos FCR, como vimos, tem de haver uma entidade gestora que governe o fundo, devendo proteger “os legítimos interesses dos titulares de unidades de participação”⁹³. Portanto, dispomos aqui de uma outra parte na relação de investimento – a entidade gestora – daí que, nos FCR, se verifique “o estabelecimento de uma relação de intermediação entre os investidores institucionais e as empresas a investir”⁹⁴.

⁹⁰ “No conflict, no interest” – cfr. Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 72.

⁹¹ CMVM, *Relatório sobre a...*, anexos 1 e 3, pp. 28-30.

⁹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 06/04/2017, processo: 519/10.5TYLSB-H.L1-2, ponto 9 do Sumário.

⁹³ Art. 18.º, n.º 1 do RJCR.

⁹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 06/04/2017, processo: 519/10.5TYLSB-H.L1-2, ponto 9 do Sumário.

Em termos quantitativos, surgirão, *grosso modo*, mais conflitos de interesses nos FCR do que nas SCR, porquanto nas SCR dispomos de três partes (acionistas, SCR e sociedade participada) e nos FCR damos conta de quatro (participantes, FCR, entidade gestora e sociedade participada). Portanto, quantos mais intervenientes aquando do investimento em capital de risco, mais interesses estarão em conflito, logo maior será a assimetria informativa e a discricionariedade por parte daquele que desempenha a função de gestão.

Analisaremos, de seguida, os conflitos mais recorrentes nestas entidades, dividindo-os em conflitos verticais e horizontais. Dada a diversidade insistemizável dos cenários possíveis, referir-nos-emos agora aos mais prováveis ou frequentes.

2. Os conflitos de interesses nas Sociedades de Capital de Risco (SCR)

As SCR, que investem diretamente em capital de risco, adotam o tipo de sociedade anónima, daí que encontremos muitas semelhanças entre as relações que estabelecem e aquelas existentes nas sociedades comerciais.

2.1. Relações verticais

Nas relações verticais damos conta dos conflitos entre:

a) a SCR e a sociedade participada

Sabemos que o investimento em capital de risco acarreta a ingerência na gestão, em maior ou menor medida, variando consoante a percentagem de participação social (uma participação social superior a 50% do capital social da sociedade participada levará a uma influência maioritária da SCR sobre a sociedade participada), a consagração de direitos especiais⁹⁵, ou até com a celebração de acordos parassociais. Portanto, alguém que investe numa empresa terceira com o intuito de algum tempo depois desinvestir e obter lucro com esse desinvestimento terá propensão a que, durante o período de investimento, sejam levadas a cabo medidas que o irão beneficiar – será o caso de decisões com efeitos de curto-prazo.

Porém, a SCR é uma pessoa coletiva, logo, sendo designada administradora da sociedade participada, terá de nomear uma (ou mais do que uma) pessoa singular para desempenhar o cargo de administrador⁹⁶. Assim, no mesmo sentido do conflito de interesses entre a SCR e a sociedade participada, realçamos o conflito entre o administrador ou administradores escolhidos pela SCR para fazer parte da administração da sociedade participada e esta e os seus administradores. Um administrador nomeado pela SCR terá de cumprir os deveres de lealdade

⁹⁵ A este respeito, vemos que “VCs also typically receive extensive control rights in venture-backed startups. (...) VCs obtain substantial protective rights in their preferred stock contracts, such as veto changes in the certificate of incorporation. More importantly, (...) VCs also obtain board control” (Fried & Ganor, 2006, pp. 970-971).

⁹⁶ Art. 390.º, n.º 4 do CSC.

inerentes à posição de administrador⁹⁷, mas levará inevitavelmente em conta, na sua atuação, o interesse da SCR⁹⁸, até porque, à partida, aquando do desinvestimento, este administrador nomeado deixará de fazer parte da sociedade participada. Mas, mesmo que a SCR não faça parte da administração da sociedade participada, esta continua vinculada a certos deveres: “nomeadamente, quando exerce a sua atividade de aconselhamento (própria do chamado *mentor financing*) é necessariamente guiada por tais padrões de conduta”⁹⁹.

Da mesma forma, é manifesto que a sociedade participada e o seu órgão de gestão também têm deveres para com a SCR, como os de evitar comportamentos abusivos, de informação ou relacionados com as decisões que possam ter influência na participação social do investidor¹⁰⁰. Contudo, como estamos perante investidores profissionais, cuja atividade é o investimento e o fim o lucro através do mesmo, e normalmente as sociedades participadas são PME¹⁰¹ ou *startups*, é expectável que estas, menos experientes, sejam mais facilmente alvo de comportamentos ilícitos¹⁰².

De qualquer modo, a nosso ver, o administrador nomeado pela SCR que fizer parte da gestão da sociedade participada será aquele que incorrerá numa maior probabilidade de interesses conflitantes, já que terá dois senhores: a SCR e a sociedade participada¹⁰³.

b) a SCR (maxime, a administração) e os seus acionistas

Tal como acontece nas sociedades comerciais, os interesses dos acionistas são, por vezes, diferentes dos da sociedade. A maximização do lucro estará sempre na mira dos acionistas e é uma das principais razões, senão muitas vezes a única, pela qual constituem a sociedade.

No entanto, quem toma as decisões sobre o quotidiano da SCR são os seus administradores. É normalmente da sua competência a deliberação sobre a aquisição e a alienação de participações sociais no capital de outras sociedades (arts. 405.º e 406.º do CSC)¹⁰⁴, onde se tem em conta critérios como as “características do projeto/produto, dos promotores/equipa de gestão, do potencial de saída e financeiras”¹⁰⁵. Assim, estes que administram a SCR têm de colocar, em todos os momentos, o interesse da sociedade acima de outros interesses, mesmo os dos próprios acionistas. Todavia, na prática, caso os acionistas não observem a prossecução dos seus interesses, não irão providenciar financiamentos futuros, saindo da sociedade¹⁰⁶.

⁹⁷ Art. 64.º do CSC.

⁹⁸ Cfr. Fried & Ganor, 2006, p. 989.

⁹⁹ Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 76.

¹⁰⁰ Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 77.

¹⁰¹ Segundo o estudo feito, 93% do investimento em capital de risco foi em PME – figura 10 (gráfico circular), Pereira, 2009, p. 106.

¹⁰² Cfr. Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 165-168.

¹⁰³ Versículo Bíblico de Mateus 6:24 “Ninguém pode servir a dois senhores; porque ou há de odiar um e amar o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro”.

¹⁰⁴ E.g. – Estatutos Portugal Capital Ventures – Sociedade de Capital de Risco, S.A., artigo 13.º, n.º 1, al. a).

¹⁰⁵ Correia & Armada, 2007, p. 977.

¹⁰⁶ Cfr. Barlett III, 2006, p. 78.

2.2. Relações horizontais

Nas relações horizontais, em que há uma paridade entre os sujeitos, destacamos a existência de conflitos entre:

a) os acionistas da SCR

Os acionistas das SCR estão geralmente conscientes de que a atividade desta sociedade é o financiamento de outras e o seu fim o lucro através deste financiamento, por isso, os seus interesses tendem a estar em harmonia. Contudo, é expectável que as vontades dos acionistas de uma sociedade com uma atividade menos avessa ao risco, quando comparada com as demais, não sejam sempre concordantes – ou porque entendem que o investimento naquela sociedade não se afigura rentável; ou porque um outro vê-lo-á mais; ou ainda devido ao facto de não concordarem com o valor do investimento, ou com o momento do desinvestimento¹⁰⁷. Há uma pluralidade de razões.

Compreendemos que esta pressão se faça sentir especialmente pelos acionistas controladores – aqueles com percentagens maioritárias de capital social, ou direitos especiais, verosivelmente mais interessados e que mais arriscam –, capazes de condicionar a atuação da administração.

b) os acionistas da sociedade participada

Neste caso, antes da decisão de aceitação de financiamento através do capital de risco, as vozes díspares entre os acionistas da sociedade participada são uma realidade. O processo de investimento é longo para aqueles que não querem afastar a gestão do seu controlo, e desenrola-se em diferentes fases – “fase preparatória, fase de negociação do quadro contratual associado ao investimento, aplicação do programa de investimento”¹⁰⁸, onde o critério mais importante para seleccionar a SCR é a sua reputação¹⁰⁹. A escolha da SCR é de extrema importância, daí que os diferentes interesses existentes se possam fazer ouvir com mais intensidade. Porém, antes deste momento, é de denotar que a anuência, por todos, de que o financiamento através de capital de risco é a resposta, pode gerar contestação que se logrará arrastar durante todo o investimento.

A situação agravar-se-á durante o período de financiamento, pois temos na mesma estrutura acionista os sócios-empresários e a SCR (sócio-investidor). Como esta última se torna uma verdadeira sócia daquela empresa, isto é, adquire uma participação social com todos os direitos que lhe são inerentes, e, como vimos, até direitos especiais, a discórdia ganha outro tom. Estamos, neste momento, perante interesses mais opostos. Se os sócios-empresários são

¹⁰⁷ Cfr. *Idem*, p. 71.

¹⁰⁸ Câmara, 2018, p. 937.

¹⁰⁹ Cfr. Correia & Armada, 2007, p. 977.

aqueles mais interessados no sucesso da sociedade a longo prazo, mostrando-se mais aptos e empenhados, pois têm mais capital investido que não querem perder, os sócios-financiadores procuram também o sucesso da empresa e não querem perder o capital investido, mas estão mais interessados num triunfo a curto prazo.

3. Os conflitos de interesses nos Fundos de Capital de Risco (FCR)

Os FCR são a entidade de capital de risco preponderante no panorama nacional. Estamos diante de um património autónomo, constituído pelas unidades de participação dos seus detentores, que tem de ser gerido por uma entidade gestora. Dada a presença de uma nova parte na atividade de capital de risco, proliferam-se os conflitos de interesses.

Louvando-nos aqui na exposição de Ana Perestrelo de Oliveira¹¹⁰, distinguiremos, em seguida, apenas aqueles que surgem nas relações verticais e horizontais.

3.1. Relações verticais

Primeiramente, nas relações verticais, aludimos aos conflitos entre:

a) a entidade gestora, a sociedade participada e os seus administradores

Segundo os arts. 17.º, n.ºs 1 e 2 e 44.º, n.º 4 do RJCR, a gestão do FCR é feita por uma entidade gestora, que pode ser, entre outras, uma SCR, SGOIC ou SGFCR.

Estamos na presença de uma situação idêntica àquela que vimos quanto ao conflito entre a SCR e a sociedade participada, excetuando-se apenas quanto à atuação, agora indireta, da SCR. A SCR surge na veste de entidade gestora de um fundo, atuando como intermediária entre o fundo e os seus participantes e a sociedade participada.

No que concerne à entidade gestora e aos seus deveres, dispomos prontamente do RJCR, que estipula os seus deveres, designadamente quanto à sua atuação em caso de conflitos de interesses. Todavia, quanto aos conflitos de interesses entre a entidade gestora e a sociedade participada não encontramos qualquer referência na lei, o que não é descabido, porquanto, “em princípio, há coincidência de interesses entre investidor e sociedade: o benefício da sociedade é o benefício do investidor”¹¹¹. Na prática, porém, os interesses não são tão coincidentes assim. O benefício da sociedade é igualmente do investidor, caso, consoante vimos, este surja a curto-prazo, ou melhor, no período do investimento.

O conflito que estamos agora a analisar acontece no mesmo sentido daquele que se verifica entre a SCR e a sociedade participada, assentando a diferença entre ambos no facto de aquele se agudizar relativamente a este, visto que juntamos à equação os interesses de uma outra entidade.

¹¹⁰ Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 75.

¹¹¹ Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 77.

b) a entidade gestora (incluindo seus administradores, colaboradores e sociedades em relação de controlo) e os fundos por si geridos

Abordamos aqui o conflito de interesses entre a entidade gestora e os fundos por si geridos. De certa maneira, encontramos-nos perante a mesma relação estabelecida entre a SCR e o seu órgão de administração, existindo uma relação de agência (principal-agente) entre ambos. Acontece que, no caso em apreço, a entidade gestora não tem apenas um fundo para gerir, são múltiplos, ressaltando-se a colisão de interesses no seio da entidade gestora e dos seus membros. *E.g.*, caso uma entidade gestora tenha sob sua alçada dois fundos que investem no mesmo setor de atividade, em empresas concorrentes ou até na mesma empresa, é difícil de perceber a consagração de uma entidade gestora isenta e independente. De qualquer forma, o RJCR procura proteger os fundos ao atribuir às entidades gestoras a obrigação de agir em defesa dos melhores interesses dos organismos de investimento em capital de risco por si geridos e de adotar as medidas razoáveis para evitar conflitos de interesses (art. 53.º, n.º 1, als. b) e d) do RJCR).

c) a entidade gestora (em especial, o seu administrador/sócio) e os participantes

Reparamos a preocupação do legislador quanto a esta relação contratual ao ter-lhe feito referência, entre noutros momentos, no art. 18.º, n.º 2 do RJCR, onde se lê que “as entidades gestoras devem abster-se de intervir em negócios que gerem conflitos de interesse com os titulares das unidades de participação dos fundos de capital de risco sob a sua gestão”, tendo o dever de agir em defesa do melhor interesse dos participantes (art. 53.º, n.º 1, al. b), 1.ª parte do RJCR).

A relação estabelecida entre a entidade gestora do fundo, mais concretamente na pessoa dos seus administradores, e os participantes do fundo não tem um vínculo societário como acontece com a SCR e os seus acionistas. Trata-se antes de um vínculo contratual, pois é através do regulamento de gestão, elaborado pela entidade gestora, que são dispostas as normas que vão reger o funcionamento do fundo (art. 19.º do RJCR). Isto significa que aqueles que queiram subscrever ou adquirir unidades de participação do FCR, os participantes – portadores de “uma posição jurídica unitária e global, constituída por um feixe de direitos e deveres”¹¹² – têm de se sujeitar ao que estiver clausulado no regulamento de gestão, que é formulado unilateralmente pela entidade gestora. Deparamo-nos, assim, perante um contrato de adesão, onde há “um jogo entre a autonomia da vontade (ou liberdade negocial) dos participantes, que aceitam a conformação da sua relação com a entidade gestora através do regulamento de gestão e a independência e autonomia da entidade gestora na gestão do fundo”¹¹³.

¹¹² Engrácia Antunes, 2020, p. 157.

¹¹³ Teixeira, 2018, p. 576.

Dada a conjuntura, é evidente a propensão para a existência de conflitos de interesses entre estas partes. Por um lado, os participantes do fundo têm como propósito rentabilizar o seu investimento, deixando as suas unidades de participação à mercê da gestão da entidade gestora. Por outro, a entidade gestora tem “incentivos para gerir o fundo nos seus próprios interesses e nos do grupo no qual se encontra inserida”¹¹⁴, tendo de, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos titulares de unidades de participação de FCR por si geridos (art. 18.º, n.º 1 do RJCR).

d) a entidade gestora e outros investidores/acionistas da sociedade participada

Acabámos de ver os diversos interesses que a entidade gestora tem de correlacionar na sua atuação. Somando-se a estes a existência de, *e.g.*, outros investidores em capital de risco, como uma SCR ou mesmo outro FCR, ou de outros sócios da sociedade participada, a disparidade entre os interesses das variadas partes torna-se mais evidente. Deve, assim, atender-se “ao poder de influência e à relação especial decorrente do impacto da entidade gestora na sociedade participada”¹¹⁵.

3.2. Relações horizontais

Por fim, cumpre-nos referir os conflitos que podem surgir nas relações horizontais entre:

a) as várias empresas em que investe o mesmo fundo (que indiretamente consubstancia conflito entre a entidade gestora e a sociedade, bem como com outros acionistas dessa sociedade)

O FCR que investe em diferentes empresas, sobretudo se forem do mesmo setor de atividade, conduzirá à utilização de informações, segredos, *know-how*, entre outros, de umas empresas pelas outras. Na prática, esta partilha é feita pela entidade gestora que participa, em muitos casos, nas decisões de gestão destas sociedades, onde tem inevitavelmente em conta o interesse do fundo, sobretudo devido ao facto de ser este aquele que a remunera.

A simples possibilidade de o mesmo fundo investir em empresas concorrentes arrasta consigo a predisposição à existência de conflitos de interesses. *E.g.*, o FCRx investe nas empresas *a*, *b* e *c*, do mesmo ramo – isto leva a que a entidade gestora do FCRx, ao atuar na empresa *a*, tome decisões influenciadas por aquilo que soube da empresa *b* ou *c*, e que não saberia caso o FCRx não investisse nessas empresas. Mesmo que não se trate de empresas concorrentes, a utilização de informações obtidas numa empresa influi a forma de atuação nas restantes empresas, e vice-versa.

¹¹⁴ *Idem*, p. 570.

¹¹⁵ Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 79.

b) as várias sociedades geridas pela mesma entidade gestora, mas por intermédio de diferentes fundos

A entidade gestora pode gerir mais do que um fundo e, conseqüentemente, mais do que uma sociedade. Ora, esta entidade gestora pode utilizar, mesmo que inconscientemente, a informação que obtém numa empresa para tomar uma decisão mais acertada na outra, mas pode especialmente prosseguir o interesse de um determinado fundo, dada a informação que tem acerca dos restantes e dos respetivos investimentos nas empresas. Neste caso, há claramente uma sociedade que sairá beneficiada, em detrimento das outras.

c) os fundos geridos pela mesma entidade gestora

Tal como acontece no conflito supramencionado, os fundos geridos pela mesma entidade gestora, especialmente se estes investirem no mesmo setor de atividade, ou inclusive na hipótese de investirem na mesma sociedade, encontram-se, entre si, numa situação de conflito de interesses.

A circunstância de a mesma entidade gestora gerir variados fundos levanta controvérsias entre os diferentes fundos e a entidade gestora.

Capítulo III – Os remédios legais e outros

1. O problema

De acordo com o exposto anteriormente, facilmente constatamos que os conflitos de interesses nas relações estabelecidas aquando do investimento em capital de risco proliferam em todas as direções.

Apesar de se considerar a presença de conflitos de interesses como normal, desejável ou, diríamos até, condição *sine qua non* para se investir em capital de risco, uma das partes acaba por sair prejudicada – especialmente a menos experiente, a principiante ou aquela que vê no capital de risco a saída.

A nosso ver, o principal dilema que se coloca não reside tanto na existência dos conflitos de interesses propriamente dita – conseguimos perceber a sua razão de ser –, mas principalmente nos deveres fiduciários que são violados neste emaranhado de interesses. Tal deve-se à circunstância de o investimento em capital de risco dar origem a uma “estrutura de governo societário altamente incomum”¹¹⁶, porque temos num só órgão de gestão/administração vários interesses conflitantes.

Deste modo, enfatizamos os conflitos de interesses que surgem no âmbito da relação de agência, estabelecida entre o principal (sócios/acionistas) e o agente (órgão de gestão/administração)¹¹⁷, quer da sociedade participada, quer da entidade de capital de risco. O agente é aquele que toma as decisões e o principal aquele que sofrerá com as consequências das mesmas, dissociando-se a propriedade e a gestão da sociedade. Surgem, assim, os problemas de agência (*agency problems*), fruto desta dissociação.

Ora, se os interesses entre estas partes são dissonantes, juntando-se a assimetria de informação que está patente nestas relações¹¹⁸, surgem conflitos de interesses mais impactantes e com mais repercussões¹¹⁹⁻¹²⁰, uma vez que a presença de conflitos de interesses na relação de agência acarreta, geralmente, a violação de deveres fundamentais.

No âmbito do capital de risco, estes problemas de agência ganham outra dimensão, pois “o ambiente é caracterizado por uma incerteza substancial acerca dos pagamentos nos investimentos individuais e um elevado grau de assimetria de informação entre os principais e

¹¹⁶ Fried & Ganor, 2006, p. 971. Tradução da nossa responsabilidade.

¹¹⁷ Jensen e Meckling definiram a relação de agência como “a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent” – (Jensen & Meckling, 1976, p. 308).

¹¹⁸ O principal, incumbido da direção efetiva da empresa, é portador de informações que o agente, aquele que assume o risco do capital, não tem acesso privilegiado.

¹¹⁹ A este respeito, Christoph Kuman/ Patrick C. Leyens entendem que “(s)ituations that need to be regulated are particularly those that are characterized as principal-agent relationships. In a principal-agent relationship one party (the agent) will ordinarily hold discretionary decision-making power to affect the wealth of another (the principal)” (Kumpan & Leyens, pp. 79-80).

¹²⁰ Right & Robbie, 1998, p. 524.

os agentes”¹²¹. Não obstante, o alinhamento entre os interesses das diferentes partes é difícil, senão impossível, de obter. Caso procurássemos eliminar os conflitos de interesses através, *e.g.*, da regulação do regime do capital de risco, com normas análogas às que existem para as sociedades comerciais¹²², o capital de risco extinguir-se-ia também.

Assim, no âmbito da relação de agência que se verifica no capital de risco, achamo-nos fundamentalmente na presença de dois conflitos de interesses entre:

- i) Os acionistas da SCR ou os participantes do FCR e a administração da SCR e a entidade gestora do FCR, respetivamente;
- ii) Os sócios da sociedade participada e os membros do órgão de gestão/administração nomeados pela entidade de capital de risco.

O objetivo deste capítulo é demonstrar as soluções que o quadro normativo apresenta para amenizar os conflitos de interesses e assegurar o cumprimento dos deveres a que as partes estão incumbidas. Por outras palavras, pretendemos conhecer quais os remédios para as situações em que se verificam conflitos de interesses, por parte da SCR ou da entidade gestora, dado que estas estão dotadas de autonomia e independência na gestão, quer da entidade de capital de risco, quer da sociedade participada. A constatação da colisão de interesses na gestão leva à violação de deveres fiduciários, como o dever de lealdade, previsto no art. 64º, n.º 1, al. b) do CSC.

2. As normas sobre conflitos de interesses no RJCR

No que concerne aos conflitos de interesses, a transposição da DGFIA para a ordem jurídica interna com a Lei n.º 18/2015, de 04/03, teve tradução, entre outros, nos arts. 17.º, n.º 4, 18.º, 53.º, n.º 1, al. d) e 54.º do RJCR.

As normas destes artigos referem-se apenas à atuação nos FCR pelas entidades gestoras. As dos arts. 17.º, n.º 4 e 18.º do RJCR indicam que a atuação da entidade gestora deve ser realizada no interesse dos participantes, não se vislumbrando nenhuma forma de as fazer cumprir, ou as consequências do seu não cumprimento. Já os arts. 53.º e 54.º do RJCR demonstram as medidas razoáveis para mitigar os conflitos de interesses. Estas passam por evitar conflitos de interesses¹²³, isto é, “impedir a verificação de situações de conflito”¹²⁴, porém, no evento de não poderem ser evitados, ter-se-á que identificar a ocorrência de conflitos de interesses¹²⁵, ou seja, reconhecer que as situações de conflitos não foram evitadas e conseguir caracterizar o conflito (os intervenientes, as partes prejudicadas, a ocorrência de dano, entre outros)¹²⁶. A lei continua dizendo que, depois de identificados, dever-se-ão gerir e

¹²¹ Sahlman, 1990, pp. 517-518. Tradução nossa.

¹²² Como é o caso dos arts. 251.º e 384.º, n.º 6, 254.º e 398.º, 414.º e 414.º-A do CSC.

¹²³ Art. 53.º, n.º 1, al. d) do RJCR.

¹²⁴ Vieira, 2017, p. 1038.

¹²⁵ Arts. 53.º, n.º 1, al. d) e 54.º, n.º 1 do RJCR.

¹²⁶ Vieira, 2017, p. 1038.

acompanhar¹²⁷. Por fim, sendo caso de os ter de gerir e acompanhar, a divulgação dos mesmos é o último passo, a fim de evitar que afetem negativamente os interesses dos organismos de investimento em capital de risco e dos participantes¹²⁸.

Porém, esta regulação exhibe várias limitações. Em primeiro lugar, porque apenas está prevista para as situações em que os FCR são geridos por SGFCR e SICR. Não se englobam, assim, as SCR enquanto entidades gestoras de FCR, estando estas numa situação muito propícia à ocorrência de conflitos de interesses, porque têm, por um lado, os interesses dos acionistas da SCR e da sociedade participada e, por outro, os interesses dos participantes do fundo, devendo a entidade gestora atuar no exclusivo interesse destes¹²⁹. Alertamos, contudo, para a alusão à previsão acerca do procedimento de gestão e mitigação de conflitos de interesses no regulamento interno da SCR¹³⁰, feita pelo art. 13.º, al. f) do Regulamento da CMVM N.º 3/2015 – Versão Consolidada. Mesmo assim, não se verifica, ao contrário do que acontece com as restantes entidades gestoras, a imposição legal de evitar, identificar, gerir e acompanhar e divulgar a existência de conflitos de interesses.

Para além de tudo isto, atrás demonstrámos que a existência de conflitos de interesses é desejável para aqueles que investem em capital de risco. Logo, será muito difícil que um investidor decida sujeitar-se a um regulamento de gestão (nos FCR) ou a adquirir uma ação numa SCR portadora de um regulamento interno com normas muito restritas quanto às medidas aplicáveis a estas situações – o que levará as entidades gestoras a serem muito prudentes naquilo que configuram como conflitos de interesses.

3. As normas sancionatórias do RJCR

De acordo com o art. 359.º, n.º 1, al. p) do CVM, as entidades de capital de risco estão sujeitas à supervisão da CMVM. Ora, é a CMVM a entidade reguladora que lhes monitoriza a atividade. Desta feita, a CMVM tem competência para aplicar sanções¹³¹ às entidades de capital de risco que violem os deveres previstos no RJCR e na respetiva regulamentação¹³², como o regulamento de gestão dos FCR ou o regulamento interno das SCR.

Portanto, da violação de deveres de atuação no exclusivo interesse dos participantes¹³³, da resolução de situações de conflitos de interesses de modo não equitativo ou discriminatório¹³⁴, ou da inobservância de deveres relativos a conflitos de interesses¹³⁵, há lugar

¹²⁷ Arts. 53.º, n.º 1, al. d) e 54.º, n.º 2 do RJCR.

¹²⁸ Arts. 53.º, n.º 1, al. d) e 54.º, n.º 3, al. b) do RJCR.

¹²⁹ Art. 17.º, n.º 4 do RJCR.

¹³⁰ Art. 7.º, n.º 3, al. i) do RJCR.

¹³¹ Art. 76.º do RJCR.

¹³² Art. 74.º do RJCR.

¹³³ Art. 75.º, n.º 1, al. j) do RJCR.

¹³⁴ Art. 75.º, n.º 1, al. l) do RJCR.

¹³⁵ Art. 75.º, n.º 1, al. m) do RJCR.

à constituição de uma contraordenação muito grave, punível com coima de €25 000 a €5 000 000.

No entanto, o pagamento de uma coima não melhora a posição daqueles que foram afetados pela violação dos deveres. Cumpre-nos questionar de que forma é que o pagamento de uma sanção contraordenacional, imposta pelo regulador, fará com que a situação daquele que viu o seu interesse prejudicado seja revertida. Por outras palavras, que meios de ressarcimento possui aquele que subscreveu unidades de participação de um FCR ou o que adquiriu participações sociais de uma SCR e presenciou os seus interesses a serem postos de parte em detrimento de outros? Aquele que viu o seu interesse lesado permanece na mesma situação, quer haja ou não o pagamento da coima pelo infrator¹³⁶.

A este respeito, é importante lembrar que a CMVM, como outros reguladores, é um *stakekeeper*, cria regras e supervisiona o seu cumprimento, procurando “proteger os interesses últimos e legítimos dos *stakeholders* ou, pelo menos, de alguns deles, e consequentemente contribuir para a minimização dos custos de agência de que podem ser vítimas”¹³⁷.

4. Meios alternativos de resolução de conflitos

Sem respostas no RJCR e por parte do regulador, resta-nos procurar outras formas de compensar aquele que viu o seu interesse afetado.

Assim, antes de recorrer às instâncias judiciais, onde os processos são geralmente custosos e demorados, podemos conjecturar outras formas de resolver os conflitos de interesses que surgem das relações estabelecidas no capital de risco.

Dispomos, desde logo, do Regulamento da CMVM n.º 2/2016¹³⁸, que define as regras de funcionamento do sistema de resolução extrajudicial de conflitos entre investidores não qualificados e entidades supervisionadas pela CMVM.

Uma das opções consiste no serviço de tratamento de reclamações da CMVM, destinado à resolução de conflitos entre os investidores não qualificados e as entidades supervisionadas pela CMVM¹³⁹. Depois de apresentada queixa à entidade supervisionada, no nosso caso, às SCR ou aos FCR, o reclamante pode apresentar queixa à CMVM. Na ocorrência de a CMVM entender que a pretensão do reclamante tem fundamento, dirige uma recomendação ou uma determinação à entidade supervisionada, dando-lhe a oportunidade de adotar as medidas necessárias e adequadas para reverter aquela situação. Há aqui uma “persuasão moral”¹⁴⁰, pois

¹³⁶ Neste sentido, cfr. Ferro & Salpico, 2021, pp. 407-445. A realidade aqui explanada adapta-se facilmente ao investidor que sai lesado de um conflito de interesses num investimento em capital de risco. A nosso ver, o regulador – no caso a CMVM – deverá procurar formas de privilegiar a compensação dos lesados, ao invés do pagamento de coimas.

¹³⁷ Alves, 2016, p. 121.

¹³⁸ Regulamento da CMVM n.º 2/2016 – Reclamações e resoluções de conflitos (com as alterações introduzidas pelo Regulamento da CMVM n.º 3/2019).

¹³⁹ Arts. 5.º ss. do Regulamento da CMVM n.º 2/2016.

¹⁴⁰ Teixeira, 2021, p. 285.

“o regulador não resolve o conflito nem pode instruir os prestadores de serviços para compensar os investidores”¹⁴¹.

Uma outra opção tem que ver com os Mecanismos de Resolução Alternativa de Litígios, mais concretamente com a mediação e a arbitragem. Na mediação contamos com uma terceira parte que procura auxiliar aquelas em conflito a encontrar uma solução, com base nos interesses comuns das partes. A CMVM disponibiliza um procedimento de mediação voluntária de conflitos patrimoniais entre investidores não qualificados e entidades supervisionadas pela CMVM emergentes de relações que envolvem instrumentos financeiros¹⁴². No caso, e atendendo igualmente aos arts. 33.º e 34.º do CVM, mais concretamente às entidades do n.º 1 do art. 34º, as entidades de capital de risco não são destinatárias deste serviço. Fora deste serviço público, os centros de mediação existentes em Portugal não costumam resolver querelas do foro financeiro¹⁴³.

Na arbitragem, em que o terceiro que intervém – o árbitro – decide, isto é, toma uma decisão vinculativa com base em lei ou em equidade, a CMVM detém uma política de promoção e apoio às soluções de arbitragem¹⁴⁴. Caso as partes decidam resolver o seu conflito através da arbitragem, encontram um processo mais célere, confidencial, e que não leva à criação de precedente, contrariamente ao que acontece nas instâncias judiciais.

5. Recurso aos tribunais

O recurso aos tribunais, numa situação de conflitos de interesses, é o que, provada a factualidade, reconstituirá a situação patrimonial do lesado, dada a ocorrência do facto danoso.

Como nenhuma das soluções apresentadas indemniza o investidor ou a sociedade participada e/ou os seus sócios pela violação dos deveres fundamentais dos administradores, surge assim a necessidade de responsabilizar aqueles que incumpram com os seus deveres legais, quer seja o dever de lealdade ou o de cuidado, quer seja o dever de boa-fé. Caso não seja conjecturada uma forma de os responsabilizar, os investidores ou os sócios encontrar-se-ão desprotegidos todas as vezes que existir investimento em capital de risco.

Recorremos, assim, caso exista, à lei subsidiária aplicada a cada um dos intervenientes em capital de risco.

Na circunstância de estarmos perante um conflito enunciado acima como ii), isto é, um conflito entre os sócios da sociedade participada e os membros do órgão de administração, especificamente os nomeados pela entidade de capital de risco, socorrer-nos-emos das normas de responsabilidade do CSC. Isto porque, caso estejamos na presença de um conflito de

¹⁴¹ *Idem*, p. 290.

¹⁴² Arts. 14.º ss. do Regulamento da CMVM n.º 2/2016.

¹⁴³ Teixeira, 2021, p. 294.

¹⁴⁴ Art. 22.º do Regulamento da CMVM n.º 2/2016.

interesses resultante da violação de deveres fundamentais numa sociedade comercial – em princípio, tratando-se de um conflito de interesses, há a violação do dever de lealdade, pois os administradores estavam incumbidos de prosseguir o interesse da sociedade¹⁴⁵ –, devemos considerar as normas de responsabilidade dos administradores presentes nos arts. 72.º ss. do CSC. Neste conflito, esta resolução aplica-se a todas as entidades de capital de risco.

No que concerne ao conflito enumerado como i), entre os acionistas das SCR e a administração da SCR ou os participantes do FCR e a entidade gestora, a resolução não será a mesma.

Relativamente às SCR, atentando na previsão legal que nos indica que têm de ser constituídas segundo o tipo de sociedades anónimas (art. 11.º, n.º 1 do RJCR) e à menção feita ao CSC no seu excursus legislativo¹⁴⁶, devemos atender aos arts. 72.º ss. do CSC, relativos à responsabilidade civil pela administração da sociedade – no caso, da SCR. Os conflitos de interesses entre os acionistas da SCR e os administradores da SCR que resultem na violação de deveres fundamentais – sobretudo o dever de lealdade, uma vez que os administradores da SCR terão de prosseguir o interesse da SCR – levar-nos-á a examinar as disposições normativas do CSC relativas à responsabilidade. À partida, neste contexto, verificar-se-á igualmente a responsabilização solidária da SCR, nos termos do art. 390.º, n.º 4 do CSC.

Quanto aos FCR, não estamos perante uma sociedade comercial, como acontece nas SCR. Os FCR são constituídos a partir de um vínculo contratual, logo aplicar-se-á o regulamento de gestão para dirimir os conflitos entre as partes. No silêncio do mesmo, visto que estamos perante um fundo de investimento, poder-se-ia empregar os arts. do RGOIC¹⁴⁷. Todavia, o art. 1.º, n.º 2, al. a) do RGOIC dispõe que aos organismos de investimento em capital de risco é-lhes aplicável legislação especial¹⁴⁸.

Ainda assim, reparamos que muitas são as menções ao RGOIC ao longo do texto do RJCR¹⁴⁹ e que subsistem bastantes semelhanças entre os regimes. Alguns autores defendem a existência de um “argumento sistemático” entre as soluções apresentadas no capital de risco e as do RGOIC, quanto “à preponderância dos documentos constitutivos e vontade das partes aí [no RGOIC] manifestada”¹⁵⁰. No mesmo sentido, e a propósito da transposição da DGFIA para o RJCR, mas também para o RGOIC, é “legítimo considerar que, pelo menos, parte das considerações [feitas a propósito do RGOIC] serão aplicáveis numa leitura do RJCR”¹⁵¹.

¹⁴⁵ Art. 64.º, al. b) do CSC.

¹⁴⁶ Art. 11.º, n.º 4 do RJCR.

¹⁴⁷ Lei n.º 16/2015, de 24/02.

¹⁴⁸ Os FCR, juntamente com, entre outros, os *hedge funds*, os fundos de investimento imobiliários e os fundos de investimento mobiliário não harmonizados são considerados Fundos de Investimento Alternativo. A letra do art. 3.º, n.º 2 do RJCR indica-nos que os FCR são organismos de investimento alternativo fechados.

¹⁴⁹ Arts. 2.º, n.ºs 5 a 7, 8.º, n.º 2, 45.º, n.º 3, 46.º, n.º 4, 47.º, n.º 3, 48.º, n.º 3, als. d) e e), 52.º, 53.º, n.º 3, 60.º, n.º 1, 61.º, 62.º, n.º 2, 63.º, 64.º, 65.º, 65.º-A, n.º 4, 75.º, n.º 1, al. b), 70.º, 72.º e 73.º.

¹⁵⁰ Coelho & Guiné, 2017, p. 133.

¹⁵¹ Oliveira, 2015, p. 85.

Ainda, no que concerne aos ICR, visto que são constituídos obrigatoriamente segundo o tipo de sociedade unipessoal por quotas (art. 14.º, n.º 1 do RJCR), seguimos a mesma lógica, prestando agora atenção aos arts. 270.º-F e 84.º do CSC.

6. A prevenção dos conflitos de interesses

Atenta a importância que o investimento em capital de risco tem para o financiamento das empresas, torna-se relevante fazer uma breve menção a algumas formas de precaver situações de conflitos de interesses potencialmente danosas para as partes.

Antes de mais, compete-nos referir os mecanismos de *corporate governance* que surgem numa tentativa de resolver os problemas de agência. Estes têm como propósito promover uma maior intervenção dos acionistas, a interferência do órgão de fiscalização na gestão da sociedade – resumidamente, a adoção de regras e princípios de boa governação societária¹⁵².

Outra forma de evitar conflitos de interesse é através da aposição, no contrato de investimento, de cláusulas de arrastamento ou *drag-along*. São cláusulas relacionadas com o desinvestimento, em que um determinado sócio tem de alienar as suas participações a um terceiro, caso um outro as venda também. Têm como propósito “reagir a conflitos de interesses entre liquidez e estabilidade: essencialmente protege-se um acionista do comportamento oportunista do outro em empresa em que ambos fizeram fortes investimentos específicos (capital de risco...)”¹⁵³.

Mais são enumeradas, como a qualidade do processo de decisão, a compreensão dos deveres fiduciários e dos possíveis conflitos por parte do órgão de administração, a procura de pareceres por parte de conselheiros externos, a divulgação dos factos apropriados aos acionistas, ou a reunião da documentação necessária para um possível processo de defesa¹⁵⁴.

¹⁵² Neste sentido, surgiu em Portugal, no ano de 2018, o Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance*, cuja adoção às suas regras pelas sociedades é voluntária; no entanto, caso não sejam cumpridas, terão de explicar porquê.

¹⁵³ Perestrelo de Oliveira, 2021, p. 832.

¹⁵⁴ Cfr. Bochner & Simmerman, 2016, pp. 22-26. Tradução nossa.

Conclusão

Face ao exposto, o cerne deste trabalho assenta na procura de um equilíbrio entre os conflitos de interesses existentes e a continuidade da atividade de capital de risco.

Após contextualizarmos o capital de risco, competia-nos compreender as relações estabelecidas entre as partes no âmbito do investimento em capital de risco. Nestas, constatámos a diversidade de interesses presentes, que assenta essencialmente na dualidade *short-termism/long-termism*. Com o financiamento, a gestão da sociedade participada vive a dois tempos: o daqueles que procuram a melhoria e a manutenção da atividade da sociedade com o financiamento, e o daqueles que financiam para aumentar o valor das participações sociais e depois desinvestir, pois o lucro do seu investimento depende da diferença entre o valor da participação social no momento do investimento e do desinvestimento. Para além disto, outros interesses assombram a gestão da sociedade participada, como os daqueles que visam, *e.g.*, vantagens pessoais ou beneficiar terceiros estranhos àquele financiamento.

Com isto em mente, e com uma pluralidade de partes em jogo, multiplicam-se os interesses desarmoniosos nas mais diversas frentes. Os conflitos de interesses tornam-se, assim, comuns e queridos para os intervenientes do capital de risco, que consideram que, sem a sua existência, não faz sentido investir. “Num cenário ideal, nunca deveria haver conflitos de interesses, dado que a entidade gestora saberia, a todo o tempo, qual deveria ser o interesse prevalecente”¹⁵⁵. Contudo, nem sempre é assim.

Tomando-se a presença de conflitos de interesses como “característica endémica”¹⁵⁶ do capital de risco, esta não pode passar despercebida quando são violados deveres fundamentais. Não procurámos atentar no desempenho daquele que administra, mas sim condenar as situações em que o faz tendo em conta interesses que não os da sociedade, onde “inflige um prejuízo (...) [a outrem], com vista a obter uma vantagem pessoal”¹⁵⁷. O art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC consagra o dever de lealdade do administrador aquando da administração de uma sociedade, lendo-se que se devem observar “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. Da leitura deste preceito, concluímos que o administrador deve lealdade à sociedade, isto é, quando administra fá-lo tendo em consideração o interesse da sociedade, devendo os interesses dos outros sujeitos elencados ser tidos em conta quando o da sociedade está garantido.

Desta forma, analisámos os remédios que a lei e outros instrumentos continham acerca dos conflitos de interesses no âmbito do capital de risco, focando-nos no caso de se verificar a

¹⁵⁵ Santos, 2011, p. 379.

¹⁵⁶ Barlett, 2006, p. 96. Tradução nossa.

¹⁵⁷ Borges, 2007, p. 70.

violação de deveres fundamentais por parte dos administradores ou gerentes, fundamento de ilicitude da sua responsabilidade. É neste contexto, e face ao exposto, que apelamos a uma maior atenção por parte do regulador e do legislador.

O propósito deste trabalho não é o de denegrir a imagem do capital de risco, antes pelo contrário. Procurámos perceber o contexto, as tensões entre os interesses das diferentes partes e as razões pelas quais existem. Aceitamos a existência de conflitos de interesses no capital de risco, percebemos que motiva o investimento. Não obstante, estes têm de estar subordinados pelo império da lei, pois há outros interesses em jogo. É de reconhecer que não procurámos uma maior regulamentação, mas sim uma maior eficácia na resposta.

Bibliografia

- ALVES, C. (2016). *Corporate governance*, auditoria e regulação: há conflito de interesses? *CadMVM*, n.º 55.
- ANTUNES, J. E. (2009). Os *hedge funds* e o governo das sociedades. In *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. IX, pp. 69-70. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, J. E. (2020). *Instrumentos financeiros*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ATHAYDE, A., ATHAYDE, A. A. & ATHAYDE, D. (2009). *Curso de direito bancário*, vol. 1, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARLETT, R. P., III (2006). Venture capital, agency costs and the false dichotomy of the corporation. *UCLA Law Review*, vol. 54.
- BOCHNER, S. E. & SIMMERMAN, A. L. (2016). The venture capital board member's survival guide: Handling conflicts effectively while wearing two hats. *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 41, no. 1.
- BORGES, S. L. (2007). A regulação geral do conflito de interesses na DMIF. *CadMVM*, n.º 27.
- BORGES, S. L. (2010). O conflito de interesses na intermediação financeira. In *Conflito de interesses no direito societário e financeiro – um balanço a partir da crise financeira*. Coimbra: Almedina.
- CAETANO, P. (2013). *Capital de risco*. Coimbra: Actual Editora.
- CÂMARA, P. (2010). Conflito de interesses no direito societário e financeiro: um retrato anatómico. In *Conflito de interesses no direito societário e financeiro – um balanço a partir da crise financeira*. Coimbra: Almedina.
- CÂMARA, P. (2018). *Manual de direito dos valores mobiliários*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, O. (2012). *Direito das empresas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, P. S. & GUINÉ, O. V. (2017). Substituição da entidade gestora de fundos de investimento alternativos. In *Estudos de advocacia em homenagem a Vasco Vieira de Almeida*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2012). *Tratado de direito civil I*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2018). *Direito bancário*, 6.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, M. C. C. & ARMADA, M. J. R. (2007). Sobre a identificação dos factores de selecção, das formas de intervenção e o contributo das sociedades de capital de risco em Portugal. In J. C. Calvo (ed.). *Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al futuro*. Universidade de La Rioja.
- COSTA, R. A. S. (2012). *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais.
- DIAS, G. F. (2021). Sustentabilidade, grupos de interesses e propósito empresarial. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- FERRO, M. S. & SALPICO, N. (2021). A indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 2.
- FRIED, J. M. & GANOR, M. (2006). Agency costs of venture capitalist control in startups. *New York University Law Review*, vol. 81.
- HSU, D. H. & KENNY, M. (2004). *Organizing venture capital: The rise and demise of American research & development corporation, 1946-1973*. Berkeley: University of California.

- HSU, H., REED, A. V. & ROCHOLL, J. (2011). Competitive effects of private equity investments. Working Paper. *EFM Symposium of Entrepreneurial Finance & Venture Capital Markets*.
- JENSEN, M. C. & MECKLING, W. H. (1976). Theory of firm: Managerial behavior, agency cost, and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3.
- KUMPAN, C. & LEYENS, P. C. (2008). Conflicts of interest of financial intermediaries – Towards a global common core in conflicts of interest regulation. *European Company and Financial Law Review*, vol. 4, no. 1.
- OLIVEIRA, A. N. (2015). Da diretiva dos gestores de fundos de investimento alternativo ao regime geral dos organismos de investimento coletivo: regime atual e perspetivas futuras, *CadMVM*, n.º 52.
- OLIVEIRA, A. P. (2018). *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A. P. (2021). *Manual de corporate finance*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A. P. (2021). Estratégias de saída no capital de risco. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, E. (2009). A pequena e média empresa portuguesa e o mercado de capitais: a perspetiva do capital de risco. *CadMVM*, n.º 32.
- PINA, C. C. (2004). *Instituições e mercados financeiros*. Coimbra: Almedina.
- REGO, M. L. (2010). *O contrato de seguro e terceiros*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RIGHT, M. & ROBBIE, K. (1998). Venture capital and private equity: Review and synthesis. *Journal of Business Finance & Accounting*, vol. 25, n.º 5-6.
- SAHLMAN, W. A. (1990). The structure and governance of venture-capital organizations. *Journal of Financial Economics*, n.º 27.
- SANTOS, H. M. (2011). Um governo para os fundos de investimento. In *O governo das organizações: A vocação universal do corporate governance*. Coimbra: Almedina.
- SERRA, C. (2016). Investimentos de capital de risco na reestruturação de empresas. In *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- SOARES, A. A. F. (2002). Breves notas sobre o novo regime jurídico das sociedades de capital de risco e dos fundos de capital de risco. *CadMVM*, n.º 15.
- TEIXEIRA, A. N. (2018). A gestão dos fundos de capital de risco – conflitos de interesses entre a entidade gestora e os participantes. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. III.
- TEIXEIRA, M. J. (2021). Os mecanismos de resolução de conflitos na proteção dos investidores – diferentes modelos e o papel do regulador. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P. P. (2012). O acionista de capital de risco – dever de gestão. In *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P. P. (2019). *Teoria geral do direito civil*, 9.ª ed. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P. P. & VASCONCELOS, P. L. P. (2020). *Direito comercial*, vol. I, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA, A. I. (2017). Conflitos de interesses e capital de risco. *Revista de Direito Civil*, vol. 5.

Relatórios

CMVM. *Relatório sobre a atividade de capital de risco*, 31/12/2020.

INVEST EUROPE. *The performance of European private equity benchmark report 2020*, 05/07/2021.

INVEST EUROPE. *Investing in Europe: Private equity activity 2020*, 12/07/2021.

INVEST EUROPE & D. LITTLE, A. D. *The insight: How Europe's private equity industry is anchoring long-term investors: Pan-European market sentiment survey*, 11/2021.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 06/04/2017, processo: 519/10.5TYLSB-H.L1-2.

A válvula de escape do sistema
Análise crítica do regime da reconstituição do facto

Laura Pardo y Genovês

Sob a orientação da Professora
Doutora Sandra Tavares

Dedicatória

Aos meus pais, por todo o apoio incondicional que sempre me prestaram neste, e em todos os outros desafios a que me propus; sem eles nunca teria sido possível.

Aos meus avós, por todas as palavras de carinho e incentivo.

À Helena e ao Carlos, por me terem ajudado a construir o meu percurso académico, dispondo-se sempre a ajudar.

À Marta, pelos conselhos e pelo ombro amigo que sempre tive, foi parte essencial dos sucessos até aqui.

A todas as pessoas que pertencem à PTCS – Pinheiro Torres, Cabral, Sousa e Silva & Associados, Sociedade de Advogados, SP, RL, pela compreensão, apoio, preocupação e conselhos na realização desta Dissertação.

À Professora Doutora Sandra Tavares, Orientadora da presente Dissertação por todo o apoio e profissionalismo que sempre dedicou ao seu trabalho e aos seus alunos; enquanto estudante, sinto-me lisonjeada por ter sido sua aluna e por poder contar com a sua colaboração na elaboração desta Dissertação.

A todos, serei sempre eternamente grata.

“A tarefa não é ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém pensou sobre o
que todos veem”

Arthur Schopenhauer

Agradecimentos

Gostaria de deixar o meu mais sincero agradecimento a todos os que contribuíram com os seus conhecimentos para a realização da presente Dissertação, dispondo do seu escasso tempo para partilhar a sua visão prática sobre o tema em análise, sob a forma de entrevista.

Agradeço, assim, ao Exmo. Sr. Dr. Carlos Melo Alves, ao Exmo. Sr. Dr. Fernando Moura, ao Exmo. Sr. Dr. João Medeiros, ao Exmo. Sr. Dr. Luiz Vaz Teixeira, ao Exmo. Sr. Dr. Nelson Sousa, ao Exmo. Sr. Dr. Nuno Brandão e ao Exmo. Sr. Dr. Rui Patrício.

Advertências

Todos os artigos mencionados sem referência ao diploma legal a que pertencem, presumem-se do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17/02), na última redação, introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21/12; considerando o art. 16.º, a entrada em vigor desde diploma apenas ocorre a 21 de março de 2022, razão pela qual a presente Dissertação não faz referência a qualquer artigo alterado pela mesma.

Os acórdãos mencionados ao longo da presente Dissertação encontram-se identificados através do tribunal e data, existindo, no final, uma listagem completa dos mesmos, com as indicações referidas, acrescidas do relator e número de processo.

Os acórdãos que não estejam disponibilizados *online* (através do site <http://www.dgsi.pt>), encontram também referência à sua proveniência na listagem final. A bibliografia mencionada, em rodapé, ao longo da presente Dissertação encontra-se identificada através do nome do Autor (último apelido), data e página, existindo, no final, uma listagem completa da mesma, com as indicações referidas, acrescidas do respetivo título, local de publicação, e, quando aplicável, Revista e Diretor ou Coordenador da mesma.

A presente Dissertação está redigida segundo o novo acordo ortográfico, não obstante as citações (de bibliografia e acórdãos) e os títulos dos livros consultados estarem transcritos na sua redação original.

A ausência de crédito da nossa parte quanto aos destaques das citações, faz presumir que aqueles decorrem da redação do primitivo Autor.

No momento destinado à explanação das posições dos intervenientes qualificados (Entrevistados), a referência à identificação destes apenas é feita após obtido consentimento dos mesmos para esse propósito

Resumo

A presente Dissertação, conducente à atribuição do Grau de Mestre em Direito Criminal, tem como propósito a análise crítica da reconstituição do facto quando realizada com a coadjuvação do Arguido, mormente, a apreciação do regime valorativo ao qual se subsumem as declarações por aquele prestadas durante essa diligência.

Para tanto, elaborámos uma interrogação que norteou a realização da presente Dissertação: será a reconstituição do facto uma válvula de escape às garantias do Arguido? Com o desiderato de responder à pergunta, procedemos à análise de jurisprudência e de doutrina, bem como à realização de entrevistas a informadores qualificados.

No fim deste percurso, respondemos afirmativamente à questão formulada, apresentando, conseqüentemente, uma das soluções viáveis para dirimir a querela, propondo a alteração profunda do Capítulo V do Título II do Livro III do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Reconstituição (do facto); arguido; declarações; regime valorativo; defensor; garantias; artigo 356.º e artigo 357.º do Código de Processo Penal.

Abstract

This Dissertation, which is meant to lead to the award of a master's degree in Criminal Law, aims to critically analyse the reconstitution of the fact, when performed with the Accused's cooperation, especially the appreciation of the valuation regime to which the statements made by the Accused during this procedure are subject.

In order to accomplish this purpose, we drew up a question that guided this Dissertation: is the reconstitution of the fact an escape valve from the Defendant's guarantees? To answer this question, we analysed the jurisprudence and doctrine and conducted interviews with qualified informants.

At the end of this path, we answer affirmatively to the question formulated, and consequently present one of the viable solutions to solve the quarrel, proposing a profound alteration of Chapter V of Title II of Book III of the Portuguese Code of Criminal Procedure.

Keywords: Reconstitution (of the fact); defendant; statements; value system; defender; guarantee; articles 356 and 357 of the Portuguese Code of Criminal Procedure.

Lista de siglas e abreviaturas

Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
JIC	Juiz de Instrução Criminal
MMPDJP	Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto
MP	Ministério Público
N.º	Número
AO	Ordem dos Advogados
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P(p).	Página(s)
PJ	Polícia Judiciária
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
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
UMRP	Unidade de Missão para a Reforma Penal
V.g.	<i>Verbi Gratia</i>

Índice

Introdução	9
1 Considerações introdutórias	11
1.1 Reconstituição do facto	11
1.1.1 Conteúdo, finalidade e pressupostos	11
1.1.2 Meios análogos	13
1.2 Posição processual do arguido	14
1.2.1 Estatuto processual do arguido	14
1.2.1.1 Direitos processuais	14
1.2.1.2 Deveres processuais	16
1.2.2 A natureza e o regime das declarações do Arguido	16
2 O problema	19
2.1 As declarações do Arguido	19
2.2 O depoimento dos OPC	22
2.3 In loco	24
3 A crítica	26
3.1 As bases	26
3.2 O campo de minas	28
3.3 A analogia	32
3.4 Os afins	33
3.5 Os conformistas	34
3.6 Os extravagantes	35
3.7 O filho bastardo	36
3.8 O compelido	37
3.9 O insólito	38
3.10 O ex-amigo	40
4 A solução	41
Conclusão	47
Bibliografia	48
Acórdãos	51
Apêndice	55

Introdução

A presente Dissertação tem como escopo a análise crítica do regime da reconstituição do facto quando feita com a coadjuvação do Arguido, em particular, o regime valorativo ao qual se subsumem as declarações por aquele prestadas nesse momento probatório.

O presente tema logrou a nossa atenção através do conhecimento informal de uma situação concreta¹. Sucintamente, ocorre um homicídio, e a PJ, no decurso da sua investigação, procede ao interrogatório de uma testemunha; decorridos três dias, o mesmo sujeito é interrogado, agora na qualidade de Arguido, após busca à sua residência. Nesta sequência, o Arguido realiza, na exclusiva presença da PJ, a reconstituição do facto. Chegados a julgamento, o Arguido é condenado essencialmente com base na reconstituição, demonstrando-se a demais prova inconclusiva.

Destarte, analisámos a problemática, constatando que se trata de uma temática que envolve enorme controvérsia na nossa jurisprudência, sendo, porém, uma matéria sobre a qual não tem recaído uma análise crítica da doutrina e, porventura, da jurisprudência.

Propomo-nos, portanto, responder à pergunta angular: será a reconstituição do facto uma válvula de escape às garantias do Arguido?

Com o desígnio de responder à interrogação, procedemos à análise de jurisprudência, que seleccionámos de forma bipartida. Inicialmente, através do *site* dgsi.pt fizemos uma “pesquisa por termos” através da expressão “reconstituição do facto”; com a análise dos acórdãos recolhidos concluímos que constituíam uma amostra reduzida, bem como que mencionavam outros acórdãos relevantes para o tema. Assim, não só recolhemos os acórdãos citados pelos demais, como alargámos a pesquisa a um motor de busca mais geral (Google), introduzindo a expressão “reconstituição do facto acórdãos”². Além disso, procedemos à análise de doutrina e a investigação de campo com entrevistas sucintas a Advogados.

Deste modo, primeiro traçaremos o “pano de fundo” para a análise da questão, abordando, sumariamente, o regime do meio probatório do art. 150.º, quais as garantias do Arguido relevantes para a temática e, ainda, o regime das suas declarações prestadas em inquérito (arts. 356.º/7 e 357.º). Num segundo momento, procederemos à exposição do quesito e à análise da posição da doutrina e da jurisprudência a propósito desta querela, explanando os seus argumentos, bem como introduzindo a visão de intervenientes qualificados que se encontram *in loco*. De seguida, exporemos a nossa posição relativamente à temática, apresentando uma proposta de solução.

¹ Vide TRP, 27.02.2019.

² Dos resultados desta pesquisa, apenas excluimos os acórdãos que não tinham qualquer conexão com o tema.

Capítulo 1 Considerações introdutórias

1.1 Reconstituição do facto

A reconstituição do facto, enquanto meio de prova típico, encontra a sua regulamentação no art. 150.º, inserido sistematicamente no Livro III, Título II, Capítulo V do CPP.

Historicamente³, começou por se tratar de um meio de prova atípico, conquanto “largamente praticado, por ser permitido dentro dos poderes processuais do juiz e do Ministério Público”⁴. Apenas com o CPP de 1987 passou a estar tipificado por imposição expressa da Assembleia da República, no art. 2.º/2/24) da Lei n.º 43/86, de 26/09, correspondendo, *ipsis litteris*, à redação constante do Projeto da Comissão⁵.

Mais de três décadas depois da sua tipificação, o art. 150.º continua, substancialmente, intocado, o que, *per si*, deixa antever muitas das turbulências a suscitar⁶.

Conteúdo, finalidade e pressupostos

Atendendo ao art. 150.º/1/2.^a parte, a reconstituição reveste-se de “natureza experimental, de confirmação ou infirmação de determinadas hipóteses factuais”⁷.

Assim, “a reconstituição do facto é uma representação da realidade suposta e por isso para ter utilidade pressupõe que o facto seja representado, tanto quanto possível, nas mesmas condições em que se afirma ou supõe ter ocorrido, e que se possam verificar essas condições”⁸. Pelo que, “a diligência constitui uma encenação de uma versão provável do facto”⁹, culminando no “*controle experimental* de um dado acontecimento”¹⁰.

Com efeito, “a reconstituição do facto não é mais do que uma encenação cujo guião é aquele que resulta da conjunção de todos os meios de prova existentes”¹¹, visando-se “ir mais longe e avançar no sentido de se ‘*apreender o próprio modo*’ como ocorrem os factos cuja veracidade se quer atingir e em ordem à dissipação de eventuais dúvidas”¹².

Aparentemente um meio de prova pacífico, a querela surge, *ab initio*, assim que se questiona o **escopo da reconstituição**, isto é, que factos é suscetível de provar.

³ Na vigência do CPP de 1929.

⁴ Gonçalves, 1993, p. 207; no mesmo sentido, Duarte, 2010, p. 14.

⁵ Ministério da Justiça, 1986, p. 100.

⁶ Excetuando a alteração, em 2007, da redação da expressão “meios áudio-visuais”, para “meios audiovisuais”, através da Retificação n.º 100-A/2007, de 26/10.

⁷ STJ, 06.12.2018. Entendimento semelhante, Duarte, 2010, p. 12.

⁸ Silva, G., 2008, p. 214. No mesmo sentido, TRC, 15.09.2010.

⁹ Albuquerque, 2011, p. 430.

¹⁰ Pimenta, 1987, p. 583.

¹¹ Cabral, 2014, p. 630.

¹² Santos & Henriques, 2008, p. 1030.

Uma primeira corrente¹³, alicerçada numa interpretação literal do art. 150.^o¹⁴, sustenta que a reconstituição, ao invés dos demais meios de prova, não possui a virtualidade de provar o facto histórico e típico, mas apenas os seus contornos e circunstâncias. Assim, apenas se reveste de utilidade para “comprovar se um dado acontecimento histórico poderá ter ocorrido de determinada forma (...), podendo estar em causa circunstâncias de tempo, modo e/ou lugar”¹⁵.

Uma segunda tese que reúne consenso entre alguma jurisprudência nacional^{16/17} é a que sustenta que a reconstituição pode também ter como desígnio a demonstração da existência de factos.

E. Duarte concorda com esta última tese quando, depois de referir que o âmbito da prova será qualquer facto relevante, no sentido do disposto pelo art. 124.^o/1¹⁸, menciona que à primeira posição exposta lhe subjaz uma interpretação “demasiado literal”, e que culmina numa “limitação desrazoável e desdignificante da figura”¹⁹.

Ainda no seio deste debate, cumpre assinalar dois aspetos: o primeiro, relacionado com o posicionamento de alguma jurisprudência que se distancia da discussão exposta *supra*, limitando-se, aquando da definição da finalidade da reconstituição, a transpor a letra da lei²⁰.

Por outro lado, há que realçar a doutrina sufragada por F. Gonçalves e M. Alves²¹, S. Cabral²² e H. Eiras²³, que aparentam entrar em contradição lógica ao referirem que a reconstituição poderá ter como intento provar qualquer facto relevante nos termos do art. 124.^o/1; no entanto, sufragam igualmente que o fim da reconstituição apenas se pode reconduzir ao modo de realização do facto.

No que concerne aos **pressupostos** inerentes à realização desta diligência, a doutrina²⁴ mostra-se consensual, sufragando que a necessidade consubstancia *conditio sine qua non* para a admissibilidade da reconstituição. Este pressuposto corporiza-se na exigência de dissipar incertezas quanto aos contornos do facto típico²⁵ “quando [a]

¹³ Silva, G., 2008, p. 214, Silva, S., 2011, pp. 572 e 573 n.º 51, Alves, A., 1997, p. 14 e TRC, 16.11.2005.

¹⁴ “Deriva, portanto, da própria lei que o meio de prova da reconstituição do facto não visa apurar como é que um *facto ocorreu* – não procura a comprovação de um dado histórico – mas sim verificar empiricamente se um facto *poderia (pode) ter ocorrido* nas condições em que se afirma ou se crê que aconteceu, replicando o modo de efetivação do mesmo”, Praia, 2019, p. 32.

¹⁵ MMPDJP, 2009, p. 400. Neste sentido, TRC 06.02.2013, 28.01.2015 e 16.11.2005, TRP 09.09.2009 e 16.09.2015 e STJ 03.07.2008 e 06.12.2018.

¹⁶ Entendimento do STJ 05.01.2005, seguido pelo STJ 20.04.2006.

¹⁷ Após exposição da doutrina que entende que a reconstituição apenas visa apurar os contornos do facto, o TRE, 06.06.2017 refere “a ser assim a reconstituição não seria um meio de prova, sim um mero prolegómeno psicológico para agentes policiais em início de investigação”.

¹⁸ Duarte, 2010, p. 22. No mesmo sentido, Milheiro, 2021, p. 378, Cruz, S., 2008 e Ribeiro, M., 2007.

¹⁹ Duarte, 2010, p. 25.

²⁰ TRP, 08.10.2014 e TRC, 17.11.2010.

²¹ Gonçalves & Alves, 2009, pp. 178 e 179.

²² Cabral, 2014, pp. 627.

²³ Eiras, 2010, p. 155.

²⁴ Pimenta, 1987, p. 584, MMPDJP, 2009, p. 400 e Albuquerque, 2011, p. 430.

²⁵ Cabral, 2014, p. 630.

análise dos vestígios e demais indícios recolhidos não se tenha mostrado suficientemente esclarecedora”²⁶. Assim, a reconstituição apenas deve ser utilizada num momento ulterior do inquérito, quando já tenham sido carreados para o processo, através de outros meios de (obtenção de) prova, indícios de como poderá ter ocorrido o facto²⁷.

Além deste requisito material, é necessário que se verifique, igualmente, o pressuposto formal, isto é, a existência de despacho (art. 150.º/2) proferido pela autoridade judiciária que preside à fase processual. Ora, a falta deste despacho apenas acarreta a irregularidade do ato (art. 118.º/2), a ser arguida nos termos prescritos no art. 123.º/1. É este o entendimento sufragado pela jurisprudência²⁸ e doutrina²⁹, o que, na prática, leva a que a falta de despacho não acarrete qualquer obstáculo à valoração da reconstituição; em oposição, a defesa do Arguido, nos casos analisados, pugna pela nulidade do ato.

Por último, saliente-se que da reconstituição deve ser lavrado auto (art. 99.º), podendo o mesmo ser coadjuvado pelo recurso a meios audiovisuais, sendo igualmente possível a nomeação de perito quando sejam necessários conhecimentos qualificados (art. 150.º/2).

Meios análogos

A **inspeção judicial**³⁰, diligência homóloga à reconstituição prevista no CPP³¹, pode ser ordenada pelo juiz no âmbito dos seus poderes-deveres de gestão processual, quando tal se mostre conveniente para a decisão da causa, podendo corporizar-se na reconstituição dos factos (art. 490.º/1 CPC).

Quanto ao processo penal, o **exame ao local** (art. 354.º), previsto aquando da produção de prova em audiência de julgamento, será realizado quando o tribunal o considerar necessário à boa decisão da causa; para este efeito, o juiz convoca os participantes cuja presença considere oportuna, além dos sujeitos processuais que comparecerão à diligência para poderem exercer o contraditório³².

²⁶ MMPDJP, 2009, p. 400.

²⁷ Duarte, 2010, p. 29, MMPDJP, 2009, p. 400 e TRP, 08.02.2017.

²⁸ STJ, 28.09.2011, TRP, 08.02.2017 e 12.12.2007 e TRG, 23.10.2017.

²⁹ Milheiro, 2021, p. 382.

³⁰ Regulada nos arts. 490.º e 491.º CPC.

³¹ Ferreira, 1993, p. 253 e Silva, G., 2008, p. 214.

³² Albuquerque, 2011, p. 909.

1.2 Posição processual do arguido

A reconstituição surge como um meio de prova intrincado, uma vez que pode agregar, na mesma diligência, prova pessoal³³ e prova material³⁴.

Assim, importa analisar a posição processual do Arguido, enquanto meio de prova, bem como qual o regime valorativo das declarações que este eventualmente preste.

Estatuto processual do arguido

O cerne do estatuto processual do Arguido³⁵ encontra-se plasmado no art. 61.^o³⁶, dividido entre direitos e deveres.

Direitos processuais

A “emancipação do arguido como autónomo sujeito processual liga-se sobretudo ao interesse em dotar essa pessoa de um estatuto processual próprio que lhe assegure a possibilidade de *efetivar a sua defesa* no processo”³⁷. Para tal, são-lhe conferidos, legal e constitucionalmente, uma série de direitos.

In casu, importa decompor os direitos consagrados no art. 61.^o/1/d), f) e h).

Quanto ao direito do Arguido a ser informado dos direitos que lhe assistem, trata-se de uma incumbência que onera quer a autoridade judiciária, quer os OPC, constituindo uma irregularidade quando incumprida³⁸. Este dever incide sobre a explicitação dos direitos constantes do art. 61.^o/1.

Com efeito, conforme salienta H. Gaspar, “a natureza, o conteúdo e a extensão da informação dependem da fase, do momento e da finalidade com que o arguido comparece perante a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal”³⁹.

Trata-se de um direito crucial, na medida em que “constitui um pressuposto essencial para assegurar todas as garantias de defesa”⁴⁰, bem como para permitir ao Arguido o exercício dos demais direitos que lhe assistem.

Na verdade, o direito à informação reveste-se da máxima importância quando incide sobre o direito ao silêncio do Arguido⁴¹, uma vez que a mera consagração do

³³ “O acto de reconstituição não é um acto puramente mudo, mas feito de utilização de diversas linguagens, fundamentalmente a gestual e oral” TRC, 10.07.2013 e, no mesmo sentido, STJ, 25.03.2004.

³⁴ Braz, 2010, p. 131.

³⁵ Refira-se que a própria constituição como Arguido é um direito, tal como decorre da leitura conjugada dos arts. 57.^o a 59.^o.

³⁶ Artigo inovador no CPP de 1987, face ao CPP 1929.

³⁷ Dias & Brandão, 2020, p. 6.

³⁸ Santos & Henriques, 2008, p. 399.

³⁹ Gaspar, 2014, p. 216.

⁴⁰ Gaspar, 2014, p. 216.

⁴¹ Daí o cuidado do nosso legislador em impor “às entidades competentes para o interrogatório, durante toda a tramitação do processo, o cumprimento de um dever preciso de *esclarecimento* do arguido sobre os seus direitos processuais, mormente o de não responder a perguntas feitas sobre a matéria da imputação (art. 61.^o, n.º 1, als. d) e h))” Silva, S., 2019, p. 358.

mesmo não assevera a sua efetividade, sendo “imprescindível que o ordenamento jurídico preveja mecanismos adequados a garantir ao arguido o conhecimento dos seus direitos e a emprestar-lhes consistência e efetividade”⁴². É que não nos podemos olvidar de que “o arguido não tem o dever de colaboração com o tribunal na descoberta da verdade, como decorre do seu direito constitucional ao silêncio”⁴³, razão pela qual deve estar constantemente informado do direito a não responder às questões que lhe são colocadas⁴⁴.

Ora, o direito ao silêncio corresponde ao corolário do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* no âmbito da prova por declarações, na medida em que o princípio da não autoincriminação abarca qualquer atuação do Arguido⁴⁵. Ilustrativo da relevância do direito ao silêncio do Arguido é a preocupação do legislador em assegurar este privilégio em todas as fases processuais, como decorre da leitura conjugada dos arts. 141.º/4/a) e b), 143.º/2, 144.º/1 e 2 e 343.º/1.

Indissociável do cumprimento escrupuloso dos demais direitos do Arguido é o direito à presença de Defensor em todos os atos que lhe digam respeito.

De facto, “este direito é um dos mais acarinhados pelos arguidos, já que é nos defensores que eles encontram a necessária protecção jurídica em situações difíceis e carecidas de acompanhamento”⁴⁶. Tal como salienta H. Gaspar⁴⁷, o direito à presença de Defensor em todos os atos do processo pretende equilibrar a desigualdade inerente ao processo penal (entre o MP e o Arguido), mas também assegurar um processo equitativo e com igualdade de armas.

Partilhando, cremos nós, este pensamento sobre o papel desempenhado pelo Defensor, o legislador consagrou, no art. 64.º, um elenco dos momentos processuais nos quais é obrigatória a sua presença, cominando o seu incumprimento como nulidade insanável (art. 119.º/c)).

Na verdade, e como veremos melhor *infra*, a presença de Defensor foi ganhando uma progressiva importância, levando a que, atualmente, esta assistência seja apodítica para o uso das declarações do Arguido prestadas em fase processual anterior ao julgamento, independentemente da sua vontade⁴⁸.

⁴² Silva, S., 2019, p. 357.

⁴³ Albuquerque, 2011, p. 190.

⁴⁴ Com exceção das questões relativas à sua identidade, conforme decorre do art. 61.º/6/b).

⁴⁵ Pinto, L., 2017, p. 110.

⁴⁶ Santos, *et al.*, 2011, p. 120.

⁴⁷ Gaspar, 2014, p. 215.

⁴⁸ Art. 357.º/1/b), com a redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21/02.

Deveres processuais

Em contraponto, sendo o Arguido um verdadeiro sujeito processual, o seu estatuto comporta igualmente deveres processuais.

Releva aqui o dever de sujeição a diligências probatórias, previsto no art. 61.º/6/d). É pacífico na doutrina que o Arguido tem o dever de se sujeitar a diligências probatórias, mormente, aquelas que não podem ser realizadas sem a sua presença (*v.g.* reconhecimento, reconstituição, verificações dactiloscópicas, etc.)⁴⁹. Assim, desde que previstas na lei e ordenadas e executadas pela autoridade competente, oneram o Arguido com o dever de colaboração nas mesmas⁵⁰. Questionamos, no entanto, até onde chega o dever de colaboração.

A natureza e o regime das declarações do Arguido

Intimamente relacionado com a problemática em análise, mas igualmente conexionado com o estatuto processual do Arguido está o regime valorativo das suas declarações em audiência de julgamento.

Antes de mais, cumpre discorrer sobre o **caráter das declarações do Arguido**, isto é, saber se estas constituem meramente um meio de defesa ou, inversa e simultaneamente, um meio de defesa e de prova.

Segundo J. Martins⁵¹, a questão surge no decurso do regime do art. 357.º, uma vez que o Arguido pode obstruir a valoração de declarações suas prestadas anteriormente, caso em que estas não se transmutarão num meio de prova.

Por um lado, há quem entenda que as declarações do Arguido são, concomitantemente, meio de prova e meio de defesa. G. Silva invoca vários argumentos, como a inserção sistemática do regime das declarações do Arguido a par da demais prova⁵², e ainda a circunstância de quando o Arguido é chamado a depor, as perguntas serem preordenadas à aquisição de prova, razão pela qual as respostas são condicionadas por aquelas⁵³. Mais refere que a alteração do art. 357.º/1/b) reforça a circunstância das declarações do Arguido consubstanciarem um meio de prova, apesar de não descurar o carácter eminentemente de defesa das mesmas⁵⁴. Posição idêntica é sufragada por R. Santiago, sustentando o escopo de descoberta da verdade material dos interrogatórios⁵⁵, e por H. Eiras e S. Menezes⁵⁶.

⁴⁹ Gaspar, 2014, p. 217.

⁵⁰ MMPDJP, 2009, p. 154, Santos & Henriques, 2008, p. 401 e Albuquerque, 2011, p. 190.

⁵¹ Martins, 2014, p. 58.

⁵² Silva, G., 2008, pp. 197 e 198.

⁵³ Silva, G., 2012a.

⁵⁴ Silva, G., 2012b, pp. 533 e 535.

⁵⁵ Santiago, 1994, p. 28. Entendimento semelhante é sufragado por Mendes, 2007, p. 607.

⁵⁶ Eiras, 2010, p. 148 e Menezes, 2010, p. 121.

Por outro lado, J. Cunha perfilha que o conteúdo das declarações do Arguido “não pode ser pensado segundo uma lógica probatória, mas única e exclusivamente como forma de exercício do direito de defesa e como concreto exercício do direito de defesa quanto à hipótese acusatória, definida pelo MP”⁵⁷. Refere ainda que tendo em conta a estrutura acusatória do nosso processo penal a confissão não pode ser vislumbrada, nem como um meio de prova, nem tão-pouco como a “rainha das provas”, mas sim, e meramente, como um meio de defesa⁵⁸. Entendimento idêntico é defendido por L. Sá⁵⁹.

J. Martins, seguindo o pensamento de P. Mesquita, sustenta uma terceira posição, segundo a qual as declarações do Arguido, durante as fases preliminares do processo, mais não são do que “elementos de prova eventuais”, pelo que apenas as declarações prestadas em audiência consubstanciam verdadeiro meio de prova, bem como aquelas que, embora prestadas anteriormente, sejam lidas em julgamento⁶⁰.

No que concerne ao **regime valorativo das declarações do Arguido** prestadas em momento anterior à audiência de julgamento, o CPP consagra uma interdição à sua reprodução e valoração no art. 357.º. Não obstante, são consagradas duas exceções nas als. a) e b) do n.º 1.

Em relação à al. a) não teceremos considerações, na medida em que não existem requisitos de maior para a sua aplicação.

Importa, portanto, escrutinar o regime da al. b). Destarte, para que as declarações do Arguido possam ser lidas contra a sua vontade, têm que estar preenchidos vários requisitos cumulativos: (1) terem sido prestadas perante autoridade judiciária; (2) com assistência de Defensor; e (3) o Arguido ter sido informado nos termos do art. 141.º/4/b). Assim, quando o Arguido preste declarações diante do MP ou do JIC, torna-se vital que “tenha plena consciência de que as suas declarações valem como prova contra si, o que implicará especial cuidado na preparação da defesa. Preparação da defesa que passa naturalmente pela disponibilidade do defensor”⁶¹.

Impõe-se referir que, aquando da alteração do CPP, corporizada, posteriormente, pela Lei n.º 20/2013, de 21/02, foram solicitados e emitidos pareceres: por um lado, o Gabinete de Estudos da OA realçou que no seio do regime das declarações do Arguido, antes do julgamento, demonstra-se primordial a voluntariedade dessas declarações, intimamente relacionada com os “direitos à assistência efectiva de defensor e ao silêncio

⁵⁷ Cunha, 2002, p. 389.

⁵⁸ Cunha, 2002, p. 390. Martins, 2014, p. 60 discorda perentoriamente com este entendimento.

⁵⁹ Sá, 2006, p. 133.

⁶⁰ Martins, 2014, p. 60.

⁶¹ Silva, G., 2012b, p. 535.

que podem e devem ser combinados com outros mecanismos preventivos condicionantes da utilização probatória contra o próprio arguido”⁶².

Por outro lado, o SMMP emitiu parecer num sentido divergente, sustentando que deviam igualmente ser valoradas as declarações quando prestadas perante OPC, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: (1) ser o Arguido advertido de que as suas declarações poderão ser utilizadas em momento ulterior; (2) estar assistido por Defensor; e (3) serem-lhe comunicados os factos imputados, bem como os meios de prova existentes. Concluem sufragando que “estes requisitos, especialmente a presença de defensor, são garantia bastante de que não haverá qualquer tipo de abuso sobre o arguido”⁶³.

Decorrente da proibição de leitura e reprodução das declarações do Arguido, constante do art. 357.º, foi, paralelamente, proibido o testemunho dos OPC que incida sobre essas mesmas declarações (art. 356.º/7).

Tal como salienta J. Cunha, “não parece ser arriscado afirmar que a finalidade imediata de tal norma proibitiva é (...) impedir a ‘fraude’”⁶⁴, que ocorreria caso o tribunal, para obviar a proibição de valoração das declarações, tivesse acesso às mesmas pela via indireta do depoimento de quem as recolheu. Quanto ao âmbito subjetivo, esta proibição abarca “os funcionários e agentes do Estado que tenham participado no acto processual de recolha das declarações a título profissional, mas também quaisquer pessoas que tenham colaborado, mesmo a título informal e esporádico, nessa recolha”⁶⁵.

Aparentemente isenta, a norma não escapa às críticas da doutrina. Desde logo, pela sua inserção sistemática, no âmbito da proibição de leitura de declarações, quando a mesma trata da proibição de testemunho⁶⁶. Neste mesmo sentido, C. Teixeira censura a própria epígrafe do preceito, uma vez que “a norma trata não de uma questão de leitura de declarações (...), mas de proibições de depoimento sobre declarações, *maxime*, depoimentos anterior [sic] e formalmente prestados”⁶⁷.

Em síntese, é certo que “estas regras, bastante apertadas e protectoras do arguido, quando aplicadas no seu rigor, geram muitas vezes frustração nos meios investigatórios”⁶⁸, particularmente nas situações em que o processo prossegue para julgamento tendo por base prova indiciária, fundada nas declarações do Arguido⁶⁹. Não

⁶² Silva, G., 2012a. Martins, 2014, p. 113, compreendendo as reservas explanadas, sustenta que estas não são suficientes para impedir a alteração legislativa.

⁶³ SMMP, 2011.

⁶⁴ Cunha, 1997, p. 423. Concordante com a finalidade desta norma, Martins, 2014, pp. 51 e 52, MMPDJP, 2009, p. 894, Ribeiro, V., 2011, p. 981 e Cruz, A., 2013, p. 1162.

⁶⁵ Albuquerque, 2011, p. 924.

⁶⁶ Barreiros, 2004, pp. 20-22.

⁶⁷ Teixeira, 2005, p. 178.

⁶⁸ Santos, *et al.*, 2011, p. 417.

⁶⁹ Santos, *et al.*, 2011, p. 417.

obstante, o estatuto processual do Arguido exige estas cautelas (talvez, ainda, insuficientes, como veremos *infra*).

Capítulo 2 O problema

O quesito emerge no decurso da consciência de que a reconstituição não é (nem pode ser) um ato mudo, corporizando-se antes numa diligência onde são utilizadas diversas linguagens, como sejam a gestual e a oral⁷⁰.

Quando a reconstituição seja feita com a coadjuvação do Arguido, por maioria de razão, este aduzirá a sua versão do cometimento do crime através da verbalização, bem como da gestualidade, com a finalidade de recriar o crime.

Com efeito, o âmago da questão traduz-se em descortinar qual o regime valorativo das dilucidações que o Arguido presta, mormente, perquirir sobre se têm o mesmo regime valorativo que as declarações de Arguido *stricto sensu*. Intimamente relacionada com esta questão surge a de indagar se, e com que contornos, podem os OPC depor sobre esta diligência probatória.

1.3 As declarações do Arguido

No que concerne ao regime das declarações do Arguido prestadas durante esta diligência probatória, podemos identificar três orientações que logram acolhimento na doutrina e na jurisprudência⁷¹.

A **tese ampla** configura-se como maioritária no seio da jurisprudência e da doutrina. Sufraga, sucintamente, que os contributos do Arguido não se corporizam em declarações *stricto sensu*⁷², razão pela qual não se subsumem ao regime valorativo exposto *supra*.

Assim, podendo a reconstituição ser feita com a colaboração de participantes que intervêm no âmbito de outras diligências probatórias (*v.g.* interrogatórios de Arguido), nem por isso estes contributos se devem reconduzir àqueles outros meios probatórios⁷³; pelo contrário, em conjunto com a reconstituição, autonomizam-se num meio de prova único e singular⁷⁴. Entendimento contrário levaria à conclusão de que a reconstituição

⁷⁰ STJ, 20.04.2006.

⁷¹ Seleccionamos 22 acórdãos para ilustrar a posição da jurisprudência quanto às declarações do Arguido. Destes, 17 pronunciaram-se no sentido da tese ampla, quatro defenderam a tese intermédia e só um pugnou pela tese restritiva.

⁷² “Não se traduzindo a *reconstituição do facto* em *declarações de arguido*, inexistente qualquer razão para a pretendida equiparação destes meios de prova relativamente à sua valoração probatória”, TRC, 15.05.2013.

⁷³ Uma vez que a reconstituição é “prova autónoma, que contém contributos do arguido, mas que não se confunde com a prova por declarações”, STJ, 20.04.2006.

⁷⁴ STJ, 03.07.2008 e 20.04.2006, TRP, 05.01.2011 e 27.01.2010, Santos & Henriques, 2008, p. 1031 e Milheiro, 2021, pp. 375 e 387.

não constitui um meio de prova autónomo, mas sim subordinado, o que não tem reflexo legal⁷⁵.

Com efeito, o auto da reconstituição “não é um auto de declarações, não obedece à lógica deste, nem a ele se reconduz”⁷⁶; é, ao invés, “a tradução para escrito de uma *revivescência* do que foi feito e que consistiu, sobretudo, numa *reprodução* do acto que teve lugar no passado”⁷⁷.

Destarte, enquanto meio de prova autónomo⁷⁸, previsto a par dos demais e a valorar segundo a livre apreciação do julgador⁷⁹, a reconstituição pode ser realizada com a coadjuvação do Arguido, que prestará os seus esclarecimentos, que mais não constituem senão “contributos para a descoberta da verdade, indispensáveis à percepção do ocorrido”⁸⁰.

Consequentemente, as declarações do Arguido “diluem-se nos próprios termos da reconstituição, confundindo-se nos seus resultados e no modo como o meio de prova for processualmente adquirido”⁸¹, levando ao surgimento de “um meio de prova distinto e autónomo (...), a valorar em si mesmo, e não em função de cada um dos elementos que o compõem”⁸².

Ainda na esteira da consideração da reconstituição como meio de prova autónomo e na absorção dos contributos do Arguido, alguma jurisprudência coloca a tónica no cumprimento dos pressupostos e procedimentos que oneram esta diligência⁸³. Por consequência, quando estes sejam observados, não subsistem fundamentos para a não autonomização da reconstituição enquanto congregação de todos os elementos que a compõem⁸⁴.

Há ainda jurisprudência que coloca ênfase na circunstância de estarmos perante uma prova pré-constituída⁸⁵.

Deste entendimento decorre uma cadência necessária de consequências: desde logo, como “as contribuições individuais do arguido na *reconstituição do facto* relevam apenas para este meio de prova, e não valem como *declarações de arguido*”⁸⁶, “estão

⁷⁵ TRP, 16.09.2015.

⁷⁶ STJ, 25.03.2004. No mesmo sentido, TRP, 10.09.2008.

⁷⁷ STJ, 25.03.2004.

⁷⁸ Cabral, 2014, p. 635.

⁷⁹ TRE, 24.09.2009 e 06.06.2017.

⁸⁰ TRC, 25.02.2015.

⁸¹ TRE, 24.09.2009.

⁸² TRC, 01.07.2015; com entendimento semelhante, TRC, 15.05.2013 e 27.11.2013.

⁸³ STJ, 05.01.2005, TRE, 24.09.2009 e 30.09.2008 e TRP, 08.10.2014 e 09.09.2009.

⁸⁴ Nomeadamente, plantas, fotografias, desenhos, croquis, contributos orais e gestuais, entre outros.

⁸⁵ TRE, 06.06.2017.

⁸⁶ TRC, 01.07.2015.

para além do círculo protegido pelo direito ao silêncio e, concludentemente, podem, e devem, ser avaliadas em julgamento enquanto integrantes daquele meio autónomo”⁸⁷.

Em consequência, o Arguido não tem de ser advertido do seu direito ao silêncio, mormente, o direito a não prestar declarações e a não responder às perguntas feitas pelos OPC⁸⁸.

A **tese intermédia** é perfilhada por J. Praia, que salienta que a reconstituição tem um escopo circunscrito; assim, nos casos em que a diligência seja feita no âmbito da sua finalidade, este meio de prova típico congrega tanto os atos materiais⁸⁹ como as declarações⁹⁰.

Não obstante, o Autor constata que durante a execução da diligência o Arguido pode contribuir para a investigação, através de determinados atos materiais e de declarações, mas que já não se inserem no seu âmbito⁹¹. Nestas circunstâncias, J. Praia sufraga que o Arguido deve ser “devida e expressamente elucidado de que não tem o dever de colaborar no esclarecimento dos factos”⁹², particularmente, sobre o direito que lhe assiste a não contestar a perguntas⁹³, sob pena de existir uma proibição de valoração da prova⁹⁴.

Com efeito, o Autor sustenta uma demarcação consoante as declarações se insiram na finalidade da reconstituição, ou não; no primeiro caso, considerando que estamos perante um meio de prova tipificado, o seu regime deve ser escrupulosamente cumprido⁹⁵. Por outra banda, quando os contributos do Arguido extravasem o âmbito da diligência probatória, mantêm “a sua natureza originária de ‘declarações do arguido’ (...) enquanto meio de prova tipificado nos arts. 140.º e ss., *maxime* no art. 144.º”⁹⁶.

No que concerne à jurisprudência, há acórdãos que sustentam que apenas se devem considerar diluídos na reconstituição, os contributos verbais do Arguido que se evidenciem como imprescindíveis à compreensão da diligência⁹⁷. Em relação ao tratamento que deve ser dado às declarações que extravasam a finalidade da reconstituição, ao passo que a doutrina as subsume ao regime dos arts. 140.º e ss., a

⁸⁷ Cabral, 2014, p. 635. Perfilham este entendimento TRC, 15.05.2013 e 27.11.2013, TRP, 08.10.2014 e STJ, 20.04.2006.

⁸⁸ TRC, 27.11.2013.

⁸⁹ Isto é, “as posições, as movimentações e os gestos do arguido”. Praia, 2019, p. 34.

⁹⁰ Praia, 2019, p. 34.

⁹¹ Praia, 2019, pp. 35 e 36.

⁹² Praia, 2019, p. 35.

⁹³ Art. 61.º/1/d) e h).

⁹⁴ Praia, 2019, p. 35, n.º 78.

⁹⁵ Praia, 2019, p. 36, n.º 79.

⁹⁶ Praia, 2019, p. 36.

⁹⁷ Voto de vencido no STJ, 20.04.2006. Em sentido idêntico, TRC, 10.07.2013, 15.09.2010 e 17.05.2017 e TRP, 27.06.2012.

jurisprudência considera que estas se devem reconduzir a conversas informais, isto é, enfermadas de inexistência processual⁹⁸.

Uma terceira **tese**, porventura aquela que se afigura como mais **restritiva**, concebe uma destrição valorativa entre a reconstituição em si mesma e as declarações do Arguido durante e/ou a propósito deste meio de prova. Assim, sem questionarem o valor probatório da reconstituição, sufragam que as declarações do Arguido estarão sempre sujeitas ao seu regime probatório próprio⁹⁹.

P. Albuquerque perfilha que as declarações que o Arguido presta durante a reconstituição, realizada sob a alçada dos OPC, não podem ser reproduzidas, sob pena de violação das garantias de defesa e do direito ao silêncio, excetuando os casos em que o Arguido o solicite; acrescenta ainda que quando a diligência seja dirigida pelo JIC ou MP, estas declarações já poderão ser reproduzidas, desde que se preencham os requisitos do art. 357.º/1/b)¹⁰⁰. Em contraponto, nas situações em que não tenham sido prestadas declarações, ou quando estas não tiverem sido registadas¹⁰¹, pode haver aproveitamento processual do auto e/ou da gravação¹⁰².

Em síntese, a esta tese subjaz uma separação entre os atos materiais, a valorar no âmbito da reconstituição e, portanto, sujeitos à livre apreciação da prova, e as declarações, que devem ser valoradas tendo em conta o seu regime próprio¹⁰³.

1.4 O depoimento dos OPC

No que concerne ao âmbito do depoimento dos OPC, as três correntes mencionadas *supra* também aqui têm expressão¹⁰⁴.

A **tese ampla**, também nesta sede maioritária entre a doutrina e a jurisprudência, defende, de modo conciso, que os contributos verbais do Arguido durante a reconstituição não se subsumem ao regime previsto nos arts. 356.º e 357.º, razão pela qual os OPC podem depor livremente sobre eles.

Destarte, advogam que aquelas “disposições têm um âmbito de intervenção bem delimitado”¹⁰⁵, não se incluindo no seu círculo de proteção as declarações prestadas

⁹⁸ Voto de vencido no STJ, 20.04.2006, TRC 15.09.2010 e 17.05.2017 e TRP, 27.06.2012.

⁹⁹ STJ, 03.10.2002.

¹⁰⁰ Albuquerque, 2011, p. 432. Note-se que no momento em que o Autor elaborou o comentário ao art. 357.º este não tinha a redação atual; à data, previa a reprodução das declarações do Arguido, prestadas perante juiz, quando existissem contradições entre as anteriormente prestadas e as declarações em julgamento. No entanto, e tendo em conta uma interpretação atualista, não temos razões para crer que o Autor, depois da nova redação desta al. não sufrague entendimento semelhante.

¹⁰¹ Em auto ou, quando tenha havido filmagem, esta tenha sido feita sem som.

¹⁰² Albuquerque, 2011, pp. 432 e 433.

¹⁰³ Silva, S., 2011, p. 575.

¹⁰⁴ Quanto à (im)possibilidade do depoimento dos OPC, selecionamos 22 acórdãos distintos nos referidos na nota n.º 71. Destes, 16 perfilham a tese ampla, um a tese intermédia e cinco seguiram a tese restritiva.

¹⁰⁵ STJ, 05.01.2005, destaque nosso.

durante a reconstituição¹⁰⁶, levando a que a proibição de prova não acutire os depoimentos dos OPC¹⁰⁷. A este entendimento subjazem duas considerações, de cariz crucial.

A primeira reconduz-se ao entendimento de que as verbalizações do Arguido durante a reconstituição não se concretizam em declarações em sentido estrito nem se confundem com aquelas¹⁰⁸, sendo, ao invés, “instrumentais em relação à recriação do facto”¹⁰⁹. Consequentemente, as dilucidações do Arguido não constituem declarações compreendidas na proibição do art. 357.^o¹¹⁰ e, inerentemente, não estão vedadas ao depoimento pelos OPC¹¹¹.

Com efeito, defendem que não se pode olvidar que estamos perante um meio de prova autónomo, o que leva a que os OPC “que tenham acompanhado a reconstituição podem prestar declarações sobre os modo [sic] e os termos em que decorreu”¹¹². Assim, é admissível aquele depoimento, na medida em que incide sobre um meio de prova com autonomia técnico-jurídica, constituindo depoimento válido e eficaz, porque absorvido da proteção dos arts. 356.^o e 357.^o¹¹³. “A não ser assim, estaria aberto o caminho para uma sistemática invalidade de toda a prova e de toda a investigação”¹¹⁴.

Ainda na esteira da exclusão da reconstituição do âmbito dos arts. 356.^o e 357.^o, é aduzido o argumento segundo o qual os OPC não reproduzem “o que o arguido declarou, mas sim o que fez ou disse com vista á [sic] reconstituição dos factos, pelo que sai fora do âmbito da norma proibitiva”¹¹⁵. Embora similar, decidimos emancipar outro dos argumentos trazidos à colação, que se reconduz à consideração de que o testemunho do OPC “resulta de conhecimento directo sobre o que se passou nesse acto, ganhando assim autonomia, pois nessa parte não envolve a repetição de declarações do arguido”¹¹⁶.

Defensor da **tese intermédia**, J. Praia, como inferência inata do entendimento exposto *supra*, sufraga que é válido o depoimento dos OPC quando este incida sobre o objeto/fim da reconstituição, e apenas nessa medida. Assim, o que extravasar o conteúdo da reconstituição deverá cair no âmbito do regime tipificado próprio, ou seja, no regime

¹⁰⁶ TRP, 08.10.2014.

¹⁰⁷ TRC, 01.04.2009. Em sentido idêntico, TRC, 12.11.2003.

¹⁰⁸ “Isto porque a verbalização que suporta o acto de reconstituição não se reconduz ao estrito conceito processual de ‘declarações’” TRP, 09.09.2009. No mesmo sentido, STJ, 14.06.2006, TRC, 01.04.2009 e TRP, 23.05.2012 e 13.06.2012.

¹⁰⁹ TRP, 09.09.2009.

¹¹⁰ STJ, 20.04.2006 e TRC, 15.05.2013.

¹¹¹ TRC, 28.01.2015, TRP, 12.12.2007, Cruz, A., 2013, p. 1182 e Barreiros, 2004, p. 29.

¹¹² STJ, 05.01.2005. No mesmo sentido, TRE, 19.05.2015, TRP, 09.09.2009, Cabral, 2014, p. 636 e Milheiro, 2021, p. 389.

¹¹³ STJ, 12.12.2013, TRE, 20.12.2018, Santos & Henriques, 2008, p. 1031, Teixeira, 2005, p. 181 e Santos, *et. al.*, 2011, 419.

¹¹⁴ Lobo, 2015, p. 686.

¹¹⁵ TRP, 23.05.2012, destaque nosso. Em sentido análogo, TRC, 17.11.2010 e 28.01.2015.

¹¹⁶ TRC, 02.04.2008, destaque nosso. Com raciocínio afim, TRC, 06.02.2013 e 15.12.2004, TRP, 07.03.2007 e 26.10.2011 e Ribeiro, V., 2011, p. 982.

das declarações de Arguido, e, consequentemente, sujeito aos arts. 356.º e 357.º¹¹⁷; designadamente, todas as dilucidações do Arguido no decurso de questões que lhe sejam colocadas e quando extravase o “âmbito intrínseco da diligência”¹¹⁸.

Os defensores da **tese restritiva** sufragam que as testemunhas não depõem sobre as declarações do Arguido, mas sim sobre a reconstituição¹¹⁹.

Deste modo, os OPC podem depor validamente sobre os factos que observaram, mesmo que a conduta do Arguido tenha surgido no decurso das suas declarações; não obstante, considera-se que não são estas que constituíram elemento de prova, nem tão-pouco “o auto, em si mesmo ou o seu conteúdo que constituiu tal elemento de prova. O que o constituiu foram os factos praticados e observados”¹²⁰.

1.5 *In loco*

No âmbito da investigação, procedemos à realização de entrevistas¹²¹ a informadores qualificados¹²², mediante contacto inicial via email. O escopo da realização das entrevistas reconduziu-se à auscultação, junto daqueles que se encontram *in loco*, das inquietações que lhes suscita (ou não) a valoração das declarações do Arguido prestadas durante a reconstituição quando desacompanhado de Defensor. Para tal, questionámos se consideravam que a reconstituição era uma válvula de escape às garantias do Arguido.

Nuno Brandão¹²³ perfilha que a possibilidade de valoração das declarações do Arguido durante a reconstituição depende, intrinsecamente, da conclusão sobre se a diligência é o meio idóneo para a prova daquele facto. Assim, o Ilustre Advogado sustenta que, caso a resposta seja afirmativa, as declarações prestadas podem ser valoradas como parte do auto de reconstituição; caso contrário, devem cair no regime dos arts. 356.º e 357.º.

João Medeiros, por seu turno, começa por mencionar que, de uma forma absolutamente sintética, uma situação como a descrita consubstanciaria uma verdadeira fraude à lei, deixando entrar pela janela aquilo que o legislador quis deixar do lado de lá da porta. Assim, e no que ao caso respeita, o Ilustre Advogado conclui que, da conjugação de regimes, apenas com o consentimento expresso do Arguido (e do seu Defensor) pode ter lugar o depoimento de um OPC sobre as declarações prestadas por um Arguido na

¹¹⁷ Praia, 2019, pp. 38 e 39.

¹¹⁸ Voto de vencido no STJ, 20.04.2006. Com entendimento similar, TRC, 15.09.2010 e 17.05.2017 e TRP, 27.02.2019 e 27.06.2012.

¹¹⁹ Neste sentido, TRC, 22.09.2010.

¹²⁰ TRC, 22.10.2003. No sentido de que podem ser objeto de depoimento os atos materiais, mas já não as declarações, STJ, 11.12.1996 e 03.10.2002 e TRP, 13.05.2015 e 27.02.2008.

¹²¹ O conteúdo do email enviado encontra-se no apêndice.

¹²² Advogados, Magistrados MP e Magistrados Judiciais, com resposta apenas dos primeiros.

¹²³ Entrevista realizada via telemóvel, com consentimento oral.

reconstituição. De outra forma seria ser-se menos exigente com os OPC do que aquilo que se é, por exemplo, com a autoridade judiciária, em que se exige requisitos de forma (art. 357.º/1/b)).

Rui Patrício entende que as declarações, ou a maior parte delas, não são, na verdade, autonomizáveis da reconstituição, sendo a fronteira apenas teórica e insuscetível de traçar na prática, pelo que duas soluções parecem emergir: ou se paralisa a serventia probatória da reconstituição em julgamento, ou se escancara a porta à frustração do que está subjacente ao art. 357.º. Deste modo, o Ilustre Advogado considera que, para sair deste impasse, a solução que lhe parece correta é a de exigir que a reconstituição com a colaboração do Arguido, e mesmo que com a participação dos OPC, ocorra perante autoridade judiciária de modo a poder ter serventia probatória em julgamento, mais sendo o Arguido esclarecido na diligência dessa possível serventia.

Carlos Melo Alves¹²⁴ coloca a tónica no facto de a reconstituição consubstanciar uma prova pré-constituída, independentemente da vontade do Arguido. Assim, o Ilustre Advogado considera que o âmago da questão é o cumprimento dos pressupostos referidos no art. 150.º (nomeadamente, a necessidade de saber se um determinado facto poderia ter ocorrido da forma que se supõe), bem como a valoração apenas das declarações que se mostrem essenciais e imprescindíveis à diligência.

Luíz Vaz Teixeira entende que a reconstituição, enquanto meio de prova regulado e no cumprimento dos seus pressupostos, ganha autonomia das contribuições individuais que tenham sido prestadas por quem interveio nesse ato¹²⁵ desde que a diligência tenha sido realizada com o consentimento livre e esclarecido do Arguido; o Ilustre Advogado entende que, para o cumprimento deste desiderato, a presença do Defensor é essencial. Além disto, salienta que não deverá ser considerado como verdadeiro “auto de reconstituição” aquele que seja constituído com base nas declarações do Arguido, não devendo a reconstituição servir como “válvula de escape” às garantias do mesmo.

Nelson Sousa¹²⁶ começa por referir que, aquando da constituição do Arguido como tal, os seus direitos são-lhe explicados, passando este a saber que tem direito a ser acompanhado pelo Defensor sempre que assim o entender. Deste modo, o Ilustre Advogado entende que a reconstituição não deve ser um ato no qual a presença de Defensor seja obrigatória. Quanto à valoração das declarações, sufraga que aquilo que o Arguido refere durante a diligência se autonomiza, excetuando as questões que extravasem a finalidade da mesma.

¹²⁴ Entrevista realizada via telemóvel, com consentimento oral.

¹²⁵ Todas as declarações prévias à mesma, ou contemporâneas, que tenham servido para a reprodução e repetição dos factos fundem-se nos próprios termos da reconstituição.

¹²⁶ Entrevista realizada presencialmente, com consentimento oral.

Capítulo 3 A crítica

Uma vez estabelecidos os conceitos basilares para a compreensão da problemática e explicitada a celeuma, cumpre fazer a análise crítica da mesma.

1.6 As bases

Neste ponto, analisaremos as três teses explicitadas anteriormente nas suas duas vertentes, isto é, quanto às declarações do Arguido e ao depoimento dos OPC.

A **tese ampla**, com ânsia em conferir à reconstituição uma autonomia imoderada, leva a uma resolução da querela, cremos, bastante dúbia. Defendendo a autonomia da reconstituição e o desenquadramento das declarações do Arguido no seio dos arts. 356.º e 357.º, possibilita “que ao abrigo de reconstituição de factos, se tomem verdadeiras declarações aos arguidos, fugindo à proibição de prova de valoração das suas declarações fora dos casos”¹²⁷ previstos naqueles preceitos.

Não obstante partilharmos esta preocupação, cremos que esta não será uma inquietação inerente apenas a esta orientação, pelo que relegamos a sua análise mais detalhada para um momento ulterior.

Destarte, cremos ser mais pertinente salientar a circunstância de o nosso ordenamento jurídico consagrar um meio de prova típico, as declarações do Arguido, associando-lhe um determinado enquadramento quer quanto às garantias, quer quanto à sua valoração numa fase ulterior do processo. Paralelamente, o legislador consagrou um outro meio de prova, distinto e autónomo, mas que congrega em si não só elementos próprios, como, concomitantemente, parcelas daquele outro meio de prova.

Daqui surgem-nos duas inquietações: desde logo, congregando a reconstituição elementos típicos de outros meios de prova, mas que não se descaracterizam, questionamos se a reconstituição não deveria assegurar o conteúdo mínimo garantístico inerente àqueles meios. Por outro lado, não vislumbramos qual a diferença substancial entre o Arguido se pronunciar numa sala de interrogatório ou, por outro lado, no local do crime.

Consideremos o seguinte exemplo: durante a investigação, os OPC não compreendem como é que o Arguido trazia escondida uma catana sem que o ofendido se tenha apercebido; assim, solicitam ao Arguido que os elucide como logrou esconder a arma, e ainda como ocorreu o crime. Ora, estas explicitações podem ter dois contornos distintos: por um lado, serem prestadas na sala de interrogatório, levando a que todas as verbalizações do Arguido se insiram no regime do art. 144.º e, conseqüentemente, nos

¹²⁷ TRC, 10.07.2013.

arts. 356.º e 357.º, ou, em contraponto, serem prestadas no local do crime, e, segundo esta tese, dissociarem-se de declarações *stricto sensu*, autonomizarem-se com a reconstituição, e, portanto, desenquadrarem-se do regime dos arts. 356.º e 357.º.

Reitere-se que não negamos autonomia à reconstituição; sufragamos, pelo contrário, que à reconstituição, porque constituída em parte por elementos característicos de outros meios de prova, sejam concedidas garantias análogas. Por conseguinte, reprovamos o enquadramento fornecido pela tese ampla.

Também a **tese intermédia** merece a nossa censura, uma vez que proclama uma destriça entre as declarações que se mostrem essenciais à finalidade da reconstituição e aquelas que extravasem esse mesmo fim. Ora, como ficou prontamente demonstrado, nem a doutrina nem a jurisprudência logram consenso quanto ao escopo da reconstituição; destarte, não nos parece consentâneo com esta discórdia sustentar que as dilucidações do Arguido se subsumirão ao regime das declarações ou ao regime da reconstituição conforme a finalidade da diligência.

Acresce ainda a questão de saber como será determinada esta essencialidade, surgindo-nos várias hipóteses, todas elas condenáveis em igual medida. Será através do despacho, que muitas vezes não existe, mas cuja falta apenas é entendida como mera irregularidade? Ou será determinada pelos OPC, que, no fito de carrear prova para o processo, questionam sugestivamente os Arguidos? Poderemos igualmente equacionar se poderá ser determinada pelo MP ou pelo JIC, no entanto, as mais das vezes nenhum se encontra presente na diligência e, quando confrontados com a possibilidade de valoração ou não das declarações do Arguido, perfilham, maioritariamente¹²⁸, que nada obsta à mesma.

Consequentemente, este critério acarreta uma subjetividade indesejável para o processo penal, com a qual não somos aquiescentes, e que apenas onerará o Arguido.

Por último, a **tese restritiva** também não é isenta da nossa reprovação. É que, como bem exemplifica E. Duarte, num processo onde se averigue um homicídio, não se vislumbram diferenças entre ouvir o Arguido a confessar, ou vê-lo (através de fotografias ou um filme mudo) a matar a vítima, até porque “ não se tornaria menos comprometedor pelo simples facto de não se ouvir a sua voz a dizer ‘Foi assim que eu o matei!’ . Até porque, como afirma a sabedoria popular, *uma imagem vale por mil palavras*”¹²⁹. Aderimos na totalidade a esta crítica, acrescentando-lhe um aspeto: também não vislumbramos qual a diferença substancial entre valorar diretamente as declarações do Arguido tendo em conta a sua transcrição para auto e o depoimento do OPC ou, em alternativa, valorar os

¹²⁸ Tendo em conta a jurisprudência consultada.

¹²⁹ Duarte, 2010, p. 55.

atos materiais que o Arguido tenha praticado durante a diligência, que mais não constituem senão gestualidade exemplificativa da verbalização.

Paralelamente, esta tese é ainda alvo de críticas pela jurisprudência¹³⁰, que coloca a tónica na autonomia da reconstituição; no entanto, e tal como decorre do que expusemos *supra*, da autonomia da reconstituição não retiramos a mesma ilação que a maioria da doutrina e da jurisprudência, ou seja, não sustentamos que as declarações do Arguido, durante este momento, devam afastar-se do disposto nos arts. 356.º e 357.º.

Ainda nesta sede, S. Cabral, criticando a separação entre atos materiais e as declarações, sustenta que a reconstituição, sendo o produto “de uma pluralidade de conhecimentos, e saberes, de diversas pessoas não se vislumbra como é que, em concreto, se consiga efectuar uma operação de redução daquela visão global, subtraindo uma de tais contribuições atomísticas, que é parte do todo”¹³¹.

1.7 O campo de minas

Face à inércia do nosso legislador, que também merecerá crítica adiante, a reconstituição, meio de prova aparentemente pacífico, mostra-se, na prática, meândrica.

Numa primeira etapa cumpre destacar a panóplia de situações nas quais, sob a égide de uma reconstituição, foram **colhidas e conservadas declarações do Arguido**, culminando num afastamento do regime valorativo dos arts. 356.º e 357.º.

A este propósito, não raras vezes constata-se, após analisar detalhadamente o auto de reconstituição, o “*vazio* do mesmo no que concerne à substância do específico meio de prova”¹³², subsistindo “única e exclusivamente as declarações do arguido (...) que, ao fim e ao cabo, são o seu *substrato*, a sua *fonte* exclusiva de informação”¹³³. Assim, concluem que a reconstituição mais não constitui do que declarações ilustradas do Arguido, razão pela qual a sua valoração está sujeita, em audiência de julgamento, ao disposto no art. 357.º¹³⁴.

Para esta conclusão têm concorrido algumas circunstâncias que merecem a nossa anuência: desde logo, a similitude entre as declarações prestadas anteriormente em sede de interrogatório e as dilucidações agora prestadas sob a égide de uma alegada reconstituição¹³⁵. Além disto, o escasso lapso temporal que medeia entre o interrogatório e a realização da reconstituição tem também contribuído para a conclusão de que não estamos materialmente perante um auto de reconstituição, mas apenas formalmente¹³⁶.

¹³⁰ TRC, 15.09.2010 e 17.05.2017.

¹³¹ Cabral, 2014, p. 635.

¹³² TRC, 25.09.2013.

¹³³ TRC, 15.01.2014.

¹³⁴ TRC, 29.01.2014.

¹³⁵ TRE, 19.05.2015.

¹³⁶ TRE, 20.12.2018.

Por último, tem também merecido a atenção dos nossos tribunais o facto de, no caso em concreto, a reconstituição mais não constituir do que a reprodução de declarações, agora no local do crime¹³⁷, ou ainda reconduzir-se a uma “visita guiada” do Arguido aos locais onde alegadamente praticou o crime, acompanhada de declarações suas¹³⁸.

Ora, alguns dos nossos tribunais têm tido a capacidade de concluir que “não é claro que o auto de diligência em causa seja uma inócua (...) reportagem de ‘diligência externa’ em vez de um inequívoco auto de declarações de arguido”¹³⁹. Assim, ponderando os fatores mencionados *supra*, concluem que à reconstituição mais não subjazem do que declarações do Arguido¹⁴⁰, e que não é pelo facto de estas terem ocorrido no local do crime que deixam de ter o cariz de declarações¹⁴¹.

Este entendimento de alguns dos nossos tribunais merece o nosso aplauso, uma vez que “a reconstituição não pode ser (como muitas vezes tem sido usada em Portugal) é [sic] um meio de conservação da prova por confissão”¹⁴², situação que, como veremos *infra*, merece acolhimento de alguma doutrina e jurisprudência.

Consideramos pertinente analisar o **teor de dois autos de reconstituição**, para que possamos concluir se, afinal, estes têm sido utilizados como forma de conservar as verbalizações do Arguido em auto distinto do de declarações.

- 1) Assim, o arguido indicou o local onde a acção se desenvolveu; mostrou, por gestos, como apontou a pistola na direcção da cabeça da vítima e a distância a que se encontrava desta (...) exemplificou como, com a ajuda de outra pessoa, que identificou, transportava vítima [sic] para um automóvel; e indicou, percorrendo-o com os inspectores da Polícia Judiciária, o trajecto que seguira até ao local onde disse que abandonou o ofendido e onde este foi efectivamente encontrado (...) ¹⁴³.
- 2) Na foto 1 o arguido bate à porta do quarto da vítima [sic], na foto 2 a vítima abre a porta ao arguido que entra no quarto e de seguida fecha a porta, nas fotos 3, 4 e 5 arguido e vítima recolhem roupa suja e retiram lençóis [sic] da cama que colocam no saco branco e azul; nas fotos 7 e 8 a vítima [sic] entrega ao arguido envelope com dinheiro para pagamento da renda, nas fotos 11, 12 e 13 o arguido usa o top de cor castanha com o qual tapa a boca e nariz da vítima [sic] (...) ¹⁴⁴.

¹³⁷ TRE, 19.05.2015.

¹³⁸ TRG, 23.10.2017 e TRP, 09.09.2009.

¹³⁹ STJ, 03.10.2002.

¹⁴⁰ STJ, 11.07.2001 e 06.12.2018.

¹⁴¹ STJ, 03.10.2002.

¹⁴² Duarte, 2010, p. 22.

¹⁴³ STJ, 03.07.2008.

¹⁴⁴ TRP, 27.02.2019.

Consubstanciam duas conjunturas distintas, até pela fundamentação dos respectivos tribunais, uma vez que na primeira situação o tribunal aderiu à tese ampla, considerando que as eventuais contribuições do Arguido se autonomizam com a reconstituição enquanto meio de prova autónomo¹⁴⁵, ao passo que no segundo caso defendeu-se a tese intermédia, entendendo-se que apenas tinham sido valoradas as declarações consideradas essenciais ao fim da reconstituição¹⁴⁶.

Porém, em qualquer umas das situações não vislumbramos a justificação para ter sido realizada uma reconstituição, a não ser o escopo de conservação de declarações, uma vez que em nenhum dos casos se visou apurar os contornos do crime, ou mesmo a verosimilhança com uma tese pré-existente por parte da investigação, mas sim obter do Arguido um depoimento no qual ele relatasse como perpetrou o facto. Além disto, as informações colhidas poderiam ter sido igualmente carreadas para o processo através de um mero interrogatório. O único motivo que consideramos plausível para a realização destas diligências externas não deixa de ser a obtenção do depoimento do Arguido, sob a forma de outro auto que não o de declarações, onde aquele demonstre gestual e verbalmente como cometeu o crime, agora *in loco*, confirmando as dilucidações que já tinha prestado em sede própria.

Em concomitância com o exposto, não podemos deixar de manifestar a nossa estupefação face à anuência dos tribunais superiores com esta conduta perpetrada pelos OPC de carrear prova declarativa para o processo, por meios sinuosos, de forma a obviar a proibição de valoração constante dos arts. 356.º e 357.º.

Certo é, como bem salienta J. Praia, que este desfecho nem sempre decorre de uma conduta preordenada por parte de quem dirige a diligência, ocorrendo, ocasionalmente, por mera falta de cuidado¹⁴⁷. Ainda assim, cremos ser igualmente reprovável a intenção de obter uma confissão e o mero descuido na realização da diligência, e o subsequente aproveitamento do que dela resultou.

Retomando a ideia deixada em aberto acima, a nossa perplexidade não cessa por aqui, uma vez que é admitido, explicitamente, pela doutrina que a reconstituição, quando coadjuvada pelo Arguido, “*v.g.* por se seguir a confissão, terá a vantagem de materializar e objectivar o carácter pessoal a [*sic*] confissão, prevenindo, de algum modo, alterações de estratégia de defesa em audiência”¹⁴⁸. Também a jurisprudência reputa a reconstituição “de grande valor em determinadas circunstâncias designadamente quando, seguindo-se a declarações confessórias produzidas no inquérito pelo arguido”¹⁴⁹, previne as referidas

¹⁴⁵ STJ, 03.07.2008.

¹⁴⁶ TRP, 27.02.2019.

¹⁴⁷ Praia, 2019, pp. 32 e 33.

¹⁴⁸ Santos & Henriques, 2008, p. 1030. Entendimento afim é sustentado no TRC, 27.11.2013.

¹⁴⁹ TRC, 15.05.2013.

modificações na defesa do Arguido, nomeadamente, quando “o arguido muda a sua postura processual (de colaborante – participando na reconstituição – a não colaborante, remetendo-se ao silêncio)”¹⁵⁰.

Acresce ainda a circunstância de não raras vezes a reconstituição, além de ser a congregação da gestualidade e das verbalizações do Arguido, aglomerar ainda as questões colocadas pelos OPC e respetivas respostas fornecidas por aquele. Na verdade, segundo a jurisprudência, as questões concretizam-se em “pedidos de esclarecimento que vinham na sequência dos passos que o arguido AA ia reconstruindo, de modo a possibilitarem a sua ligação e concatenação, a sua intelegibilidade [*sic*] e precisão, ou simplesmente a pedidos de exemplificação”¹⁵¹.

Cumpre ainda chamar à colação mais um facto que cremos pertinente para esta análise: como bem salienta J. Praia, por vezes a reconstituição surge após o interrogatório, no qual o Arguido optou pelo silêncio, não obstante, no seio da reconstituição, o mesmo optar por elucidar os OPC¹⁵².

Esta conjuntura leva-nos a questionar qual o fundamento para, em momentos processuais tão próximos, onde à partida participarão os mesmos sujeitos, o Arguido modificar tão radicalmente a sua postura processual, designadamente, de exercer o seu direito a não contribuir para a sua autoincriminação, mormente, não respondendo às questões formuladas, a ser um sujeito extremamente colaborante com a investigação, descartando todos os direitos que lhe são conferidos.

Suscita-se-nos, consequentemente, uma interrogação: será porque o art. 144.º prescreve que a estes interrogatórios será aplicável o disposto quanto aos demais, especialmente, a explicação dos direitos conferidos pelo art. 61.º (art. 141.º/4/a) *ex vi* do art. 144.º/1), bem como que o Arguido deve ser informado de que tem direito a ser assistido por Defensor (art. 144.º/4)?

Por último, julgamos ser ainda pertinente destacar uma outra função da reconstituição, atribuída pelos tribunais, que é a de ressuscitar processos moribundos, isto é, a reconstituição ser “meio de prova essencial para encontrar o rumo da investigação, parada muitos anos por ausência de elementos”¹⁵³. Ora, não podemos deixar de censurar esta utilidade da reconstituição, primordialmente associada à forma como têm sido tratadas as declarações do Arguido nesta sede.

¹⁵⁰ TRP, 16.09.2015.

¹⁵¹ STJ, 20.04.2006.

¹⁵² Praia, 2019, p. 33, n.º 71.

¹⁵³ TRE, 06.06.2017.

1.8 A analogia

Alguma jurisprudência tem vindo a sedimentar o entendimento de que as dilucidações do Arguido durante a reconstituição não são declarações *stricto sensu* com base num argumento comparativo. O raciocínio reconduz-se ao seguinte: no seio das escutas telefónicas¹⁵⁴ também podem ser colhidas declarações do Arguido, todavia, quando estas são transcritas, abandonam a sua configuração como declarações, passando a sua transcrição a valer como prova documental, a valorar nos termos do art. 127.^o¹⁵⁵. Consequentemente, “também as contribuições do arguido consignadas em auto de reconstituição do facto, desde que prestadas livremente, podem ser valoradas, sem sujeição ao regime dos artigos 129.^o e 356.^o, n.º 7”¹⁵⁶.

Ora, face a esta argumentação cumpre-nos concordar, em parte. É certo que as escutas telefónicas que captem o Arguido contêm declarações do mesmo; porém, quando transcritas transmutam-se em prova documental. Contudo, discordamos perentoriamente da aplicação deste raciocínio à reconstituição; e da análise célere do regime das escutas, em comparação com o da reconstituição, será perceptível a razão.

Com efeito, o regime das escutas consubstancia-se como um dos regimes mais rígidos do CPP no que concerne aos pressupostos e trâmites. Atente-se: (1) as escutas apenas podem ser ordenadas no inquérito (2) quando sejam indispensáveis para a descoberta da verdade material ou quando, de outra forma, a prova fosse de difícil obtenção, (3) mediante requerimento do MP, (4) decididas por despacho fundamentado do JIC, (5) apenas podendo ser decretadas em relação a um catálogo fechado de crimes. Uma vez ordenadas, sujeitam-se igualmente a um rígido regime de controlo, (6) mediante remessa, quinzenalmente, dos dados recolhidos pelos OPC ao MP, (7) e este último ao JIC.

Efetivamente, as declarações transmutam-se noutra meio de prova; no entanto, não vislumbramos qualquer similitude entre as garantias conferidas ao Arguido no regime das escutas quando comparadas com as atribuídas na reconstituição.

Não é despidendo mencionar que, durante a reconstituição, o Arguido adota uma postura cooperante pois é confrontado com esta diligência, ao passo que nas escutas tudo se passa sem o seu conhecimento e, caso este existisse, não haveria Arguido que continuasse a verbalizar.

Assim, repudiamos este argumento.

¹⁵⁴ Meio de obtenção de prova previsto nos arts. 187.^o e ss.

¹⁵⁵ TRC, 17.05.2017 e TRP, 27.06.2012.

¹⁵⁶ TRP, 27.06.2012. Entendimento análogo é defendido no TRC, 17.05.2017.

1.9 Os afins

Quanto aos meios análogos à reconstituição, cabe comparar as garantias do Arguido nesses meios.

Encetando com a **inspeção judicial**, para uma correta comparação entre estes meios de prova, e para o que aqui releva, mostra-se crucial indagar sobre a obrigatoriedade (ou não) da presença de Advogado na diligência. Assim, da leitura conjugada dos arts. 604.º/3 CPC e 419.º a 422.º CPC, a regra é a produção de prova em sede de audiência final, aqui também se incluindo a inspeção judicial. Além disto, há que considerar que na generalidade das ações civis a constituição de Mandatário é obrigatória (art. 40.º CPC), e que a sua falta em audiência final constitui fundamento para o adiamento da mesma (art. 603.º/1 CPC). Por último, o art. 491.º CPC prescreve que as partes são notificadas para comparecer, por si ou pelos seus Advogados. Com efeito, uma interpretação articulada destes preceitos levar-nos-á a concluir pela obrigatoriedade da presença do Advogado aquando da realização da inspeção judicial, excetuando os casos em que não seja obrigatória a constituição de Mandatário.

Considerando o regime explanado em comparação com o regime do art. 150.º, cumpre-nos tecer uma crítica à disparidade de regulamentação. Atente-se no seguinte: nos termos do art. 4.º do CPC, deve ser assegurado um estatuto de igualdade das partes, pelo que não se poderá afirmar que qualquer uma delas se revista de um ascendente sobre a outra; por contraponto, no processo penal, o estatuto processual do Arguido corporiza precisamente a ideia de fragilidade do mesmo ante o poder estadual. É precisamente no decurso da assunção da desigualdade no seio do processo penal que o art. 61.º consagra uma panóplia de direitos do Arguido, alguns deles decorrentes diretamente do texto fundamental do nosso ordenamento jurídico (art. 32.º CRP).

Ora, uma diligência probatória homóloga no âmbito do processo civil e penal deveria ter, neste último, pelo menos o mesmo nível protetivo que tem no seio daquele, o que não sucede *in casu*, como acima ficou demonstrado. Não se vislumbra justificação para a reconstituição dos factos no âmbito civil contar com a presença de Mandatário e, no processo penal, de *per si* mais nefasto, permitir-se a ausência de Defensor.

Em relação ao **exame ao local**, há que chamar igualmente à colação o art. 64.º/1/c), de onde decorre que o Arguido é obrigatoriamente assistido por Defensor durante a audiência de julgamento. Com efeito, quando o Arguido seja convocado a participar nesta diligência, este estará, obrigatoriamente, assistido por Defensor, sob pena de nulidade, nos termos do art. 119.º/c).

Assim, não podemos deixar de tecer uma crítica ao facto de a reconstituição, quando realizada com a coadjuvação do Arguido, poder ser realizada sem a presença do Defensor, não acarretando esta ausência qualquer irregularidade ou nulidade, no

entanto, a diligência de exame ao local, quando o Arguido seja notificado para comparecer, tem de contar com a presença do Defensor, sob pena de nulidade insanável. Ora, não concebemos a disparidade de regimes.

Em primeiro lugar, o exame ao local é realizado no seio da audiência de julgamento, precedida, logicamente, de acusação¹⁵⁷, ou, noutros casos, de despacho de pronúncia¹⁵⁸, isto é, num momento processual onde já existe uma probabilidade suficiente de que àquele Arguido poderá ser aplicada uma pena (arts. 283.º/2 e 308.º/2). Por contraponto, a reconstituição do facto é realizada em sede de inquérito, no qual a constituição de um sujeito como Arguido pode ser precedida apenas da suspeita fundada da prática de um crime (art. 58.º/1/a)).

Além disto, e porventura mais relevante, é a circunstância de, durante a reconstituição, o Arguido recriar o facto que alegadamente cometeu, fornecendo explicações orais que o poderão comprometer doravante; por outro lado, no exame ao local, o Arguido não será o “alvo” da diligência (uma vez que é o local onde o crime foi cometido), podendo inclusive permanecer em silêncio por não lhe ser solicitado qualquer esclarecimento.

Cumprе ainda destacar que se o exame ao local é realizado durante o julgamento, impreterivelmente estarão presentes o MP e o juiz, o que não sucede durante a reconstituição. Por último, e porventura mais caricato ainda, é a circunstância de ser possível exame ao local com a presença de Defensor e sem Arguido (nos termos do art. 334.º/2); no entanto, na reconstituição suceder exatamente o antípoda.

Em concomitância com o exposto, o nosso CPP obriga à presença de Defensor numa diligência probatória trivial e, paralelamente, permite a realização de uma diligência que lacera os direitos do Arguido, sem a presença de Defensor.

1.10 Os conformistas

A par da jurisprudência que tenta justificar uma utilização, na nossa opinião, oblíqua da reconstituição, socorrendo-se dos argumentos supramencionados, outra existe que se circunscreve, acriticamente, a reproduzir a orientação dos demais acórdãos¹⁵⁹.

No entanto, não será esta a prática mais censurável por parte dos nossos tribunais superiores, pois reconduz-se aos múltiplos acórdãos que optam por entender que nada obsta à valoração das declarações do Arguido durante a reconstituição e ao depoimento

¹⁵⁷ A qual foi deduzida por se ter considerado existirem indícios suficientes da prática do crime pelo Arguido (art. 283.º/1).

¹⁵⁸ Proferido nos casos em que tenham sido carreados para o processo indícios suficientes de se verificarem os pressupostos inerentes à aplicação do Arguido de uma pena ou medida de segurança (art. 308.º/1).

¹⁵⁹ TRE, 30.09.2008 e TRL, 08.02.2007.

dos OPC, oferecendo parcas elucidações sobre a justificação para tal entendimento, ou limitando-se a reproduzir o texto de outros acórdãos¹⁶⁰.

Não podemos deixar de manifestar a nossa estupefação ao constatar que os nossos mais altos tribunais, cuja função é administrar a justiça em nome do povo e assegurar a defesa dos direitos dos cidadãos, bem como reprimir a violação da legalidade¹⁶¹, optam por uma postura tão inerte em relação a uma temática sensível. As questões que temos vindo a suscitar contendem, impreterivelmente, com os direitos fundamentais do Arguido, bem como com as suas garantias, e aqueles que os deviam acautelar, aparentemente, demitem-se das suas funções.

1.11 Os extravagantes

Ainda no âmbito dos sinuosos entendimentos da nossa jurisprudência, cumpre-nos destacar um último argumento aduzido para sustentar a valoração das declarações do Arguido durante a reconstituição. O raciocínio resume-se ao seguinte: não permitir a valoração das dilucidações do Arguido durante a reconstituição corresponderia a um esvaziamento deste meio de prova; materialmente, a desconsideração destas verbalizações seria análogo a “tendo o arguido reconhecido durante a investigação, perante o JIC, ter modo [sic] a pessoa cujo homicídio se investiga e escondido o cadáver em determinado local, nos precisos termos indicados pelo arguido, tal descoberta não pudesse ser valorada”¹⁶², porque posteriormente o Arguido optou por usar o seu direito ao silêncio.

Não obstante ser aparentemente convincente, este raciocínio é falacioso *ab initio*. É que as declarações do Arguido, mesmo que prestadas perante o JIC, apenas podem ser utilizadas numa fase posterior do processo nos termos do art. 357.º/1/b) e mediante o preenchimento dos pressupostos aí previstos. Além disto, a justificação para tal entendimento não pode ser assacada à redação da lei contemporânea do acórdão suprarreferido, uma vez que aquela apenas previa a reprodução de declarações anteriormente prestadas quando existissem contradições entre as prestadas numa fase preliminar do processo e as prestadas em audiência de julgamento. Ora, como bem foi entendido pela doutrina, apenas há discrepâncias entre as declarações quando o Arguido opta por prestar declarações¹⁶³; caso este conduza a sua conduta processual ao silêncio, nenhuma contradição brota.

Assim, não se compreende o raciocínio apresentado, uma vez que parte de uma interpretação errada da letra da lei. Não obstante, fornece-nos o mote para logarmos

¹⁶⁰ STJ, 04.01.2017, TRE, 30.09.2008, TRL, 08.02.2007, TRC, 22.09.2010 e TRP, 10.09.2008.

¹⁶¹ Art. 202.º/1 e 2 CRP.

¹⁶² TRC, 15.12.2004.

¹⁶³ Albuquerque, 2011, p. 922.

salientar um aspeto que se consubstancia de grande importância: é que, tal como referido agora, e em consonância com o regime já exposto, a possibilidade de reprodução das declarações do Arguido encontra-se sujeita a severos pressupostos, mesmo quando aquelas tenham sido prestadas perante JIC. Note-se que a simples falta de um dos três pressupostos (a presença de autoridade judiciária, do Defensor, e das advertências previstas no art. 141.º/4/b)) origina a impossibilidade de valoração das mesmas.

Com efeito, o regime estabelecido não diferencia a autoridade judiciária perante quem são prestadas as declarações, mas subsume a sua aplicação ao ato que é praticado, isto é, à verbalização por parte do Arguido. Assim, aparenta ser mais restrito o regime de valoração das dilucidações do Arguido perante o juiz das liberdades do que perante um OPC, o que não concebemos nem perfilhamos.

Em síntese, a par de outros argumentos aduzidos, este não só se revela incomum, como igualmente criticável.

1.12 O filho bastardo

Neste ponto merece censura a atitude do nosso legislador perante este meio de prova, quando confrontado com os demais meios de (obtenção de) prova.

Iniciando a exposição pela **tipificação da reconstituição**, esta surge por imposição expressa da Assembleia da República, na Lei n.º 43/86, de 26/09. Analisando o art. 2.º/2/24), emergem amplas dúvidas sobre se foi cumprido o desidrato aí estipulado.

Confrontando o sentido da autorização legislativa com a redação do art. 150.º, surgem várias incertezas sobre se a reconstituição tem uma regulamentação específica. É certo que logrou ter uma disciplina autónoma em relação aos demais meios de (obtenção de) prova; não obstante, não cremos que a mera previsão da reconstituição, tal como está hoje, seja suficiente para obter a especificidade necessária. É que, dissecando este meio de prova, tal como temos vindo a fazer, constatamos que a sua previsão se encontra repleta de lacunas. Aliás, a par da previsão da regulamentação específica da reconstituição estava também o reconhecimento; ora, este contou, *ab initio*, com uma regulação verdadeiramente detalhada, o que não sucedeu com a reconstituição.

Consequentemente, surge-nos a segunda perplexidade, que se traduz na circunstância de serem poucos os artigos do Livro III do CPP que, após três décadas e meia de vigência do Código, **não tenham sido objeto de qualquer alteração legislativa** – é o caso da reconstituição. Não concebemos como é que um meio de prova tão sinuoso e problemático permanece intocado após mais de quarenta alterações ao CPP. Tal como anunciámos no início, e cremos agora poder começar a concluir, as turbulências suscitadas pela reconstituição não são recentes, remontando ao século

passado, bem como não se revestem de insignificância, contendendo, outrossim, com aspetos fulcrais da estrutura do nosso processo penal. Em concomitância com o exposto, não logramos apreender a inércia pungente do nosso legislador, que posterga, sucessivamente, a apropriada regulamentação da reconstituição como se sobre ela não se quisesse debruçar, tornando-a um “filho bastardo” na família da prova. A par desta postura apática do nosso legislador, há também doutrina que sufraga o cumprimento do desiderato estabelecido na Lei n.º 43/86, de 26/09, defendendo que a reconstituição se encontra pormenorizadamente regulamentada¹⁶⁴, entendimento que não podemos, notoriamente, perfiar.

1.13 O compelido

Recuperando o dever do Arguido de sujeição a diligências probatórias já abordado, impõe-se, neste ponto, esgrimir a orientação da doutrina e da jurisprudência em relação à reconstituição.

A este propósito, H. Gaspar sufraga que sobre o Arguido impende a obrigação de participar em todas as diligências probatórias cuja realização não seja possível sem a sua colaboração, não sendo suscetível de recusa a sua coadjuvação – é o que sucede com a reconstituição¹⁶⁵. E. Duarte, por seu turno, após esgrimir sobre o alcance da previsão do art. 61.º/1/d), conclui que o seu âmbito de aplicação se reconduz, meramente, ao campo declarativo – assim, o Arguido pode ser compelido a participar na reconstituição, desde que respeitados os imperativos dos arts. 32.º/8 CRP e 126.º¹⁶⁶. S. Cabral aporta um discernimento diverso, entendendo que o Arguido pode ser forçado a comparecer e a participar na diligência, no entanto, somente de forma passiva; apenas em relação a estes dois comportamentos é que o Arguido está efetivamente adstrito, sob pena de incorrer no crime de desobediência (art. 348.º CP)¹⁶⁷. Já a obrigação de colaboração ativa, através de verbalização ou de qualquer “comportamento que implique que o arguido *ativamente* contribua para a sua auto-incriminação (...) não pode ser imposta”¹⁶⁸. Por outro lado, no que à jurisprudência concerne, esta ou não esgrime sequer esta questão, ou conclui que o Arguido não tem o poder de recusar participar na diligência¹⁶⁹.

Porém, não nos podemos olvidar que “característico da estrutura acusatória do processo penal português é a atribuição ao arguido do estatuto de sujeito processual”¹⁷⁰; consequentemente, “o arguido não tem o dever de colaborar na investigação, na

¹⁶⁴ Gonçalves, 2005, p. 358.

¹⁶⁵ Gaspar, 2014, p. 217.

¹⁶⁶ Duarte, 2010, p. 45.

¹⁶⁷ Cabral, 2014, p. 633.

¹⁶⁸ Milheiro, 2021, p. 383.

¹⁶⁹ TRC, 27.11.2013.

¹⁷⁰ Antunes, 1992, p. 25.

descoberta da verdade, tendo, sim, o direito a intervir no inquérito, em sua defesa”¹⁷¹, uma vez que “não é objeto do processo-crime”¹⁷².

Deste modo, tal como sucede com as declarações, em relação às quais o Arguido não tem o dever de colaborar¹⁷³, entendemos que não só porque a reconstituição é também constituída por prova declarativa, mas ainda porque do direito à não autoincriminação decorre que o Arguido não deve “ser obrigado a fornecer prova da própria culpabilidade, quer testemunhal, quer real, quer documental”¹⁷⁴, este não pode ser compelido, sob qualquer forma, a participar na diligência, primordialmente de forma ativa.

Divergimos, portanto, do entendimento segundo o qual o Arguido pode ser compelido a participar na diligência, ainda para mais sob pena de incorrer num crime. Saliente-se que o processo penal já tem subjacente uma disparidade gritante entre a posição “existencial” do Arguido e a do Estado (enquanto entidade punitiva)¹⁷⁵; é a este último, através das autoridades judiciais e dos OPC, que foi outorgada a incumbência de prosseguir com o processo penal, carreando prova, a fim de, no término do mesmo, se poder formar um juízo de culpabilidade ou não. Ora, para o prosseguimento desta incumbência, sobre o Arguido não pode recair o dever de colaboração, sob pena de uma depauperação das garantias que o nosso processo penal lhe confere.

1.14 O insólito

No âmbito da nossa crítica, julgamos ser ainda relevante dirigir o nosso juízo de censura para um caso concreto.

De modo sucinto, averiguava-se a prática de quatro crimes de incêndio florestal; no âmbito da investigação, o OPC interroga duas testemunhas, chegando a um possível suspeito. De seguida, o OPC fala com este suspeito, que confessa a autoria dos quatro incêndios. Em consequência, os OPC deslocam-se com o suspeito e um fotógrafo aos locais do crime, onde o mesmo explica como os cometeu¹⁷⁶.

Esta diligência, bem como o testemunho dos OPC, foram valorados, tendo o Arguido recorrido para o TRC, que acabou por confirmar a decisão de primeira instância¹⁷⁷; novamente inconformado, o Arguido interpôs recurso para o STJ.

¹⁷¹ Costa, 2002, p. 72.

¹⁷² Valente, 2019, p. 753.

¹⁷³ Antunes, 1992, p. 26.

¹⁷⁴ Ramos, 2006, p. 133.

¹⁷⁵ Daí o leque de direitos que é conferido ao Arguido, como forma de, processualmente, não existir esta disparidade.

¹⁷⁶ STJ, 22.04.2004. Note-se que a referência a “suspeito” não decorre de imprecisão linguística, mas sim da verdadeira qualidade em que o mesmo participava no processo.

¹⁷⁷ TRC, 12.11.2003.

O STJ veio defender que nada obstava à valoração da reconstituição (posição à qual já nos veio habituando, tal como ficou demonstrado), mesmo que feita por suspeito; é que a obrigatoriedade de constituição como Arguido apenas surge quando se forme a “suspeita fundada da prática do crime”. Ora, o tribunal defendeu que neste caso não foi isso que sucedeu, uma vez que o “mais natural” é que os OPC não hajam crido, *ab initio*, na confissão incriminatória do suspeito sem primeiro poderem comprovar a sua verosimilhança, nomeadamente, através da reconstituição¹⁷⁸. É que “é do conhecimento comum que há ‘confissões espontâneas’ que, sem mais, desacompanhadas de outros elementos probatórios, não merecem a menor credibilidade, isto é, não são o bastante para fundar suficientemente a suspeita”¹⁷⁹.

Este entendimento deixa-nos atónitos.

Seguindo o entendimento de E. Duarte, a reconstituição depende da prévia constituição do Arguido como tal; segundo o Autor, deve fazer-se uma interpretação abrangente do art. 58.º/5, no sentido de se abrangerem também os comportamentos concludentes do (ainda) suspeito durante a reconstituição; destarte, nos casos em que a reconstituição se inicie sem o Arguido ter essa qualidade, se no decurso da mesma surgir fundada suspeita de que possa ter sido o autor do crime, deve a diligência ser suspensa, procedendo-se à constituição do Arguido por aplicação analógica do art. 59.º/1¹⁸⁰. Porém, nos casos em que as condições para a constituição como Arguido já se verificassem num momento anterior ao início da diligência, deve proceder-se à atribuição desse estatuto, “sob cominação de a sua participação na reconstituição não poder ser valorada em sede probatória”¹⁸¹. Mais exigente ainda é S. Cabral, que sufraga que “a participação do arguido na reconstituição do facto como meio de prova válido pressupõe a prévia constituição como arguido com a prévia informação dos direitos que lhe assiste”¹⁸².

Ora, não conseguimos conceber a posição do STJ quando defende que nada obsta à valoração das declarações do suspeito durante a reconstituição; é que o caso agora em análise transcende toda a querela mencionada *supra*, lacerando o estatuto do Arguido, bem como os princípios mais elementares do nosso processo penal¹⁸³. Não vislumbramos, igualmente, a crença do tribunal de que no momento da realização da reconstituição ainda não existia suspeita fundada de que aquele sujeito poderia ter cometido o crime; após uma confissão espontânea e de o suspeito ter encaminhado os OPC para o local do crime, iniciando a sua explicitação, entendemos que, pelo menos

¹⁷⁸ STJ, 22.04.2004.

¹⁷⁹ STJ, 22.04.2004.

¹⁸⁰ Duarte, 2010, p. 47.

¹⁸¹ Duarte, 2010, p. 47.

¹⁸² Cabral, 2014, p. 633.

¹⁸³ Princípios da presunção de inocência e controlo judicial (art. 32.º CRP).

neste momento, estavam preenchidos todos os requisitos para a constituição como Arguido, o que os OPC, intencionalmente, relegaram para momento ulterior. Questionamos a razão para tal atuação: para não informar o Arguido do direito ao silêncio? Para não lhe transmitir o direito a ser assistido por Defensor? Não descortinamos o motivo; vislumbramos, outrossim, um atentado letal à estrutura do nosso processo penal.

1.15 O ex-amigo

Além da questão primordial que temos vindo a abordar, não pretendemos deixar de fazer uma breve referência a um outro problema intimamente conexionado com ela. Trata-se da questão da valoração das declarações de Coarguido durante a reconstituição quando este se remete ao silêncio em julgamento.

Quando falamos de declarações *stricto sensu*, o art. 345.º/4 consagra uma proibição de valoração das declarações anteriormente prestadas por Coarguido, em prejuízo de outro, quando aquele use o direito ao silêncio durante o julgamento. Será que sucede o mesmo quando estamos no âmbito da reconstituição? Adiantamos já que, maioritariamente, não.

A jurisprudência tem sufragado que nada obsta à valoração da reconstituição coadjuvada por um Coarguido em prejuízo de outro, mesmo que aquele nada declare durante o julgamento¹⁸⁴. Ora, com esta perceção é possível vislumbrar uma nova finalidade para a reconstituição, que se reconduz à conservação de declarações de Coarguido para incriminar o outro, e já não apenas para servir de elemento de condenação daquele que as prestou.

Paradoxalmente, temos uma decisão que considerou que o auto de reconstituição não poderia ser valorado, pois continha, essencialmente, declarações de Coarguido, que não prestou declarações em julgamento¹⁸⁵. É esta a posição que sufragamos, no entanto, manifestamos as nossas reservas quanto à posição adotada por este tribunal, uma vez que florescem dúvidas sobre se seria esta a sua orientação caso o auto não fosse tão despudoradamente constituído por declarações. T. Milheiro entende que se deve aplicar, por analogia, o disposto no art. 345.º/4, sob pena de não serem asseguradas as garantias de defesa¹⁸⁶.

¹⁸⁴ STJ, 20.04.2006 e TRC, 15.05.2013.

¹⁸⁵ STJ, 06.12.2018.

¹⁸⁶ Milheiro, 2021, p. 387.

Capítulo 4 A solução

Em concomitância com tudo o foi exposto, cumpre, agora, apresentar a nossa solução para que a reconstituição deixe de ser a válvula de escape do sistema, bem como para coadunar este momento probatório com o estatuto processual do Arguido.

É certo que o processo penal não pode ser visto apenas sobo prisma dos direitos do arguido” tendo, ao invés, de ser analisado “como um todo, destinado à boa administração da justiça”¹⁸⁷. Todavia, e como bem salienta J. Praia, o fim do processo penal não é a procura desmensurada da verdade, mas sim a sua descoberta através dos meios processualmente válidos, “ainda que isso possa conduzir, e muitas vezes por certo conduz, à impossibilidade de acesso à intitulada verdade ‘material’ ou histórica”¹⁸⁸. Com efeito, “num Estado de Direito o exercício da acção penal implica necessariamente o respeito por um corpo de garantias de defesa inaliáveis. Estas não são um mero limite, mas sim parte essencial do regime com que se realiza a justiça penal”¹⁸⁹; sendo o processo penal considerado como direito constitucional aplicado, estas garantias decorrem diretamente do art. 32.º CRP, refletindo-se no art. 357.º.

Posto isto, perfilhamos que o âmago desse corpo de garantias é a **presença de Advogado**: “quem não valoriza o papel do defensor, não tem amor pelos direitos humanos”¹⁹⁰.

O art. 32.º/3 CRP, debruçando-se sobre a presença do Defensor, prescreve que o Arguido tem direito não só a escolher por quem vai ser defendido, como também tem direito a ser assistido por ele em todos os atos do processo; e prescreve, ainda, que é ao legislador ordinário que incumbe a listagem dos atos em que é obrigatória a presença do Defensor. Ora, contrariamente ao entendimento de R. Santiago, que considera que estamos perante uma “tarefa da qual o legislador, em boa verdade, não se demitiu e levou a sério”¹⁹¹, julgamos que o legislador falhou ao não listar a reconstituição como um dos atos nos quais a presença do Advogado é obrigatória.

“O *advogado* é o baluarte da defesa da cidadania”¹⁹², pelo que lhe compete, entre outras incumbências, a fiscalização contra os excessos e os abusos que possam vir a ser praticados¹⁹³. Mas mais do que isto, na esmagadora maioria das situações, o Arguido desconhece os direitos, garantias e prerrogativas inerentes ao seu estatuto, razão pela qual a presença do Defensor é crucial para a sua concretização¹⁹⁴. Destarte, o cerne da

¹⁸⁷ TRC, 17.11.2010.

¹⁸⁸ Praia, 2019, p. 4.

¹⁸⁹ Pinto, F., 2018, p. 42, sublinhado nosso.

¹⁹⁰ Alves, R., 2005, p. 61.

¹⁹¹ Santiago, 2007, p. 209, n.º 7.

¹⁹² Abreu, 2006, p. 181.

¹⁹³ Ristori, 2007, p. 139.

¹⁹⁴ Dias & Brandão, 2020, pp. 51 e 52.

presença de Defensor, para o que aqui releva, é “impedir o arguido de fazer declarações originadas por inconsideração, equivocidade ou ignorância”¹⁹⁵. Como bem salienta J. Dias, na prova declarativa, a assistência por Defensor consubstancia-se como “uma pedra fundamental do direito de defesa”¹⁹⁶, não podendo, sob nenhum pretexto, ser afetada pela finalidade investigatória¹⁹⁷.

De facto, foi precisamente esta consideração que, em 2013, esteve subjacente à alteração do art. 357.º/1, na qual, “através de uma revisão cirúrgica, [colocou-se] (...) o eixo das garantias na autonomia do arguido devidamente informado e representado por advogado”¹⁹⁸ aquando da prestação de declarações perante autoridade judiciária.

Considerando que “exigir que a reconstituição feita exclusivamente por arguidos não tenha ‘declarações’ é exigir que as reconstituições sejam mudas, despidas da linguagem, característica essencial da humanidade”¹⁹⁹, não pretendemos sufragar a ausência de linguagem; não obstante, precisamos de revestir este meio probatório de garantias, pelo menos, análogas à prestação de declarações. Ora, uma dessas garantias inalienáveis, mormente quando abordamos a temática da valoração das declarações em fases ulteriores do processo, é a presença de Advogado durante a sua prestação.

Consequentemente, também durante a reconstituição, contendo esta rasgos de declarações, a presença de Defensor deve ser *conditio sine qua non* para a posterior valoração da mesma.

Neste sentido, os MMPDJP salientam que, quando a reconstituição conte com a coadjuvação do Arguido, não é despicienda a sua assistência por Defensor para que aquele possa exercer, efetivamente, o seu direito de defesa²⁰⁰.

E isto é tão mais importante porquanto tendo este meio de prova a virtualidade de materializar e objectivar o acontecimento histórico em causa (...), o mesmo poderá ser utilizado em sede de audiência e discussão de julgamento, permitindo não só melhor compreender o facto histórico a julgar, como potenciando o êxito de produção de prova, na medida em que vale de per si²⁰¹.

Como bem destacou R. Alves, numa altura em que estava em funções a UMRP, não se deveria deixar passar o ensejo de “garantir a assistência [de Defensor], como regra, em todos os actos relevantes do processo, assegurando um contraditório efectivo”²⁰².

¹⁹⁵ Dias & Brandão, 2020, p. 68. Como salienta Silva, S., 2019, p. 372, “a importância da atuação do advogado de defesa não se circunscreve à tutela da liberdade das declarações valoráveis em *audiência*, estendendo-se [também] aos contributos probatórios que possam ser utilizados contra si ao longo de todo o *processo*”.

¹⁹⁶ Dias, 1971, pp. 261 e 262.

¹⁹⁷ Dias, 1971, pp. 261 e 262.

¹⁹⁸ Mesquita, 2015, p. 119.

¹⁹⁹ TRE, 06.06.2017.

²⁰⁰ MMPDJP, 2009, p. 400.

²⁰¹ MMPDJP, 2009, p. 400.

²⁰² Alves, R., 2005, p. 61.

Efetivamente, esta foi uma questão sobre a qual se debruçou a UMRP, quando, em relação aos arts. 146.º, 147.º e 150.º, instituiu como um dos desígnios a alcançar “reforçar a proteção do arguido, com a obrigatoriedade da assistência por defensor”²⁰³. Esta intenção constava da ata da reunião do Conselho da UMRP de 19.06.2006, mas, curiosamente, no anteprojeto de Revisão do CPP²⁰⁴, tinha-se volatilizado.

Outra das garantias inalienável a qualquer intervenção do Arguido no processo é “garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade”²⁰⁵, que só é possível se o Arguido estiver ciente dos direitos que lhe são conferidos, bem como das sequelas que podem derivar das suas intervenções processuais – referimo-nos às **advertências** mais basilares.

Visto que “só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”²⁰⁶, apenas após ser informado do “seu irrestrito direito a calar sobre os factos que constituem objeto do processo”²⁰⁷ é que este pode coadunar a sua postura processual.

Ora, afirmarmos que a participação do Arguido durante a reconstituição foi livre quando este não foi advertido do seu direito ao silêncio, a ser assistido por Advogado²⁰⁸, assim como da possibilidade de utilização posterior do decurso do momento probatório “contra si”, mais não constitui do que uma trivialidade²⁰⁹.

A propósito das advertências que devem preceder a reconstituição, E. Duarte salienta que, à partida, a prova carreada para o processo numa fase embrionária só pode ser valorada se repetida em audiência²¹⁰.

Com efeito, entendemos que a **presença obrigatória do Defensor** e a necessidade de **advertir** o Arguido de que, não exercendo o direito ao silêncio, as dilucidações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que, em audiência de julgamento, se remeta ao silêncio, constituem garantias inalienáveis.

Ainda no intento de resgatar este meio de prova, não nos podemos olvidar do papel do **JIC**, mormente na fase de inquérito; “[a] ideia que orienta e legitima a acção do juiz na fase de inquérito: [é] o significado do acto para os direitos fundamentais das pessoas

²⁰³ UMRP, 2006a, p. 10.

²⁰⁴ UMRP, 2006b.

²⁰⁵ Andrade, 2013, p. 121.

²⁰⁶ Dias, 1993, pp. 27 e 28.

²⁰⁷ Silva, S., 2019, p. 358.

²⁰⁸ Tendo em conta a redação atual da lei.

²⁰⁹ Neste sentido, Duarte, 2010, p. 47.

²¹⁰ Duarte, 2010, p. 48. Em comparação com os arts. 271.º e 294.º, refere que “não estando da mesma forma assegurada para a reconstituição a imediação judicial, o contraditório e a presença do defensor, deve esta falta de garantias de defesa, num meio de prova que é levado directamente à apreciação do julgador, ter como contraponto um esclarecimento adicional, *qualificado*”, Duarte, 2010, p. 48.

que por ele são afectadas”²¹¹, isto é, este apenas é chamado quando é “necessário tomar medidas que prejudiquem direitos, liberdades e garantias”²¹².

Em relação à reconstituição, não diremos que colide diretamente com direitos, liberdades e garantias, no entanto, estamos perante um meio de prova extremamente penoso para o Arguido, na medida em que, numa fase primitiva do processo, é confrontado com a necessidade de se autoincriminar, sem qualquer advertência sobre as consequências da sua pronúncia, e sem poder ser aconselhado sobre a conduta a adotar; concomitantemente, esta decisão tomada de modo irrefletido não admite compunções, regressando como um verdadeiro “*boomerang*” para assombrar a defesa do Arguido.

Cremos que a solução para que o recurso à reconstituição não seja decidido pelos OPC, levando a uma procura ávida da verdade, é a compulsoriedade de despacho da autoridade judiciária que preside à fase processual, à exceção do inquérito, no qual tem de ser proferido pelo JIC.

Estabelecidas que estão as três garantias inalienáveis, presentes no art. 357.º, cumpre questionar se estas se podem repercutir na reconstituição como está prevista hoje.

Não cremos. Com efeito, a reconstituição tem vindo a ser utilizada como válvula de escape do sistema, apartando-se dos princípios e garantias mais basilares do nosso ordenamento processual penal. Ora, como ficou demonstrado *supra*, à valoração da reconstituição preside uma total arbitrariedade, característica que não pode presidir ao processo penal, mormente, num Estado de Direito.

Acreditamos que a melhor solução para remir a reconstituição do estado moribundo em que foi colocada é uma alteração profunda à letra da lei, nos termos que se seguem:

Artigo 150.º

Pressupostos e procedimento

1 – Quando houver necessidade de determinar as circunstâncias de um facto, é admissível a sua reconstituição. Esta consiste na reprodução, tão fiel quanto possível, das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e na repetição do modo de realização do mesmo.

2 – A realização da reconstituição depende de despacho da autoridade judiciária que presidir à fase em que se encontra o processo, à exceção da fase de inquérito, na qual depende de despacho do juiz de instrução.

²¹¹ Brandão, 2019, p. 52.

²¹² Martins, 2014, p. 23.

3 – O despacho que ordenar a reconstituição do facto deve conter uma indicação sucinta do seu objeto, do dia, hora e local em que ocorrerão as diligências. No mesmo despacho pode ser designado perito para execução de operações determinadas.

4 – A reconstituição pode contar com a participação do arguido, assistente, partes civis ou testemunhas, desde que previsto no despacho a que se refere o n.º 2.

5 – A documentação da diligência é efetuada, em regra, através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios quando aqueles não estiverem disponíveis.

6 – A publicidade da diligência deve, na medida do possível, ser evitada.

Artigo 150.º-A

Reconstituição com Arguido

1 – Quando tiver sido ordenada a reconstituição com a colaboração do arguido no despacho previsto no artigo anterior, é obrigatória a presença da autoridade judiciária que presidir à fase em que se encontra o processo.

2 – O arguido tem de estar obrigatoriamente assistido por defensor.

3 – Antes do início da diligência, a autoridade judiciária que presidir à mesma informa o arguido de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.

4 – Às declarações do arguido é aplicável o disposto no artigo 357.º.

5 – Quando a reconstituição for realizada por um coarguido, em prejuízo de outro, aplica-se o disposto no artigo 345.º, n.º 4.

Artigo 150.º-B

Nulidade

Os requisitos e condições referidos no presente capítulo são estabelecidos sob pena de nulidade insanável.

Conclusão

Tendo em conta o exposto, consideramos que as maleitas das quais sofre a reconstituição, enquanto válvula de escape do sistema, apenas poderão ser resolvidas através de uma intervenção legislativa conforme acima exposta, na medida em que a doutrina e a jurisprudência não se têm debruçado criticamente sobre o tema, antes optando pelo encontro de justificações que somente fragilizam o sistema de garantias do nosso processo penal.

Efetivamente, a reconstituição do facto tem sido um meio de prova pouco analisado, razão pela qual suscita inúmeros problemas sobre os quais não nos conseguimos debruçar de modo mais aprofundado (por exemplo, o objeto da reconstituição, problema das declarações de coarguido, entre outras) e que relegamos para outros estudos posteriores.

Entendemos, por isso, que a alteração legislativa que propusemos constitui uma solução viável para colmatar os problemas que suscitámos e que persistem desde o século passado.

Em síntese, ansiamos que o cariz intrincado da reconstituição conheça, brevemente, o seu fim.

Bibliografia

- ABREU, C.P. de (2006). As polícias, a polícia judiciária e o sistema de justiça penal. *Polícia e Justiça*, n.º 8.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2011). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALVES, A. (1997). Processo penal – VI: Meios de prova. *Polícia Portuguesa*, n.º 108.
- ALVES, R. (2005). Processo penal – Perspectiva de reforma. *Politeia*, n.º 2.
- ANDRADE, M. da C. (2013). *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. 1.ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M.J. (1992). Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido. *Sub Judice*, n.º 4.
- BARREIROS, J.A. (2004). Depoimento policial em audiência penal: Âmbito e limites. *Polícia e Justiça*, n.º 4.
- BRANDÃO, N. (2019). O controlo de proibições de prova pelo juiz de instrução no decurso do inquérito. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1.
- BRAZ, J. (2010). *Investigação criminal: a organização, o método e a prova: Os desafios da nova criminalidade*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CABRAL, J.H.A.S. (2014). Artigo 150.º. In *Código de Processo Penal comentado*. Lisboa: Almedina.
- COSTA, E.M. (2002). A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. *Revista do Ministério Público*, n.º 92.
- CRUZ, A. (2013). A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal no domínio nas declarações anteriores ao julgamento. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 73.
- CRUZ, S. (2008). Reconstituição do facto. Textos de Penal. Disponível em: <http://penal2trabalhos.blogspot.com/search?q=sara+cruz>.
- CUNHA, J.D. da (1997). O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º CPP): Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3.
- CUNHA, J.D. da (2002). *O caso julgado parcial: Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- DIAS, J. de F. (1971). Assistência do advogado às declarações do arguido na instrução preparatória. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.
- DIAS, J. de F. (1993). Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina.
- DIAS, J. de F. & BRANDÃO, N. (2020). Sujeitos processuais penais: o arguido e o defensor. Texto de apoio ao estudo da unidade curricular de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2020/2021). Disponível em:

https://www.academia.edu/44623183/Jorge_de_Figueiredo_Dias_Nuno_Brandão_Sujeitos_Processuais_Penais_o_Arguido_e_o_Defensor.

DUARTE, E.B. (2010). Making of – A reconstituição do facto no processo penal português. In T. Pizarro Beleza & F. Costa Pinto (coord.) *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina.

EIRAS, H. & FREITAS, G. (2010). *Processo Penal elementar*, 8.^a ed. atual. Lisboa: Quid Juris.

FERREIRA, M. (1993). Meios de prova. In Centro de Estudos Judiciários (org.). *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina.

GASPAR, A. da S. H. (2014). Artigo 61.º. In *Código de Processo Penal comentado*. Lisboa: Almedina.

GONÇALVES, F. & Alves, M.J. (2009). *A prova do crime: Meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, M.L.M. (1993). Meios de prova. In Centro de Estudos Judiciários (org.). *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina.

GONÇALVES, M.L.M. (2005). *Código de Processo Penal anotado: Legislação complementar*. 15.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina.

LOBO, F.G. (2015). *Código de Processo Penal anotado*. Coimbra: Almedina.

MARTINS, J.B. (2014). *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento: contributo para uma mudança de paradigma*. Coimbra: Coimbra Editora.

MENDES, P. de S. (2007). Estatuto de arguido e posição processual da vítima. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.

MENEZES, S.S. de (2010). O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In T. Pizarro Beleza & F. Costa Pinto (coord.). *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

MESQUITA, P.D. (2015). Alguns sinais sobre tendências actuais do Processo Penal Português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. *Revista Julgar*, n.º 25.

MILHEIRO, T.C. (2021). Artigo 150.º. In *Comentário judiciário do Código de Processo Penal: Tomo II – Artigos 124.º a 190.º*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (1986). *Código de Processo Penal (Projecto)*. Lisboa: Suplemento do Boletim do Ministério da Justiça.

MMPDJP – Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009). *Código de Processo Penal: Comentários e notas práticas*. S.l.: Coimbra Editora.

PIMENTA, J. da C. (1987). *Código de Processo Penal anotado*. Lisboa: Rei dos Livros.

PINTO, F. L da C. (2018). A fase de inquérito e a evolução do processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1.

PINTO, L.S. (2017). Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. In T. Pizarro Beleza & F. Costa Pinto (coord.). *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 7.^a ed. reimp. Coimbra: Almedina.

PRAIA, J. de M.-C. (2019). Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto. *Julgar Online*. Disponível em: <http://julgar.pt/proibicoes-de-prova-em-processo-penal-algumas-particularidades-no-ambito-da-prova-por-reconhecimento-e-da-reconstituicao-do-facto/>.

RAMOS, V.C. (2006). Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* – Parte I. *Revista do Ministério Público*, n.º 108.

RIBEIRO, M. (2007). Reconstituição do facto. Textos de Penal. Disponível em: <http://penal2trabalhos.blogspot.com/2007/04/reconstituio-do-facto.html> (acedido em 16 de dezembro de 2021).

RIBEIRO, V. (2011). Código de Processo Penal: Notas e comentários, 2.^a ed. S.l.: Coimbra Editora.

RISTORI, A.D.P. (2007). *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra: Almedina

SÁ, L. da S. (2006). O dever de cooperação versus o direito à não auto-incriminação. *Revista do Ministério Público*, n.º 107.

SANTIAGO, R. (1994). Reflexões sobre as “declarações do arguido” como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1.

SANTIAGO, R. (2007). O defensor e o arguido no processo penal português: aspetos polémicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2.

SANTOS, M.S. & HENRIQUES, M.L. (2008). *Código de Processo Penal anotado*. Lisboa: Rei dos Livros.

SANTOS, M.S., HENRIQUES, M.L. & SANTOS, J.S. (2011). *Noções de processo penal*. S.l.: Rei dos Livros.

SILVA, G.M. da (2008). *Curso de Processo Penal II*, 4.^a ed. rev. e aum. Lisboa: Verbo.

SILVA, G.M. da (2012a). Parecer do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados sobre o Projeto da Proposta de Lei que visa a alteração do Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?sidc=32550&idc=1365&idsc=27684&ida=117989.

SILVA, G.M. da (2012b). Notas avulsas sobre as propostas de reforma das Leis Penais (Propostas de Lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII). *Revista da Ordem dos Advogados*.

SILVA, S.S. e (2011). Legalidade da prova e provas proibidas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.

SILVA, S.S. e (2019). *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio “nemo tenetur” e “ipsum accusare”*. Coimbra: Almedina.

SMMP – Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, (2011). Parecer do SMMP relativo ao anteprojeto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal. Disponível

em: https://www.smmp.pt/wp-content/parecer_smmp_anteprojecto__ppl_alteracao_cpp_dez_2011.pdf.

TEIXEIRA, C.A. (2005). Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova. *Revista do CEJ*, n.º 2.

UMRP – Unidade de Missão para a Reforma Penal (2006a). Acta n.º 23. Obtida através de meios informais.

UMRP – Unidade de Missão para a Reforma Penal (2006b). Anteprojecto de Revisão do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2006/07/27/anteprojecto-de-revisao-do-codigo-de-processo-penal/>.

VALENTE, M.M.G. (2019). Interrogatório de arguido privado da sua liberdade sem assistência de defensor. *Revista da Ordem dos Advogados*.

Acórdãos

Cumprir notar que todos os Acórdãos em relação aos quais não exista nenhuma menção quanto à proveniência podem ser acedidos através do *site* DGSI.

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.12.1996, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Flores Ribeiro, no âmbito do Processo n.º 96P780

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.07.2001, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Lourenço Martins, no âmbito do Processo n.º 1796/01

> Disponível na Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano IX, Tomo III, 2001, Palácio da Justiça, Coimbra, p. 166 a p. 172

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.10.2002, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Pereira Madeira, no âmbito do Processo n.º 02P2804

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.03.2004, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa, no âmbito do Processo n.º 248/04-5

> Acórdão fornecido pelo Supremo Tribunal de Justiça, após apresentação de pedido, para efeitos da presente investigação.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.04.2004, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Pereira Madeira, no âmbito do Processo n.º 04P902

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.01.2005, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Henriques Gaspar, no âmbito do Processo n.º 04P3276

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.04.2006, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa, no âmbito do Processo n.º 06P363

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.06.2006, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Silva Flor, no âmbito do Processo n.º 06P1574

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.07.2008, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro António Colaço, no âmbito do Processo n.º 824/08-5

> Acórdão fornecido diretamente pelo Tribunal de Primeira Instância de Guimarães, após apresentação de pedido, para efeitos da presente investigação.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.09.2011, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Raul Borges, no âmbito do Processo n.º 172/07.3GDEV.R.E2.S2

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.12.2013, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Santos Cabral, no âmbito do Processo n.º 292/11.0JAFAR.E1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.01.2017, relatado pela Sra. Juíza Conselheira Rosa Tching, no âmbito do Processo n.º 655/10.8GBTMR.E1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.12.2018, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Francisco Caetano, no âmbito do Processo n.º 22/98.0GBVRS.E2.S1

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22.10.2003, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Serafim Alexandre, no âmbito do Processo n.º 3054/03

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12.11.2003, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Inácio Monteiro, no âmbito do Processo n.º 2050/03

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.12.2004, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Belmiro Andrade, no âmbito do Processo n.º 3174/04

> Disponível na Coletânea de Jurisprudência, n.º 178, Ano XXIX, Tomo V, 2004, Novembro/Dezembro, (dir. Cons. Armando Pinto Bastos) Palácio da Justiça, Coimbra, p. 53 a p. 58

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16.11.2005, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Belmiro de Andrade, no âmbito do Processo n.º 1793/05

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02.04.2008, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Fernando Ventura, no âmbito do Processo n.º 1541/06.1PBAVR

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01.04.2009, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Fernando Ventura, no âmbito do Processo n.º 91/04.5PBCTB.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.09.2010, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Orlando Gonçalves, no âmbito do Processo n.º 79/07.4GCSRT.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22.09.2010, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Eduardo Martins, no âmbito do Processo n.º 65/06.1GHCTB.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.11.2010, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Maria Pilar de Oliveira, no âmbito do Processo n.º 250/09.4JALRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06.02.2013, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Jorge Dias, no âmbito do Processo n.º 77/10.0GBLSA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.05.2013, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Vasques Osório, no âmbito do Processo n.º 188/09.5GBSCD.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10.07.2013, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Fernando Ventura, no âmbito do Processo n.º 39/12.3GDAND.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25.09.2013, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Maria José Nogueira, no âmbito do Processo n.º 681/10.7GBTMR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.11.2013, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Vasques Osório, no âmbito do Processo n.º 655/10.8GBTMR.C1

> Acórdão fornecido diretamente pelo Tribunal da Relação de Coimbra, após apresentação de pedido, para efeitos da presente investigação.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.01.2014, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Luís Coimbra, no âmbito do Processo n.º 67/07.0GAVZL.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29.01.2014, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Paulo Valério, no âmbito do Processo n.º 6/08.1JACBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.01.2015, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Cacilda Sena, no âmbito do Processo n.º 1150/09.3GCVIS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25.02.2015, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Alcina da Costa Ribeiro, no âmbito do Processo n.º 127/09.3GCSCD.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01.07.2015, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Vasques Osório, no âmbito do Processo n.º 168/09.0TATND.C2

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.05.2017, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Isabel Valongo, no âmbito do Processo n.º 255/12.6GCSCD.C1

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30.09.2008, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Guilhermina de Freitas, no âmbito do Processo n.º 1357/08-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2009, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Martinho Cardoso, no âmbito do Processo n.º 2829/08-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19.05.2015, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Alberto Borges, no âmbito do Processo n.º 175/10.0JALRA.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06.06.2017, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador João Gomes de Sousa, no âmbito do Processo n.º 22/98.0GBVRS.E2

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20.12.2018, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Maria de Fátima Bernardes, no âmbito do Processo n.º 278/17.0GAVRS.E1

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.10.2017, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Alda Casimiro, no âmbito do Processo n.º 20/15.0GDMDL.G1

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.02.2007, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Fernando Estrela, no âmbito do Processo n.º 849/2007-9

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.03.2007, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Isabel Pais Martins, no âmbito do Processo n.º 0642960

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12.12.2007, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Manuel Braz, no âmbito do Processo n.º 0714692

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.02.2008, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador João Ataíde, no âmbito do Processo n.º 0717017

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.09.2008, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Olga Maurício, no âmbito do Processo n.º 0844418

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09.09.2009, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Ernesto Nascimento, no âmbito do Processo n.º 230/08.7PDVNG.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.01.2010, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Luís Teixeira, no âmbito do Processo n.º 171/07.5GAMDB.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05.01.2011, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Joaquim Gomes, no âmbito do Processo n.º 280/09.6TAVCD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.10.2011, relatado pela Sra. Juíza Desembargadora Maria Leonor Esteves, no âmbito do Processo n.º 104/10.1GCVPA.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23.05.2012, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador José Carreto, no âmbito do Processo n.º 1939/10.0JAPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13.06.2012, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Coelho Vieira, no âmbito do Processo n.º 1222/11.4JAPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.06.2012, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Ricardo Costa e Silva, no âmbito do Processo n.º 96/10.7GCVPA.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08.10.2014, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Neto de Moura, no âmbito do Processo n.º 157/13.0GABTC.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13.05.2015, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Raul Esteves, no âmbito do Processo n.º 1189/13.4JAPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16.09.2015, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador José Carreto, no âmbito do Processo n.º 252/11.0JA AVR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08.02.2017, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Manuel Soares, no âmbito do Processo n.º 918/14.3JAPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.02.2019, relatado pelo Sr. Juiz Desembargador Vaz Carreto, no âmbito do Processo n.º 3622/17.7JAPRT.P1

> Acórdão gentilmente cedido pela Exma. Sra. Defensora do Arguido no Processo, para efeitos da presente investigação.

Apêndice

Conteúdo da comunicação enviada aos informadores qualificados

Exmo(a). Sr(a). Dr(a).,

Agradeço, antecipadamente, a atenção dispensada ao assunto que segue explicitado *infra*.

O meu nome é Laura Pardo y Genovês e encontro-me a realizar a Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Prof. Doutora Sandra Tavares.

A Dissertação tem como escopo a análise crítica, à luz das garantias do arguido, do regime da reconstituição do facto, quando feita com a colaboração do arguido, em particular, o regime valorativo ao qual se subsumem as declarações por aquele prestadas nesse momento probatório. Trata-se de uma temática que envolve enorme controvérsia na nossa jurisprudência, no entanto, é igualmente uma matéria sobre a qual não tem recaído uma análise crítica da doutrina e, porventura, da jurisprudência.

Destarte, contacto V. Exa., na qualidade de Advogado(a), para solicitar o Seu melhor juízo, sobre a seguinte situação:

Considere que o Arguido “consente” em participar numa Reconstituição do facto (art. 150º CPP) apenas na presença dos Órgãos de Polícia Criminal (OPC), colaborando ativamente, nomeadamente, através de explicações de como cometeu (ainda alegadamente) o crime. Atente ainda que pode haver um caso paralelo, no qual o Arguido confessa apenas aos OPC a prática do crime, seguindo, de imediato, com os mesmos ao local da prática dos factos.

Em audiência de julgamento, o auto de Reconstituição do facto é lido (independentemente da vontade do arguido), bem como é permitido aos OPC deporem sobre o momento probatório.

Considerando a situação descrita, será a reconstituição do facto uma válvula de escape às garantias do arguido?

Caso assinta em responder a esta questão, podendo abordar qualquer aspeto que lhe pareça conveniente, solicitava-lhe que, no final do email dê (ou não) o seu

consentimento para eventualmente transcrever a sua apreciação para a Dissertação, bem como (mas não dependente), para referir o seu Ilustre nome.

Encontro-me à disposição para qualquer esclarecimento adicional via email, mas também via telemóvel (...), bem como a minha Orientadora, que segue em CC ao presente email.

Reitero o meu agradecimento a V. Exa.

Os meus melhores cumprimentos,

Laura Pardo y Genovês

A tutela da oportunidade

**Sobre a (in)admissibilidade da indemnização pela perda de
chance, em especial no domínio da responsabilidade civil
médica**

Mafalda Gonzalez Carballo Santos Carvalho

Sob a orientação do Professor Doutor
António Agostinho Cardoso Conceição Guedes

“That to err is human means not only that we must constantly struggle against error, but also that, even when we have taken the greatest care, we cannot be completely certain that we have not made a mistake (...) We are fallible; nobody can avoid not even all avoidable mistakes (...) Our attitude toward mistakes must change (...)

Hiding mistakes must be regarded as a deadly sin”.

Karl Popper, In Search of a Better World

*“We’ve learned that quiet isn’t always peace,
and the norms and notions of what just is
isn’t always just-ice”.*

Amanda Gorman, The Hill We Climb

Aos meus Pais, por tudo,
e pela **oportunidade** de encontrar o Direito e trilhar este caminho;

Ao meu Orientador, Professor Doutor Agostinho Guedes, pela generosidade dos
seus conselhos e do seu incentivo, fundamentais na conclusão deste trabalho;

Obrigada.

Resumo

A consciencialização da limitação do conhecimento humano tem tornado mais evidente a insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva da posição jurídica do sujeito lesado que, em determinadas situações, se confronta com dificuldades probatórias na demonstração do nexo causal entre o ato do agente e o prejuízo por si sofrido. Neste contexto, a doutrina da perda de chance vem dar resposta a uma necessidade de justiça não prevista pelo legislador, mas que a realidade faz emergir, propugnando uma reparação intermédia que atende ao contexto em que ocorreu a lesão e conforma a indemnização à especificidade do dano sofrido. Daqui decorre a pertinência da sua consideração e o nosso interesse pelo estudo da respetiva admissibilidade em vários domínios, e em especial no âmbito da responsabilidade civil médica. Destarte, perante a necessidade de uma intervenção *favor victimae*, importará perceber se a perda da oportunidade de alcançar a cura ou a sobrevivência resultante de um erro médico pode, por si só, fundamentar o ressarcimento do doente que reunia um conjunto de condições de que dependia a verificação daquele resultado positivo.

Palavras-chave: Perda de oportunidade; negligência médica; responsabilidade civil médica; indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência; dano; nexo de causalidade; obrigação de meios.

Abstract

The shortfall of the classic scheme of civil liability to protect the legal position of the injured party who, in certain situations, is faced with the difficulty to show evidence in order to connect agent's act and the damage suffered had been made clearer by the awareness of the limitations of human knowledge. The Loss of Chance Doctrine provides an answer to a need for justice that has not been foreseen by the legislator, but which emerges from reality. It offers an intermediate form of compensation that takes into account the context in which the injury occurred and adapts the compensation to the specific nature of the damage suffered. Hence the need and our interest to study its admissibility in various fields, particularly in the scope of medical civil liability. Given the need for a *favor victimae* intervention, it will be important to understand whether the loss of the opportunity to achieve a cure or survival resulting from a medical error can, by itself, justify the compensation of a patient who met a set of conditions on which the verification of that positive effect depended.

Keywords: Loss of opportunity; medical malpractice; medical liability; tort recovery for the loss of a chance of cure or survival; damage; causation; duty of best efforts.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
Art(s).	Artigo(s)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Confronte
Col.	Coleção
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EOM	Estatuto da Ordem dos Médicos
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (no mesmo lugar)
<i>I.e.</i>	<i>Id Est</i> (isto é)
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere Citato</i> (obra citada)
P(p).	Página(s)
Rev.	Revista
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCL	Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i> (veja também)
<i>V.g.</i>	<i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
Parte I: A perda de chance	9
1. O conceito e sua finalidade	9
2. Nascimento da figura e sua evolução no Direito Comparado	10
3. Sua presença no ordenamento jurídico português	12
Posições doutrinárias	14
Jurisprudência relevante	21
Parte II: A responsabilidade civil médica	25
1. A prestação de cuidados de saúde enquanto obrigação de meios	25
2. A responsabilidade contratual do médico de clínica privada e a responsabilidade extracontratual do funcionário público	27
3. A insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva do doente lesado	30
Parte III: A (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência	33
1. <i>La perte d'une chance de guérison ou de survie</i>	33
2. Sua compatibilidade com o sistema português de responsabilidade civil médica	35
3. Mecanismos alternativos para a tutela do paciente	37
Conclusão	39
Referências bibliográficas	40
Jurisprudência citada	41

Introdução

Longe vão os tempos em que os médicos eram vistos como aqueles a quem os Deuses haviam transmitido o encargo de tratar dos corpos. Nessa altura, os doutores, homens sagrados dotados de um saber mágico, eram colocados num estatuto superior que não se compadecia com a prestação de contas sobre a conveniência de qualquer ato praticado no âmbito da sua profissão. Entretanto, a evolução do pensamento humano e da noção de “pessoa” enquanto ser individual, moral e titular de direitos invioláveis, a par dos progressos das ciências médicas, contribuíram para uma alteração profunda daquele paradigma¹.

Se é verdade que a medicina é agora encarada como uma ocupação igual a qualquer outra e, por isso, aqueles que a exercem não são (mais) dignos de impunidade jurídica, também não se nega que, pelo avanço dos conhecimentos e dos meios de diagnóstico e tratamento disponíveis, mas sobretudo pelos valores e bens jurídicos em jogo, exige-se-lhes hoje muito mais. Nesse sentido, desde meados do século passado, tem-se assistido a um aumento significativo do número de litígios no âmbito da atividade médica, nomeadamente ações relativas à responsabilidade por danos derivados de erro médico.

Contudo, ainda que anualmente morram mais pessoas nos hospitais, por acidentes evitáveis, do que nas estradas², a complexidade probatória na afirmação do nexos causal entre o facto ilícito culposo praticado pelo clínico e o dano sofrido pelo doente explica a escassez de decisões judiciais proferidas em sentido favorável ao lesado. Ao mesmo tempo, a perspetiva maniqueísta do “tudo ou nada” que o nosso CC³ acolhe é suscetível de conduzir a decisões absolutamente injustas. Destarte, perante a necessidade de uma intervenção *favor victimae*, impõe-se ponderar soluções que garantam a tutela efetiva dos pacientes atingidos por condutas desvaliosas dos profissionais.

De origem jurisprudencial, a teoria da perda de chance consubstancia um dos possíveis remédios para a debelação da patologia acima diagnosticada⁴, sustentando-se na ideia de que se um comportamento censurável do agente tiver privado a vítima de determinadas possibilidades de não sofrer um prejuízo ou de obter uma vantagem, então aquele fica com a obrigação de as reparar. Ora, é justamente com a questão da viabilidade desta tese (e, em particular, da sua admissibilidade no âmbito da responsabilidade médica) que se prende a presente Dissertação.

¹ Oliveira, 1995, pp. 70-72.

² Nery, 2017.

³ Doravante, os arts. mencionados sem indicação do respetivo diploma pertencem ao CC português.

⁴ Os termos são de Rute Teixeira Pedro.

Começaremos por apresentar, em termos gerais, a figura da perda de chance. Estudaremos o conceito, a sua origem e propósito, e a sua presença nos diferentes ordenamentos jurídicos, em especial no português. Perceberemos, assim, de que forma é que os autores e os tribunais superiores nacionais têm abordado a questão da ressarcibilidade das oportunidades perdidas e que outros meios têm proposto com vista à desoneração do lesado nas demandas judiciais.

Entraremos, de seguida, no domínio específico da responsabilidade civil por ato médico. Analisaremos as particularidades da relação jurídica estabelecida entre o paciente e o prestador de cuidados de saúde em hospital público e clínica privada, e de que forma é que as mesmas se projetam, desde logo, no regime aplicável em cada caso. Ao examinarmos os requisitos necessários à responsabilização do médico, confrontar-nos-emos com o problema que faz emergir a questão-chave a que nos propomos responder neste trabalho: a de saber se a perda da oportunidade de alcançar a cura ou a sobrevivência resultante de um erro médico pode, por si só, fundamentar a tutela ressarcitória da posição jurídica do doente que reunia um conjunto de condições de que dependia a verificação daquele resultado positivo.

Com efeito, questionaremos o enquadramento dogmático da teoria da perda de chance no sistema de responsabilidade civil médica, avaliando os benefícios e as fragilidades da transposição da noção de *perte d'une chance de guérison ou de survie* para o ordenamento nacional. Em particular, procuraremos compreender em que condições poderão os nossos juízes, sem desvirtuar o esquema tradicional, conceder indemnizações com base nesta doutrina e que critérios deverão usar para calcular o respetivo valor.

Perante o alerta da OMS de que, nos países desenvolvidos, um em cada dez doentes é vítima de falhas médicas⁵, este é um assunto que merece a nossa atenção. Convém, porém, ressaltar que não é nossa intenção lançar um ataque aos profissionais de saúde, que, hoje mais do que nunca, merecem todo o nosso respeito. Pelo contrário, temos consciência de que, antes de se ser médico, é-se Homem, e que o erro faz parte dessa condição; como tal, resta-nos admirar e confiar no bom trabalho destes cuidadores. O sistema é ineficiente, sim, porque omite e desculpabiliza, não castiga nem previne o erro, para mal de uma sociedade que se resigna e sofre. Cabe-nos, pois, enquanto juristas, denunciar as falhas do quadro jurídico vigente e, na ausência de uma revisão legislativa, procurar uma forma válida de as superar.

⁵ LUSA, 2019.

Parte I: A perda de chance

1. O conceito e sua finalidade

Não são raras as situações em que, devido a um comportamento de terceiro, um sujeito perde uma oportunidade de ganho ou de eliminação de uma situação desvantajosa. Naquelas que envolvam um processo aleatório (*v.g.*, jogos de sorte ou azar, competições desportivas), torna-se impossível estabelecer, nos moldes tradicionais, o nexo causal entre o facto ilícito e o resultado útil desejado que não se produziu. Ainda assim, casos existem em que, apesar de não se conseguir demonstrar que a perda de uma certa vantagem é consequência segura da conduta do agente, se constata que, não fora a ocorrência da segunda, a primeira teria uma probabilidade maior de não se produzir.

Num sistema que incorpora uma “lógica estritamente binária, oscilante entre o reconhecimento do direito a uma indemnização (integral) pelo dano final e a recusa de qualquer indemnização”⁶, a teoria da perda de chance visa impedir que a vítima de um comportamento culposos de terceiro não seja (de todo) compensada por um dano que possivelmente nunca teria sofrido se aquele ato não tivesse tido lugar. Com efeito, entendem os seus defensores que deixar a vítima desprotegida quando as probabilidades de que ela dispunha de alcançar a vantagem perdida eram sérias e reais (embora não suficientemente altas para formar a convicção razoável de que o agente provocou o dano) repugnaria ao bom senso, ferindo o sentimento de justiça⁷.

A concessão de uma indemnização fundamentada na doutrina da perda de chance dependerá, contudo, do preenchimento de alguns requisitos. Desde logo, tem de existir um resultado positivo futuro, que se pode traduzir na obtenção de um evento favorável ou na não concretização de uma desvantagem, e cuja verificação, embora possível, não se apresenta como certa. Importa, porém, que a pessoa se encontre efetivamente numa situação de o poder vir a alcançar, reunindo um conjunto de condições de que depende a sua verificação. Por fim, é essencial que um terceiro adote uma conduta suscetível de o fazer incorrer em responsabilidade civil e que anule, de modo definitivo, as (ou algumas das) possibilidades de o efeito se vir a produzir⁸. Assim, é fundamental que o dano final se tenha materializado e que a sua reparação não possa mais ser propiciada por eventos futuros.

Em síntese, exige-se *certeza* relativamente à existência de uma chance consistente (não nula ou insignificante, nem alta ou suficiente) de se alcançar o resultado útil e, simultaneamente, *incerteza* quanto à ocorrência da vantagem pretendida ou ao

⁶ Cardona Ferreira, 2012, p. 45.

⁷ Cfr. Rocha, 2014, pp. 22-23.

⁸ Cfr. Pedro, 2011, pp. 48-49.

evitamento do prejuízo indesejado, não fora a atuação culposa do lesante. Subentendida está, portanto, a necessidade de o lesado ter previamente empregado todos os meios probatórios ao seu dispor para formular um juízo seguro sobre a existência do nexo de causalidade, embora sem sucesso⁹.

A esta luz, a tese da perda de chance, seja ao individualizar a frustração da oportunidade como um dano em si mesmo, seja ao quantificar o prejuízo sofrido de acordo com a probabilidade da causalidade provada, consoante se encare o problema do ponto de vista do dano ou da causalidade, permite superar as manifestas dificuldades probatórias sentidas pelo lesado na demonstração do nexo causal entre o ato do agente e o dano por si sofrido. Isto porque, relembre-se, dada a aleatoriedade do efeito favorável, não se pode dar por assente que o comportamento do terceiro seja condição adequada da sua não obtenção e, ao não se cumprir um dos pressupostos da responsabilidade civil, não é possível reconhecer, nos termos do Direito constituído, uma indemnização pelo resultado final.

No entanto, se o prejuízo considerado for a frustração das chances presentes *per se*, já podemos afirmar que a atuação do terceiro é causa jurídica da verificação daquela específica perda e, dessa forma, admitir o respetivo ressarcimento. Se, em alternativa, optarmos por trazer à colação a ideia de causalidade probabilística, já será possível reparar o dano final (a não ocorrência do resultado pretendido) mediante a redução da indemnização na medida do vínculo causal existente entre a conduta censurável do agente e o prejuízo sofrido.

Assim, a teoria da perda de chance vem dar resposta a necessidades de justiça que o legislador não previu, mas que a realidade faz emergir, propugnando uma tutela reparatória intermédia de posições jurídicas que acreditamos merecerem, também elas, a proteção do Direito. Daqui decorre a pertinência da sua consideração e o nosso interesse pelo estudo da respetiva admissibilidade em vários domínios, e num em especial.

2. Nascimento da figura e sua evolução no Direito Comparado

Fruto do labor jurisprudencial e do importante contributo doutrinal, a noção de perda de chance surgiu em França no fim do século XIX. Num acórdão proferido a 17.7.1889, a *Cour de Cassation* deu provimento a um pedido de indemnização dirigido contra um *officier ministériel* que, por negligência, impossibilitou o recurso de uma decisão judicial e, conseqüentemente, a obtenção de ganho de causa. Desde então, os tribunais franceses vêm confirmando a doutrina, não só no âmbito da responsabilidade

⁹ Cfr. Cordeiro da Costa, 2016, pp. 97-107.

civil de profissionais forenses, mas nos mais diversos contextos, desde situações de perda de oportunidade de vitória em concursos públicos e competições desportivas, às hipóteses de frustração da possibilidade de obter uma promoção profissional, aceder a determinadas funções ou celebrar um contrato. Também foi em França que a teoria começou a ser aplicada em casos de responsabilidade civil médica, com a introdução da noção de *perte d'une chance de guérison et de survie*¹⁰.

Anos mais tarde, em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, o *English Court of Appeal* abriu caminho para a aceitação da indemnização pela perda de chance no ordenamento inglês ao decidir pela ressarcibilidade da possibilidade malograda de uma candidata pré-selecionada ganhar um concurso de beleza por não ter sido tempestivamente notificada para uma entrevista final. Apesar de os tribunais ingleses não a convocarem de forma tão recorrente, a doutrina encontra-se perfeitamente enraizada no sistema jurídico¹¹.

Pese embora a controvérsia doutrinal à sua volta, a figura da perda de chance tem sido igualmente acolhida pela Jurisprudência italiana, sobretudo em ações de Direito do Trabalho. Com efeito, em 1983, a *Corte di Cassazione* decidiu pela primeira vez conceder uma indemnização pela perda da possibilidade de celebração de contrato de trabalho a um grupo de indivíduos, no seguimento de uma interrupção injustificada do procedimento de admissão¹².

Assim, ao longo do século XX a teoria foi-se desenvolvendo e difundindo, tendo mesmo chegado à Austrália, onde é aplicada, essencialmente, a situações que comportam perdas de oportunidades de natureza económica. Na América, os tribunais do Brasil, Argentina e Estados Unidos reconhecem sem dificuldade a ressarcibilidade das chances, ainda que os norte-americanos façam uso do conceito de *loss of a chance* apenas e só nos casos de responsabilidade médica¹³.

A par disso, para a consolidação e difusão desta tese têm contribuído todas as instituições e organizações que decidem ou apresentam propostas baseadas na comparação de experiências jurídicas nacionais. A título de exemplo, quando o Conselho da UE aprovou a Diretiva 92/13/CEE, de 25.2.1992, impondo aos Estados-membros a garantia do ressarcimento sempre que, no âmbito de um processo de adjudicação de contratos no setor público, o interessado tenha tido uma possibilidade real de obter o contrato e esta tenha sido comprometida pela violação de normas procedimentais, o legislador comunitário revelou compreender a justiça da indemnizabilidade da frustração de oportunidades sérias, atendendo à aceitação generalizada da doutrina da perda de chance em vários ordenamentos jurídicos europeus.

¹⁰ Cfr. Rocha, 2014, p. 24.

¹¹ Cfr. Cordeiro da Costa, 2016, p. 57.

¹² Cfr. Cardona Ferreira, 2012, pp. 38-41.

¹³ Cfr. Medina Alcoz, 2007, pp. 130-139.

Também o Tribunal de Justiça da UE, no caso *Farrugia*, mostrou reconhecer a figura ao apreciar um pedido de indemnização pela perda da oportunidade de obtenção de uma bolsa de investigação apresentado por um candidato que a Comissão Europeia erradamente julgara não cumprir os requisitos necessários à dita atribuição¹⁴. No mesmo sentido, apesar de não se considerar legitimado para convocar rigorosamente a teoria da perda de chance, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem admitido a ressarcibilidade deste dano, especialmente em situações de responsabilidade civil que envolvam a violação do direito fundamental a um processo equitativo, consagrado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no âmbito de um contrato de mandato forense¹⁵.

Last but not least, há que enaltecer o papel que a Doutrina europeia assume no tratamento da responsabilidade civil, nomeadamente através da preparação de textos baseados na evolução do Direito interno dos Estados-membros que, apesar de destituídos de força legal, reúnem regras e princípios de Direito Privado partilhados por vários ordenamentos, apresentando soluções idóneas como a da teoria da perda de chance¹⁶.

3. Sua presença no ordenamento jurídico português

Por ser aquele que nos toca, dedicaremos especial atenção ao caso português.

Nos últimos anos, os juízes portugueses têm dado cada vez maior uso à noção de perda de chance, seja para a criticarem, seja para fundamentarem a condenação do agente ao pagamento de uma indemnização pela frustração de uma oportunidade.

Não obstante, até há não muito tempo, ainda que algumas sentenças pudessem refletir um raciocínio semelhante ao que sustenta aquela teoria, os tribunais evitavam a sua referência expressa. Paralelamente, embora fosse objeto de aceso debate noutros países, entre nós poucos eram os autores que se ocupavam do estudo da figura da perda de oportunidade.

Assim, é já no presente século que começam a surgir, de forma sólida e clara, as primeiras menções à doutrina da perda de chance em acórdãos, artigos, estudos e obras. Contudo, a complexidade do seu enquadramento dogmático no ordenamento jurídico português, *maxime* a sua (in)compatibilidade com a conceção clássica de causalidade, faz prever algumas divergências.

¹⁴ Cfr. *Frederick Farrugia contre Commission des Communautés européennes*, de 21.3.1996.

¹⁵ Cfr. Medina Alcoz, 2007, pp. 153-167.

¹⁶ Cfr. Art. 7.4.3, n.º 2 dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, art. 163.º, n.º 1, alínea b da Parte Geral do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos e art. 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil.

Posições doutrinárias

Tradicionalmente, as dúvidas em torno do estabelecimento do nexo causal são resolvidas através do recurso ao critério de “tudo ou nada”, segundo o qual “ou não existe relação de causalidade e não se impõe qualquer responsabilidade, ou, se existe, a responsabilidade é total, ou integral, isto é, igual à totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima”¹⁷. Este é o entendimento adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos, sendo que nuns se exige apenas que o dano seja atual e certo (*i.e.*, a causalidade é afirmada desde que se verifique um alto índice de probabilidade, que “não deverá andar muito longe de uma probabilidade para além de dúvidas razoáveis, e certamente bem acima dos 50%”¹⁸), enquanto noutros se nega a indemnização sempre que o evento lesivo não tenha sido *conditio sine qua non* do prejuízo.

Todavia, a Doutrina tem admitido que, quando a lesão é marcada por uma incerteza sobre qual teria sido a evolução dos acontecimentos futuros e, consequentemente, o julgador não encontra um grau suficiente de probabilidade para determinar que o agente causou o dano, a aplicação da *all-or-nothing approach* pode conduzir a soluções drásticas e desadequadas. Com efeito, numa tentativa de não deixar tais situações fora das malhas da Justiça, os autores têm-se ocupado do estudo de soluções como a da indemnização pela perda de chance, colocando o foco, ora no prisma do dano, ora no plano do nexo causal.

Carneiro da Frada propõe, “como uma das formas de resolver este género de problemas”, a consideração da perda de oportunidade como um *dano* em si, “como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético, *v.g.*, da ausência de cura, da perda do concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexo causal suficiente”¹⁹. De facto, se partirmos da ideia de que a chance de se obter um resultado favorável, quando séria e real, consubstancia um bem jurídico autónomo economicamente avaliável e integrante do património jurídico do lesado, então quando um facto ilícito culposo produza a sua lesão gera-se um dano que reclama a correspondente indemnização.

Ora, porque não dispomos de uma norma que tutele, em geral, o direito da pessoa ao seu património, a ressarcibilidade da oportunidade perdida exige, em cada caso, que a chance configure um bem jurídico tutelável. Nesse sentido, numa relação suscetível de incorrer em responsabilidade civil contratual, a perda de uma oportunidade pode ser indemnizável na medida em que as partes tenham acordado erigir a chance a bem

¹⁷ Mota Pinto, 2009, p. 1104, nota 3103.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Carneiro da Frada, 2006, p. 104.

jurídico protegido pelo contrato. Já no plano delitual, não sendo a questão tão pacífica²⁰, Nuno Santos Rocha propõe uma operação de extensão da tutela conferida ao resultado útil desejado – *v.g.*, no âmbito da relação médico-paciente, a proteção que a CRP reconhece à vida, à integridade pessoal e à saúde – à *possibilidade* de aquele se verificar, sugerindo, no fundo, que se pense na chance como “o bem jurídico ainda numa fase embrionária, à espera do seu nascimento”²¹. Para sustentar a sua tese, o autor invoca a atual tendência de ampliação gradual do dano ressarcível, no seio de uma responsabilidade civil que se quer mais solidária com a vítima.

Como Rute Pedro explica, trata-se de reconhecer o carácter intermédio ou instrumental do *dano* da perda de chance face ao dano final. Esta natureza subsidiária manifesta-se, especialmente, ao nível do ressarcimento da oportunidade malograda, que só tem lugar quando não haja reparação da perda do resultado, sendo o *quantum debeatur* aferido em função da probabilidade que o resultado útil teria de se efetivar²².

De todo o modo, a construção da perda de chance como uma (nova) espécie de *dano* ganha força, em primeira linha, por permitir a qualificação da destruição de uma oportunidade como um prejuízo autonomamente indemnizável sem implicar qualquer deturpação na aplicação do esquema clássico da responsabilidade civil, *maxime* na exigência de verificação do nexo causal, na medida em que o lesado continua a ter “que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo”²³.

Muito mais criticada, precisamente por provocar um corte radical com o quadro normativo vigente, é a abordagem que coloca o cerne da questão ao nível do *nexo causal*, sustentando a viabilidade da indemnização pela perda de chance numa ideia de causalidade probabilística. Nesta nova interpretação, em vez de traduzir uma modalidade especial de dano, a perda de chance surge como um artifício a que o juiz recorre para superar a incerteza na apreciação do nexo de causalidade e, assim, fundamentar uma indemnização “parcial” do único prejuízo verdadeiramente existente (a não ocorrência do efeito útil pretendido, o dano final)²⁴ quantificada a partir da probabilidade da causalidade provada.

Apesar de ser defendida em vários países, entre nós há um consenso quase unânime na rejeição desta aceção da perda de chance. A exceção parece estar em Rui Cardona Ferreira que, no caso das lesões de bens patrimoniais, admite a “rutura com um

²⁰ *Ibid.*: “No campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483 n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»”.

²¹ Rocha, 2014, pp. 94 e ss.

²² Cfr. Pedro, 2008, p. 460.

²³ Rocha, 2014, pp. 49-50.

²⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 33 e ss.

entendimento monolítico da relação de causalidade exigível” quando “existam dados normativos que justifiquem um abaixamento da respetiva fasquia, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*”²⁵.

O autor defende, porém, que se opte por uma conceção estritamente normativa da perda de chance nas hipóteses que envolvam lesões de bens não patrimoniais, como a vida e a saúde, que são tutelados “de tal forma intensa que a mera contribuição causal para a respetiva lesão, observado um limiar mínimo, não pode deixar de ser sancionada, em especial quando o lesante se encontre especificamente obrigado a, pelo contrário, empregar a sua diligência na sua salvaguarda”²⁶. Afirma que, nestas situações, a (especial) proteção normativa conferida aos direitos e interesses finalisticamente colocados em perigo reclama a proteção da simples chance de os ver satisfeitos, justificando-se assim a indemnizabilidade da oportunidade perdida. Em suma, será o próprio Direito a exigir a tutela da chance.

Ora, sem desvalorizar as mencionadas (e recentes) tentativas de compatibilização da indemnização pela perda de uma chance com o sistema jurídico português, entendemos que a posição predominante seja ainda no sentido de inexistir uma base jurídico-positiva que a suporte. Senão, vejamos.

Começemos por Júlio Gomes que, sem esconder o seu ceticismo em relação à individualização do *dano* da perda de chance, lhe aponta uma série de problemas de índole concetual e prática. Desde logo reticente face à artificialidade da antecipação ficcionada de um prejuízo hipotético, o autor questiona a (quase) consensual classificação da perda de uma oportunidade como um dano emergente (*i.e.*, um prejuízo certo e atual no património do lesado), argumentando que, por a sua quantificação depender sempre da verificação e da extensão de um dano final, não poderá, em bom rigor, ser atribuído à chance um valor próprio²⁷.

Acrescenta que, mais do que uma simples “revisão do conceito de dano e uma ampliação deste”, a tese da perda de chance implica uma “rutura, mais ou menos camuflada, com a conceção clássica da *causalidade*”, na medida em que “a justificação da reparação da perda de chance só é possível numa conceção da causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconhece na produção dos fenómenos a combinação da lei causal com a lei aleatória”²⁸. Júlio Gomes põe, assim, em evidência que o acolhimento desta doutrina pressuporia a aceitação da causalidade probabilística (e a

²⁵ Cardona Ferreira, 2012, p. 57.

²⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁷ O autor ressalva, porém, os casos pontuais em que a chance se tenha densificado ao ponto de se poder falar, sem se estar a ceder ao arbítrio do juiz, de uma “quase propriedade”, ou mesmo um bem, designadamente “a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado (...) de uma fase posterior de um concurso”. Cfr. Gomes, 2008, pp. 305 e ss.

²⁸ *Ibid.*, p. 318.

consequente dispensa do rigoroso critério da causalidade necessária), rematando que, apesar de a solução dada pela teoria da causalidade adequada ser contestável, foi essa que o legislador escolheu consagrar no CC²⁹.

Compreendemos, pois, o que leva Paulo Mota Pinto a defender que uma proposta de *jure condendo* baseada na autonomização de um (novo) tipo de dano, como o da perda de chance, carece de apoios, e a preferir, ao invés, o recurso a mecanismos dirigidos ao alívio do encargo probatório do lesado, nomeadamente “o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do CC”³⁰.

Resumidamente, para o autor, o problema que aqui se coloca é o de saber se a proteção garantida pela norma violada, ou a tutela conferida ao bem jurídico afetado, incluem a mera elevação do risco de lesão (*i.e.*, a diminuição das chances de evitar o prejuízo). Por outras palavras, aquilo que se pergunta é se o simples incremento do risco associado à perda de oportunidades alternativas é suficiente para que o agente fique obrigado ao pagamento de uma indemnização. Ora, *de jure condito*, a resposta parece ser negativa.

Consciente, porém, da potencialidade da teoria “gradualista” da perda de chance para colmatar as eventuais injustiças decorrentes do princípio do “tudo ou nada”, Mota Pinto conclui que “a aceitar-se esta ampliação (...), nunca deveria optar-se por considerar relevante qualquer elevação do risco”, exigindo-se antes, e sempre, um limiar mínimo de relevância da chance. Ainda assim, o Professor mantém as suas reservas perante uma doutrina que, a seu ver, traz insegurança e incute uma responsabilização excessiva, transformando o “lesante em garante da probabilidade de sucesso de cada titular da chance quando esta, por definição, não oferecia nada garantido”³¹.

Quem também escolhe abordar a questão partindo da ideia de elevação do risco, mas sem partilhar a desconfiança perante a indemnização pela perda de chance, é Mafalda Miranda Barbosa. Com efeito, a autora não defende que nas situações sobre as quais nos debruçamos seja negado o ressarcimento pela falta de demonstração do nexo causal, mas também não concorda que aquele apenas tenha lugar quando a relevância da chance seja superior a, *v.g.*, 50%. Diferentemente, prefere pensar no problema a partir de uma “adequada compreensão personalística do requisito causal, entendido como imputação objetiva”³².

Em vez de seguir o caminho clássico que associa a causalidade à adequação (*i.e.*, à idoneidade do comportamento para a produção do dano), a Professora entende que

²⁹ Cfr. Gomes, 2012, pp. 17-29.

³⁰ Mota Pinto, 2009, p. 1106, nota 3103.

³¹ *Ibid.*

³² Miranda Barbosa, 2017, p. 334.

causa do dano é aquela que possa ser *objetivamente imputável* ao agente. Apelando a uma leitura ético-axiológica do pressuposto delitual e a uma visão da responsabilidade assente na pessoalidade, esclarece que o nexo de imputação se cumpre quando alguém tenha previamente assumido uma esfera de risco e, posteriormente, adotado um comportamento desvalioso, contribuindo para a elevação do risco de se gerar um dano.

Assim, porque à partida serão imputáveis ao agente todos os prejuízos com raiz na esfera de responsabilidade que encabeça, então sempre que tenha incrementado o risco da sua produção através de uma atuação ilícita culposa, aquele ficará obrigado à reparação do dano gerado (que também poderá ter resultado de uma outra causa) mediante o pagamento de uma indemnização ao lesado. Salvaguardada ficará, todavia, a possibilidade de o pretenso lesante apresentar contraprova³³.

Sem desconsiderar a relevância e originalidade desta proposta, receamos que, ao dar espaço para o ressarcimento de danos na verdade não produzidos pelo agente, se lhe possa ser também associado o efeito de responsabilização desmedida. Ainda assim, enalteçemos a sua inspiração na ideia defendida por Vaz Serra de, nos processos de responsabilidade civil profissional, se fazer funcionar uma inversão do ónus da prova da causalidade. Com efeito, na ótica do Professor, quando o profissional, titular de uma esfera de responsabilidade assente em deveres para com o outro, “mediante conduta culposa, [tivesse] exposto a outra parte a um perigo que poderia ter causado o dano, o qual também poderia ser produzido por outra causa”, dar-se-ia a inversão do ónus probatório, na medida em que não seria razoável exigir ao lesado tal demonstração³⁴.

Vaz Serra apresentou esta ideia no âmbito dos trabalhos preparatórios do CC, aquando da discussão sobre o sentido a dar à norma atualmente consagrada no art. 344.º, n.º 2. O dilema estava em saber se o preceito que hoje estabelece “a inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” visaria sancionar tão-só aqueles que, tendo o dever de conservar as provas, as tivessem inutilizado ou tornado de todo impossível o seu uso, ou se, ademais, alcançaria as situações em que não pudesse ser exigido o cumprimento do ónus probatório por razões de justiça ou razoabilidade – ou porque a atuação culposa do agente tornara a prova impossível, ou porque aquele, sendo um profissional, expusera alguém a um perigo (apenas) apto a produzir o dano. Apoiando-se na solução ensaiada pelo BGH de inverter o ónus da prova quanto à causalidade nos casos de negligência médica grosseira, Vaz Serra defendeu a dupla hipótese; contudo, na passagem ao texto definitivo, a alusão ao último grupo de casos acabou por não se cumprir³⁵.

³³ Cfr. *Ibid.*, pp. 265 e ss.

³⁴ Vaz Serra, 1961, pp. 160 e ss.

³⁵ Jorge Ribeiro de Faria entendia, porém, que a redação atual do preceito deixa alguma margem aos tribunais para alargarem a “responsabilidade pela impossibilidade de prova para além das situações em que

Concluimos, portanto, que os que não cedem à teoria da perda de chance e, simultaneamente, reconhecem a insuficiência da teoria do “tudo ou nada” tendem a exigir, para as situações em apreço, uma resposta ao nível da distribuição do encargo probatório. A verdade é que, como Rui Soares Pereira enfatiza, nos casos em que a violação de um dever “torna virtualmente impossível demonstrar a causalidade ou imputar certos danos para certas esferas de risco”, a inversão do ónus possibilita a afirmação da responsabilidade sem que o lesado faça prova daquela conexão³⁶.

No cerne desta solução poderá estar uma versão mais radical da aludida teoria do aumento do risco, segundo a qual a pessoa que, preterindo um dever, potencia uma fonte de perigo para terceiros deve não só responder pelo dano que afete um deles e constitua uma concretização normal daquele risco (a menos que mostre que o prejuízo não procedeu daquela fonte), como ainda suportar “a dificuldade sentida na apreciação do nexos causal, pois que foi ela quem criou o risco de impossibilidade de identificação da causa do dano”³⁷. Ou então, virando o foco para o lesado, poder-se-á dizer que, em processos causais complexos, é já tarefa bastante demonstrar a inobservância de um dever e a consequente criação ou aumento de um risco de produção de um dano, “não lhe devendo ser exigido o esforço acrescido de elucidação sobre a concreta eficiência causal da inobservância do dever para o dano”³⁸.

De facto, vai-se tornando cada vez mais claro que, pese embora a sua sintonia com a visão clássica da causalidade e da certeza do dano, a *all-or-nothing approach* peca por contrariar as concepções atuais acerca da imperfeição do conhecimento humano e da falibilidade do saber empírico “ao pretender estabelecer como algo insofismável um facto – ou a sua não verificação – relativamente ao qual não se logra ter a certeza absoluta de que o mesmo ocorreu, apenas se podendo fazer um juízo de probabilidade sobre essa ocorrência”³⁹. Indo mais longe, o recurso ao critério de “tudo ou nada” é suscetível de ofender o sentimento material de justiça, seja por deixar a vítima desprotegida quando não demonstre a causalidade (porque a conduta do lesante tornou essa prova

se tivesse o dever antecipado de exhibir na situação ajuizada as provas deste ou daquele comportamento (...), preparando o terreno para uma intervenção legislativa que aqui vai acabar por vir” (Ribeiro de Faria, 2004, pp. 193-195). A *contrário*, Patrícia Cordeiro da Costa considera duvidosa a aplicação daquela regra especial “aos casos em que a impossibilidade ou dificuldade de prova deriva de atos ou omissões eles próprios integrados no processo causal que pode ter provocado o dano – e não de atos incidentes sobre os meios probatórios” (*in op. cit.*, p. 133).

³⁶ Pereira, 2017, p. 1188.

³⁷ Cordeiro da Costa, 2016, p. 131.

³⁸ Pedro, 2008, pp. 352-364. *Vd.* Ribeiro de Faria, 2004, p. 154, onde se destaca a visão do alemão Prölss de uma repartição do encargo probatório segundo zonas de perigo feita a partir da perceção de qual das partes, em função das circunstâncias, está mais perto das mesmas para suportar as consequências da falta de prova; nesse sentido, tendo-se o facto desenrolado no campo de ação que o pretenso autor do dano domina, será precisamente ele que, à partida, se encontra em melhores condições para elucidar sobre a causa.

³⁹ Cordeiro da Costa, 2016, pp. 124-127.

impossível), seja por exigir ao agente a reparação total de um prejuízo que pode não ter causado (em absoluto).

Há quem afirme, no entanto, que as limitações desta teoria poderiam ser superadas através da introdução de técnicas de facilitação probatória que, como o nome indica, auxiliam a prova do facto à pessoa sobre quem recai o ónus de o demonstrar. Dentro dos vários instrumentos possíveis, as presunções judiciais e a prova de primeira aparência seriam os mais facilmente defensáveis à luz do nosso Direito⁴⁰.

Na verdade, as presunções judiciais, mediante as quais o juiz retira de uma relação de probabilidade típica entre um facto e uma causa, estabelecida com base em regras técnicas ou da experiência comum, a afirmação do nexos causal entre um concreto comportamento e um dano específico, já se encontram previstas no art. 351.º. Similarmente, através do mecanismo da prova *prima facie*, o julgador atribui um valor cognoscitivo semelhante ao da prova direta a elementos (provados) que apresentam uma força de convencimento inferior, tendo-se como demonstrado “em primeira aparência” o facto controvertido⁴¹. Escusado será dizer que o uso destas técnicas de simplificação da atividade processual do demandante, a ser generalizadamente aceite, teria que realizar-se nos termos do princípio da livre apreciação de prova e sem prejuízo de à contraparte ser garantida a possibilidade de demonstração de factos refutadores do raciocínio lógico-conclusivo exercido.

Ficam assim explicadas as alternativas geralmente apresentadas pelos autores que, por mais que compreendam a *ratio* da indemnização pela perda de chance, se recusam a aceitá-la. Para lá da sua (questionável) contradição com o quadro normativo, as principais críticas apontadas à teoria prendem-se com o facto de ser uma construção factícia que, sem dar sequer resposta a todos os problemas de incerteza causal, cria uma discussão infundável em torno dos graus de certeza exigidos e dos critérios de fixação do *quantum respondeatur*.

Considerando o *supra* exposto, podemos concluir que uma maior abertura da Doutrina à reflexão em torno da teoria da perda de oportunidade contribuiria para o necessário alinhamento das condições de admissibilidade e dos critérios por ela empregues ou, pelo menos, para uma maior harmonização judicial nesta sede.

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 127 e ss.

⁴¹ Numa palavra, tem-se em consideração que a tipicidade da factualidade provada “justifica a exigência de um menor ‘grau’ de prova para que o juiz considere o remanescente (e desconhecido) decurso factual ocorrido” (Pedro, 2008, pp. 341-343).

Jurisprudência relevante

Longe de ser uma questão pacífica, a indemnização pela perda de chance vai sendo progressivamente apreciada e, até, acolhida nas decisões judiciais. Na verdade, se em 2015 se destacava a atitude altamente restritiva do STJ perante a doutrina da perda de oportunidade, então chamada à colação apenas “em situações pontuais e residuais”⁴², em 2017 parecia estar já “praticamente superada alguma resistência, em especial na Jurisprudência no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil”⁴³. De todo o modo, entre nós, o conceito tem sido abordado, sobretudo, em três grupos de casos.

O primeiro respeita às hipóteses de perda de chance de ganho, designadamente a propósito da exclusão de candidatos de procedimentos concursais. Nesse contexto, em 2009, chamado a pronunciar-se sobre a situação de uma empresa de fornecimento de equipamentos médicos que fora liminarmente afastada de um concurso público por a transportadora que havia contratado para a entrega do pacote que corporizava a sua proposta não o ter feito chegar atempadamente à entidade destinatária, o STJ entendeu que, em virtude de o processo de seleção também “depender de juízos de discricionariedade e de manifesta álea”, não se podia imputar à Ré o facto de aquela sociedade não ter ganho o concurso, nem afirmar a existência de “nexo causal entre o ato danoso da entrega intempestiva da proposta pela Ré e o facto de a Autora ter sido excluída do concurso público a que se pretendia candidatar através da mesma”⁴⁴. No mesmo ano, o Tribunal superior negou o ressarcimento da chance perdida de progredir na carreira a uma professora que, em virtude de um ato ilícito de terceiro, não viu a sua candidatura à obtenção da classificação de “Excelente” ser apreciada⁴⁵. Mais recentemente, em 2016, o Supremo Tribunal voltou a rejeitar a indemnização a um trabalhador que alegava ter perdido a oportunidade de ser promovido devido ao assédio moral de que fora comprovadamente vítima, por este não ter feito prova suficiente do dano (*i.e.*, que teria subido de cargo se lhe tivessem sido atribuídas tarefas concordantes com a função para que fora contratado)⁴⁶.

Não há dúvida, porém, de que é no âmbito da responsabilidade civil de profissionais no exercício do mandato forense que os tribunais portugueses mais se têm debruçado sobre a figura da perda de oportunidade, não poucas vezes no sentido da sua

⁴² Ac. do STJ de 9.7.2015 (Tomé Gomes).

⁴³ Ac. do TRP de 28.11.2017 (Rui Moreira).

⁴⁴ Ac. do STJ de 16.6.2009 (Hélder Roque).

⁴⁵ Cfr. Ac. do STJ de 22.10.2009 (João Bernardo). Este parece-nos ser um exemplo de reconhecimento encapotado do direito ao ressarcimento pela perda de uma chance, já que a demandante foi indemnizada, a título de danos não patrimoniais, pela profunda angústia e frustração de não ter visto avaliada a sua pretensão de obter o reconhecimento de mérito.

⁴⁶ Cfr. Ac. do STJ de 21.4.2016 (Luísa Geraldês).

aceitação⁴⁷. No seu substrato está a circunstância de toda a causa ter um resultado aleatório e de a vitória judicial ser sempre incerta; nesse sentido, nunca será possível afirmar com absoluta certeza que, não fosse a atuação negligente do advogado, uma determinada ação teria sido julgada parcial ou totalmente procedente, muito embora com aquela tenha ficado irremediavelmente comprometido o ganho do benefício que se mostrava subordinado ao êxito do procedimento judicial.

Tem sido entendimento unânime na Jurisprudência do STJ⁴⁸ que o contrato de mandato (atípico) forense, sujeito às regras dos arts. 1157.º e ss., 40.º e ss. do Código de Processo Civil e 66.º e ss. do EOA⁴⁹, incorpora uma obrigação de meios, já que o advogado apenas se obriga a desenvolver uma atividade destinada a lograr a melhor solução jurídico-legal, colocando todo o seu saber, cuidado e empenho na defesa dos interesses do seu cliente, sem, contudo, ficar vinculado ao desfecho da contenda⁵⁰. Outrossim, admite-se que ao mandatário judicial não seja apenas exigida a diligência do homem médio, mas um especial rigor na investigação, aplicação e atualização dos conhecimentos da sua arte, sem prejuízo da ampla margem de liberdade técnica de que goza de acordo com o fim do contrato e as circunstâncias em que é executado.

Aos tribunais superiores têm chegado pedidos de indemnização pela perda de chance processual fundados em violações culposas do dever de diligência do advogado de variadíssima natureza, desde a não apresentação tempestiva de uma ação⁵¹ ou contestação⁵² à não interposição de recurso de uma sentença desfavorável contra a

⁴⁷ No Ac. do TRC de 20.3.2018 (Barateiro Martins) realça-se que, apesar de a orientação dominante do STJ ter sido, durante muito tempo e pelos motivos conhecidos, a de que a perda de chance processual carecia de virtualidade jurídico-normativa para fundamentar uma pretensão indemnizatória, desde 2012 vai paulatinamente admitindo-a quando se comprova com elevado grau de probabilidade que, não fosse a inexecução do dever de zelo do advogado, o lesado teria obtido ganho de causa.

⁴⁸ Tenha-se por referência, a título exemplificativo, o Ac. do STJ de 9.12.2014 (Sebastião Póvoas).

⁴⁹ Aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, alterada pela Lei n.º 23/2020, de 6 de julho.

⁵⁰ Cfr. Art. 100.º, n.º 1, alínea b do EOA.

⁵¹ Cfr. Ac. do STJ de 30.3.2017 (Olindo Geraldês): “I. O dano que emerge da falta de propositura da ação corresponde à impossibilidade de apreciação jurisdicional da pretensão. II. A desvantagem jurídica representa um dano, traduzido na perda de chance (...) III. Há nexo de causalidade adequada entre tal facto e tal dano”.

⁵² Cfr. Ac. do STJ de 30.5.2019 (Rosa Tching): “O advogado que, por culpa sua, não contesta a ação está a retirar ao seu cliente a possibilidade de exercer o seu direito de defesa (...), o que constitui, por si só, um prejuízo ou dano autónomo, na medida em que fez perder (...) a chance de evitar um prejuízo. Assim, verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil (...), ou seja, o nexo de causalidade adequada (...), constitui-se aquele na obrigação de indemnizar o seu cliente pelo referido dano de ‘perda de chance’”. *A contrario*, *vd.* Ac. do STJ de 19.12.2018 (Maria Olinda Garcia): “Falha um pressuposto base para a sua eventual responsabilização pelos danos que o mandante hipoteticamente não teria tido na ação não contestada”.

vontade do cliente⁵³, passando pela não formulação de determinados pedidos⁵⁴ ou omissão de factos essenciais para o ganho de causa⁵⁵, a não comparência em audiências de julgamento⁵⁶ e falhas na junção de documentos aos autos⁵⁷ ou de requerimento probatório⁵⁸, ou mesmo o não pagamento da taxa de justiça⁵⁹. São, em regra, comportamentos graves e omissivos, “que estão manifestamente fora do âmbito das opções técnicas, designadamente de natureza jurídica, que o advogado, enquanto jurista particularmente qualificado, tem de assumir no seu patrocínio”⁶⁰.

Em termos sucintos, tem-se assumido que, para fazer operar a responsabilidade civil por perda de chance processual, nomeadamente no âmbito de uma ação movida contra um advogado que deixou decorrer o prazo legalmente previsto para interpor um recurso, é necessário que, num primeiro momento, se faça o designado “julgamento

⁵³ Cfr. Ac. do STJ de 16.2.2016 (Gabriel Catarino): “Se o mandatário do Autor interpôs, fora de tempo, recurso de apelação da sentença que julgou a ação improcedente (...) sem cumprimento do ônus de impugnação especificada (...) terá de se concluir que o tribunal de apelação estava impedido de reavaliar a decisão de facto e, mesmo que interposto em tempo, a probabilidade de ganho do recurso seria nula. Donde, o recorrente não perdeu a oportunidade de obter um ganho com a concreção do eventual facto ilícito praticado pelo mandatário”. Nesse sentido, no Ac. de 10.9.2019 (Graça Amaral) sublinha-se que a verificação do dano da perda de chance exige “a demonstração da consistência e seriedade da perda de oportunidade de obter uma vantagem (ou evitar um prejuízo) segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, que terá de ser aferido casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados”.

⁵⁴ No já referido Ac. do STJ de 9.12.2014, concluiu-se que a não obtenção da quantia peticionada pela Autora numa ação por despedimento ilícito movida contra a sua empregadora não se tinha devido ao facto de, na petição inicial da lide laboral, a advogada que a representava ter alegado o incumprimento da obrigação de remuneração pela contraparte sem apresentar, por descuido, o pedido de condenação ao pagamento do respetivo montante.

⁵⁵ Cfr. Ac. do STJ de 17.11.2020 (Pedro de Lima Gonçalves): “Numa ação em que se discute o desempenho defeituoso de um advogado (...) por o mesmo ter omitido na petição dessa ação factos essenciais e com tal omissão veio o mandante sofrer a perda parcial da ação (...) não se pode afirmar o nexo de causalidade adequada entre a omissão ilícita e culposa (...) e os danos sobrevindos para os Autores (...) Estamos no âmbito do denominado dano pela “perda de chance” (...) [cuja] reparação deve ser medida em relação à chance perdida”.

⁵⁶ Cfr. Ac. do TRL de 15.5.2008 (Granja da Fonseca): “Não se duvida, pois, que a falta de comparência da Ré à audiência de julgamento agendada, sem avisar o Autor de que deveria comparecer nesse dia (...) consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação de assistência técnica da Ré ao Autor e foi causa necessária para que o ora Autor tivesse sofrido danos, em virtude da condenação (...). Pensamos que se deveria aplicar aqui o conceito de perda de chance”.

⁵⁷ Cfr. Ac. do STJ de 14.3.2019 (Hélder Almeida). No caso *sub judice*, o Autor alegava que não teria sido condenado ao pagamento de uma multa se o mandatário tivesse juntado certos documentos e procurações forenses, dando resposta aos convites do Tribunal. Apesar de admitir que “o dano em apreço se traduza na perda de uma certa probabilidade de ganhar a ação para cujo patrocínio o mandatário inadimplente foi contratado”, o STJ entendeu que a probabilidade de o cliente “haver logrado evitar o prejuízo resultante da ação não era suficientemente elevada para lhe assegurar uma indemnização”.

⁵⁸ Cfr. Ac. do STJ de 14.3.2013 (Maria dos Prazeres Beleza): “A falta de apresentação oportuna do requerimento de prova determinou a improcedência da sua defesa e da reconvenção; mas não se pode determinar qual seria o provável resultado da prova que viesse a ser oportunamente requerida e produzida; nem tão pouco o provável desfecho jurídico da causa. (...) No caso presente, a chance de vencimento é suficiente para que a consistência da oportunidade perdida justifique uma indemnização”.

⁵⁹ Cfr. Ac. do STJ de 16.12.2020 (Rosa Tching): “Ao não proceder ao pagamento da taxa de justiça e multa devidas pela apresentação tardia da contestação (...), o BB não só teve uma atuação ilícita, porquanto violou as normas estatutárias e deontológicas da profissão de advogado (...) e as normas contratuais a que se encontrava vinculado para com o ora autor (...), como agiu de forma culposa, pois nem sequer cuidou de demonstrar (...) que as apontadas omissões não procederam de culpa sua. Mas seguro é também que esta conduta omissiva do referido mandatário judicial, na medida em que fez perder ao então réu (...) a “chance” de, na ação (...) evitar a sua condenação no pagamento da quantia (...) constitui, só por si, um prejuízo ou dano autónomo”.

⁶⁰ Ac. do STJ de 24.3.2017 (Salazar Casanova).

dentro do julgamento”, *i.e.*, um juízo de prognose sobre aquilo que, não fosse a atuação indiligente do réu, seria altamente provável que o tribunal daquela causa viesse a decidir, tendo em linha de conta a Jurisprudência seguida pelo mesmo nessa matéria. Com efeito, porque é sobre o lesado que impende o ónus de prova de tal probabilidade, nos termos do art. 342.º, n.º 1, ele deve, “na nova ação, reconstruir a causa perdida, alegando e, a seu tempo, provando os factos que fundam a posição jurídica perdida na ação pretérita”⁶¹, a fim de demonstrar a existência de uma chance consistente de sucesso do recurso.

Se na sua apreciação casuística o Tribunal concluir pela seriedade da oportunidade perdida e pelo preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil, então procede-se à determinação do *quantum* indemnizatório devido, “segundo o critério da teoria da diferença, nos termos prescritos no art. 566.º, n.º 2 do CC, lançando-se mão, em última instância, do critério da equidade ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo”⁶².

O cenário muda radicalmente quando passamos para o campo da responsabilidade dos profissionais médicos. Além de não ser tão discutida, a ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou de sobrevivência tende a ser rejeitada, ainda hoje, pelos nossos juízes. Apesar disso, não sendo a medicina uma ciência exata, são frequentes os casos em que, embora não seja possível afirmar com segurança que determinado tratamento teria levado à recuperação de um doente, se sabe que, ao não o realizar (diligentemente), o clínico sacrificou culposamente essa possibilidade.

Entendemos, pois, que o problema da admissibilidade da indemnização pela perda de oportunidade de recuperar ou de sobreviver merece análise mais pormenorizada em capítulo subsequente. Porém, não seria sensato fazê-lo sem antes abordar algumas noções básicas de Direito Médico e, em particular, as peculiaridades da relação jurídica estabelecida entre o profissional e o paciente, bem como o seu enquadramento no instituto da responsabilidade civil.

⁶¹ Ac. do STJ de 21.1.2021 (Sacarrão Martins).

⁶² Ac. do STJ de 15.11.2018 (Rosa Tching).

Parte II: A responsabilidade civil médica

1. A prestação de cuidados de saúde enquanto obrigação de meios

Iniciemos esta contextualização com uma breve referência ao quadro jurídico da saúde em Portugal⁶³. Sucintamente, podemos dizer que a base do Direito Médico é composta pelo catálogo de direitos fundamentais consagrados na CRP e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. O direito à proteção da saúde, assente nos valores da dignidade humana, equidade, ética e solidariedade, abrange uma série de direitos mais específicos que se encontram previstos em diplomas como a Lei de Bases da Saúde, o Estatuto Hospitalar e até o Código Penal; é neles que se sustenta a Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes que, embora careça de força vinculativa, promove o bom relacionamento entre profissional de saúde e paciente. Por fim, não esquecer que todos os médicos estão vinculados ao EOM⁶⁴ e aos regulamentos aprovados ao seu abrigo, incluindo o Código Deontológico.

O constante desenvolvimento das ideias ético-sociológicas, o progresso tecnológico e científico na área da medicina e o esclarecimento dos cidadãos por via dos *media* e da literatura especializada têm-nos tornado cada vez mais conscientes, exigentes e interessados na questão da responsabilidade civil, criminal e disciplinar do médico⁶⁵. Cingir-nos-emos ao estudo da primeira.

Convém, desde já, estabelecer que à responsabilidade civil médica são aplicáveis tanto o regime contratual, como o extracontratual; o segundo, porém, apenas na vertente de responsabilidade por factos ilícitos. Quer isto dizer que do campo médico ficam excluídas, pelo seu carácter especial, as modalidades da responsabilidade por factos lícitos danosos e da responsabilidade pelo risco, sem prejuízo, no último caso, das situações que, pela particular perigosidade dos instrumentos utilizados pelo médico, justifiquem a aplicação da presunção do art. 493.º, n.º 2, bem como as hipóteses de responsabilidade objetiva expressamente previstas na lei (*v.g.*, ensaios clínicos de medicamentos, utilização de material radioativo, doação de órgãos para transplante⁶⁶).

Não obstante, perceberemos adiante que, por norma, se defende a utilização do modelo obrigacional para a generalidade das situações de responsabilidade civil médica. Todavia, até aos anos trinta do século passado, a tendência era a inversa: considerava-se que, por estar em causa uma lesão à vida ou à integridade pessoal do paciente e, por isso,

⁶³ Pereira, 2007, p. 11.

⁶⁴ Aprovado pelo DL n.º 282/77, de 5 de julho, atualizado pela Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto.

⁶⁵ Cfr. Rodrigues, 2000, pp. 161-167.

⁶⁶ Cfr. Art. 14.º, n.º 1 da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto, art. 3.º do DL n.º 153/96, de 30 de agosto e art. 9.º, n.º 1 da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, respetivamente.

a violação de um direito absoluto, o regime aplicável seria o aquiliano. Tal mudança de rumo ter-se-á dado, segundo os autores, com a célebre proposta de distinção entre obrigações de meios e de resultado atribuída ao francês René Demogue⁶⁷. Teceremos alguns comentários a este respeito.

Ainda que tentemos compreender o raciocínio seguido por uma parte da Doutrina que desvaloriza a classificação das obrigações contratuais segundo as características específicas da prestação do devedor, e prefira pôr o foco no programa contratual em causa (*i.e.*, naquilo a que, nas circunstâncias da concreta relação obrigacional, o devedor se tenha comprometido e que, por sua vez, o credor possa razoavelmente esperar)⁶⁸, é-nos difícil aceder a tal entendimento quando pensamos no caso específico do profissional médico, que julgamos nunca estar em condições de se vincular verdadeiramente à satisfação do interesse final da cura ou sobrevivência do paciente.

Com efeito, pesem embora a intenção das partes e a economia geral do contrato, não esquecemos que, além dos cuidados administrados, a recuperação do doente está acima de tudo sujeita à sua própria resistência e à capacidade de regeneração dos órgãos afetados, bem como a fatores endógenos e exógenos desligados da atividade médica. Ora, estando o interesse primário da recuperação ou sobrevivência do paciente marcado por tamanha incerteza e aleatoriedade, tenderemos a defender que o profissional não pode fazer mais do que comprometer-se a desenvolver prudentemente os cuidados necessários ao seu tratamento, sem, contudo, assegurar que o mesmo se concretize.

Dito isto, se assumirmos que a relação estabelecida entre a entidade médica e o paciente se desenvolve ao abrigo de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, então o “resultado” do trabalho intelectual ou manual que a primeira se obriga a proporcionar ao último, nos termos do disposto no art. 1154.º, referir-se-á tão-só aos cuidados de saúde diligentemente oferecidos. Partimos, portanto, do pressuposto que, perante o doente, o clínico assume uma obrigação *de meios* – embora tudo dependa do sentido atribuído ao conceito de “resultado” –, o que, aliás, vem sido reiterado pelas Doutrina e Jurisprudência maioritárias⁶⁹.

Note-se que esta qualificação releva, sobretudo, para efeitos probatórios. De facto, se no âmbito da responsabilidade contratual o CC faz operar uma presunção legal de culpa *juris tantum* do devedor, então se considerarmos que a obrigação do médico é de meios, sobre ele impenderá o ónus de afastar, provando que agiu com a perícia e zelo devidos. Porém, vale a pena referir que Doutrina e Jurisprudência tendem a defender o

⁶⁷ Cfr. Rodrigues, 2000, pp. 173 e ss.

⁶⁸ Cfr. Silva, 1995, pp. 78-81, nota 154.

⁶⁹ Excecionam-se os meios laboratoriais de diagnóstico, próteses dentárias e cirurgias estéticas. Estando aí o prestador de cuidados de saúde vinculado à obtenção de um efeito útil concreto, tem-se entendido que a sua obrigação é de resultado.

funcionamento da presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1, somente no âmbito do incumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigações de resultado⁷⁰; seja como for, se considerarmos (quicá forçadamente) que o efeito útil a que o médico está vinculado consiste na “mera” execução dos serviços necessários ao tratamento do paciente, a sua prestação facilmente se converte numa obrigação de resultado, sendo-lhe assim aplicável a dita presunção.

2. A responsabilidade contratual do médico de clínica privada e a responsabilidade extracontratual do funcionário público

Não há dúvida de que o modelo contratual é o que melhor satisfaz os interesses do paciente. Mesmo que se entenda que, por se tratar de uma obrigação de meios, o doente não beneficia da presunção de culpa do médico, o regime extracontratual não lhe será mais favorável, na medida em que também faz recair sobre si o ónus de provar que o dano decorreu de um comportamento culposos do médico, nos termos do art. 487.º. Para além disso, o esquema da responsabilidade obrigacional ganha ao conceder ao lesado vinte anos para o exercício do seu direito de indemnização, aplicando-se o prazo ordinário previsto no art. 309.º, em vez dos três anos fixados no quadro delitual⁷¹. Por fim, no que à responsabilidade por facto de terceiro respeita, ao contrário do que sucede no âmbito da responsabilidade do comitente, o regime da responsabilidade por atos dos auxiliares previsto no art. 800.º não exige que o doente prove que existia entre a entidade prestadora dos cuidados de saúde e a pessoa que utilizou para o cumprimento da sua obrigação, à data do ilícito, uma relação de subordinação.

Em contrapartida, no regime da responsabilidade aquiliana admite-se, sem discussão, a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais⁷² e a redução equitativa da indemnização em caso de mera culpa, quando reunidas certas condições⁷³.

⁷⁰ Vd. Ac. do STJ de 12.3.2015 (Hélder Roque) que, versando sobre “uma das exceções, da área da Ciência Médica em que se verifica a obrigação de resultado” (a saber, a falta de comunicação de um exame laboratorial), enaltece que a culpa do devedor apenas se presume nesses casos pontuais.

⁷¹ Cfr. Art. 498.º.

⁷² Cfr. Art. 496.º. A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no campo da responsabilidade contratual é um dos temas de Direito Civil mais debatidos, sendo hoje a posição maioritária no sentido da sua aceitação. Para Pinto Monteiro, “quando há ofensa a bens não patrimoniais (...) mas essa ofensa ocorre no cumprimento de um contrato (*v.g.*, de prestação de serviços, seja ele médico, de patrocínio judiciário ou qualquer outro) (...) o credor/lesado poderá ter direito à reparação por danos não patrimoniais”, que “assumem natureza contratual, pois o dever geral de *neminem laedere* (que funda a responsabilidade extracontratual) é absorvido, estando em causa um comportamento ligado ao fim do contrato, nos quadros da responsabilidade contratual” (Pinto Monteiro, 1992, p. 23).

⁷³ Cfr. Art. 494.º. Embora alguns autores defendam a incompatibilidade desta figura com o regime da responsabilidade contratual, há quem entenda que, a ser admitida a ressarcibilidade do dano não patrimonial no quadro obrigacional, também será de aceitar, nesse domínio, a redução equitativa da indemnização devida por dano da mesma natureza, já que o art. 496.º, n.º 4, assim o impõe (Rodrigues, 2000, p. 212).

De toda a maneira, a prestação de cuidados médicos em estabelecimentos públicos está sujeita ao regime da responsabilidade civil *extracontratual* do Estado e demais entidades públicas (e à competência jurisdicional dos tribunais administrativos). Com efeito, o profissional de saúde pública acaba por beneficiar de uma proteção mais forte, na medida em que o hospital responde exclusivamente pelos danos que produzir com culpa leve, exonerando-o da responsabilidade. Todavia, quando o funcionário atua com dolo ou diligência manifestamente inferior àquela a que se encontrava obrigado em razão do cargo, o hospital é apenas solidariamente responsável pelos prejuízos causados no exercício das suas funções, gozando de direito de regresso contra o médico⁷⁴.

Pelo contrário, o clínico que trabalha por sua conta responde sempre, ele mesmo, pelos danos que causa, independentemente do grau de culpa. Os litígios decorrentes da atividade médica privada são julgados pelos tribunais judiciais com recurso à lei civil, incluindo as normas relativas ao contrato de prestação de serviços. Cabe-nos, neste contexto, denunciar as injustiças resultantes de uma incompreensível divisão entre os regimes aplicáveis aos setores público e privado, que atingem médicos e doentes, e aplaudir as propostas de adoção de legislação própria com vista a uma reforma profunda do Direito da Saúde.

Voltando ao denominado “contrato médico”, celebrado entre o paciente e o médico que exerce em consultório ou clínica próprios em regime liberal, cumpre acrescentar que se trata de um contrato sinalagmático celebrado *intuitu personae* e oneroso. A prestação principal do médico consiste na obrigação de tratamento, traduzível no uso dos seus conhecimentos e experiência para a prática zelosa dos atos adequados à preservação da saúde do paciente, desde a identificação da enfermidade ao controlo pós-operatório, passando pela prescrição medicamentosa. A par dos deveres laterais de conduta que recaem sobre qualquer sujeito de uma relação obrigacional e que têm “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”⁷⁵, ao médico cabe cumprir uma série de deveres acessórios consagrados no Código Deontológico, tais como o de informação de diagnóstico e de prognóstico, e o de sigilo. Em contrapartida, o doente tem como obrigação principal o pagamento dos honorários fixados pelo médico com justo critério⁷⁶.

Situação diversa é aquela em que o clínico trabalha *para* um estabelecimento de saúde do setor privado, por conta de outrem, em regime de contrato de trabalho, de prestação de serviços ou equiparado. Aqui, o doente estabelece a relação contratual de

⁷⁴ Cfr. Arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

⁷⁵ Mota Pinto, 1982, p. 339.

⁷⁶ Cfr. Rodrigues, 2000, pp. 181-185.

prestação de serviços de saúde com a entidade que explora a clínica, na qual o médico não é mais do que um funcionário. Nesse sentido, porque a responsabilidade emergente daquele vínculo é contratual, aplica-se o disposto no art. 800.º, n.º 1, fazendo o estabelecimento hospitalar “responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento”⁷⁷. Parece-nos, todavia, avisada a posição de que tal solução valha apenas no âmbito dos denominados “contratos totais”, que englobam a prestação de serviços médicos e todos os cuidados de internamento hospitalar; nos restantes casos, o hospital deve responsabilizar-se apenas pelas obrigações a seu cargo, como a hospedagem e os cuidados paramédicos, e o profissional pelo serviço que de facto presta⁷⁸.

Resumindo, fora a prestação de cuidados de saúde no setor público e os casos em que o profissional de hospital particular é chamado a socorrer vítimas de acidente ou doença súbita que se encontrem em perigo iminente de vida (não lhes sendo possível escolher a quem recorrer, nem ao médico recusar a assistência), é inegável que entre o médico e o paciente que o procura existe uma ligação contratual. Assim, se o clínico não oferece um tratamento, ou se o faz inadequadamente, está a violar a sua obrigação contratual principal; da mesma forma, se num dado procedimento provoca uma simples queimadura ou qualquer outra lesão por falta de atenção ou perícia, está a violar os deveres laterais de proteção do paciente impostos pela boa-fé, cumprindo defeituosamente o contrato.

Nesse sentido, apesar de alguns admitirem o concurso de responsabilidades no domínio médico, alegando que o mesmo facto (*v.g.*, uma observação negligente que resulta num tratamento inadequado) constitui uma violação do contrato de prestação de serviços e, ao mesmo tempo, do direito absoluto à integridade física do paciente⁷⁹, os tribunais têm preferido (e bem) aplicar o regime contratual, não só por ser o mais favorável ao lesado, mas por o princípio da autonomia privada, que atribui às partes o poder de fixar a disciplina que rege as respetivas relações, assim o exigir. Numa palavra, tem-se entendido que o regime da responsabilidade contratual “consome” o da delitual⁸⁰.

⁷⁷ Vaz Serra, 1958, p. 270. *Vd.* Ac. do STJ de 28.1.2016 (Graça Trigo) em que se imputa ao hospital privado a paralisia e demais sequelas que uma doente sofreu após a cirurgia ortopédica com epidural a que foi sujeita.

⁷⁸ Cfr. Pereira, 2007, p. 14, nota 20. *Vd.* Ac. do STJ de 22.3.2018 (Graça Trigo) em que, por estar em causa um “contrato dividido” e, como tal, o médico não surgir enquanto auxiliar de cumprimento das obrigações do devedor hospital, o estabelecimento privado não foi responsabilizado pela sua conduta.

⁷⁹ Cfr. Ac. do STJ de 25.2.2015 (Armando Monteiro).

⁸⁰ Cfr. Almeida Costa, 2009, p. 551. *Vd.* Ac. do STJ de 15.12.2020 (Ricardo Costa).

3. A insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva do doente lesado

Ainda que a generalidade das situações de responsabilidade civil médica caiba no esquema contratual, não podemos ignorar os casos subsumíveis ao regime extracontratual, tornando-se essencial analisar o enquadramento dos pressupostos previstos no art. 483.º no nosso campo de estudo.

Tal norma prescreve, como princípio geral, que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem, ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Daqui retiramos que a responsabilidade delitual pressupõe o preenchimento cumulativo de cinco requisitos: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Passemos, então, à sua análise no plano médico.

Justamente por não existir um dever de curar, mas uma obrigação de prestar os melhores cuidados possíveis com vista à preservação da saúde, ao prolongamento da vida ou à suavização do sofrimento do paciente, são raras as ações de responsabilidade médica fundadas na mora ou no não cumprimento. A esta luz, uma ação ou omissão voluntária do clínico constituirá um comportamento ilícito em duas situações: ou quando traduza a violação de uma norma legal, regulamentar ou estatutária de Direito Médico (*v.g.*, interrupção voluntária da gravidez num caso não previsto, intervenção cirúrgica não consentida, violação de segredo), ou quando o médico proceda em desconformidade com as *leges artis*, *i.e.*, o conjunto de “regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”⁸¹, contribuindo para a lesão do direito à saúde e integridade física ou psíquica do doente (ou perigo da mesma).

Ademais, a responsabilidade civil médica, seja ela contratual ou aquiliana, requer a culpa do profissional⁸². Nesta sede, impõe-se a adaptação do critério da diligência do *bonus pater familias* em face das circunstâncias do caso⁸³ ao médico médio da concreta categoria do agente, “normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe”⁸⁴, colocado nas condições temporais, espaciais e instrumentais que aquele teve que travar⁸⁵.

⁸¹ Rodrigues, 2000, p. 200.

⁸² Cfr. Arts. 483.º e 798.º.

⁸³ Cfr. Arts. 487.º, n.º 2 e 799.º, n.º 2.

⁸⁴ Pereira, 2007, p. 16. Ainda no âmbito da culpa, o autor destaca a tendência europeia de objetivação da responsabilidade médica através da “procura das causas sistémicas dos acidentes médicos na instituição prestadora de cuidados de saúde, na sua organização e estrutura”, *i.e.*, nas falhas, erros e problemas na gestão do ente coletivo. Numa palavra, a culpa de serviço.

⁸⁵ Cfr. Pedro, 2008, pp. 125-142. Para a autora, além das condições em que o médico trabalha e da sua experiência e especialização, há que atender a “todos os fatores que, em concreto, contendem com a

A formação ética e cultural dos profissionais de saúde explica a escassez de ilícitos praticados intencionalmente; assim, a maior parte dos litígios decorre de um erro de diagnóstico ou terapêutica, cometido por falta de zelo, com mera culpa. De qualquer modo, embora não corresponda à posição adotada pela Doutrina e Jurisprudência maioritárias que, por estar em causa uma obrigação de meios, colocam a tarefa probatória a cargo do paciente, vemo-nos forçados a reconhecer que o ónus da prova da diligência deveria recair sobre o médico, desde que o lesado fizesse prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso⁸⁶. De facto, tendo em conta a posição extremamente frágil em que o doente se encontra – não só pela eventual condição de saúde debilitada, mas sobretudo pela falta de conhecimentos e registos necessários à demonstração adequada da culpa do profissional, à qual se junta o corporativismo da classe, muitas vezes acusada de atuar sob pacto de silêncio – e que o médico, dotado do saber técnico e da ficha clínica do paciente, beneficia de valiosos meios de prova para afastar a sua culpa, aquela é a solução que melhor realizaria o equilíbrio dos interesses em presença.

Finalmente, os danos causados por erro médico podem assumir natureza não patrimonial (*v.g.*, dor, danos estéticos e de relação, em especial a perda de possibilidade de conviver ou de o fazer sem vergonha) ou patrimonial, onde cabem os danos emergentes (*v.g.*, despesas com tratamentos) e os lucros cessantes, *i.e.*, todos os benefícios que o doente deixou de alcançar na sequência da lesão. Ainda que aparentemente básica, a aferição do pressuposto da certeza do dano no plano da saúde pode revelar-se bastante complexa, designadamente quando ocorram constantes evoluções ou degenerações do estado psicofisiológico do paciente. De facto, não só é possível que um dano atual evolua e deixe de existir, como que de uma intervenção negligente venham a surgir, só mais tarde, complicações imprevisíveis.

Ainda assim, é ao nível do nexó de causalidade entre o facto ilícito culposo do profissional e o dano sofrido pelo doente que surgem os principais problemas em matéria de responsabilidade civil médica. Entre nós, a resposta ao problema da causalidade é dada no art. 563.º que, embora apele a uma ideia de pura causalidade, foi pensado com o objetivo de consagrar a teoria da causalidade adequada. Por conseguinte, o agente só é obrigado a reparar os danos que não se teriam verificado sem a sua conduta ilícita e que, abstraindo desta, seria de prever que não se tivessem produzido⁸⁷.

consistência das chances de êxito da intervenção médica”, como o grau de urgência e o nível de risco para a saúde do paciente.

⁸⁶ Cfr. Rodrigues, 2000, p. 209.

⁸⁷ Note-se que, segundo a melhor Doutrina, é à formulação negativa da causalidade adequada de Enneccerus-Lehmann que devemos atender quando estejam em causa lesões resultantes de facto ilícito (contratual ou extracontratual), como, em regra, sucede nos casos de responsabilidade médica. Devemos, pois, entender que a conduta imputável ao agente como condição do dano deixa de ser causa adequada do mesmo se, atendendo à sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do resultado e, como tal, só se tenha

Neste contexto, a álea intrínseca à atividade médica (*i.e.*, a circunstância de vários fatores, já aqui aludidos, escaparem à atuação do profissional, impossibilitando-o de prever e controlar todo o tratamento) torna extremamente difícil para o juiz aferir a relação causal entre a morte ou agravamento do estado de saúde de um paciente e a imperícia ou indiligência do médico. Ademais, o facto de, em geral, se atribuir ao lesado o encargo de demonstrar a evolução hipotética de um processo que, além de não dominar, “se estende ao longo de um período significativo de tempo e que aparece marcado por numerosas incertezas”⁸⁸ justifica a improcedência da maioria das ações indenizatórias instauradas contra os clínicos.

Do *supra* exposto resulta, nas palavras de Rute Pedro, a “necessidade de um esforço de correção do imperfeito quadro vigente” que não garante a proteção devida ao indivíduo que, mais do que “um simples credor que recebe uma prestação imperfeita”, é alguém que se coloca nas mãos de outrem na expectativa de receber os melhores cuidados possíveis⁸⁹. Com efeito, perante as dificuldades que se levantam na aplicação do esquema tradicional da responsabilidade civil, e sendo este um dos campos que menos conhece a intervenção evolutiva do legislador, Doutrina e Jurisprudência têm procurado formas de ultrapassar os obstáculos probatórios com que o lesado, vulnerável e leigo, se depara na formulação do pedido ressarcitório movido contra o profissional, por definição especializado e competente, cuja arte, ainda para mais, é meramente conjuntural. Foi neste contexto que terá surgido em França a ideia de trazer para o âmbito da responsabilidade civil médica a tão controversa figura da perda de chance.

tornado sua condição devido a fatores extraordinários que tenham intervindo no caso (Antunes Varela, 2006, pp. 890 e ss.).

⁸⁸ Gomes, 2008, p. 302.

⁸⁹ Pedro, 2008, pp. 19-20.

Parte III: A (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência

1. *La perte d'une chance de guérison ou de survie*

O conceito de *perte d'une chance de guérison* foi formalmente consagrado pela *Cour de Cassation* a 14.12.1965, mediante acórdão confirmatório de uma decisão da *Cour d'Appel* de Paris que havia condenado um médico no pagamento de uma indemnização ao pai de uma criança que, tendo sido mal diagnosticada, ficou privada de corrigir a luxação do cotovelo de que padecia em devido tempo. Contudo, antes disso, numa decisão proferida a 24.10.1961, a *Cour d'Appel* de Grenoble já teria aludido à perda de oportunidade de cura de um paciente que, por não ter sido oportunamente observado, ficara impossibilitado de proceder aos cuidados necessários ao tratamento de uma fratura do pulso, evitando a incapacidade funcional da mão⁹⁰.

O conceito foi progressivamente chegando aos diferentes ordenamentos jurídicos, tendo dado origem, em 1984, na Bélgica, ao *leading case* de um doente cuja perna foi amputada devido a uma gangrena passível de ser diagnosticada aquando de uma visita que fizera ao hospital, e a quem a *Cour d'Appel* reconheceu o direito de ser ressarcido pela *perte d'une chance de guérison*⁹¹. Por sua vez, em Itália, a incidência desta doutrina no campo da responsabilidade médica deu-se apenas em 2004, quando o Tribunal superior ponderou conceder uma indemnização pela perda de oportunidade de sobrevivência de um paciente que falecera devido à rutura de um aneurisma, a qual, de acordo com o relatório pericial, poderia ter sido evitada se os profissionais se tivessem apercebido do ataque cardíaco de que fora alvo no decorrer de uma intervenção⁹².

Também entre nós há quem reconheça a ressarcibilidade da perda de oportunidade de recuperação ou de sobrevivência, desde que verificadas as condições impostas pela própria teoria. Segundo Sinde Monteiro, nos casos de responsabilidade civil médica em que, não fora a conduta negligente do clínico, talvez a morte ou o agravamento da enfermidade do paciente pudessem ter sido travados, a tese da perda de chance faz funcionar como que uma substituição do dano concretamente ocorrido, em relação ao qual não se fez prova suficiente do nexo de causalidade, por um “diminutivo abstrato deste prejuízo (perda da oportunidade de não morrer ou de se curar), hipoteticamente atribuído à culpa do médico em razão do perigo a que expõe a saúde do doente”⁹³.

⁹⁰ Cfr. Cardona Ferreira, 2012, p. 34.

⁹¹ Cfr. Medina Alcoz, 2007, p. 134.

⁹² Cfr. Pedro, 2011, p. 45, nota 113.

⁹³ Sinde Monteiro, 1989, p. 298.

Neste contexto, Medina Alcoz relembra que a incerteza causal pode resultar, não só da incontrollabilidade dos resultados das ciências médicas, mas também da imprevisibilidade da conduta do próprio lesado, nos casos de ausência de consentimento informado⁹⁴ – aqui, o dano decorrerá, não de um descuido do profissional, mas do incumprimento do dever de informação sobre os riscos a que o doente estaria exposto em determinada intervenção (e que se terão eventualmente desencadeado, produzindo consequências laterais desvantajosas), sem que seja possível concluir com certeza se o lesado, não fora aquela falta, a teria autorizado. De toda a maneira, importa reter que os pedidos de ressarcimento se fundam, por norma, em diagnósticos mal realizados, erros em intervenções cirúrgicas, esquecimento de objetos no interior do corpo ou amputação de órgãos por engano.

Para além do setor em que se produzem, as hipóteses de perda de chance são agrupáveis de acordo com outros critérios, nomeadamente o da natureza da vantagem final cuja oportunidade de ganho foi afastada pela atuação do lesante. Com efeito, na medida em que a perda da oportunidade de recuperação ou de sobrevivência afeta o património biológico do lesado, o autor espanhol qualifica-a como uma chance pessoal, não económica. Nesse sentido, porque a possibilidade de cura ou de prolongamento do tempo de vida não se traduz propriamente na obtenção de um incremento patrimonial, mas antes no evitamento da lesão de bens que integram o património jurídico da vítima, Medina Alcoz classifica-a como uma oportunidade *de damno vitando*⁹⁵.

Tudo deixa de ser tão simples quando passamos a discutir o carácter direto ou consequencial da oportunidade perdida de sobreviver ou de recuperar. Nas situações em apreço, a lesão na vida ou na integridade física do paciente surge diretamente ligada à conduta desvaliosa do médico, logo, relativamente ao dano estritamente fisiológico, diz-se estar em causa a frustração de uma oportunidade direta. Por outro lado, os danos de índole moral, como o sofrimento sentido pelo lesado e os prejuízos patrimoniais de que o mesmo consiga fazer prova (*v.g.*, gastos em tratamentos para corrigir o erro médico, perdas de oportunidade de progresso na carreira), ainda que derivem diretamente do dano corporal primário, só resultam indiretamente da conduta lesiva, pelo que, no que a eles respeita, as chances perdidas são consequenciais⁹⁶.

Finalmente, a perda de chance de cura ou de sobrevivência pode referir-se à possibilidade de evitar, ou um prejuízo passado, ou um dano futuro. Alcoz recorre ao referido caso belga para explicar que, aí, dado que os danos corporal e moral já se tinham

⁹⁴ Cfr. Medina Alcoz, 2007, pp. 70-71. Vd. Ac. do STJ de 2.11.2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), que determinou o ressarcimento do dano “causado pela falta de informação devida (...) consistente na perda de oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências”, sustentado no “direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25/1 e 26/1 CRP e art. 70/1 CC)”.

⁹⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 74-75.

⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 76-77.

produzido ao tempo da liquidação judicial, o médico sacrificou uma oportunidade passada de cura; todavia, na hipótese de aquele paciente ser um atleta profissional, seria ainda invocável a perda de oportunidade futura relativa aos rendimentos que deixou de auferir por ter ficado impedido de competir devido à amputação da perna⁹⁷.

Esta possível qualificação da chance de cura ou de sobrevivência como uma oportunidade futura faz suscitar um dos principais problemas apontados à individualização do dano da perda de chance e que se prende com a questão de saber se este deverá ser considerado um dano emergente ou um lucro cessante. A este respeito, Júlio Gomes salienta que, embora seja algo amplamente discutido, a distinção serve essencialmente para descrever o conteúdo do dano ressarcível, que não se limita às “subtrações de utilidades já existentes no património do lesado”, abrangendo também as que aquele “teria presumivelmente conseguido se não se tivesse verificado o facto ilícito ou o incumprimento”, e cuja prova é naturalmente mais difícil⁹⁸.

Com efeito, embora nem sempre assim tenha sido, hoje, os autores que reconhecem a relevância jurídica do dano da perda de chance inserem-no no dano emergente. Na verdade, se entendermos que este dano consiste na perda da possibilidade concreta (não apenas possível) de obter um resultado útil (apesar de incerto), então ele traduz uma lesão de uma propriedade anterior, de um bem que já integrava o património do lesado, pelo que só pode ser qualificada como um dano emergente, ainda que a oportunidade frustrada se refira à obtenção futura de ganhos. Diferentemente, a ressarcibilidade do lucro cessante implica “a prova dos factos constitutivos do ganho perdido sem que seja provada a existência de outros factos que impedissem o surgimento desse mesmo ganho”⁹⁹; logo, por nos casos em análise não ser possível demonstrar com a certeza necessária que, não fosse a atuação do lesante, o efeito favorável teria sido conseguido, nem sequer que se reuniam os pressupostos necessários para tal, a perda de chance nunca seria reparada se fosse encarada como um lucro cessante.

2. Sua compatibilidade com o sistema português de responsabilidade civil médica

A figura da perda de chance caracteriza-se, acima de tudo, pela incerteza e diversidade de entendimentos à sua volta. Perante a questão da aplicabilidade desta

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 78-79. Ao contrário dos autores que chegam a fazer uso da teoria do incremento do risco para fundamentar a admissibilidade da indemnização pela perda de chance, Medina Alcoz opõe-se à inclusão de situações como a da exposição negligente do paciente a radiação (apesar de não lhe ter provocado cancro ao tempo da liquidação, o facto ilícito praticado pelo médico aumentou a probabilidade de aquele dano se materializar, sem que, contudo, se possa assegurar a conexão causal entre um e o outro) no âmbito da perda de chance.

⁹⁸ Gomes, 2008, pp. 305-312.

⁹⁹ Cordeiro da Costa, 2016, p. 52.

solução no campo médico, Rui Cardona Ferreira afirma serem adotáveis quatro posições distintas.

Desde logo, os mais conservadores repugnarão a invocação da perda de chance em qualquer contexto, incluindo o clínico, alegando a inexistência de um dano ressarcível por não se verificar o nexo causal entre o facto e o resultado. Outros dirão que o seu uso neste plano resulta numa redução algo arbitrária da indemnização correspondente ao dano final experimentado, e que deve ser atribuída ao paciente com base no risco ilicitamente criado. As duas últimas perspetivas admitem a utilização indiferenciada da perda de chance em todos os domínios, embora uma a configure como uma expressão da ideia de causalidade parcial e a outra parte do reconhecimento de um verdadeiro dano patrimonial emergente e autónomo do dano final¹⁰⁰. Uma vez que em capítulo precedente foram examinadas a fundo as abordagens da perda de chance nos planos do nexo causal e do dano, bem como as soluções alternativas que visam garantir a tutela efetiva do lesado através da simplificação da sua atividade processual, faremos apenas algumas observações respeitantes, especificamente, ao campo da saúde.

Salvo Cardona Ferreira que, como pudemos perceber, defende a adoção de uma conceção estritamente normativa da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico¹⁰¹, a generalidade dos autores que apoia a transposição da teoria para este domínio pressupõe que a oportunidade de cura ou de sobrevivência traduz um bem suscetível de avaliação económica e jurídica, cuja frustração consubstancia uma lesão da integridade do património jurídico do paciente, sendo, por isso, ressarcível. Foi exatamente esta a perspetiva adotada num Ac. de referência de 2015, em que se concluiu que entre a omissão negligente de diagnóstico de uma pneumonia (que culminou na morte da paciente por choque séptico) e a redução drástica da oportunidade de sobreviver existia um irrefutável nexo de causalidade adequada, reunindo-se assim os requisitos da reparação daquela chance perdida, um dano intermédio valorável¹⁰².

Como é natural, no campo da responsabilidade civil médica não deixa de ser exigida a verificação *in casu* das aludidas condições básicas da tutela reparatória da oportunidade perdida, que deve referir-se à vida ou saúde do lesado e apresentar-se aleatória, neutral, séria, real e atual. Por outro lado, também aqui a autonomização do dano da perda de chance não prejudica “a sua necessária conexão com o resultado final a cuja obtenção a chance se dirigia”¹⁰³, que se reflete de modo evidente no processo de determinação do montante indemnizatório devido.

¹⁰⁰ Cfr. Cardona Ferreira, 2012, p. 35.

¹⁰¹ *Vd. supra*, pp. 10-11.

¹⁰² Cfr. Ac. da 1.ª Secção Cível da Instância Central do TCL de 23.7.2015 (Hígina Castelo).

¹⁰³ Pedro, 2018, p. 208.

Assim, calculado a partir de um triplo juízo, o *quantum respondeatur* repercute a robustez da oportunidade perdida. Num primeiro momento, há que “apreciar o estado em que o lesado se encontra em virtude de o resultado final pretendido ter sido frustrado”¹⁰⁴, fixando-se o montante que seria adequado para reparar o dano concretamente sentido, *i.e.*, a perda da vida ou a consumação da enfermidade. De seguida, procede-se à difícil tarefa de avaliar a consistência da chance destruída, quantificando-se as possibilidades de que o paciente dispunha de escapar à consumação dos prejuízos sofridos, *i.e.*, de sobreviver ou de se curar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. No fim, a quantia devida, “corresponderá ao valor encontrado no primeiro juízo, reduzido proporcionalmente à luz do grau de probabilidade incorporado na chance”¹⁰⁵.

No exemplo dado por Nuno Santos Rocha¹⁰⁶, em que o juiz, embora não conseguisse estabelecer com certeza o nexo causal entre o erro do médico e o falecimento do paciente, podia afirmar, com base em dados estatísticos e relatórios periciais, que a realização da intervenção de acordo com as *leges artis* teria dado ao doente 70% de chances de sobreviver, o *quantum debeat* resultaria da aplicação dessa percentagem aos 50.000,00€ (valor hipoteticamente atribuído, no caso, ao dano morte), *i.e.*, em 35.000,00€. De facto, porque se está apenas a reparar a *possibilidade* de um resultado, este valor teria sempre que ser inferior ao que seria devido se se estivesse a indemnizar o dano final; ainda assim, em rigor, trata-se de uma indemnização integral, e não meramente parcial, pois respeita ao dano concreto da perda de oportunidade, o único, aliás, dotado de um nexo causal provado.

Cientes, porém, da complexidade inerente à avaliação de uma invalidez ou morte e à tradução das chances de cura ou de sobrevivência num valor percentual, os defensores desta tese admitem que, quando seja impossível apurar o montante devido nos termos descritos, o julgador lance mão do disposto no art. 556.º, n.º 3, apelando à equidade.

3. Mecanismos alternativos para a tutela do paciente

Ao longo da investigação fomos registando as principais objeções apontadas à tutela ressarcitória da chance perdida, a começar pelo facto de a sua concretização poder ser vista como um artifício a que recorrem os juízes indecisos sobre a verificação do nexo causal. No específico domínio da responsabilidade médica, tendo em conta a natureza dos bens jurídicos em causa, destaca-se ainda a dificuldade na aplicação de um critério seguro para a fixação do *quantum* indemnizatório, a especial vulnerabilidade do paciente

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Pedro, 2018, p. 209.

¹⁰⁶ Cfr. Rocha, 2014, p. 67, nota 99.

que mantém o ónus de provar as chances existentes e a circunstância de uma parte do dano por si sofrido ficar por reparar.

Voltando à terminologia usada por Rute Pedro, a indemnização pela perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência é um “paliativo” que “aligeira os sintomas, mitiga as repercussões negativas”, mas que “apresenta contraindicações e alguns efeitos colaterais”. Urge, pois, voltar aos principais “remédios” que se vão “prescrevendo” para atenuar o peso probatório carregado pelo doente¹⁰⁷.

Desde logo, cumpre esclarecer que a solução alemã da inversão do ónus da prova quanto à causalidade nos casos de negligência grosseira médica não tem consagração no Direito português. Entre nós, a especial complexidade da prova e a falta de preparação técnica do doente não justificam a alteração da repartição de tal encargo, a qual, pelo contrário, dar-se-á apenas ao abrigo do art. 344.º, n.º 2, quando o médico culposamente inviabiliza a prova do nexo causal (*v.g.*, destruindo uma ficha clínica).

Ainda inspirado no paradigma germânico de responsabilização de quem domina a esfera de risco, Ribeiro de Faria apoiou a introdução da presunção de experiência, através da qual o juiz, partindo de um juízo de normalidade, admitiria “que um erro grosseiro, no qual se insere em termos de resultado, abstratamente, um certo dano, o produziu na situação concreta”¹⁰⁸. Entendia o Professor que, apesar de a diversidade e imprevisibilidade do corpo humano raramente permitirem o estabelecimento de nexos causais típicos, esta ferramenta traria o desejado equilíbrio de posições processuais. Para isso, impunha-se que sobre o doente recaísse o ónus de provar a grandeza objetiva do ilícito médico e a inclusão da lesão experimentada nos efeitos abstratamente tutelados pela regra de cuidado violada e, por outro lado, que ao clínico fosse possível descredibilizar o conteúdo da prova de aparência, mediante apresentação de elementos de que resultasse a probabilidade de um desenrolar atípico dos factos.

Por último, refira-se a proposta de Vaz Serra de extensão da solução prevista no art. 566.º, n.º 3, que prevê a obediência a um juízo equitativo no cálculo da indemnização devida quando não se possa apurar o valor exato do dano, aos casos em que não seja possível averiguar a própria existência do prejuízo. Assume-se, assim, que, à luz da equidade, deve quantificar-se o significado danoso contido na conduta desvaliosa do profissional.

¹⁰⁷ Pedro, 2008, p. 463.

¹⁰⁸ Ribeiro de Faria, 2004, p. 190, nota 153; *vd.* pp. 125 e ss.

Conclusão

Não obstante o modo como fechámos o último capítulo, procurámos mostrar que a indemnização pela perda de chance configura uma resposta possível, e até defensável, para a questão da (des)proteção jurídica do sujeito que, pelo comportamento culposos de outrem, tenha irremediavelmente perdido a oportunidade de obter um efeito favorável.

Com a consciencialização de que o conhecimento humano é limitado e apenas se pode expressar em juízos de probabilidade, o uso do critério de “tudo ou nada” na apreciação da responsabilidade do agente tornou-se insuficiente. Nesse sentido, apesar de concretizarem a intervenção *pro damnato* que o sentido de justiça requer para as situações analisadas, a inversão do ónus da prova da causalidade e as técnicas de facilitação probatória estão vocacionadas para uma reparação integral do dano final, dando margem para o ressarcimento de danos na realidade não produzidos.

Diferentemente, a doutrina da perda de chance propõe uma reparação parcial do dano que atende à aleatoriedade do contexto em que foi produzido e conforma a indemnização à especificidade do prejuízo sofrido. Se a transplantarmos para o plano médico, o profissional passa a responder pela oportunidade de cura ou de sobrevivência que tenha sacrificado ao doente na medida da probabilidade de que tenha sido causador, assegurando-lhe uma compensação equilibrada, proporcional. Por conseguinte, o prestador de cuidados de saúde sentir-se-á incentivado, numa medida ótima, a atuar com a cautela necessária, cumprindo-se em simultâneo as funções reparatória e preventiva da responsabilidade civil.

Destarte, sem prejuízo do artificialismo inerente à antecipação de um dano, admitimos que a indemnização pela perda de chance de cura ou de sobrevivência, na sua aceção como dano autónomo, inconciliável com a ideia de causalidade probabilística, permite alcançar o “ponto de equilíbrio entre o benefício da dúvida que a incerteza científica deve proporcionar e a exigência da tutela efetiva dos direitos do doente lesado”¹⁰⁹ nos termos do Direito constituído. Entendemos, pois, merecer maior atenção dos juristas, quando mais não seja para afastar certas ideias obsoletas.

De todo o modo, antes de qualquer mudança no quadro jurídico da Saúde, urge quebrar o tabu da negligência médica. É fundamental que profissionais e administrações hospitalares não dificultem o acesso a informação, assumam e corrijam os seus erros, pagando, na dose certa, por eles. Só assim poderá reestabelecer-se a confiança das vítimas numa Justiça que as tem deixado esquecidas.

¹⁰⁹ Pedro, 2008, p. 462.

Referências bibliográficas

Obras e artigos:

- ALMEIDA COSTA, M.J. (2009). *Direito das obrigações*, 12.^a ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES VARELA, J. M. (2006). *Das obrigações em geral*, vol. I, 4.^a reimp. da 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CARDONA FERREIRA, R. (2012). A perda de chance: análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática. *O Direito*, vol. I, pp. 29-58.
- CARNEIRO DA FRADA, M.A. (2010). *Direito civil: Responsabilidade civil: O método do caso*, reimp. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO DA COSTA, P. (2016). *Causalidade, dano e prova: A incerteza na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. V. (2008). Em torno do dano da perda de chance: algumas reflexões. *Studia Iuridica* 91 – Ad Honorem 3 – ARS IUDICANDI – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves (*Boletim da Faculdade de Direito*), vol. II: Direito Privado, pp. 290-327. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, J. V. (2012). Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado: “Responsabilidade Civil”*, vol. 2, pp. 17-29. Braga: CEJUR.
- MEDINA ALCOZ, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- MIRANDA BARBOSA, M. (2017). *Lições de responsabilidade civil*. Lisboa: Princípia Editora.
- MOTA PINTO, C. A. (1982). *Cessão da posição contratual*, col. “Teses”, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MOTA PINTO, P. (2009). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEDRO, R. T. (2008). *A responsabilidade civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEDRO, R. T. (2011). A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico: dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*. *Revista do CEJ*, n.º 15, pp. 9-62.
- PEDRO, R. T. (2018). *Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência. Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, col. Formação Contínua, pp. 185-210. Lisboa: CEJ.
- PEREIRA, A. G. D. (2007). Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 17, pp. 11-22.
- PEREIRA, R. S. (2017). *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual: fundamento e limites do juízo de causalidade*. Coimbra, Almedina.
- PINTO MONTEIRO, A. (1992). Sobre a reparação dos danos morais. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 1, pp. 17-25.

- RIBEIRO DE FARIA, J. (2004). Da prova na responsabilidade civil médica: Reflexões em torno do Direito alemão. *Separata da Revista da FDUP*, vol. I, pp. 117-195.
- ROCHA, N. S. (2014). *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina.
- RODRIGUES, A. C. G. (2000). Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 3, pp. 161-227.
- SILVA, J. C. (1995). Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2ª. ed., pp. 78-81.
- SINDE MONTEIRO, J. (1989). *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, col. “Teses”. Coimbra: Almedina.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1958). Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos. *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 72, pp. 270 ss.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1961). Provas: direito probatório material. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, pp. 160 ss.

Fontes eletrónicas

- LUSA (13 de setembro de 2019). Cerca de 2,6 milhões de doentes morrem anualmente devido a erros médicos. Público. <https://www.publico.pt/2019/09/13/sociedade/noticia/cerca-26-milhoes-doentes-morrem-anualmente-devido-erros-medicos-1886523>.
- NERY, I. (28 de janeiro de 2017). As vítimas esquecidas dos erros médicos. Visão. <https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2017-01-28-as-vitimas-esquecidas-dos-erros-medicos>.
- OLIVEIRA, G. (1995). O fim da “arte silenciosa”: O dever de informação dos médicos. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 3852, pp. 70-72. <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-fim-da-«arte-silenciosa».pdf>.

Jurisprudência citada (por ordem de referência):

- Frederick Farrugia contre Commission des Communautés européennes*, de 21.3.1996. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0230&from=FR>.
- Ac. do STJ de 9.7.2015, relatado por Tomé Gomes, proferido no âmbito do processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1. Disponível em www.dgsi.pt, tal como os subsequentes Acórdãos, com exceção do último.
- Ac. do TRP de 28.11.2017, relatado por Rui Moreira, proferido no âmbito do processo n.º 287/13.9T2AND.P1.
- Ac. do STJ de 16.6.2009, relatado por Hélder Roque, proferido no âmbito do processo n.º 1623/03.1TCLRS.S1.
- Ac. do STJ de 22.10.2009, relatado por João Bernardo, proferido no âmbito do processo n.º 409/09.4YFLSB.

Ac. do STJ de 21.4.2016, relatado por Ana Luísa Geraldês, proferido no âmbito do processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1.

Ac. do TRC de 20.3.2018, relatado por Barateiro Martins, proferido no âmbito do processo n.º 4194/15.2T8LRA.C1.

Ac. do STJ de 9.12.2014, relatado por Sebastião Póvoas, proferido no âmbito do processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1.

Ac. do STJ de 30.3.2017, relatado por Olindo Geraldês, proferido no âmbito do processo n.º 1261711.3T2SNT.L1.S1.S1.

Ac. do STJ de 30.5.2019, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 6720/14.5T8LRS.L2.S2.

Ac. do STJ de 19.12.2018, relatado por Maria Olinda Garcia, proferido no âmbito do processo n.º 233/14.2T8BRG.G1.S2.

Ac. do STJ de 16.2.2016, relatado por Gabriel Catarino, proferido no âmbito do processo n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1.

Ac. do STJ de 10.9.2019, relatado por Graça Amaral, proferido no âmbito do processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1.

Ac. do STJ de 17.11.2020, relatado por Pedro de Lima Gonçalves, proferido no âmbito do processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1.

Ac. do TRL de 15.5.2008, relatado por Granja da Fonseca, proferido no âmbito do processo n.º 3578/2008-6.

Ac. do STJ de 14.3.2019, relatado por Hélder Almeida, proferido no âmbito do processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1.

Ac. do STJ de 14.3.2013, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, proferido no âmbito do processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1.

Ac. do STJ de 16.12.2020, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1.

Ac. do STJ de 24.3.2017, relatado por Salazar Casanova, proferido no âmbito do processo n.º 389/14.4T8EVR.E1S1.

Ac. do STJ de 21.1.2021, relatado por Ilídio Sacarrão Martins, proferido no âmbito do processo n.º 1314/17.6T8PVZ.P1.S1.

Ac. do STJ de 15.11.2018, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2.

Ac. do STJ de 12.3.2015, relatado por Hélder Roque, proferido no âmbito do processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

Ac. do STJ de 25.2.2015, relatado por Armindo Monteiro, proferido no âmbito do processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1.

Ac. do STJ de 28.1.2016, relatado por Graça Trigo, proferido no âmbito do processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1.

Ac. do STJ de 22.3.2018, relatado por Maria Graça Trigo, proferido no âmbito do processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1.

Ac. do STJ 15.12.2020, relatado por Ricardo Costa, proferido no âmbito do processo n.º 765/16.8T8AVR.P1.S1.

Ac. do STJ de 2.11.2017, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, proferido no âmbito do processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1.

Ac. da 1ª Secção Cível da Instância Central do TCL de 23.7.2015, relatado por Higinia Castelo, proferido no âmbito do processo n.º 1573/10.5TJLSB. Retirado de http://verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perda_chance.pdf.

Os défices normativos do regime europeu de *public country-*
by-country reporting

Manuel Pedro Vale Campos Loureiro

Sob a orientação do Professor
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Nogueira, por me dar a conhecer temas inovadores, pela disponibilidade e prontidão na resposta, mas também pela sua capacidade de compreender todas as dificuldades de quem está do outro lado.

Aos meus pais e restante família, por me terem permitido o acesso a uma educação com pessoas inspiradoras e valores diferenciados.

Ao meu irmão, à Filipa, ao José Miura e a todos os meus amigos, pelos conselhos e apoio constante.

Resumo

A nossa tese incide sobre os défices normativos da Diretiva (UE) 2021/2101 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2021, responsável pela alteração da Diretiva 2013/34/UE no respeitante à divulgação pública de informações discriminadas por país relativas ao imposto sobre o rendimento suportado por determinadas empresas e sucursais. A União Europeia, através deste expediente conhecido por “Public Country-by-Country Reporting”, estabelece novas exigências de transparência fiscal, tendo em vista a intensificação do escrutínio público sobre as práticas de planeamento fiscal das empresas multinacionais com atividade na União. Começaremos por uma breve introdução e reflexão sobre o conteúdo e *rationale* da Diretiva. De seguida, passaremos a analisar criticamente o seu regime. Após isso, passaremos à identificação dos diversos défices normativos da Diretiva, nomeadamente os que se referem a obstáculos à segurança e certeza jurídicas, à harmonização dos sistemas legais dos vários Estados-Membros e à implementação efetiva do seu *rationale*. Após a identificação destes problemas, passaremos à apresentação das propostas de solução que poderão ser adotadas pelo legislador europeu ou nacional, aquando da implementação.

Palavras-Chave: Planeamento fiscal; União Europeia; transparência fiscal internacional; comunicação pública de informações fiscais discriminadas por país; certeza e segurança jurídica; harmonização legislativa europeia;

Abstract

The present dissertation examines the normative shortcomings of Directive (EU) 2021/2101 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 amending Directive 2013/34/EU as regards the public disclosure of income tax information by certain undertakings and branches. Through this “Public Country-by-Country Reporting”, the EU sets new transparency rules seeking to raise greater public scrutiny on the tax planning practices carried out by certain undertakings and branches with activity in the EU. Starting with the presentation of the content and rationale of the Directive, we will critically analyse its regime. Next, we will identify the different normative shortcomings of this Directive, namely in what concerns compliance with the legal certainty principle, to the obstacles to the harmonization, and to an effective implementation of its *ratio legis*. After identifying these problems, we will propose solutions that could be adopted by the European or domestic legislator (the latter, at the implementation stage).

Keywords: Tax planning; European Union; international tax transparency; public country-by-country reporting; legal certainty; European legal harmonization.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
Cfr.	Conforme
DAC	Directive on Administrative Cooperation (Diretiva troca de informações)
DUE	Direito da União Europeia
EUA	Estados Unidos da América
G20	Grupo dos 20
n.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
op. cit.	Opus citatum (da obra citada)
p(p).	Página(s)
segs.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

1. Introdução	6
1.2 Questão de investigação	8
1.3 Objeto	8
1.3.1 Delimitação positiva	8
1.3.2 Delimitação negativa	8
1.4 Metodologia	9
1.5 Sequência	9
2. Análise do regime	10
2.1 Introdução	10
2.2 Regime legal	10
2.2.1 Âmbito subjetivo	10
2.2.2 Âmbito objetivo	12
2.2.3 Âmbito territorial	15
2.2.4 Âmbito temporal	15
2.2.5 Regime sancionatório	16
3. Rationale	17
3.1 Ao nível estadual	17
3.2 Ao nível empresarial	17
3.3 Ao nível da opinião pública	18
4. Os défices normativos do regime	19
4.1 Ao nível da segurança jurídica	19
4.1.1 A cláusula de salvaguarda e o recurso à expressão “gravemente prejudicial”	20
4.1.2 Alocação a cada Estado	23
4.1.3 Sujeição a imposto	23
4.1.4 Número de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro	25
4.2 Falhas na promoção de harmonização legislativa entre os Estados-Membros	28
4.2.1 Regime sancionatório	29
4.3 Entraves à proteção do rationale	31
4.3.1 Informação agregada ao nível de cada Estado-Membro	32
4.3.2 Website para a publicação e língua utilizada no relatório	33
4.3.3 Secondary-filing mechanism	34
5. Conclusões	37
Bibliografia	39
Fontes eletrónicas	42

1. Introdução

1.1 Contextualização

Ao longo das últimas duas décadas têm sido tomados passos importantes no sentido de melhorar a transparência fiscal internacional. Tais passos fazem com que os sujeitos passivos (bem como, em certas situações, terceiros) estejam cada vez mais adstritos ao cumprimento de obrigações de prestação de informações às autoridades fiscais e ao público em geral¹.

Em alguns Estados², as informações constantes das declarações fiscais de pessoas singulares e coletivas são já do domínio público, podendo ser consultadas por quaisquer terceiros interessados num website estadual ou, presencialmente, nas repartições de finanças locais³. Noutras jurisdições, a divulgação dessas informações surge como uma medida direcionada apenas a sujeitos passivos que se encontrem em situação de incumprimento ou relativamente aos quais tenha sido instaurado um processo criminal⁴. Existem ainda Estados em que são atribuídos prémios, anunciados publicamente, aos sujeitos passivos que cumpram corretamente as suas obrigações fiscais⁵.

Na União Europeia, as obrigações de declaração de informação financeira e fiscal por jurisdição foram introduzidas, primitivamente e de forma circunscrita, às empresas atuantes em determinados setores de atividade, como o setor bancário e a indústria extrativa⁶. Foi apenas com o plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros (*BEPS – Base Erosion and Profit Shifting*), publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) com o apoio político do Grupo dos 20 (G20), que se propôs a extensão deste regime, de forma indistinta, a quaisquer atividades.

Com base nesse compromisso, foi adotada a Diretiva 2016/881, que instituiu o *Country-by-Country Reporting* privado. Através deste regime, as empresas multinacionais que excedam um total de 750.000.000 EUR de rendimentos consolidados num exercício fiscal estão obrigadas a elaborar um relatório por país em que comunicam as suas informações relativas à sua presença nas diversas jurisdições às

¹ Nakayama, 2021, pp. 2-6.

² Como a Suécia, Finlândia ou Noruega.

³ No caso norueguês, permite-se que qualquer cidadão com mais de 16 anos, possa consultar qual foi o resultado líquido do período e o montante de imposto pago por qualquer pessoa singular, através do website da administração fiscal norueguesa.

⁴ Em Portugal, em cumprimento do disposto nos n.ºs 5 e 6 do art. 64.º da Lei Geral Tributária, ocorre a publicitação das listas dos devedores à administração fiscal que não têm a sua situação tributária regularizada.

⁵ Veja-se a este propósito, o sistema adotado pela República da Coreia, que premeia anualmente um contribuinte pelo cumprimento das suas obrigações fiscais, atribuindo-lhe vários benefícios, tais como uma isenção de inspeções por um período de três anos, cfr. National Tax Service, “Background for the Implementation of the Exemplary Taxpayer System”.

⁶ Cockfield & Macarthur, 2015, pp. 634-639.

respetivas autoridades tributárias. Posteriormente, estas autoridades trocam automaticamente essas informações com as suas congéneres de outros Estados em que uma ou mais entidades constituintes da empresa multinacional sejam residentes para efeitos fiscais ou estejam sujeitas a imposto relativamente à atividade exercida através de um estabelecimento estável.

Este instrumento visa permitir às autoridades tributárias o acesso antecipado a informações fiscalmente relevantes para efeitos de fiscalização dos rendimentos de grandes empresas multinacionais, de modo a permitir – a essas autoridades – uma reação atempada e concertada face a práticas de planeamento fiscal responsáveis pela erosão das receitas estaduais.

Desde a sua adoção, foi paulatinamente aumentando a pressão para a divulgação pública dessas informações, de modo a permitir que os diversos *stakeholders* das empresas, bem como o público em geral, pudessem escrutinar a conduta das mesmas no plano fiscal. Pretendia-se que todos fossem capazes de aferir o grau de conexão entre a presença económica de uma empresa numa dada jurisdição e a tributação efetiva suportada. Note-se que um dos objetivos centrais do plano BEPS era, justamente, o de alinhar a criação do valor e a tributação.

Após um processo de vários avanços e recuos, o regime de Country-by-Country Reporting público entrou em vigor a 21 de dezembro de 2021, através da Diretiva (UE) 2021/2101 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2021, responsável pela alteração da Diretiva 2013/34/UE⁷. Nos termos do regime introduzido pela Diretiva, as grandes empresas multinacionais, estejam ou não sujeitas ao Direito da União Europeia, terão a obrigação de elaborar e divulgar publicamente um relatório contendo informações fiscalmente relevantes relativas à sua atividade económica. Basta, para tal, que se encontrem estabelecidas no território da UE, ou que aqui disponham de filiais ou sucursais.

Será expectável que, nos tempos vindouros, surjam ainda mais iniciativas europeias que procurem reagir contra práticas de planeamento fiscal abusivo e fenómenos de evasão fiscal⁸.

⁷ Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que alterou a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revogou as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho.

⁸ É exemplo disso a proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização indevida de *shell-companies* para finalidades fiscais (2021/0434 (CNS)).

1.2 Questão de investigação

A presente dissertação visa responder à seguinte questão: “quais os aspetos do regime introduzido pela Diretiva (UE) 2021/2101 que poderiam ser alterados, de modo a ultrapassar alguns dos seus défices normativos e a aproximar tal regime ao seu *rationale*?”

1.3 Objeto

1.3.1 Delimitação positiva

A dissertação centra-se na Diretiva (UE) 2021/2101, que introduziu a obrigação de divulgação pública de informações relativas ao imposto sobre o rendimento por determinadas empresas e sucursais. Em particular, procede-se a uma apreciação crítica do seu regime.

1.3.2 Delimitação negativa

A dissertação não abordará quaisquer outras alterações à Diretiva 2013/34/UE. Da mesma forma, o estudo não irá incidir sobre outros regimes que instituíram obrigações de comunicação pública de informações discriminadas por país, tais como os implementados para entidades do setor bancário⁹ e para entidades dedicadas à indústria extrativa ou à exploração florestal primária¹⁰.

Também não examinaremos o regime de *Country-by-Country Reporting* privado¹¹ ou qualquer relatório ou estudo preparatório preparado no âmbito da Ação 13 do BEPS, nem quaisquer outras iniciativas com objetivos afins como, por exemplo, o *Global Reporting Initiative* (GRI), o *Tax Transparency Code* (TTC) ou a *Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI). Não nos pronunciaremos sobre qualquer outra iniciativa da UE para lá da Diretiva acima assinalada.

⁹ Diretiva (UE) 2013/36 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento.

¹⁰ Diretiva (UE) 2013/34 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas.

¹¹ Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que alterou a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

1.4 Metodologia

Para a elaboração da presente tese, procedemos a uma revisão legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, maioritariamente a partir de uma análise de artigos doutrinários. Devotámos ainda a nossa atenção sobre documentos de organizações internacionais como a UE e OCDE.

Na redação da tese, seguimos o manual de estilo da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

Na ausência de indicação em contrário, os artigos que citaremos referem-se à Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, tal como alterada pela Diretiva 2021/2101.

1.5 Sequência

No capítulo 2 será feita uma análise detalhada ao regime da Diretiva identificando os seus âmbitos subjetivo, objetivo, territorial, temporal e o seu regime sancionatório.

No capítulo 3 debruçar-nos-emos sobre o *rationale* legislativo, numa perspetiva tripartida: ao nível estadual, empresarial e da opinião pública.

No capítulo 4, serão apresentadas as críticas ao regime anteriormente descrito e as propostas que, em nosso entender, conduziriam a um melhoramento do regime.

Por último, no capítulo 5, enunciaremos as nossas conclusões.

2. Análise do regime

2.1 Introdução

Com a Diretiva (UE) 2021/2101, as grandes empresas multinacionais que se encontrem estabelecidas na União através de filiais ou sucursais passam a ser obrigadas a publicar e tornar acessível, na internet, um relatório contendo várias informações relativas ao imposto sobre o rendimento por elas suportado, de uma forma discriminada por país.

Constitui-se assim uma defesa tributária de segunda linha, que passa a operar nos espaços em que as regras tributárias se têm revelado incapazes de dar uma resposta adequada.

2.2 Regime legal

2.2.1 Âmbito subjetivo

O novo art. 48.º-B, tal como introduzido pela Diretiva (UE) 2021/2101, estipula que as empresas-mãe em última instância e as empresas autónomas, regidas pelo direito de um Estado-Membro, cujas receitas, à data do seu balanço, tenham excedido em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos um total de 750.000.000 EUR, tal como refletido nas suas demonstrações financeiras anuais, estão sujeitas às obrigações de comunicação pública de informações relativas ao imposto sobre o rendimento. No caso da empresa-mãe em última instância, o valor a ser tido em conta será o constante das suas contas consolidadas. Já para as empresas autónomas, o valor relevante, será o respeitante à sua conta individual.

Torna-se relevante atentar em duas definições apresentadas pela diretiva¹²: a) a “empresa-mãe em última instância” trata-se da “empresa que elabora as demonstrações financeiras consolidadas do maior conjunto de empresas”; b) a “empresa autónoma” consiste “[n]uma empresa que não faça parte de um grupo tal como definido no artigo 2.º, ponto 11” da Diretiva 2013/34/UE¹³.

Para que ocorra a sujeição a este regime será necessário que as entidades hajam transposto o limite monetário de receitas, acima indicado, por dois exercícios consecutivos¹⁴. Similarmente, deixarão de estar sujeitas quando apresentarem, à data do

¹² Cfr. n.º 1 do artigo 48.º - A.

¹³ Neste sentido, cfr. o ponto 11 do art. 2.º da Diretiva 2013/34/UE: “grupo: uma empresa-mãe e todas as suas empresas filiais”.

¹⁴ O regime desta Diretiva seguiu o limiar quantitativo das normas da OCDE para a implementação do *country-by-country reporting*, no âmbito da Ação 13 do plano de ação BEPS. Este limiar havia sido desenhado de forma a abranger os 10 a 15% dos grupos de empresas multinacionais responsáveis por gerar 90% das receitas anuais de todos os grupos de empresas multinacionais. Com a sua utilização no regime desta Diretiva, desejava-se evitar um acréscimo de carga administrativa para estas empresas, uma vez que,

seu balanço, em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos, um total de receitas inferior a 750.000.000 EUR.

A Diretiva alarga o seu âmbito de aplicação para fora do território europeu através de um “Secondary Filing Mechanism”¹⁵. Isto é, as obrigações de comunicação incidem também sobre quaisquer empresas filiais europeias de média e grande dimensão¹⁶ que sejam controladas por uma empresa-mãe em última instância que não se reja pelo direito de um Estado-Membro. Isto, desde que a tal empresa-mãe externa haja excedido um valor total de receitas consolidadas de 750.000.000 EUR em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos. Nesse caso, a filial europeia deverá preparar um relatório com as informações relativas ao imposto sobre o rendimento da sua empresa-mãe, no respeitante ao mais recente desses dois exercícios consecutivos¹⁷.

Além das filiais, as sucursais abertas em território europeu por empresas que não se rejam pelo direito de um Estado-Membro também se encontram sujeitas ao dever de comunicação, desde que cumpram com determinados requisitos¹⁸.

Não obstante, as filiais ou sucursais que não observem as condições previstas nos parágrafos anteriores podem, mesmo assim, ser obrigadas à comunicação de informações sempre que as mesmas não tenham outro objetivo que não seja o de contornarem o cumprimento das obrigações de prestação de informações referentes à sua empresa-mãe¹⁹.

Note-se que o regime exclui as empresas do setor bancário que já se encontrem sujeitas à elaboração e apresentação pública de um relatório contendo informações de cariz semelhante²⁰, desde que tal relatório inclua informações sobre todas as suas atividades e, no caso das empresas-mãe em última instância, sobre todas as atividades de todas as empresas coligadas incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas²¹.

com a implementação das ações do BEPS ao nível estadual, estas já estariam sujeitas à obrigação de submeterem um relatório contendo informações de cariz semelhante para as autoridades fiscais. Paralelamente, o regime europeu de *country-by-country reporting* público seria, assim, mais coerente com outras iniciativas semelhantes ao nível internacional. Para uma análise mais detalhada, consulte-se o ponto 4.1.3 em Comissão Europeia (12/04/2016).

¹⁵ Semelhantemente ao mecanismo incluído na Secção II, n.º 1, do Anexo III, da Diretiva (UE) 2016/881 (DAC 4).

¹⁶ A obrigação incide apenas sobre as empresas filiais europeias de média e grande dimensão, conforme os critérios decorrentes dos n.ºs 3 e 4 do art. 3.º da Diretiva 2013/34/UE, não tendo sido alargada às micro e pequenas empresas.

¹⁷ Cfr. n.º 4 do art. 48.º - B.

¹⁸ Cfr. n.º 5 do art. 48.º - B, exige-se cumulativamente que: i) as sucursais tenham um volume de negócios líquido que exceda o limiar prescrito no n.º 2 do art. 3.º, em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos ; ii) a empresa que abriu a sucursal seja uma empresa coligada de um grupo cuja empresa-mãe em última instância não se reja pelo direito de um Estado-Membro, e as receitas consolidadas à data do seu balanço excedam, em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos, um total de 750 000 000 de euros, tal como refletido nas suas demonstrações financeiras consolidadas, ou seja, uma empresa autónoma cujas receitas, à data do seu balanço, excedam, em cada um dos dois últimos exercícios consecutivos, um total de 750 000 000 de euros, tal como refletido nas suas demonstrações financeiras; iii) a empresa-mãe em última instância não possua uma média ou grande empresa filial a que se refere o n.º 4 do art. 48.º - B.

¹⁹ Cfr. n.º 7 do art. 48.º - B

²⁰ Ao abrigo do art. 89.º da Diretiva 2013/36/UE.

²¹ Cfr. n.º 3 do artigo 48.º - B.

Os Estados-Membros deverão assegurar que os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas verifiquem e declarem se uma empresa é obrigada a publicar um relatório sobre as informações relativas ao imposto sobre o rendimento e, se assim for, se esse relatório foi efetivamente publicado²².

Por último, a Diretiva estatuiu que a responsabilidade de assegurar a publicação e acessibilidade das informações na internet recai sobre os membros dos órgãos de administração, de direção e de supervisão da empresa-mãe em última instância ou das empresas autónomas. Subsidiariamente, nos casos de *secondary filling*, tal responsabilidade recairá sobre os membros dos órgãos das empresas filiais, bem como sobre a(s) pessoa(s) designada(s) para proceder às formalidades de divulgação por conta da sucursal²³.

2.2.2 Âmbito objetivo

Por força deste regime, as empresas multinacionais passarão a ter de divulgar publicamente, e numa base anual, informações semelhantes às que já divulgam ao abrigo do Country-by-Country Reporting privado.

Destas informações deverá constar: i) a denominação ou firma da empresa-mãe em última instância ou da empresa autónoma; ii) uma breve descrição da natureza das atividades desenvolvidas; e iii) a indicação do exercício em causa e da moeda utilizada para a apresentação do relatório²⁴. Se aplicável, a entidade deverá apresentar uma lista das empresas filiais consolidadas nas demonstrações financeiras da empresa-mãe no exercício em causa que se encontrem estabelecidas na União ou em jurisdições fiscais incluídas nos anexos I e II das Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais²⁵.

O relatório deverá ainda conter: i) o número de empregados contratados (numa base equivalente a tempo inteiro); ii) o valor das receitas obtidas; iii) o montante dos resultados antes do imposto sobre o rendimento; iv) o montante do imposto sobre o rendimento devido durante o exercício em causa; v) o montante de imposto sobre o rendimento pago, em base de caixa; e vi) o montante dos ganhos acumulados no final do exercício em causa.

²² Cfr. o art. 48.º - F.

²³ Cfr. n.º 1 do art. 48.º - E.

²⁴ Cfr. o art. 48.º - C.

²⁵ O Anexo I lista jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, que não cumprem determinadas normas fiscais internacionais, quer pela não adoção de mecanismos de troca automática de informações e normas mínimas do projeto BEPS, como pelo estabelecimento de regimes fiscais prejudiciais e que favoreçam estruturas offshore. Por sua vez, o Anexo II identifica jurisdições não pertencentes à UE que, apesar de não cumprirem todas as normas fiscais internacionais, assumiram compromissos suficientes de reformarem as suas políticas fiscais. Deve lembrar-se que estas listas são atualizadas duas vezes por ano.

Estas informações deverão ser apresentadas de forma separada para cada Estado-Membro. Contudo, as informações deverão ser agregadas ao nível de cada um dos Estados-Membros (mesmo que, no seu interior, exista mais do que uma jurisdição fiscal)²⁶.

Para Estados terceiros, por regra, a informação é apresentada de modo agregado²⁷. No entanto, exige-se um nível de detalhe semelhante ao de um Estado-Membro (i.e., informação desagregada por jurisdição) para as jurisdições que constem na lista do Anexo 1 das Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, a 1 de março do ano financeiro a que o relatório diga respeito, como também para as jurisdições que hajam constado cumulativamente na lista do Anexo 2 das Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais, a 1 de março do ano financeiro a que o relatório diga respeito e a 1 de março do ano financeiro anterior.

As informações deverão ser atribuídas à jurisdição fiscal pertinente em função do estabelecimento, da existência de uma instalação comercial fixa ou de uma atividade comercial permanente que, atendendo às atividades do grupo ou da empresa autónoma, possa estar sujeita ao imposto sobre o rendimento nessa jurisdição fiscal.

Por último, incumbe alertar para a inclusão de uma disposição algo controversa: a cláusula de salvaguarda²⁸. De acordo a mesma, os Estados-Membros, aquando da transposição da Diretiva, poderão permitir que um ou mais elementos específicos das informações de divulgação sejam omitidos, de forma temporária, no relatório a apresentar. Tais informações terão, contudo, de ser incluídas num relatório posterior, a ser apresentado no prazo máximo de cinco anos a contar da data da omissão inicial. A omissão apenas poderá ser permitida quando da divulgação imediata das informações possa resultar um “grave prejuízo” para a posição comercial das empresas às quais o relatório diga respeito. Cabe à entidade que elabora o relatório a apresentação de uma explicação devidamente fundamentada sobre as razões para tal omissão.

Sublinhe-se, contudo, que as informações respeitantes às jurisdições fiscais incluídas nos Anexos I e II das Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais nunca poderão ser omitidas nos termos da cláusula de salvaguarda.

De modo a permitir uma melhor compreensão do regime introduzido pela presente Diretiva, realizámos um quadro no qual apresentamos, de uma forma comparativa, as

²⁶ Cfr. n.º 5 do art. 48.º - C.

²⁷ Esta opção do legislador, suscita críticas de alguns autores. Atente-se por exemplo na análise feita nos pontos 1, 2 e 3 em Financial Transparency Coalition, 05/07/2016, pp. 1-3.

²⁸ Cfr. n.º 6 do art. 48.º - B.

informações constantes da mesma com as informações requeridas por outros mecanismos de comunicação de informações discriminadas por país.

	A ^{*1}	B ^{*2}	C ^{*3}
Nome/firma da empresa; descrição da natureza das atividades; localização geográfica	X	X	X
Lista de todas as empresas filiais consolidadas nas demonstrações financeiras			X ²⁹
Total de receitas obtidas		X	X ³⁰
Total de receitas obtidas com partes não relacionadas		X	
Total de receitas obtidas com partes relacionadas		X	
Volume de negócios	X		
Capital social		X	
Número de empregados contratados numa base equivalente a tempo inteiro	X	X	X
Montante dos resultados antes de imposto sobre o rendimento	X	X	X
Montante do imposto sobre o rendimento devido durante o exercício em causa		X	X
Montante do imposto sobre o rendimento pago	X	X	X
Montante dos ganhos acumulados no final do exercício em causa		X	X
Ativos tangíveis que não sejam caixa nem equivalentes de caixa		X	
Subvenções públicas recebidas	X		

*¹ – Diretiva 2013/36/UE (art. 89.º): Country-by-Country Reporting Público para entidades do setor bancário.

*² – Diretiva 2016/881/UE (art. 8.º - AA): Country-by-Country Reporting Privado.

*³ – Diretiva 2021/2101/UE (art. 48.º - C): Country-by-Country Reporting Público.

2.2.3 Âmbito territorial

O regime restringe-se a empresas que operem em mais do que um Estado-Membro. A comunicação pública de informações discriminadas por país não é requerida às “empresas autónomas” ou “empresas-mãe em última instância” caso as mesmas,

²⁹ Apenas para as empresas filiais consolidadas nas demonstrações financeiras da empresa-mãe em última instância no que diga respeito ao exercício em causa e estabelecidas na União ou em jurisdições fiscais incluídas nos anexos I e II das Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais.

³⁰ Calculado através de uma das duas formas prescritas na alínea d) do n.º 2 do artigo 48.º - C da Diretiva.

incluindo as respetivas sucursais, estejam estabelecidas, ou tenham uma instalação comercial fixa ou uma atividade comercial permanente, no território de um único Estado-Membro³¹.

2.2.4 Âmbito temporal

2.2.4.1 Quanto ao regime

As empresas devem publicar o relatório contendo estas informações no prazo de 12 meses a contar da data da apresentação do balanço do exercício em relação ao qual o relatório haja sido elaborado, tendo este de permanecer acessível num website durante um mínimo de cinco anos consecutivos.

A Diretiva concede alguma flexibilidade quanto à determinação do website para a publicação, permitindo que seja utilizado o da empresa multinacional, como o de uma sua empresa filial ou sucursal, na situação em que o relatório seja elaborado por uma destas unidades constituintes da empresa-mãe³².

Admite-se ainda que, em alternativa, os Estados-Membros permitam que o relatório seja publicado no website do registo do Estado-Membro, a que se refere o artigo 16.º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativa a determinados aspetos do direito das sociedades³³.

Em qualquer um dos casos, a informação deverá ser apresentada em, pelo menos, uma das línguas oficiais da União, devendo a consulta estar disponível a título gratuito para qualquer terceiro situado na União.

2.2.4.2 Quanto à implementação

Os Estados-Membros deverão transpor as disposições deste regime num prazo de 18 meses após a data de entrada em vigor desta Diretiva modificativa³⁴.

Os Estados-Membros terão o dever de assegurar que as disposições que transponham a Diretiva sejam aplicáveis, o mais tardar, a partir da data de começo do primeiro exercício com início ou após dois anos e seis meses após a data de entrada em vigor da mesma³⁵.

³¹ Cfr. n.º 2 do art. 48.º- B.

³² Cfr. o art. 48.º- D.

³³ O regime da Diretiva 2017/1132, alterado por três outras Diretivas no ano de 2019, não foi ainda transposto para a ordem jurídica interna portuguesa, tendo apenas ocorrido a transposição parcial da sua segunda alteração, efetuada pela Diretiva 2019/1151 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. A transposição parcial ocorreu através do Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro de 2021, não se vislumbrando, neste último regime, a existência de uma disposição expressa que faça referência ao website do registo central português.

³⁴ Cfr. o art. 2.º da Diretiva 2021/2101.

³⁵ Cfr. o art. 48.º- G.

A Diretiva, publicada no jornal oficial no dia 1 de dezembro de 2021, entrou em vigor no dia 21 do mesmo mês. Os Estados-Membros deverão transpor este regime para o seu ordenamento interno até 22 de junho de 2023 e assegurar a sua aplicação a partir da data de começo do primeiro exercício com início ou após 22 de junho de 2024. Como em Portugal o ano fiscal corresponde, em regra, ao ano civil, o regime terá de entrar em vigor, internamente, no ano fiscal de 2025³⁶. Os primeiros relatórios serão publicados até ao final de 2026.

2.2.5 Regime sancionatório

A Diretiva 2013/34/UE, alterada pela Diretiva alvo do nosso estudo, exige que os Estados-Membros da UE estabeleçam sanções na sua legislação interna, a serem aplicadas sobre as empresas que não cumprirem os requisitos de divulgação³⁷. Requer, ainda, a criação de um regime de responsabilidade coletiva dos membros dos órgãos de administração, de direção e de supervisão da empresa-mãe em última instância ou das empresas autónomas, de modo a garantir que o relatório sobre as informações relativas ao imposto sobre o rendimento é elaborado, publicado e tornado acessível³⁸.

Quanto às empresas filiais ou sucursais estabelecidas na União Europeia, mas controladas por uma empresa-mãe em última instância localizada num Estado Terceiro, a norma estabelece que os Estados-Membros devem dispor sobre a responsabilidade dos membros dos órgãos de administração, direção ou supervisão da empresa filial, bem como da pessoa ou as pessoas designadas para proceder às formalidades de divulgação por conta das sucursais, em garantirem, na medida do seu conhecimento e do seu alcance, que o relatório contendo as informações fiscais da empresa-mãe é elaborado e publicado de acordo com as normas constantes da Diretiva.

As razões para este grau diferente de exigência relativamente aos membros dos órgãos de subsidiárias/sucursais estabelecidas na UE, mas controladas por empresas-mãe localizadas em Estados terceiros são apresentadas no parágrafo 19 do preâmbulo: os membros destes órgãos têm um conhecimento limitado quanto às matérias exigidas por este relatório, bem como uma capacidade limitada para poderem exigir da empresa-mãe a informação em questão.

³⁶ Podendo ocorrer antes ou depois, caso a multinacional adote um ano fiscal não coincidente com o ano civil.

³⁷ Cfr. o art. 51.º.

³⁸ Cfr. o art. 48.º - E.

3. Rationale

O exame anteriormente realizado permite-nos, neste momento, extrair o *rationale* subjacente à introdução da Diretiva. Dada a diversidade de interesses e de objetivos subjacente à Diretiva, optámos por proceder a um exame tripartido, examinando o seu *rationale* ao nível estadual, empresarial e da opinião pública.

3.1 Ao nível estadual

A Diretiva pretende introduzir um regime que assegure que parcelas de riqueza geradas no interior dos Estados-Membros possam voltar a ser introduzidas e consideradas como matéria coletável nos seus sistemas fiscais.³⁹

A União Europeia pauta-se pela existência de um mercado único, sendo importante, para tal, que a tributação das empresas seja feita de uma forma justa e repartida entre os diversos Estados Membros, assegurando que a tributação tenha lugar no Estado onde os lucros são gerados (Estado da criação do valor). No estado atual, e mesmo após a implementação do BEPS, continua a ser possível implementar mecanismos que permitem a transferência de lucros para jurisdições que conferem vantagens fiscais para as grandes multinacionais. Por outro lado, a adoção de medidas meramente internas revela-se ineficaz, em geral, podendo até agravar o problema, ao introduzir ainda mais fragmentações na legislação dos vários Estados-Membros e, assim, criar novos encargos para os sujeitos passivos e novas lacunas passíveis de serem exploradas no âmbito de planeamento fiscal.

Por estas razões, a comunicação pública de informações relativas ao imposto sobre o rendimento por país surge como um importante mecanismo de reforço dos sistemas tributários estatais e das respetivas receitas.

3.2 Ao nível empresarial

A Diretiva introduz imposições que procuram intensificar as exigências de transparência fiscal das empresas.

Com este regime, passarão a ser revelados publicamente dados relevantes sobre a vida económica e fiscal das mesmas, tais como o montante de imposto pago. Esta

³⁹ Em 2015, um estudo desenvolvido para a Unidade de Valor Acrescentado Europeu estimou que as perdas anuais de receita devidas a mecanismos de planeamento fiscal agressivo poderiam atingir montantes entre os 50 e os 70 biliões de euros (quando apenas tido em conta o montante perdido devido a transferência de lucros). No entanto, os autores alertam que este valor é ainda superior, podendo atingir os 160 a 190 biliões de euros anuais, quando tidas em conta várias insuficiências na cobrança, bem como a existência de acordos individualizados em matéria de tributação das grandes empresas multinacionais. Cfr. Jones, et al., 2015, p. 6. Vejam-se, igualmente, os estudos empíricos sobre os efeitos da divulgação de informações fiscais na arrecadação de impostos apontados por Nakayama, 2021, pp. 10-12.

informação passará a poder ser aproveitada por inúmeros atores dos quais depende a vida das empresas, como os detentores de participações sociais, que passarão a ter uma imagem mais clara daquelas que são as políticas fiscais levadas a cabo pela empresa⁴⁰, ou investidores, que poderão tomar decisões de investimento mais conscientes, com base na análise comparada das informações prestadas pelas várias multinacionais⁴¹. Numa época em que as políticas de responsabilidade social são cada vez mais importantes, as empresas não quererão descurar a ética e justiça tributárias e procurarão adequar os seus comportamentos fiscais de forma a não sofrerem perdas reputacionais⁴².

Com o incremento da pressão sobre as empresas, procura-se que haja uma redução da adoção de esquemas de planeamento fiscal agressivo, de práticas geradoras de elisão e evasão fiscal, como também de esquemas de planeamento fiscal lícito conducentes à alocação de receitas tributárias de forma desconexa com a atividade económica desenvolvida pela empresa nas várias jurisdições onde opera. Almeja-se assim que haja uma maior relação entre a atividade económica desenvolvida e o nível de tributação, por cada país, o que ainda não se tem verificado ao nível empresarial, uma vez que, de forma legal e legítima, uma empresa poderá ter muita presença económica num Estado e não ser, apesar disso, tributada.

3.3 Ao nível da opinião pública

Com a adoção do Country-by-Country Reporting público procura-se reforçar a confiança do público na equidade dos sistemas fiscais e nas empresas multinacionais europeias⁴³ e, em última linha, aumentar os níveis de cumprimento voluntário das obrigações fiscais.

A União deixa a cabo dos cidadãos a análise das informações fiscais a serem reveladas, permitindo que estes avaliem a postura das empresas multinacionais também com base no seu comportamento fiscal. A variável fiscal passa a ser uma nova dimensão da relação entre as empresas e os seus fornecedores e clientes, das empresas com os seus trabalhadores e das empresas com o público em geral.

Com estas novas exigências de transparência, o escrutínio público é utilizado como um meio para garantir a efetiva contribuição das grandes multinacionais para os

⁴⁰ Naked, 2018, p. 1507,

⁴¹ Veja-se a este propósito Müller, Spengel & Weck, 2021; Lally, 2021, p. 1; Murphy, 2009, p. 14.

⁴² A título de exemplo veja-se que em 2020, o fundo soberano norueguês Norges Bank decidiu retirar investimentos sobre sociedades por não concordar com as políticas fiscais por estas levadas a cabo. Nicolai Tangen, CEO do Fundo, reforçou que mais decisões como esta se iriam seguir, manifestando o seu desagrado quanto à opacidade das empresas relativamente à tributação de que são alvo, bem como relativamente às jurisdições em que essa tributação ocorre. Cfr. Fouche, 01/02/2021.

⁴³ Wöhrer, 2017, p. 34.

sistemas estaduais⁴⁴, dada a ameaça de mudanças de comportamentos de consumo por parte dos consumidores.

Com a partilha de dados sobre as políticas fiscais utilizadas, eleva-se a intensidade de sindicância quanto a esquemas de evasão e planeamento fiscal abusivo, assim se reduzindo, ainda mais, o espaço para comportamentos transgressores das normas e princípios fiscais estruturantes dos Estados de Direito europeu.

4. Os défices normativos do regime

4.1 Ao nível da segurança jurídica

De acordo com o princípio geral da segurança jurídica, reconhecido pelo TJUE desde 1961⁴⁵, a legislação europeia deverá ser clara e precisa, de forma que os sujeitos jurídicos possam conhecer sem ambiguidade os seus direitos e deveres e, assim, agirem em conformidade⁴⁶.

Na elaboração deste regime, deveria ter sido prestada uma maior atenção aos entraves criados pelo recurso a conceitos indeterminados. Em nosso entender, tal conduz a uma subjetividade interpretativa e a uma margem de discricionariedade das autoridades dos vários Estados-Membros, as quais poderão sufragar entendimentos mais ou menos protetores do regime. Tais divergências poderão ser aproveitadas pelas empresas sujeitas a estas obrigações, que tenderão a procurar a jurisdição que lhes ofereça maior proteção, num fenómeno conhecido como “jurisdiction shopping”.

De forma a assegurar o cumprimento e execução das obrigações resultantes desta Diretiva, cremos que o regime da mesma poderia ser alterado numa futura revisão da diretiva. Algumas destas propostas poderão já ser introduzidas pelos Estados-Membros, aquando da implementação da diretiva para os ordenamentos nacionais.

⁴⁴ Para uma análise pormenorizada sobre os custos e benefícios aliados ao escrutínio público, Spengel, 2017, pp. 26-29. Veja-se também o estudo desenvolvido por Dyreng, Hoopes & Wilde, 2015, pp. 32-33, demonstrante de uma tendência para as empresas diminuírem comportamentos de planeamento fiscal abusivo e a utilização de paraísos fiscais quando obrigadas a divulgar publicamente uma lista das subsidiárias detidas em cada jurisdição fiscal.

⁴⁵ Ac. do TJUE, de 22 de março de 1961, C-42/59 e C-49/59, *Société nouvelle des usines de Pontlieue-Aciéries du Temple (SNUPAT)* contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

⁴⁶ Acs. do TJUE, de 15 de fevereiro de 1996, C-63/93, *Duff*, §20; de 13 de fevereiro de 1996, C-143/93, *Van Es*, § 27; de 14 de abril de 2005, C- 110/03, *Reino da Bélgica* contra Comissão das Comunidades Europeias, § 30; de 5 de maio de 2015, C-147/13, *Reino de Espanha* contra Conselho da UE, § 79; de 7 de junho de 2007, C-178/05, *Comissão das Comunidades Europeias* contra República Helénica, § 33; de 16 de fevereiro de 2012, C-72/10, *Costa e Cifone*, §§ 74 e 78; de 8 de dezembro de 2011, C-318/10, *Société d’investissement pour l’agriculture tropicale SA (SIAT)* contra État belge, § 54-58; de 3 de junho de 2008, C-308/06, *The Queen* contra Secretary of State for Transport, § 69. Para uma análise mais detalhada sobre este princípio, veja-se Meerbeeck, 2016, pp. 275-288.

4.1.1 A cláusula de salvaguarda e o recurso à expressão “gravemente prejudicial”

A cláusula de salvaguarda da Diretiva permite que os Estados-Membros autorizem as empresas situadas no seu território a omitir, temporariamente, a prestação de um ou mais elementos específicos das informações alvo do relatório, quando a sua divulgação possa “prejudicar gravemente a [sua] posição comercial”⁴⁷.

Note-se que uma cláusula de salvaguarda similar já havia sido utilizada na disposição do n.º 1 do art. 19.º - A da Diretiva 2014/95/UE⁴⁸: “Os Estados-Membros podem permitir que informações relativas a factos iminentes ou a assuntos em curso de negociação sejam omitidas em casos excecionais em que (...) a divulgação de tais informações seria suscetível de prejudicar gravemente a posição comercial da empresa, desde que essa omissão não constitua obstáculo a uma compreensão correta e equilibrada da evolução, do desempenho, da posição e do impacto das atividades da empresa”.

Vários são os autores que consideram que com este tipo de cláusulas, assentes em conceitos indeterminados, se colocam severos entraves à certeza jurídica⁴⁹. Se implementada na ordem interna, deixará ao arbítrio de cada uma das entidades alvo da obrigação de comunicação o entendimento sobre quais informações a serem divulgadas se poderão revelar “gravemente prejudiciais”. Do nosso ponto de vista, abre-se uma margem excessivamente ampla quanto às possibilidades de interpretação deste conceito, pelo que as empresas se servirão desta cláusula como um instrumento de escape às obrigações decorrentes desta Diretiva⁵⁰.

Por vezes, estes conceitos indeterminados são alvo de decisões judiciais que acabam por reduzir a sua indeterminação. Devemos notar que, após um extenso exame da jurisprudência do TJUE, tal não é o caso. Através de várias etapas de pesquisa, concluímos que não existem posições na jurisprudência suscetíveis de auxiliar os destinatários destas obrigações. Tal ausência, combinada com a carência de uma

⁴⁷ Cfr. n.º 6 do art. 48.º - C.

⁴⁸ Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014, que alterou a Diretiva 2013/34/UE no referente à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos.

⁴⁹ Szabó & Sørensen, 2015, p. 336; Spengel, 2017, p. 15; Mio, 2021, p. 6; Roo, 2015, p. 284; Drahn, 2020, p. 262.

⁵⁰ Note-se, que as informações a serem comunicadas pelas entidades adstritas às obrigações resultantes do Country-by-Country Reporting privado nunca poderão ser omitidas, por não existir, nesse regime, uma cláusula de salvaguarda. Assim, embora se possa verificar a omissão de comunicação pública de informações (por um prazo máximo de 5 anos), as autoridades fiscais continuarão a dispor das informações com elas partilhadas através do mecanismo instituído no regime de Country-by-Country Reporting privado. Estas informações serão suficientes para permitir que os Estados procedam a qualquer inspeção e liquidação adicional do imposto devido pelas empresas.

densificação deste conceito por parte do legislador europeu, conduz a uma situação de incerteza e insegurança jurídicas.

O objetivo do recurso a esta técnica legislativa terá sido, porventura, o de deixar aos Estados-Membros o preenchimento deste conceito indeterminado, uma vez que o Parlamento Europeu terá proposto que fosse uma autoridade nacional competente a dar substância a esta disposição⁵¹. Apesar de uma referência a tal intenção não estar presente no texto da Diretiva, tal solução parece-nos altamente criticável, uma vez que não se terá atentado nos problemas que serão causados ao nível da harmonização legislativa entre os Estados-Membros.

Será expectável que os legisladores-internos possam ter diferentes graus de permissibilidade. Naturalmente, um legislador mais permissivo tenderá a adotar a formulação que ofereça maior subjetividade, por oposição a um legislador que pretenda garantir uma maior efetividade do sistema, o qual tenderá a adotar uma redação que assegure maior segurança e certeza jurídica. Perante estas diferenças de atitude, será previsível que as empresas multinacionais possam tirar partido dessa diversidade⁵².

Uma solução idónea, embora pouco protetora do *rationale* visado, passaria pela elaboração de uma lista meramente exemplificativa de situações em que a partilha de tais informações pudesse revelar-se gravemente prejudicial, concedendo ao interpretante uma indicação das situações que o legislador visou acautelar com este conceito indeterminado. O legislador poderia também definir pela negativa, elencando as situações que não se encontram abrangidas pelo escopo da norma.

É difícil elencar situações que caíam nesta exceção e que poderiam ser listadas. Poder-se-ia pensar, por exemplo, na circunstância de a comunicação pública das informações conduzir a desvantagens concorrenciais, nomeadamente, por permitir que uma empresa concorrente possa copiar o seu modelo de negócios através da consulta das informações alvo de comunicação. Seria também o caso em que a divulgação conduzisse a um aumento dos custos suportados pela empresa, a uma diminuição da receita ou lucros, ao enfraquecimento da posição negocial daquela empresa com um seu fornecedor ou, até, a uma diminuição drástica na confiança dos sócios, consumidores ou fornecedores⁵³. De qualquer forma, duvidamos muito da possibilidade de tais situações emergirem da divulgação das informações abrangidas pela Diretiva.

De qualquer modo, não concordamos com as listas exemplificativas. Os exemplos teriam de ser objetivos, inequívocos ou quantificáveis e, como tal, seriam certamente de

⁵¹ Klaveren, Vliet & Sahin, 2020, p. 236.

⁵² Veja-se que o governo irlandês promoveu uma consulta pública para ouvir a opinião de vários *Stakeholders* quanto às soluções a adotar no seu regime interno. Em especial, questionava-se qual a posição destes quanto à cláusula de salvaguarda, cfr. Departamento de empresa, comércio e emprego do Governo da República da Irlanda, 20/dez/2021.

⁵³ Neste sentido, Sames & Fritsch, 2021, p. 3; Müller, Spengel & Weck, 2021, p. 8.

difícil concretização, dado o facto de se estar a partir de um cenário hipotético e projetado no futuro que apenas se poderia concretizar quando a empresa apresentasse o seu relatório publicamente. Assim sendo, julgamos que uma exemplificação não eliminaria as incertezas geradas e dependeria sempre da valoração de cada julgador.

Uma outra forma de combater estes inconvenientes passaria pela estipulação de um dever de as empresas solicitarem permissão para omitirem a informação. Em nossa opinião, para garantir eficácia do regime, o pedido deveria ser dirigido conjuntamente à Comissão e ao Estado-Membro competente, ficando a ocultação dependente de uma dupla-decisão favorável. Assim, em cada caso, caberia a estas duas entidades balancear qual dos dois interesses seria prevalecente: a posição/interesse comercial da empresa ou o interesse público (doméstico e/ou europeu) na divulgação pública das informações.

Em 2019, o Parlamento Europeu defendeu uma solução similar ao regime aqui proposto⁵⁴. Em primeiro lugar, caberia aos Estados-Membros sujeitar os pedidos de omissão à autorização prévia de uma autoridade competente a nível nacional, a qual estaria auxiliada por orientações tomadas pela Comissão quanto à definição de eventuais casos em que se considerasse que a publicação de informações poderia prejudicar gravemente a posição comercial das empresas a que essas informações dissessem respeito. No caso de tal omissão ser autorizada, os Estados-Membros ficariam obrigados a notificar a Comissão da derrogação temporária, devendo transmitir-lhe, de forma confidencial, as informações omitidas com uma explicação dos motivos para a derrogação. Caso a Comissão concluísse, após uma avaliação das informações recebidas, que os requisitos para a derrogação não estariam reunidos, então a empresa em causa deveria disponibilizar de imediato essa informação ao público.

A dupla-decisão favorável é exigível na medida em que a autorização autónoma por um único Estado-Membro poderia levar a que este se convertesse num “porto de abrigo da opacidade”, isto é, tomando decisões tendencialmente abonatórias das empresas multinacionais que desejassem a ocultação de informação para, assim, atraírem o seu estabelecimento em território nacional.

Mesmo assim, e como sublinham Szabó e Sørensen⁵⁵, uma medida deste tipo, apesar de garantir que a cláusula de salvaguarda passaria a ser apenas utilizada quando estivessem em causa circunstâncias de cariz especial, levaria a maior burocracia e complexidade do sistema.

Por estas razões, entendemos que a solução ótima para a satisfação do *rationale* desejado com este regime passaria pela supressão da cláusula de salvaguarda, pois só

⁵⁴ Vd. alterações 45 a 50 em Parlamento Europeu, 27/03/2019.

⁵⁵ Szabó & Sørensen, 2015, p. 336.

assim se garantiria a vinculatividade desejada e se diminuiria o arbítrio deixado às entidades empresariais⁵⁶.

4.1.2 Alocação a cada Estado

As informações alvo de comunicação devem ser atribuídas a cada jurisdição fiscal relevante em função do estabelecimento, da existência de uma instalação comercial fixa ou de uma atividade comercial permanente que, atendendo às atividades do grupo ou da empresa autónoma, possa estar sujeita ao imposto sobre o rendimento nessa jurisdição fiscal⁵⁷.

A Diretiva nada diz sobre a alocação a um dado Estado de indicadores económicos relativos a mais do que uma jurisdição. Por exemplo, como alocar um trabalhador que desempenhe funções em mais do que uma unidade. Ou como alocar os *royalties* relativos a um intangível que, nos termos das regras sobre preços de transferência, esteja alocado a unidades do grupo localizadas em mais do que uma jurisdição.

4.1.3 Sujeição a imposto

Existem ainda dúvidas quanto ao entendimento a dar relativamente à expressão “possa estar sujeita ao imposto sobre o rendimento nessa jurisdição fiscal”. Estará, por exemplo, a referir-se à situação em que a empresa verdadeiramente não tenha ainda um estabelecimento estável naquela jurisdição, mas entenda que o pode vir a ter?

Por exemplo, um estaleiro de construção só constitui um estabelecimento estável se a sua duração e a duração da obra ou da atividade exceder seis meses⁵⁸. Assim, só decorridos os seis meses (ou seja, quando surgir um estabelecimento estável) é que os rendimentos imputáveis àquele passarão a ser tributáveis em território português. Contudo, se o ano fiscal terminar antes do decurso de tal período, em bom rigor, não existirá, nesse momento, um estabelecimento estável e, consequentemente, a atividade comercial desenvolvida não estará sujeita a tributação.

A expressão utilizada na norma da Diretiva é suscetível de ser interpretada como tendo um valor de futuro, determinando que a empresa deve reportar e atribuir as informações às jurisdições relativamente às quais já se encontre sujeita ao imposto sobre

⁵⁶ Em sentido contrário, por exemplo, destaque-se que a Câmara do Comércio dos Estados Unidos da América dirigiu uma carta ao Ministro Pedro Siza Vieira, apontando para a necessidade de adoção de uma cláusula de salvaguarda robusta e permanente, isto é, sem um limite temporal definido, dada a circunstância de as informações fiscais de empresas poderem manter o seu carácter sensível, mesmo que decorrido um lapso de tempo considerável, cfr. Câmara do Comércio dos EUA (25/03/2021). Neste seguimento também, uma opinião semelhante é perfilhada em Lück, 2021.

⁵⁷ Cfr. n.º 5 do art. 48.º - C.

⁵⁸ Cfr. n.º 3 do art. 5.º do CIRC. Teremos depois ainda de verificar se a CDT aplicável com o estado da localização do estabelecimento estável não introduz limitações adicionais ao exercício do poder de tributação português, tal como presente no CIRC.

o rendimento, como também relativamente àquelas em que ainda não se encontra sujeita a imposto, mas possa vir a estar. Assim, no nosso exemplo, seria razoável entender que a empresa teria que relatar aquelas informações relativamente à jurisdição portuguesa (nomeadamente as vendas atribuíveis nos termos do Authorized OECD approach), mesmo antes de se verificar o nascimento do estabelecimento estável e de estar efetivamente sujeita a tributação.

De forma a colmatar estas ambiguidades, em nossa opinião, a redação da norma deveria sofrer algumas alterações, devendo ser substituída a expressão “possa estar sujeita” por “esteja previsivelmente sujeita”.

Esta formulação poderia, de forma idêntica, conduzir a uma desproteção de dados e informações confidenciais das empresas, uma vez que passaria a ser exigível que a empresa multinacional comunicasse as informações relativamente a qualquer jurisdição em que pudesse, de forma previsível, vir a estar sujeita a imposto sobre o rendimento, não sendo necessário que o viesse efetivamente a estar.

Entendemos assim que, de forma complementar, poder-se-ia conferir às empresas a prerrogativa de virem a não comunicar informações relativas àquela jurisdição quando estas, à data da publicação do relatório, tivessem acabado por não estar sujeitas a imposto nessa ordem jurídica. Assim, à data da elaboração do relatório, as empresas deveriam comunicar as informações exigidas quanto a todas as jurisdições em que previsivelmente viessem a estar sujeitas a imposto. Contudo, à data de publicação⁵⁹, no caso de tal não se vir a consumir, caberia às empresas não incluir esses dados, informando a Comissão e o Estado-Membro competente de tal facto.

Em alternativa, poder-se-ia impor às empresas multinacionais a obrigação de comunicarem, à data de elaboração do relatório (máxime, a 31 de dezembro do ano em questão), todas as informações relativas às jurisdições que, naquele momento, se encontravam efetivamente sujeitas a imposto, permitindo-se que posteriormente, no momento de publicação do relatório, viessem acrescentar informações relativas a jurisdições relativamente às quais tivessem vindo efetivamente a estar sujeitas a imposto.

Assim, propomos para o n.º 5 do art. 48.º - C a seguinte redação: “As informações são atribuídas a cada jurisdição fiscal pertinente em função do estabelecimento, da instalação comercial fixa ou de uma atividade comercial permanente que, atendendo às atividades do grupo ou da empresa autónoma, esteja previsivelmente sujeita ao imposto sobre o rendimento nessa jurisdição fiscal. Quando a sujeição a imposto numa jurisdição não se venha a confirmar, no período a decorrer entre a elaboração e a publicação do relatório, a entidade responsável pela elaboração do relatório poderá obstar à comunicação das informações mediante um pedido dirigido e aprovado pela Comissão”.

⁵⁹ Cfr. o art. 48.º - D.

4.1.4 Número de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro

O atual texto normativo dispõe que um dos elementos que se tornará de acesso público será “o número de empregados contratados numa base equivalente a tempo inteiro”⁶⁰.

A terminologia utilizada deixa margem para diferentes interpretações. Como realça Spengel: “não é claro se os trabalhadores a tempo parcial, trabalhadores independentes que participem em operações regulares, subcontratados independentes e trabalhadores temporários devem ser levados em consideração no cálculo do n.º de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro (...)”⁶¹.

Semelhantemente à análise desempenhada quanto ao conceito indeterminado utilizado na cláusula de salvaguarda da Diretiva, procurámos também encontrar posições da jurisprudência relativamente às expressões “number of employees on a full-time equivalente basis” (redação utilizada no texto original da norma, em língua inglesa) e “número de empregados contratados numa base equivalente a tempo inteiro” (redação utilizada na norma, na sua tradução para língua portuguesa). Verificamos que não surgiram quaisquer resultados de jurisprudência europeia na pesquisa em CURIA e EUR-Lex quanto a estas expressões.

As conclusões retiradas voltam a aplicar-se a este plano. Tanto as empresas objeto desta destas obrigações, como as autoridades fiscais serão colocadas num cenário de incerteza. Como cada empresa poderá ter um diferente entendimento acerca deste conceito, poderão ser introduzidas discrepâncias no cálculo desta figura mediante a consideração que cada entidade comunicante leve a cabo acerca desta figura⁶².

Note-se que a determinação do número de trabalhadores que a empresa multinacional tem em cada jurisdição pode ser uma métrica interessante para avaliar se uma determinada jurisdição está a ser utilizada de modo menos genuíno. Pense-se no caso de uma empresa que opere numa jurisdição com um regime tributário favorável, através de um número reduzido de trabalhadores, embora apresentando aí uma elevada porção dos seus lucros⁶³.

Assim, o objetivo na obrigação de divulgação pública do número de trabalhadores que a empresa detém em determinada jurisdição é o de criar um contraste entre a

⁶⁰ Cfr. al. c) do n.º 2 do art. 48.º - C.

⁶¹ Tradução de nossa responsabilidade. Em inglês: “it is not really clear whether part-time employees, independent workers that participate in regular operations, independent sub-contractors, and temporary (agency) workers are to be taken into account when calculating an enterprise’s FTEs”, cfr. Spengel, 2017, p. 14.

⁶² Tax Executives Institute, 21/03/2016.

⁶³ Killey & Walton, 2018, p.3.

atividade produtiva levada a cabo naquela área, com o volume de lucros aí alocados. Deseja-se que o interpretante possa facilmente analisar que a empresa multinacional tem uma grande porção dos seus lucros atribuídos a uma “offshore” que desenvolve a sua atividade com um número reduzido de trabalhadores, deduzindo-se que, não passará apenas de uma “shell-company”⁶⁴.

Para este efeito, será relevante que se constitua um regime rígido, de forma a obstar que as empresas se possam servir da plasticidade deste conceito para incrementar o número de trabalhadores para efeitos deste relatório público e, assim, reduzir o impacto decorrente das informações divulgadas.

Note-se, a este propósito, que a OCDE, num guia quanto ao Country-by-Country Reporting privado direcionado às administrações fiscais, ressaltava que, neste campo, apenas poderia ser admitida a inclusão de profissionais independentes que estivessem envolvidos nas atividades operacionais ordinárias da empresa⁶⁵.

Defendemos duas propostas que ofereceriam uma neutralidade do regime face à contratação de trabalhadores com um cariz meramente episódico, na medida em que permitiriam que a empresa contratasse a tempo completo ou parcial sem a criação de quaisquer distorções na interpretação da informação a reportar. Ambas passariam pelo recurso ao indicador FTE (“full-time equivalent”), utilizado como forma de converter o número de horas de vários trabalhadores em part-time em número de horas de trabalho que seriam desenvolvidas por um trabalhador a tempo inteiro.

O cálculo de FTEs consiste na divisão do número de horas realizadas por um dado trabalhador pelo número de horas de trabalho que seriam realizadas semanalmente por um trabalhador a tempo inteiro.

Assim, se numa jurisdição o número de horas de trabalho for de 40 horas semanais, 1.0 FTE corresponderá a uma jornada de trabalho de um funcionário a tempo inteiro. No entanto, se uma empresa tiver ao seu dispor 4 trabalhadores e cada um deles realizar apenas 10 horas de trabalho semanal, o total será de 40 horas trabalhadas naquela semana (1.0 FTE), mas cada um deles representará 0.25 FTE. Numa base anual, para uma jurisdição em que a semana laboral seja de 35 horas, um trabalhador a tempo inteiro (1.0 FTE) haverá realizado 1820 horas de trabalho anuais (7 horas por dia x 5 dias de trabalho semanal x 52 semanas = 1820 horas de trabalho anuais)⁶⁶.

⁶⁴ Neste sentido, atente-se na análise quanto à capacidade lucrativa por trabalhador em cada Estado-Membro, que aponta para a importância deste elemento como um alerta para a existência de regimes tributários mais favoráveis, por Viegas & Dias, 2021, p. 171.

⁶⁵ OCDE, 2019, p. 19.

⁶⁶ Note-se, não se pretende que este valor de 1820 horas anuais reflita com exatidão o tempo de trabalho que seria realizado por um trabalhador a tempo inteiro. Em bom rigor, caberia à empresa adaptar este número ao período anual em que um trabalhador a tempo inteiro não trabalha, seja por ausência para o período de férias, feriados ou por motivos de doença. Trata-se apenas de um standard teórico que utilizamos. É comum, por isso, vermos empresas utilizarem um número de horas inferior, de forma a refletir o mais aproximadamente a realidade laboral.

A primeira solução que propomos implicaria que a Diretiva passasse a estabelecer que apenas seriam comunicados (ao abrigo da figura “número de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro”) os trabalhadores/prestadores de serviço que tivessem cumprido um somatório horário anual equivalente a um dado número de FTEs anual (ex: 0.2 FTE⁶⁷). Assim, um trabalhador que tivesse realizado um número de horas de trabalho inferior (ex: 0.1 FTE anuais⁶⁸) não seria incluído na comunicação do “numero de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro”.

A segunda solução traria ainda maiores vantagens, dado assegurar menor complexidade do que a anterior. Para tal, a Diretiva passaria a estipular a obrigação de a empresa comunicar o número de trabalhadores contratados no ano alvo de reporte numa base equivalente a tempo inteiro (FTE). Para efetuar esse cálculo, caberia à empresa registar o número de horas de trabalho anuais realizadas por todos os seus trabalhadores e dividir esse valor pelo número máximo de horas de trabalho anuais permitidas na referida jurisdição (tendo em conta a lei laboral, regulamentos ou contratos coletivos de trabalho eventualmente aplicáveis). Assim, se uma jurisdição tiver uma semana laboral de 40 horas e se o somatório de horas de trabalho realizadas pela totalidade dos trabalhadores for de 49.920, naquele ano, vemos que a empresa terá tido a operar, para si, um total de 24 trabalhadores numa base de FTE⁶⁹.

Adotando esta nossa segunda solução, a redação da al. c) do n.º 2 do art. 48.º - C passaria a prescrever o seguinte: “O número de empregados contratados numa base equivalente a tempo inteiro, calculado através da divisão entre o resultado da soma do número de horas de trabalho anuais realizadas pelos trabalhadores da empresa e o número máximo de horas de trabalho anuais permitidas na jurisdição alvo de reporte”.

Problema diferente reside no facto de a Diretiva não determinar se o valor a apresentar deve ser o decorrente do cálculo da média do número de trabalhadores no período de tempo coberto no relatório ou o número de trabalhadores que aquela empresa detinha numa data em concreto, por exemplo, à data de elaboração do relatório. O guia publicado pela OCDE para a implementação do Country-by-Country Reporting privado referia a este propósito: “o número de empregados contratados pode ser relatado no final

⁶⁷ Utilizando o exemplo mencionado, de uma semana laboral com 35h, isto significaria que o trabalhador realizou 364 horas de trabalho, naquele ano $((0.2 \times 1820) / 1)$.

⁶⁸ Valor que, no exemplo de uma semana com 35h semanais, corresponderia a 182 horas de trabalho naquele ano $((0.1 \times 1820) / 1)$.

⁶⁹ Seguindo o exemplo acima mencionado, numa jurisdição em que a semana laboral seja de 40h, um trabalhador a tempo inteiro (1FTE) haverá realizado, grosso modo, 2080 horas de trabalho anuais (8 horas por dia x 5 dias de trabalho semanal x 52 semanas = 2080 horas de trabalho anuais). Assim, dividindo o resultado da soma das horas de trabalho realizadas, naquele ano, por todos os trabalhadores (49.920 h), pelas 2080 h de trabalho anuais, obteríamos os 24 FTEs.

do ano, com base na média do valor anual, ou através de qualquer outra base aplicada de forma consistente em todas as jurisdições fiscais e de ano para ano”⁷⁰.

A escolha desse método poderá significar diferenças substanciais quanto ao número constante no relatório, uma vez que as entidades poderão escolher a abordagem que lhes garanta um valor superior⁷¹. Julgamos, quanto a este ponto, que o legislador europeu deveria ter sido perentório, esclarecendo qual dos métodos deveria ser utilizado pelas entidades.

Atendendo à solução que defendemos para o cálculo do número de trabalhadores contratados numa base equivalente a tempo inteiro, entendemos que o valor a reportar deveria ser apurado no final do ano. Só assim se poderia indicar o número de FTEs anuais da empresa multinacional.

4.2 Falhas na promoção de harmonização legislativa entre os Estados-Membros

As Diretivas representam um passo importante na harmonização legislativa entre os Estados-Membros. Os destinatários destes atos legislativos ficam adstritos a alcançar um resultado, embora sendo deixada às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios como ocorre essa transposição⁷².

Contudo, por vezes, são fixados objetivos de harmonização. Por um lado, de harmonização mínima, sendo estabelecidas normas mínimas, frequentemente, pelo reconhecimento do facto de os ordenamentos jurídicos de alguns países da UE já terem estabelecido normas mais rigorosas. Nesse caso, os países da UE têm o direito de estabelecer normas mais rigorosas do que as previstas na Diretiva. Por outro, o texto legislativo pode também estabelecer limites da harmonização máximos, circunscrevendo o legislador interno dos Estados-Membros ao estabelecimento de regras menos rigorosas do que as estabelecidas na Diretiva.

4.2.1 Regime sancionatório

No que se refere ao regime sancionatório, o legislador europeu opta frequentemente por deixar a cabo dos legisladores internos a fixação do seu regime⁷³.

⁷⁰ Ibid. (67). De igual forma, também o apontava a Diretiva 2016/881/UE, no ponto 1.8 das instruções específicas de preenchimento da declaração por país (secção III do anexo III).

⁷¹ Veja-se a este propósito da análise deste problema em relação aos relatórios apresentados pelas entidades alvo das obrigações de relato constantes do art. 89.º Diretiva 2013/36/UE, por Dutt, Nicolay & Spengel, 2021, pp. 23-24.

⁷² Como assim o obriga o § 3 do art. 288.º do TFUE. Veja-se a este propósito o Acórdão do TJUE de 21 de abril de 2016, C-377/13, Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová contra Finway, § 76 e jurisprudência citada.

⁷³ Como indica o TJUE, na falta de uma concreta disposição da União que determine sanções para a falta de observância de um regime europeu, caberá ao legislador interno a determinação de sanções internas que lhe pareçam apropriadas. Veja-se a este propósito o Acórdão do TJUE, de 2 de fevereiro de 1977, C-50/76,

Não obstante, encontram-se situações em que o legislador europeu procede a alguma concretização ou balizamento dessa liberdade dos Estados Membros como forma de obstar a uma grande desarmonia na implementação.

Por várias vezes o TJUE sufragou o entendimento de que uma violação do direito da UE deve acarretar sanções proporcionais às que seriam estabelecidas para uma violação do direito nacional, de modo que a sanção resultante da transposição de uma diretiva seja integrada nas sanções nacionais normalmente correspondentes a uma determinada violação⁷⁴. É por isso frequente vermos prescrito em Diretivas da União que as sanções previstas (pelos Estados-Membros) devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasoras⁷⁵. Noutros casos, o legislador europeu vai ainda mais longe, ora sugerindo o tipo de sanção⁷⁶, ora estabelecendo limites quanto à moldura a aplicar⁷⁷.

Nesta Diretiva, quando se aborda a questão da responsabilidade coletiva dos membros dos órgãos de administração, direção e supervisão, não se indica qual tipo de responsabilidade se trataria, deixando a cada Estado-Membro a fixação do regime de responsabilidade⁷⁸.

Identicamente, no parágrafo 41 do preâmbulo da Diretiva 2013/34/UE, também se apontava que a responsabilidade pela elaboração e publicação das demonstrações financeiras anuais e das demonstrações financeiras consolidadas, bem como dos relatórios de gestão e dos relatórios de gestão consolidados, seria baseada no direito nacional. Isto é, caberia também a cada Estado-Membro fixar as regras adequadas em matéria de responsabilidade dos membros dos órgãos de administração, de direção e de supervisão.

Julgamos que na Diretiva alvo de análise o legislador europeu poderia ter ido mais além, promovendo uma maior harmonização através da fixação de um regime

Amsterdam Bulb BV contra Produktschap voor Siergewassen, §33-35. Atente-se ainda nas conclusões do Advogado-Geral Rui-Jarabo Colomer, apresentadas em 26 de maio de 2005, no processo C-176/03, Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia, §§ 30-39.

⁷⁴ Acs. do TJUE, de 3 de maio de 2005, C-387/02, Berlusconi and Others, § 65; de 21 de setembro de 1989, C-68/88, Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica, §§ 23-24; de 10 de julho de 1990, C-326/88, Hansen, § 17; de 26 de setembro de 2013, C-418/11, Texdata Software GmbH, § 52; de 9 de fevereiro de 2012, C- 210/10, Urbán, § 24.

⁷⁵ Atente-se nas soluções consagradas nos art. 19.º n.º 1 da Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores. Igualmente, também no art. 19.º da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia. Por último, vd. a norma do art. 51.º da Diretiva (UE) 2013/34 já citada. A este propósito assinala-se ainda a opinião do advogado-geral Rui-Jarabo Colomer, no Acórdão do TJUE, de 13 de setembro de 2005, C-176/03, Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia, §§ 44-51, como também o Acórdão do TJUE, de 10 de junho de 2021, C-303/20, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA contra KM, § 30 e jurisprudência citada.

⁷⁶ Veja-se o n.º 2 do art. 19.º da Diretiva (UE) 2020/1828 citada anteriormente: “Os Estados-Membros garantem que as sanções podem revestir, nomeadamente, a forma de sanções pecuniárias”. Atente-se também na secção 69 do seu preâmbulo.

⁷⁷ É o caso do art. 9.º da Diretiva da Diretiva 2013/40/UE, relativa a ataques contra os sistemas de informação, que estabelece diferentes molduras penais para vários tipos de infrações.

⁷⁸ Cfr. o art. 48.º - E.

sancionatório que melhor assegurasse a proteção do regime face ao não-cumprimento por parte das entidades sujeitas a esta obrigações. Desta omissão poderá resultar uma desarmonia na legislação europeia, uma vez que certos legisladores internos poderão adotar posturas mais ou menos intransigentes do que outros, relativamente ao não cumprimento.

A título de exemplo, verifique-se as disparidades entre Itália e Espanha quanto à transposição do regime sancionatório da Diretiva 2014/95/UE⁷⁹. Enquanto a legislação italiana determinou que as penalidades por ocultação de informações, não-cumprimento ou não-submissão tempestiva do relatório poderiam atingir montantes entre os 20.000 EUR e os 150.000 EUR, a legislação espanhola nada dispôs.

Estas variações quanto ao resultado da transposição interna deste regime sancionatório serão mais um fator alvo da atenção das entidades sujeitas a este regime, que procurarão, como vimos assinalando, a jurisdição que seja mais complacente.

A fim de se evitarem fenómenos de *jurisdiction shopping*, entendemos que o legislador europeu deveria ter fixado um limite mínimo e máximo a título sancionatório, como uma moldura através da qual os Estados-Membros se deveriam pautar na fixação do seu regime legal. No intervalo fixado pelo legislador europeu, caberia ao legislador nacional a determinação do regime sancionatório de acordo com a sua legislação, assim se assegurando a coerência com o seu sistema jurídico interno.

Note-se que, por força do princípio da subsidiariedade⁸⁰, a União deverá intervir apenas se e na medida em que os objetivos desta medida não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados. Contudo, a imposição destes limites não transgride este princípio, uma vez que o objetivo desejado com a imposição de limites sancionatórios – a proteção do bem jurídico “transparência” – é mais bem alcançado ao nível da União, devido às dimensões e efeitos deste regime, como alude o n.º 3 do art. 5.º do TUE.

A adoção de medidas de forma isolada (ao nível estadual) não permitirá que se solucionem corretamente os propósitos visados com esta Diretiva. Assim, a forma de contrariar o aproveitamento abusivo das vantagens conferidas pelo mercado único terá de ser feita através de uma maior harmonização e articulação no plano europeu.

Poder-se-ia afirmar que a harmonização da reação a nível sancionatório levaria a uma violação do princípio da equivalência, que postula um dever de as autoridades nacionais assegurarem que as pretensões decorrentes do Direito da União resultem tão protegidas quanto as pretensões decorrentes do direito nacional. Em bom rigor, não existe verdadeiramente uma situação interna totalmente idêntica à que aqui se está a tratar. Neste âmbito, nem sequer se estar a curar de uma omissão de pagamento de

⁷⁹ Vd. Posadas & Tarquinio, 2021, p. 4.

⁸⁰ Cfr. o art. 5.º TUE.

imposto ou de mera comunicação de informação à autoridade tributária, mas sim de uma omissão de reporte público de informações respeitantes ao imposto⁸¹.

4.3 Entraves à proteção do *rationale*

A forma de apresentação da informação alvo de comunicação através das obrigações instituídas por esta Diretiva é essencial para que se assegure a correta interpretação e comparação dos dados por parte dos vários *stakeholders* interessados nestas informações tornadas públicas. Julgamos que quanto maior for o grau de detalhe e desagregação na apresentação destas informações, melhor será a capacidade de leitura das mesmas e mais facilmente poderão os destinatários ter uma imagem clara acerca da atividade e política fiscal de cada empresa alvo destas obrigações.

Um regime que procura suscitar o escrutínio público dos cidadãos deveria primar pela criação de procedimentos que garantam que a informação é efetivamente prestada pelas entidades sujeitas a estas obrigações. Ademais, para garantir a exigência destas disposições, seria importante que este normativo contivesse mecanismos que melhor garantissem que os relatórios divulgados reportassem com fidelidade a realidade subjacente. As próximas secções procedem à identificação de alguns destes problemas e à apresentação de algumas propostas de solução.

Ainda assim, no regime da Diretiva encontramos disposições que conduzem a uma maior permeabilidade a práticas que poderão colocar entraves à proteção do seu *rationale*. Em ordem a assegurar que o escrutínio público é suscitado sobre estas informações fiscais promovemos soluções que melhor o efetivariam.

4.3.1 Informação agregada ao nível de cada Estado-Membro

O relatório apresenta as informações agregadas ao nível de cada Estado-Membro, o que poderá gerar alguns problemas ao nível da leitura das mesmas.

Se a empresa-mãe conservar várias entidades constituintes num só Estado-Membro, a informação que irá constar do relatório será a referente ao global das atividades desenvolvidas naquela jurisdição. Isto permite camuflar informações respeitantes à existência de uma *shell-company* numa jurisdição, isto é, a empresa multinacional poderá (propositadamente) colocar uma entidade constituinte através da qual exerça atividade substancial para camuflar uma outra que se limita a ser um veículo de planeamento fiscal abusivo.

⁸¹ Poder-se-ia, mesmo, colocar em questão a inclusão do regime sancionatório desta Diretiva no RGIT. De facto, a base jurídica para a adoção desta diretiva não foi a tradicional em fiscalidade direta (art. 115.º do TFUE) especificamente porque a Comissão considerou que não estariam em causa obrigações fiscais, mas obrigações de reporte público societário, que transcendem em muito a dimensão fiscal.

Identicamente, também poderão ser colocados os mesmos problemas quando a multinacional exerça atividade substancial numa jurisdição e se sirva da agregação de informações para encobrir a existência de unidades constituintes localizadas numa zona-franca inserida naquele mesmo Estado⁸².

Entendemos assim que, apesar de os custos associados ao cumprimento destas obrigações poderem aumentar pela recolha de informação por cada unidade constituinte do grupo, deveria ter sido assegurada uma melhor clareza no âmbito da interpretação destas figuras. Para tal, o regime da Diretiva deveria instituir a desagregação das atividades tendo em conta cada uma das unidades do grupo.

Assim, o n.º 5 do art. 48.º - C deveria ser alterado para a seguinte redação: “O relatório sobre as informações relativas ao imposto sobre o rendimento apresenta as informações a que se refere o n.º 2 ou o n.º 3 separadamente para cada Estado-Membro. Estas informações deverão igualmente ser apresentadas de forma separada por cada empresa filial ou sucursal que a empresa-mãe em última instância detenha numa mesma jurisdição”.

Problema diferente reside no facto de a Diretiva estabelecer que, para o cálculo das “receitas”, se incluem as operações com partes relacionadas⁸³. Como sublinham alguns autores⁸⁴, poderão surgir óbices associados a este facto. Assim, quando uma empresa-mãe realiza uma venda a uma sua subsidiária, para que esta proceda a uma revenda a uma empresa terceira, no valor das receitas a ser apresentado no relatório irá constar o valor da receita apurado com ambas, não sendo eliminada a parcela obtida com a primeira operação que foi realizada intra-grupo. Corre-se assim o risco de uma empresa comunicar um valor de receita superior àquele que declarou internamente naquele exercício, o que poderá conduzir a que as autoridades fiscais estranhem os valores apresentados e promovam auditorias, sem fundamento para tal.

Veja-se que o legislador excluiu expressamente a inclusão dos dividendos recebidos entre empresas coligadas no cálculo das receitas empresariais⁸⁵. A razão para esta solução terá sido, precisamente, a de evitar situações de dupla-contagem nas receitas (que ocorreria no caso de uma distribuição “em cascata” dos dividendos entre entidades pertencentes à mesma jurisdição).

Note-se ainda que, no regime europeu de Country-by-Country Reporting privado, estas preocupações haviam sido tidas em conta⁸⁶.

⁸² Vide, a este propósito, os exemplos dados no ponto 10 em Financial Transparency Coallition, 05/07/2016.

⁸³ Cfr. n.º 2 do art. 48.º - C.

⁸⁴ Bobeldjik, A., Klaassen, P., 2019, pp. 1060-1064; HANLON, 2018, p. 213.

⁸⁵ Cfr. a subalínea ii) da alínea d) do n.º 2 do art. 48.º-C

⁸⁶ Vd. o ponto 1.2 das instruções específicas de preenchimento da declaração por país (secção III do anexo III) da Diretiva 2016/881/UE.

Assim, para fazer face a estes obstáculos colocados pela dupla-contagem de operações intra-grupo, defendemos também alterações ao n.º 2 do art. 48.º - C, acolhendo, por completo, a solução presente nas instruções específicas de preenchimento do relatório de country-by-country reporting privado constantes do anexo III da Diretiva 2016/881/EU: “Para efeitos da alínea d), a entidade que elabora o relatório deverá indicar: a) a soma dos rendimentos de todas as Entidades constituintes do Grupo de empresas multinacionais na jurisdição fiscal relevante resultante de transações com empresas associadas; b) a soma dos rendimentos de todas as Entidades constituintes do Grupo de empresas multinacionais na jurisdição fiscal relevante resultante de transações com partes independentes; c) o total das somas referidas nas alíneas a) e b)”.

4.3.2 Website para a publicação e língua utilizada no relatório

Como vimos, os Estados-Membros podem dispensar as empresas de publicarem o relatório no seu website (ou no de uma das subsidiárias ou sucursais), caso o relatório fique acessível no website do registo a que se refere o artigo 16.º da Diretiva (UE) 2017/1132. Exige a Diretiva, no entanto, que o website da empresa-mãe, subsidiária ou sucursal contenha informações sobre a dispensa de publicação e uma referência website do registo pertinente⁸⁷.

Podem, porém, surgir dificuldades em encontrar esse website, desde logo pelo facto de poder não existir uma disposição interna que o haja expressamente determinado. Note-se, ainda, que a norma em questão não exige que a referência contenha um redirecionamento direto (um link) para a página relevante, nem tão-pouco que seja feita num formato legível e em língua inglesa.

Também no regime regra, em que o relatório é publicado no website da empresa-mãe, da filial ou de uma sucursal se poderão colocar entraves, quer quanto à acessibilidade ao relatório, pela falta de destaque ou sua ocultação, quer relativamente à leitura das informações nele constantes⁸⁸.

Por estes motivos, em nosso entender, o legislador deveria ter determinado a criação ou utilização de um website europeu centralizado, em que pudessem ser publicados e consultados todos os relatórios apresentados pelas empresas alvo deste regime⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. n.º 3 do art. 48.º - D.

⁸⁸ Imagine-se que se subordina a leitura do relatório ao preenchimento de sucessivos CAPTCHAs (testes cognitivos), ou a situação em que o website permite o aparecimento contínuo de anúncios pop-up que tornam pouco visível a informação.

⁸⁹ Este poderia ser, nomeadamente, o Portal Europeu da Justiça, que já permite procurar empresas de todos os países da UE e aceder às informações sobre a mesma que constam do respetivo registo nacional de empresas, na secção “procurar uma empresa”.

Entendemos também que, de forma a facilitar o escrutínio do público, a comparação de dados e a realização de estudos sobre as informações a serem comunicadas, se deveria estabelecer um mesmo formato do ficheiro a ser utilizado. Este formato (Excel, por exemplo) deveria permitir que, por meio de aplicações de software, se conseguissem extrair dados específicos ou, até, a sua estrutura inteira.

Problema diferente resulta do facto de a Diretiva estabelecer apenas que os Estados-Membros têm um dever de assegurar (“shall ensure”) que o relatório ficará acessível ao público em, pelo menos, uma das línguas oficiais da União⁹⁰. Julgamos que a Diretiva deveria ter exigido que as empresas elaborassem e tornassem acessível a consulta, de forma gratuita, de uma versão do relatório (também) em língua inglesa.

4.3.3 Secondary-filing mechanism

A Diretiva determina que os Estados-Membros devem exigir que as filiais/sucursais europeias controladas por empresas de Estados Terceiros sejam obrigadas a publicar e a tornar acessível o relatório de informação fiscal relativo à empresa-mãe em última instância. No entanto, no caso de essa informação/relatório não estar disponível, a filial ou sucursal terá a obrigatoriedade de requerer à empresa-mãe o fornecimento da informação necessária para o cumprimento de tais obrigações. No caso de a empresa-mãe negar a prestação total de tal informação, terá de ser a sua unidade constituinte a elaborar, publicar e tornar acessível o relatório, com base na informação de que disponha, obtenha ou adquira.

Entendemos que há uma margem excessiva para uma empresa-mãe localizada num Estado Terceiro se negar a prestar a informação necessária para que a filha ou sucursal cumpra com as obrigações resultantes deste regime. Desta forma, o alcance que esta medida visa obter relativamente a sociedades localizadas fora da União ficará comprometido. No entanto, torna-se difícil imaginar um outro cenário, uma vez que a empresa-mãe se encontra localizada num Estado Terceiro e, portanto, não se encontra sujeita à vinculatividade exigível a um Estado-Membro.

Em ordem a ultrapassar este óbice gerado pela impossibilidade de se exigir a prestação destas informações à empresa-mãe em última instância estabelecida fora da União, o legislador deveria ter-se debruçado sobre a medida que melhor garantisse o conhecimento das informações fiscais da multinacional ao nível do território europeu.

Defendemos uma solução que passaria por fazer incidir sobre a principal subsidiária a operar na União Europeia uma obrigação de comunicação semelhante àquela estabelecida na Diretiva relativamente às empresas-mãe em última instância

⁹⁰ Cfr. n.º 2 do art. 48.º - D.

localizadas em Estados-Membros. Esta principal subsidiária, a ser determinada através de critérios objetivos a fixar pelo legislador, teria de elaborar e preparar os seus próprios relatórios, bem como os de cada uma das sociedades-filhas e sucursais que a constituíssem.

Uma vez que não é exigível que a principal subsidiária tenha pleno conhecimento das informações fiscais de cada uma das suas sociedades-irmãs, julgamos não ser razoável, por razões de praticabilidade e complexidade, que esta tenha também de comunicar as informações de cada uma destas relativamente ao imposto sobre o rendimento suportado.

Tendo em vista uma melhor interpretação das informações a serem publicadas, seria igualmente importante que a principal subsidiária a operar na União Europeia estivesse também adstrita à comunicação, no seu relatório e no de cada uma das suas filhas, de qual a denominação ou firma da empresa-mãe em última instância, identificando-a com o NIF respeitante.

No entanto, entendemos que os mesmos obstáculos colocados pela não divulgação da informação por parte da empresa-mãe em última instância localizada fora da União poderiam vir a ser impostos pela principal subsidiária operante na União. Apesar de esta se encontrar sujeita à jurisdição europeia, o atual regime sancionatório da Diretiva não é suficientemente rígido para obstar à não-comunicação por parte das entidades sujeitas às obrigações de reporte.

Por essa razão, seria importante que as obrigações de comunicação passassem a incidir sobre uma outra entidade (i.e., a principal subsidiária da principal subsidiária a operar na União Europeia), no caso de incumprimento por parte da principal subsidiária a operar na União Europeia. Este sistema repetir-se-ia ao longo dos níveis da cadeia de subsidiárias, em caso de incumprimento sucessivo.

Na consagração de uma solução deste tipo, seria conveniente que o legislador adiantasse uma definição clara, objetiva e determinada desta figura que propusemos (“principal subsidiária a operar na União Europeia”). A determinação da entidade sujeita a esta obrigação subsidiária estaria dependente da definição a ser feita pelo legislador. A principal subsidiária poderia ser aquela que tivesse o maior valor de receita anual.

Julgamos que, com esta solução, se obteria um retrato mais aproximado à realidade fiscal que aquele grupo multinacional concerta na União Europeia. Assim, os parágrafos 4 e 5 do art. 48.º- B deveriam ser alterados para a seguinte redação:

“Parágrafo 4 - (...) Caso essas informações ou esse relatório não estejam disponíveis, a empresa filial solicita à sua empresa-mãe em última instância que lhe faculte todas as informações exigidas para que possa cumprir a sua obrigação a título do primeiro parágrafo. Se a empresa-mãe em última instância não facultar todas as

informações exigidas, incumbe à principal subsidiária a operar na União Europeia a elaboração, publicação e permissão de acesso ao relatório sobre as informações relativas ao imposto sobre o rendimento respeitantes a si mesma, bem como a cada uma das suas subsidiárias e sucursais que a constituam, com base nas informações de que disponha, obtenha ou adquira.

Para efeitos desta Diretiva considera-se ‘a principal subsidiária a operar na União Europeia’ a subsidiária da empresa-mãe em última instância localizada fora da União, que revele o maior valor de receita anual no período em que ocorra a elaboração do relatório.

Em caso de incumprimento parcial ou total, por parte da principal subsidiária a operar na União Europeia, o cumprimento destas obrigações passará a incidir sobre a principal subsidiária desta, repetindo-se este sistema ao longo dos vários níveis da cadeia de subsidiárias, se necessário. A subsidiária responsável pela elaboração do relatório é determinada em função do maior valor de receita anual no período em que ocorra a elaboração do relatório”.

5. Conclusões

I. A Diretiva (EU) 2021/2101 visa a introdução, pela primeira vez no espaço europeu (e num espaço regional de integração), de um regime de comunicação pública, discriminada por país, de informações com interesse ou relevância fiscal de grandes empresas multinacionais.

II. Em nosso entender, a Diretiva é um passo decisivo no reforço da transparência fiscal internacional, na medida em que permite intensificar o escrutínio público sobre as grandes empresas relativamente à sua política fiscal e ao modo como alocam o rendimento tributável entre os vários países em que exercem a sua atividade. Com a Diretiva, a política fiscal empresarial passa a ser uma nova variável do relacionamento entre uma grande empresa e os seus *stakeholders* (a montante e a jusante).

III. Contudo, o regime atualmente previsto na Diretiva enferma de alguns problemas que acabam por comprometer uma realização efetiva do seu *rationale*. Problemas esses que, em nosso entender, poderiam ser corrigidos tanto ao nível da implementação da Diretiva nos vários Estados Membros, como aquando de uma futura revisão da mesma.

IV. De facto, a atual redação não assegura um total respeito do princípio da segurança jurídica, que estabelece que as regras de direito devem ser claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos. Por outro lado, e ao recorrer (em demasia) a conceitos e expressões indeterminadas, surgem situações de subjetividade interpretativa, que poderão ser aproveitadas pelas empresas para evitarem o cumprimento efetivo das suas obrigações.

V. Dos vários défices, cumpre-nos acentuar a total ausência de linhas orientadoras (tanto ao nível legislativo, como jurisprudencial e doutrinário) relativamente ao significado a dar à expressão “prejudicar gravemente a posição comercial da empresa”; tal ausência poderá colocar os destinatários destas obrigações e as autoridades fiscais num plano de incerteza jurídica.

VI. Em nosso entender, e tendo em conta as concretas informações que devem ser divulgadas, a cláusula de salvaguarda deveria ser suprimida. A ser consagrado um “sistema de salvaguarda”, o mesmo deveria estar sujeito a uma dupla-decisão favorável pelo Estado-Membro competente e pela Comissão Europeia (garantindo que a salvaguarda não conduziria a uma opressão exagerada quer do interesse nacional, quer do interesse europeu na divulgação de informações).

VII. Cremos que se deveria introduzir um standard claro e objetivo relativamente à informação que deverá ser imputada a cada Estado. Destarte, julgamos que a expressão “possa estar sujeita ao imposto” deveria ser substituída por “esteja previsivelmente sujeita ao imposto”. Paralelamente, e no caso de tal sujeição não se vir a confirmar

futuramente, caberia à entidade responsável pela elaboração do relatório obstar à comunicação das informações mediante um pedido dirigido e aprovado pela Comissão.

VIII. A identificação do número de trabalhadores contratados, sendo uma métrica relevante para a análise das informações fiscais relativas a cada jurisdição, deveria seguir critérios objetivos e uniformes que impeçam a inclusão de “trabalhadores” com colaborações meramente episódicas e não relacionadas com a atividade operacional da empresa multinacional.

IX. Em nossa opinião, o legislador deveria ter promovido uma maior harmonização legislativa quanto ao regime sancionatório, nomeadamente através da fixação de limites mínimos e máximos das sanções aplicáveis. Tal garantiria uma maior efetividade do regime e obstaria ao surgimento do *jurisdiction shopping* resultante da coexistência de regimes muito brandos e de regimes muito gravosos.

X. Apesar de a Diretiva visar um aumento da transparência fiscal internacional, introduz soluções que, de forma paradoxal, se mostram como obstáculos à promoção de um verdadeiro escrutínio público, como é o caso da apresentação da informação de uma forma agregada. Tal agregação pode permitir a ocultação de situações de grande inequidade fiscal.

XI. Entendemos, assim, que a informação deveria ser apresentada numa base desagregada ao nível de cada unidade constituinte do grupo. Só dessa forma promoveria uma correta leitura e escrutínio público dessas informações.

XII. Tratando-se de uma Diretiva da UE, existirá uma impossibilidade em garantir a prestação de informações fiscais relativas a empresas-mãe em última instância localizadas em Estados-Terceiros.

XIII. A solução consagrada, o Secondary-Filing Mechanism, peca ao permitir que empresas-mãe em última instância localizadas em Estados-Terceiros possam interferir excessivamente no volume de informações a comunicar através deste regime.

XIV. Para solucionar este óbice, entendemos que a principal subsidiária a operar na União Europeia deveria passar a estar obrigada a elaborar um relatório relativamente às informações a comunicar de si e de todas as suas subsidiárias (tal como se a mesma fosse a empresa-mãe do grupo).

XV. Cremos que a implementação das nossas propostas permitiria a obtenção de uma imagem mais aproximada à realidade das políticas fiscais levadas a cabo pelas empresas multinacionais no território da União e conduziria a uma melhor implementação do *rationale* subjacente à aprovação da Diretiva.

Bibliografia

- BOBELDJIK, A. & KLAASSEN, P. (2019). Country-by-country reporting and the effective tax rate: how effective is the effective tax rate in detecting tax avoidance in country-by-country reports. *Intertax*, vol. 47, no. 12, pp. 1057-1069.
- BROCKMAN, K. (2017). CbCR nears: Reputational risk perceptions. *International Tax Review*, vol. 28, no. 4.
- BROWN, J. (2020). The impact of increased tax transparency via public country-by country reporting on corporate tax aggressiveness: Evidence from the European Union. *Australian Tax Forum*, vol. 35, no. 4, pp. 596-637.
- CAPUTO, F. et al. (2019). The non-financial reporting harmonization in Europe: Evolutionary pathways related to the transposition of the Directive 95/2014/EU within the Italian context. *Sustainability*, vol. 12, no. 1.
- COCKFIELD, J. & MACARTHUR, C. (2015). Country-by-country reporting and commercial confidentiality. *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, vol. 63, no. 3.
- DRAHN, P. (2020). Adoption of EU business and human rights policy: the use of discretion in the national transposition of EU Directives. *Springer International Publishing*.
- DUTT, V., NICOLAY, K. & SPENGEL, C. (2021). reporting behavior and transparency in European banks' country-by-country reports. ZEW – Centre for European Economic Research Discussion Paper no. 21-019.
- DYRENG, S., HOOPES, J & WILDE J. (2015). Public pressure and corporate tax behavior. Fisher College of Business Working Paper no. 2014-02-003.
- EVERS, M., MEIER, I. & SPENGEL, C. (2016). Country-by-country reporting: Tension between transparency and tax planning. ZEW – Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 17-008.
- HANLON, M. (2018). Country-by-country reporting and the international allocation of taxing rights. *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, no. 4/5 (edição Especial), pp. 209-217.
- HUGGER, F. (2019). The impact of country-by-country reporting on corporate tax avoidance. IFO Working Paper no. 304.
- HUNT, J., WENTLAND, R. & EDUCATE, M. (2017). Another front in the brewing CbC public disclosure battle United States. *Journals Tax Analysts*, vol. 85, no. 9, pp. 835-840.
- JANSY, P. & GARCIA-BERNARDO, J. (2021). profit shifting of multinational corporations worldwide. International Centre for Tax and Development Working Paper 119.
- JOHNSTON, A. & SADIQ, K. (2020). Beyond country-by-country reporting: A modest proposal to enhance corporate accountability. *New Zealand Universities Law Review*, University of Oslo Faculty of Law, Research Paper No. 2020-28.
- JONES, E. et al. (2015). Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union. II, *Evaluation of the European added value of the recommendations in the ECON legislative own-initiative draft report*.
- JOSHI, P. et al. (2020). Does public country-by-country reporting deter tax avoidance and income shifting? Evidence from the European banking industry. *Contemporary Accounting Research*.

- JOSHI, P. (2020). Does Private country-by-country reporting deter tax avoidance and income shifting? Evidence from BEPS Action Item 13. *Journal of Accounting Research*, vol. 58, no. 2, pp. 333-381.
- KILLEY, M. & WALTON, S. (2018). Public country-by-country reporting: Providing valuable information to nonprofessional investors. *Tax Notes International*, vol. 89, no. 6, pp. 549-554.
- KLAVEREN, V., VLIET, V. & SAHIN, C. (2020). Initiatieven en kansen omtrent publieke country-by-country-rapportage. *Weekblad fiscaal recht 2020/37*, vol. 149, no. 7323, pp. 234-241.
- LAGARDEN, M. et al. (2020). International - Country-by-Country Reporting Goes Public – Cui Bono? *International Transfer Pricing Journal*, vol. 27, no. 2, pp. 91-97.
- LANGENMAYR, D. (2021). Daten gegen Steuervermeidung?. *Wirtschaftsdienst*, vol. 101, no. 2, p. 74.
- LÜCK, M. (2021). Preventing competitive disadvantages in public country-by-country reporting – Public country-by-country reporting: Strong safeguard clause needed! *Deutsches Aktieninstitut*.
- MATUSZAK, L. & RÓŻAŃSKA, E. (2017). CSR disclosure in Polish-listed companies in the light of Directive 2014/95/EU requirements: Empirical evidence. *MDPI's Sustainability Journal*, vol. 9, no. 12.
- MEERBEECK, J. (2016). The principle of legal certainty in the case law of the European Court of Justice: From certainty to trust. *European Law Review*, vol. 41, no. 41.
- MIO, C. et al (2021). Carrot or stick? An empirical analysis of the different implementation strategies of the EU directive on nonfinancial information across Europe. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*.
- MÜLLER, R., SPENGEL, C. & WECK, S. (2021). How do investors value the publication of tax information? Evidence from the European public country-by-country reporting. *ZEW Discussion Paper no. 21-077*.
- MURPHY, R. (2009). Country-by-country reporting – Holding multinational corporations to account wherever they are. *Task Force on Financial Integrity and Economic Development*.
- MURPHY, R., JANSKY, P. & SHAH, A. (2019). BEPS policy failure – The case of EU country-by-country reporting. *Nordic Tax Journal*, vol. 2019, no. 1, pp. 63-86.
- NAKAYAMA, K. (2021). Public disclosure of taxpayer information as a measure to improve tax compliance. *Asia-Pacific Tax Bulletin 2021*, vol. 27, no. 3.
- NOKED, N. (2018). Public country-by-country reporting: The shareholders' case for mandatory disclosure. *Tax Notes International*, vol. 90, no. 14.
- OATS, L. & TUCK, P. (2019). Corporate tax avoidance: Is tax transparency the solution? *Accounting and Business Research*, vol. 49, no. 5, pp. 565-583.
- POSADAS, S. & TARQUINIO, L. (2021). Assessing the effects of Directive 2014/95/EU on nonfinancial information reporting: Evidence from Italian and Spanish listed companies. *Administrative Sciences*, vol.11, no. 89.
- PUTTEN, B. (2020). *Is the introduction of CbC reporting and exchange of information among tax authorities an effective tool to tackle tax avoidance and aggressive tax planning?* Tese

- de mestrado em “International Business Taxation”, desenvolvida em Tilburg, Tilburg School of Economics and Management, Tilburg University.
- ROO, D. (2015). The role of the EU Directive on non-financial disclosure in human rights reporting. *European Company Law*, vol. 2015, no. 6, pp. 278-285.
- SAMES, M. & FRITSCH, S. (2021). Öffentliches *country-by-country reporting* in der EU – ein sinnvoller Alleingang? *IWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht*, no. 8, pp. 304-306.
- SCHOEN, W. (2021). Public country-by-country reporting: Corporate law, fiscal law and the principle of unanimity. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance no. 2021-14.
- SOMMER, C. & LITTERSCHEID, S. (2021). Das *public country-by-country reporting* in der EU: Aktuelle Überlegungen zur Einführung zusätzlicher Transparenzanforderungen für Unternehmen. *IWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht*, no. 9, pp. 370-379.
- SPENGEL, C. (2017). The EU proposal for country-by-country reporting on the internet. Costs, benefits and consequences. *The foundation for family businesses*.
- SZABÓ, D. & SØRENSEN, K. (2015). New EU Directive on the disclosure of non-financial information (CSR). *Nordic & European Company Law*, Working Paper n.º 15-01.
- UNGER, B. (ed.), ROSSEL, L. (ed.) & FERWERDA, J. (ed.). (2021). *Country-by-country reporting and other financial transparency measures affecting the European Union in combating fiscal fraud and empowering regulators: Bringing tax money back into the COFFERS*. Oxford University Press.
- VANBLARCUM, G. (2018). *Public versus non-public country-by-country reporting in tackling corporate tax avoidance*. Tese de mestrado em “International Business Taxation” desenvolvida em Tilburg, Tilburg School of Economics and Management, Tilburg University.
- VERENA, D., SPENGEL, C. & VAY., H. (2020). Der EU-Vorschlag zum *country-by-country reporting* im Internet: Kosten, Nutzen, Konsequenzen. *Family Business Foundation*.
- VIEGAS, M., DIAS & A. DIAS (2021). Country-by-country reporting: A step towards unitary taxation? *Intereconomics*, vol. 56, no. 3, pp. 167-173.
- VOSS, G. (2019). The European Union’s 2012 Non-Financial Reporting Directive: Mandatory ex post disclosure – But does it need improvement? In A. MELCHIADE MANIRABONA & Y. VEGA CÁRDENAS (eds). *Extractive industries and human rights in an era of global justice: New ways of resolving and preventing conflicts*, pp. 359-381. LexisNexis Canada.
- WÖHRER, V. (2017). Öffentliches *country-by-country-reporting* Verfassungswidrig. *ÖStZ*, vol. 188, no. 5.
- WÖHRER, V. (2018). What is the cost of transparency? Does it outweigh the benefits obtained from greater transparency? Singapore Management University School of Accountancy Research Paper 2018-S-72, vol. 6, no. 1, Special Issue: Tax.

Fontes eletrônicas

- ATOZ Tax Advisers Luxembourg (2021). Public Country-by-Country Reporting Directive adopted by the EU Council. Retirado de <https://www.atoz.lu/media/ATOZ-Alert-07102021>.
- CÂMARA DO COMÉRCIO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (25/mar/2021). Letter on proposal to amend Directive 2013/34/EU (Public country-by-country reporting). <https://www.uschamber.com/taxes/letter-proposal-amend-directive-201334eu-public-country-country-reporting>.
- CHAND, V. & PICARIELLO S. (01/06/2021). The revamping of public CbCR in Europe: Much ado about nothing? *Kluwer International Tax Blog*. <http://kluwertaxblog.com/2021/06/01/the-revamping-of-public-cbcr-in-europe-much-ado-about-nothing/>.
- COMISSÃO EUROPEIA (12/04/2016). Documento de trabalho dos serviços da Comissão que avalia o potencial para uma maior transparência nas informações sobre o imposto sobre o rendimento que acompanhado pela proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2013/34 /UE no que diz respeito à divulgação de informações sobre o imposto sobre o rendimento por certas empresas e sucursais. COM(2016) 198 final, SWD/2016/0117 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=SWD:2016:117:FIN>.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (05/10/2021). Conclusões do Conselho sobre a lista revista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais. 12101/21 FISC 146 ECOFIN 868 + COR 1. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XG0227\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XG0227(01)).
- DALBY, S. et al. (08/09/2021). *ESG Tax Transparency*. Tax Executive. <https://taxexecutive.org/esg-tax-transparency/>.
- DEPARTAMENTO DE EMPRESA, COMÉRCIO E EMPREGO DO GOVERNO DA REPÚBLICA DA IRLANDA (20/dez/21). Public Consultation on the transposition of Directive (EU) 2021/2101 as regards disclosure of income tax information by certain undertakings and branches. <https://www.gov.ie/en/consultation/ab800-public-consultation-on-the-transposition-of-directive-eu-20212101-as-regards-disclosure-of-income-tax-information-by-certain-undertakings-and-branches/>.
- ENACHE, R. (28/09/2021). Council of the EU approves compromise text on public country-by-country reporting. *KPMG EU Tax Centre, Euro Tax Flash*. <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2021/09/etf-456-council-of-the-eu-approves-compromise-text-on-public-country-by-country-reporting.html>.
- FINANCIAL TRANSPARENCY COALITION (24/02/2016). Why public country by country reporting for large multinationals is a must. <https://financialtransparency.org/materials/why-public-country-by-country-reporting-for-large-multinationals-is-a-must/>.
- FINANCIAL TRANSPARENCY COALITION (05/07/2016). European Commission Proposal on Public CbCR -Questions and Answers. <https://financialtransparency.org/materials/qa-cbcr-european-union/>.

- FOUCHE, G. (01/02/2021). For first time, Norway's wealth fund ditches firms over tax transparency. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/us-norway-swf-idUSKBN2A11TR>.
- HAINES, A. (12/03/2020). Public CbCR debate taken to the OECD. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1kqkvq0jh6wvf/public-cbcr-debate-taken-to-the-oecd>.
- INTERNATIONAL TAX REVIEW (10/07/2019). How concerned should companies be about data they send to tax authorities becoming public? <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1g75wopzmfmp/hw-concerned-should-companies-be-about-data-they-send-to-tax-authorities-becoming-public>.
- JONES, A. (02/12/2020). MNEs oppose mandatory public CbCR over data inconsistencies. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1phpy1g0m251w/mnes-oppose-mandatory-public-cbcr-over-data-inconsistencies>.
- LALLY, O. (18/08/2021). Why mandatory public country by country reporting is good for business. *EURODAD – European Network on Debt and Development*. www.eurodad.org/mandatory_public_country_by_country_reporting.
- MEHBOOB, D. (01/11/2019). Taxpayers prepare data for public CbCR in the EU. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1hv3ztbcm8nxz/taxpayers-prepare-data-for-public-cbcr-in-the-eu>.
- NATIONAL TAX SERVICE (25/mar/2004). Background for the implementation of the exemplary taxpayer system. <https://www.nts.go.kr/english/na/ntt/selectNttInfo.do?mi=10788&nttSn=77239>
- OCDE (2021). Country-by-Country Reporting – Compilation of 2021 Peer Review Reports: Inclusive Framework on BEPS: Action 13, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/73dc97a6-en>.
- OCDE (2019). Country-by-country reporting XML schema: User guide for tax administrations, Version 2.0. OECD, Paris. <https://www.oecd.org/tax/beps/country-by-country-reporting-xml-schema-user-guide-for-tax-administrations-june-2019.pdf>.
- PARLAMENTO EUROPEU (29/07/2016). Tax fraud: 75% of Europeans want EU to do more to fight it (20160707STO36204). <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+IM-PRESS+20160707STO36204+0+DOC+PDF+Vo//EN&language=EN>.
- PARLAMENTO EUROPEU (27/03/2019). Resolução Legislativa do Parlamento Europeu (P8_TA(2019)0309), sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2013/34/UE no que respeita à divulgação de informações relativas ao imposto sobre o rendimento por determinadas empresas e sucursais”, (COM(2016)0198 – C8-0146/2016 –2016/0107(COD)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0309_PT.html.

- PWC (PricewaterhouseCoopers) Newsletter (22/07/2021). EU Parliament and Member States agree on public country-by-country reporting. <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-eu-parliament-and-member-states-agree-on-public-cbcr.pdf>.
- RAMSAY, C. & MOLINDA, J. (2021). Country-by-country reporting and COVID-19: CbC data is becoming a big deal in TP controversy. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1srnkc5m3h4sx/country-by-country-reporting-and-covid-19-cbc-data-is-becoming-a-big-deal-in-tp-controversy>.
- SARFO, N. (11/03/2021). Reading the EU's public CbC reporting tax tea leaves. *Tax Notes*. <https://www.forbes.com/sites/taxnotes/2021/03/11/reading-the-eus-public-cbc-reporting-tax-tea-leaves/?sh=1d8031ff4dd2>.
- TAX EXECUTIVES INSTITUTE (21/03/2016). TEI comments on proposed country-by-country reporting regulations. *Tax Executive*, vol. 68, no. 4. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/taxexe68&i=323>.
- VETER, E & BOROVAYA, E. (05/10/2021). The ball is rolling – public country by-country reporting is set to become a reality. *EY (ERNST & YOUNG) Tax Messenger*. https://www.ey.com/en_ru/tax/tax-alert/2021/10/ey-public-country-by-country-reporting-is-set-to-become-a-reality-5-october-2021-tax-eng.
- WHITE, J. (18/05/2020). OECD faces renewed calls for public CbCR. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1lpz3sx6bjn4h/oecd-faces-renewed-calls-for-public-cbcr>.
- WHITE, J. (30/07/2019). The Corporate Accountability Network makes the case for public CbCR. *International Tax Review*. <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ho499hrjdjhp/the-corporate-accountability-network-makes-the-case-for-public-cbcr>.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

- Ac. do TJUE, de 22 de março de 1961, C-42/59 e C-49/59, Société nouvelle des usines de Pontlieue- Acières du Temple (SNUPAT) contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.
- Ac. do TJUE, de 15 de fevereiro de 1996, C-63/93, Duff.
- Ac. do TJUE, de 13 de fevereiro de 1996, C-143/93, Van Es.
- Ac. do TJUE, de 14 de abril de 2005, C- 110/03, Reino da Bélgica contra Comissão das Comunidades Europeias.
- Ac. do TJUE, de 5 de maio de 2015, C-147/13, Reino de Espanha contra Conselho da UE.
- Ac. do TJUE, de 7 de junho de 2007, C-178/05, Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica.
- Ac. do TJUE, de 16 de fevereiro de 2012, C-72/10, Costa e Cifone.
- Ac. do TJUE, de 8 de dezembro de 2011, C-318/10, Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) contra État belge.

Ac. do TJUE, de 3 de junho de 2008, C-308/06, The Queen contra Secretary of State for Transport.

Ac. do TJUE, de 21 de dezembro de 2011, C-465/10, Chambre de commerce e d'industrie de l'Indre.

Ac. do TJUE, de 15 de setembro de 2005, C-199/03, Irlanda contra Comissão das Comunidades Europeias.

Ac. do TJUE, de 13 de dezembro de 2001, C-340/00, Comissão das Comunidades Europeias contra Michael Cwik.

Ac. do TJUE, de 6 de março de 2001, C-274/99, Bernard Connolly contra Comissão das Comunidades Europeias.

Ac. do TJUE, de 4 de setembro de 2018, C-57/16, ClientEarth contra Comissão Europeia.

Ac. do TJUE, de 21 de abril de 2016, C-377/13, Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová contra Finway.

Acórdão do TJUE, de 2 de fevereiro de 1977, C-50/76, Amsterdam Bulb BV contra Produktschap voor Siergewassen.

Ac. do TJUE, de 3 de maio de 2005, C-387/02, Berlusconi and Others.

Ac. do TJUE, de 21 de setembro de 1989, C-68/88, Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica.

Ac. do TJUE, de 10 de julho de 1990, C-326/88, Hansen.

Ac. do TJUE, de 26 de setembro de 2013, C-418/11, Texdata Software GmbH.

Ac. do TJUE, de 9 de fevereiro de 2012, C- 210/10, Urbán.

Ac. do do TJUE, de 10 de junho de 2021, C-303/20, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) SA contra KM.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal Geral, de 15 de setembro de 2017, T-585/16, Carina Skareby contra SEAE.

Acórdão do Tribunal Geral, de 7 de junho de 2011, T-471/08, Ciarán Toland contra Parlamento Europeu.

Acórdão do Tribunal Geral, de 22 de março de 2018, T-540/15, Emilio De Capitani contra Parlamento Europeu.

Conclusões de Advogados Gerais

Conclusões do Advogado-Geral Pedro Villalón, apresentadas a 11 de junho de 2015, no processo C-59/14, Firma Ernst Kollmer Fleischimport und -export contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentadas em 24 de fevereiro de 2005, no processo C-199/03, Irlanda contra Comissão das Comunidades Europeias,

Conclusões do Advogado-Geral Rui-Jarabo Colomer, apresentadas em 26 de maio de 2005, no processo C-176/03, Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho da União Europeia.

**Dados pessoais como objeto mediato de negócios jurídicos
onerosos**

Maria Benedita Carneiro da Frada da Cunha Pinto

Sob a orientação da Professora
Doutora Ana Afonso

Ao Avô Manuel,
que admiro com saudade.

Agradecimentos

Agradeço à Exma. Senhora Professora Doutora Ana Afonso pela disponibilidade e por ter acreditado sempre nas minhas ideias, fruto do espírito exploratório e de uma intuição jurídica que sinto como vocação.

Agradeço aos meus Pais, Irmãos e Amigos por me acompanharem sempre nas minhas inquietudes.

Agradeço ainda à PTCS – Pinheiro Torres, Cabral, Sousa e Silva, na pessoa dos seus sócios e advogados, bem como a todos os colegas de profissão com quem tenho trabalhado, pela confiança, estímulo constante e por me permitirem realizar o meu trabalho com independência e a liberdade criativa que tanto prezo.

Resumo

Cada vez mais são celebrados negócios jurídicos com dados pessoais como objeto mediato do negócio. Especialmente quando o fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços é ‘pago’ com dados pessoais (contraprestação). A presente dissertação averigua a eventual admissibilidade deste modelo de negócios, à luz do ordenamento jurídico português, por causa do seu objeto. Em particular, estuda o consentimento enquanto limitação voluntária de direitos de personalidade e fundamento de licitude do negócio. Tem como desafio perceber se faz sentido aplicar o Direito Civil clássico ao fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços a troco de dados pessoais. Ademais, procura formular perguntas e apresentar possíveis soluções para problemas relativos aos efeitos contratuais deste modelo de negócio, partindo do pressuposto da sua admissibilidade.

Palavras-chave: Dados pessoais; contraprestação; consentimento; negócios jurídicos onerosos; objeto mediato.

Abstract

Legal transactions are increasingly celebrated with personal data as the mediate object of the business, especially when the supply of products, content, or services is paid for with personal data (counter-performance). The present dissertation investigates the possible admissibility of this business model in the light of the Portuguese jurisdiction because of its object. In particular, it studies consent as a voluntary limitation of personality rights and legal basis of the contract. Its challenge is to understand whether it makes sense to apply classical Civil Law to the provision of products, content, or services in exchange for personal data. Moreover, it seeks to formulate questions and present possible solutions to problems related to the contractual effects of this business model, based on the assumption of its admissibility.

Keywords: Personal data; counter-performance; consent; onerous contracts; mediate object.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art(s).	Artigo(s)
B2B	<i>Business-to-Business</i>
B2C	<i>Business-to-Consumer</i>
CC	Código Civil
cfr.	confronte
cons.	considerando
CRP	Constituição da República Portuguesa
DP	dados pessoais
Dir.	Diretiva
DL	Decreto-lei
EDPB	European Data Protection Board
EM	Estado(s) Membro(s)
ob. cit.	obra citada
p./pp.	página(s)
proc.	processo
rel.	relator
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia
v.g.	<i>verbi gratia</i> , por exemplo.
vol.	volume

Índice

Introdução	7
1. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos	9
1.1. Pagamento com dados pessoais (contraprestação)	9
1.2. Dados pessoais como objeto mediato do negócio	11
1.3. Requisitos do objeto negocial	12
2. Admissibilidade do objeto	14
2.1. Tendência legislativa	14
2.2. Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados	16
2.3. Consentimento nos termos do Código Civil	22
2.3.1. Dados pessoais e direitos de personalidade	22
2.3.2. Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade	24
3. Problemas subsequentes	26
3.1. Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos)	26
3.2. O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados?	28
3.3. Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?	30
4. Conclusão	33
Bibliografia citada	34
Jurisprudência citada	37
Websites citados	37

Introdução

O fornecimento de produtos, conteúdos ou serviços a troco de DP – sobre o que incide esta dissertação – já é uma realidade existente. Não raras vezes o ‘pagamento’ é feito com DP ao invés de uma prestação pecuniária. Diríamos mesmo que a celebração de negócios jurídicos utilizando DP como objeto mediato é cada vez mais uma tendência.

É frequente que a recolha de DP seja condição exigida para que um determinado comprador possa usufruir de um bem, conteúdo ou serviço, ainda que os DP não sejam necessários para a execução do contrato. Embora muitos destes negócios se apresentem como ‘gratuitos’, não o são. Aliás, a sua apresentação como ‘gratuitos’ tem a intenção de facilitar a recolha de DP junto do seu titular. Esta realidade acontece maioritariamente em ambiente digital. Pense-se, por exemplo, na criação de uma conta numa rede social como o *Facebook* ou o *Instagram* em que o titular de dados disponibiliza os seus DP e os mesmos são utilizados para outras finalidades que não a execução do contrato (sobretudo publicitárias). Geralmente na internet são apresentadas plataformas para as quais os seus utilizadores têm apenas uma vaga noção – ou mesmo nenhuma – dos DP que são recolhidos, do que é feito após a sua recolha, inclusive se são transferidos ou mesmo vendidos a terceiros¹. Esta realidade deve-se ao facto de os DP terem um valor económico dificilmente dimensionável pelo titular dos dados, constituindo uma verdadeira fonte de rendimento para as empresas.

O negócio jurídico é, por excelência, a manifestação da autonomia da vontade. A autonomia privada, nomeadamente a autonomia contratual reflete os atos de vontade das partes. No entanto, a utilização de DP como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos levanta algumas dificuldades de compatibilização entre o Direito da Proteção de Dados e o Direito dos Contratos². Serão válidos negócios com DP como contraprestação à luz do ordenamento jurídico português? Haverá limites à autonomia das partes quando estas decidem celebrar um negócio jurídico com DP como contraprestação? Nas páginas que se seguem procuramos perceber em que medida a legislação admite DP como objeto mediato de negócios jurídicos onerosos uma vez que, na maioria dos casos, as empresas utilizam os DP para outras finalidades que não a execução do contrato.

Começamos por uma análise conceptual do tema, recorrendo a conceitos e classificações clássicas, unanimemente aceites e utilizados pela doutrina e jurisprudência no âmbito do Direito Civil. Em seguida, estudamos a questão da licitude nos termos do RGPD³ e sobre a perspetiva civilística do CC. Em particular – e adiantando desde já algumas conclusões – abordamos em detalhe o consentimento, enquanto fundamento de licitude para este modelo

¹ Neste sentido veja-se Carrière-Swallow & Haksar, 2019, p. 30.

² No mesmo sentido Narciso, 2019, pp. 131 ss. e Wendehorst, 2017, pp. 14-18.

³ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

de negócio. O objetivo é claro: averiguar de que forma a legislação vigente acolhe ou não este tipo de negócios, que já são prática comum.

Poderíamos, pois, ficar por aqui, não fosse conveniente averiguar algumas questões perante a possível admissibilidade de DP como objeto mediato de negócios jurídicos, designadamente: existe uma obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos resultantes da retirada do consentimento? O que acontece ao contrato perante a revogação do consentimento do titular de dados? E será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Muito embora, no imediato, pensemos neste tipo de negócios e os seus efeitos no domínio das relações de consumo⁴, como se perceberá, a questão é mais abrangente, podendo ocorrer ou ter implicações tanto no âmbito das relações negociais B2C como B2B⁵. Além do mais, a doutrina tem dirigido a atenção exclusivamente para o estudo dos DP como contrapartida no âmbito dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁶. Ambicionamos apresentar um estudo mais vasto, que supomos ser de atribuir a este modelo de negócio. Pretendemos abranger casos menos vulgares como a compra e venda de um produto a troco de DP – v.g. o caso da *Data Pro Quo* (a primeira máquina de venda automática cujos produtos são pagos com DP)⁷ ou da *Shiru Café* (a compra e venda de café a troco de DP)⁸.

Sem prescindir, e não obstante os DP (relativos a pessoa singular identificada ou identificável⁹) como os dados não pessoais (incluindo dados técnicos, financeiros, industriais e científicos¹⁰) serem de particular relevância neste domínio, optámos por tratar o presente tema apenas sob a perspetiva dos DP¹¹, atenta a complexidade do tema e as limitações de espaço.

⁴ Possivelmente, pelo facto de qualquer cidadão comum, enquanto consumidor, estar mais familiarizado com esta realidade por via das plataformas que subscreve, sites e outros conteúdos e serviços digitais a que acede diariamente. Por outro lado, não esqueçamos as recentes alterações legislativas no âmbito do direito do consumo. Mais precisamente as Dir. (UE): a) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e; b) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE), 2017/2394 e a Dir. 2009/22/CE e que revoga a Dir. 1999/44/CE. Entretanto estas Dir. foram transpostas para o ordenamento português pelo DL 84/2021, de 18 de outubro. Estas Dir. foram alvo de grande discussão e divulgação e talvez por isso se tenham tornado do conhecimento geral.

⁵ Este tipo de negócios também se pode colocar nas relações entre particulares. No entanto, estas relações não serão objeto da nossa análise.

⁶ Entre muitos exemplos: redes sociais como o Twitter ou o Snapchat, contratos de download de aplicações gratuitas como o Google Maps, o Spotify ou a Dropbox, ou contratos de utilização de websites como o Youtube.

⁷ Cfr. Shackleton, part of Accenture Interactive, “Data Pro Quo – The first vending machine where you pay with data”, 06/05/2021. <https://www.adsoftheworld.com/campaigns/data-pro-quo>. Markteer, “E se pagasse um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?”, 7/05/2021. <https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>.

⁸ Shiru Café powered by Enrission, Inc., <https://global.shirucafe.com/student.php>.

⁹ Art. 4.º/1 do RGPD.

¹⁰ Além destes, também os dados anonimizados são considerados não pessoais uma vez que lhes foram retiradas as informações que os ligavam a uma pessoa singular identificável.

¹¹ Embora a atenção da doutrina e jurisprudência esteja mais voltada para o estudo dos DP, não se pode negar a relevância dos dados não pessoais no âmbito da economia de dados, nomeadamente no contexto B2B.

Pela presente tese não desejamos desenvolver um estudo sobre proteção de DP, apesar de se tornar inevitável a sua referência enquanto disciplina complementar do Direito dos Contratos. O que se pretende é fazer uma análise do ponto de vista do Direito dos Contratos, sobretudo perceber se faz sentido aplicar o Direito clássico a novos modelos de negócio associados à ascensão da Economia de Dados (*Data Economy*)¹².

Nestes termos, é nossa proposta responder – ou pelo menos tentar responder – a uma série de perguntas sobre matérias que julgamos desafiantes, manifestamente atuais e de grande interesse prático tanto para as empresas¹³ como para os titulares dos dados, com o compromisso de uma análise jurisprudencial e bibliográfica rigorosa e o esforço sério de podermos contribuir para o avanço científico.

1. Dados pessoais: objeto mediato de negócios jurídicos onerosos

1.1. Pagamento com dados pessoais (contraprestação)

Esta dissertação apenas versa sobre negócios jurídicos com DP como forma de pagamento. Logo, estudamos os negócios cujo pagamento com DP é uma condição¹⁴ para o acesso ao produto, conteúdo ou serviço. Melhor dizendo, DP que funcionam como contraprestação¹⁵ são DP que são utilizados para outros fins, que não a execução do contrato e/ou o cumprimento da lei, mas sim que funcionam como uma verdadeira contrapartida ou compensação¹⁶ do credor.

Como referido, o titular dos dados nem sempre tem consciência de que está a dar os seus DP como contraprestação, muito menos de que os seus DP representam um valor económico¹⁷.

¹² Os DP são o novo “petróleo” (Carrière-Swallow & Haksar, 2019, p. 1). A este propósito veja-se ainda Wiedemann, 2020, pp. 1168-1181. O autor, a propósito da análise de um caso relativo à coleta de DP “On-Facebook” e “Off-Facebook”, menciona que os DP têm um valor económico e que é difícil compatibilizar a Dir. 2019/770 com o RGPD.

¹³ Cfr. Art. 4.º/18 RGPD: “‘Empresa’, uma pessoa singular ou coletiva que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica, incluindo as sociedades ou associações que exercem regularmente uma atividade económica.

¹⁴ Em sentido não técnico (270.º do CC), mas em sentido corrente apenas para uma melhor compreensão do leitor. Na nossa perspetiva o ‘pagamento com dados pessoais’ não se enquadra no art. 270.º do CC. Entendemos que uma contraprestação não deve acumular a função de evento futuro e incerto de que dependem os efeitos do negócio. Ademais, se pensarmos num negócio convencional em dinheiro, o pagamento em dinheiro também não é considerado uma condição do negócio, mas, sim, uma contraprestação negocial.

¹⁵ A doutrina estrangeira usa a expressão ‘data as counter-performance’. Embora sejam escassos os textos sobre a matéria, a doutrina portuguesa adota a expressão ‘dados como contraprestação’, fruto da tradução literal – v.g., entre outros, Narciso, 2019, pp. 129-147. Neste sentido, por uma questão de uniformização e harmonização com os demais textos académicos, optámos na maioria das vezes por esta tradução. Em todo o caso, sem querer confundir o leitor, esclareça-se o seguinte: na língua inglesa ‘counter-performance’ significa contraprestação bem como contrapartida. Já a língua portuguesa distingue ‘contraprestação’ de ‘contrapartida’. A primeira remete-nos para a ação e a segunda para aquilo que se recebe na ação de contraprestação. Com rigor, DP são a contrapartida (objeto mediato) e o pagamento com os mesmos é a contraprestação.

¹⁶ Em sentido não técnico.

¹⁷ Cada vez mais as informações dos utilizadores têm um valor económico. A entrada em vigor do RGPD tornou “mais difícil a recolha lícita de dados pessoais, tendo isso aumentado o valor económico dos dados pessoais enquanto asset” (Duarte & Guseinov, 2019, p. 107). Pode até perguntar-se: será que quanto mais finalidades

Estes negócios tornam-se um forte atrativo para o potencial contratante, pelo facto de serem vulgarmente anunciados como ‘gratuitos’. Não só porque a alusão ao termo ‘gratuito’ exclui o pagamento de um preço, como também porque esta palavra está frequentemente associada à ‘facilidade’ e ‘celeridade’ na obtenção de um conteúdo ou serviço – o que é gratuito é fácil de obter. Mesmo aqueles que noutras condições não ponderariam celebrar determinado negócio consideram celebrá-lo.

Embora seja discutível se estes negócios devem ser classificados enquanto onerosos ou gratuitos, não temos como pretensão abrir uma discussão sobre a ‘gratuidade’ *versus* ‘onerosidade’ deste modelo de negócio – tal abordagem daria uma outra dissertação. Apenas pretendemos deixar justificadamente clara a nossa posição, assim como chamar o leitor para uma reflexão do conceito de ‘objeto mediato de negócios jurídicos onerosos’ como um todo. É nossa convicção que são onerosos aqueles negócios cujos DP funcionam como contraprestação – seguindo assim as regras competentes. Esta é a posição que julgamos defensável e que está de acordo com os mais recentes textos sobre a matéria¹⁸.

Ainda numa ótica conceptual e de delimitação negativa do âmbito de aplicação deste tema, cumpre realçar o facto de não visarmos DP enquanto mercadoria (produto) – não é esse

servirem, maior será o valor dos DP? Serão mais valiosos aqueles DP que se incluem na categoria de DP sensíveis (9.º do RGPD)? Podemos dizer que o seu valor corresponde à receita gerada pela empresa que os processa? Sobre o tema, Navarro et al., 2017, pp. 266 ss. referem que o cálculo do valor dos DP é difícil de averiguar e depende tanto do titular como do terceiro que terá acesso aos mesmos. Entendem que o valor dos DP pode ser concreto (dependendo do contexto, nomeadamente das circunstâncias em que são recolhidos e tratados, dos seus sujeitos, do tempo de tratamento e do local) ou abstrato (depende do valor monetário dos DP, abstratamente considerados, no mercado tendo em conta uma série de metodologias de cálculo). Estes autores propõem uma série de metodologias de cálculo. Quanto ao valor abstrato apresenta as seguintes metodologias: 1. O valor económico dos DP pode ser avaliado a partir dos resultados financeiros da empresa cujo modelo de negócio se centra essencialmente nos DP; 2. O valor económico dos DP pode ser calculado em função do valor de mercado dos DP, em função dos usos e das finalidades para as quais os DP vão ser tratados; 3. O valor económico dos DP pode ser calculado em função do risco associado ao tratamento dos DP em causa e às consequências de uma falta de segurança dos mesmos; 4. O valor económico dos DP pode ser avaliado a partir da própria perceção que o titular tem sobre os seus DP e a forma como este lhes dá maior ou menor relevância.

¹⁸ Veja-se Narciso, 2019, p. 136: “(...) classificar dados como contraprestação vai determinar a classificação do contrato subjacente como um contrato a título oneroso e não a título gratuito. De acordo com Pais de Vasconcelos, um contrato oneroso implica um sistema de contrapartidas, sendo que ‘(...) a contrapartida é o corresponsivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor (...)’. Esta classificação, por sua vez, influencia o regime jurídico aplicável: por exemplo, por força do Artigo 939.º do Código Civil, o regime do contrato de compra e venda aplica-se *mutatis mutandis* a outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens, desde que tal regime seja conforme com a natureza desse contrato. Por outro lado, se dados não forem reconhecidos como uma contrapartida contratual, então temos um contrato gratuito, ‘em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral. O regime da doação representa os traços gerais do regime aplicável a contratos gratuitos’”. Barbosa, 2020, p. 1842 aborda o tema da qualificação dos negócios cujo “pagamento do preço é equiparado (...) à cedência de dados pessoais ao profissional prestador do serviço. (...) A questão que se impõe é saber se os dados pessoais podem ser encarados como uma nova moeda para estes efeitos”. Para uma abordagem introdutória sobre o tema, Lohsse et al., 2020, pp. 9-21. Em sentido análogo, embora exclusivamente em sede de contratos de consumo, Bedir, 2018, pp. 13-20. Ainda, Carvalho, 2021, p. 62 entende que o fornecimento de um bem, conteúdo ou serviço para consumo em que os DP funcionam como contraprestação não se confunde com a oferta (gratuita) de bens ou serviços ao consumidor. Pelo que chama a atenção para a necessidade de tratar estes contratos como onerosos. Em sentido contrário, damos a conhecer a tese de Metzger, 2017, p. 3. Este autor entende por serviço ‘gratuito’ aquele que não implica um custo monetário ainda que o utilizador esteja ciente de que os DP funcionarão como contraprestação. Este autor refere que as declarações do prestador de serviços devem ser avaliadas segundo juízos de boa fé e com base no que o homem médio razoavelmente compreenderia. Mais refere que, na Alemanha, o utilizador médio está convencido de que são ‘gratuitos’ os bens ou serviços que processam DP para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei e que são condição *sine qua non* para o acesso ao bem ou serviço.

o nosso âmbito¹⁹. Não tratamos da venda de DP, mas do pagamento com os mesmos. Bem sabemos que é comum a confusão entre DP como contraprestação e DP como mercadoria. Encontram-se frequentemente expressões a propósito de negócios cujo pagamento é feito com DP como ‘serviços oferecidos com base na venda de dados pessoais’ (ou expressões similares) e que induzem o leitor em erro.

Ao sublinharmos a substancial diferença entre DP como produto base e DP como uma contrapartida, não rejeitamos ainda assim a existência de uma exploração económica no segundo caso, uma vez que estes DP vão servir inúmeras utilidades para o credor (v.g., entre outras, a utilização de DP para fins publicitários, treinar algoritmos ou para auxiliar no desenvolvimento de novos produtos) ou mesmo ser objeto de negócios jurídicos subsequentes.

Mais ainda: ao classificarmos os DP deste modelo de negócio como contraprestação não queremos com isto dizer que o pagamento com DP não possa representar uma perda na esfera do devedor – porque pode. Frequentemente estará em causa uma perda de privacidade na esfera jurídica do devedor e um ganho patrimonial na esfera jurídica do credor.

1.2. Dados pessoais como objeto mediato do negócio

Aqui chegados, cumpre justificar a qualificação dos DP enquanto objeto mediato deste modelo de negócio. O artigo 280.º do CC (“Requisitos do Objeto Negocial”) refere-se ao objeto negocial em sentido amplo²⁰. Por sua vez, o objeto negocial pode ser entendido enquanto a) objeto imediato (também chamado ‘conteúdo’ ou ‘objeto em sentido jurídico’) e b) objeto mediato (‘objeto *stricto sensu*’ ou ‘objeto em sentido material’)²¹. O primeiro corresponde ao conjunto de efeitos jurídicos que o negócio visa produzir (direitos e obrigações). Já o segundo corresponde ao *quid*, à realidade ou, mesmo, ao bem sobre o qual recaem os efeitos do negócio. Assim, um negócio jurídico tem por objeto imediato os direitos e obrigações subjacentes aos interesses subjetivos que incidem sobre certo(s) objeto(s) mediato(s)²². De forma simples, no caso da compra e venda de um livro, o objeto imediato corresponde à obrigação de entrega do

¹⁹ Embora já fora do âmbito desta dissertação, a título de curiosidade, parece-nos que poderá ser desafiante o estudo da eventual admissibilidade dos negócios com DP como produto base, que julgamos serem tendencialmente não admissíveis.

²⁰ Abrangendo, em sentido complexo, as duas modalidades de objeto negocial: mediato e imediato. Ainda a este propósito leia-se Sousa e Silva, 2018, pp. 28-32. Além de explicar a distinção entre objeto mediato e imediato, o autor esclarece a diferença entre ‘coisa’ e ‘objeto jurídico’: “(...) conceitos que formam círculos concêntricos de raio diferente. As coisas (conceito menos abrangente) serão os objetos jurídicos transacionáveis. O objeto jurídico (conceito intermédio) é, como vimos, uma parcela da realidade sobre a qual podem recair direitos ou deveres”.

²¹ Mota Pinto et al., 2020, pp. 553 ss. preferem usar os termos “imediato” e “mediato” ou “conteúdo” e “objeto *stricto sensu*”. Carvalho Fernandes, 2010b, pp. 159 ss., apresenta as três formas de designação do objeto negocial, usando maioritariamente “objeto em sentido jurídico” e “objeto em sentido material”. Dias Marques, 1973, pp. 64 ss. adota a terminologia “conteúdo” e “objeto *stricto sensu*”. Por sua vez, Menezes Cordeiro, 2014, pp. 537 ss. opta por “conteúdo” e “objeto” (*stricto sensu*). Andrade, 1992, pp. 327 ss. opta por “imediato” e “mediato” ou “conteúdo” e “objeto *stricto sensu*”. Almeida Costa, 2006, pp. 151-153 e Hörster & Silva, 2019, pp. 184-190, usam “imediato” e “mediato”.

²² Sinalizando-se, assim, de forma inequívoca, que o negócio jurídico pode ter mais do que um objeto mediato.

livro e à obrigação de pagar o preço²³. Quanto ao objeto mediato, identificamos o livro e o dinheiro.

Seguindo esta lógica de raciocínio, pensemos numa empresa de *software* que disponibiliza uma aplicação de gestão de tarefas e projetos a troco de DP dos seus utilizadores (v.g., email, idade, género e DP de localização). No caso concreto, os DP usados para outras finalidades que não a execução do serviço digital correspondem ao objeto mediato na medida em que neste cenário também é sobre esta realidade que incidirá o conteúdo negocial.

Nestes termos e para efeitos deste texto, entendemos que o alcance do conceito de objeto mediato cobre aquele objeto (neste caso, os DP) que, ainda que não esteja relacionado com o fim mais óbvio e que se diria principal, está relacionado com um fim ulterior diferente do principal e que constitui uma realidade sobre a qual incidem os efeitos do negócio.

1.3. Requisitos do objeto negocial

O negócio jurídico só desempenha a sua função na medida em que for válido. As condições de validade dos negócios jurídicos são: a) a capacidade das partes, b) a inexistência de anomalias na declaração de vontade (v.g., vícios) e c) a idoneidade do objeto.

Neste ponto, trataremos apenas da idoneidade do objeto mediato, especificamente, da idoneidade dos DP com a função de contraprestação. Para o efeito, é necessário ver preenchidos os requisitos do objeto negocial²⁴ (art. 280.º do CC): a) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude), b) possibilidade física, c) determinabilidade e d) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes²⁵. Estes requisitos têm de estar verificados, quer quanto à análise do objeto imediato, quer mediato. Sempre que se verificarem o objeto diz-se idóneo. Caso contrário, é nulo o negócio quando o objeto não é realizável. Resta saber se o objeto mediato do modelo de negócio em análise é ou não inidóneo e, por conseguinte, se a validade do negócio fica ou não afetada.

Ora, o objeto é legalmente impossível se for contrário à lei ou se a lei erguer um obstáculo de tal forma insuperável que o torne inviável. Quanto a este requisito (licitude) teremos adiante (ponto 3) a oportunidade de o analisar em detalhe.

²³ Obrigações, respetivamente, ligadas ao direito de crédito e ao direito de propriedade.

²⁴ Muito embora o artigo 280.º tenha como título “Requisitos do objeto negocial”, em boa verdade este artigo apresenta as consequências da falta de idoneidade do objeto. Portanto, uma formulação dos requisitos pela negativa. Só analisando o artigo *a contrario* se retiram os mencionados requisitos. Nesta linha, veja-se Carvalho Fernandes, 2010b, pp. 159 ss.

²⁵ Embora o resultado da análise acabe por ser o mesmo, a doutrina autonomiza os requisitos de forma diferente. Carvalho Fernandes, 2010b, pp. 159 ss. enuncia três requisitos: a) licitude, b) possibilidade e c) determinabilidade. Mota Pinto et al., 2020, pp. 331 ss. e Dias Marques, 1973, pp. 65 ss. identificam quatro requisitos: a) possibilidade legal e não contrariedade à lei (licitude), b) possibilidade física, c) determinabilidade e d) não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa aos bons costumes. Menezes Cordeiro, 2014, pp. 541 ss. separa os requisitos em seis grupos: a) licitude e conformidade legal, b) possibilidade, c) determinabilidade, d) fraude à lei, e) bons costumes e f) ordem pública.

A possibilidade física assenta numa lógica de que “o que não pode ser prestado, não pode ser devido”²⁶, e “deve ser aferida tendo em conta a situação concreta em que se apresenta e não de forma abstrata e apriorística”²⁷. Assim, o objeto em estudo é suscetível de ser inidóneo, por exemplo, na situação de uma empresa que presta um serviço a troco do email *Gmail* de um utilizador que não tem conta *Gmail* criada. Tudo dependerá da situação concreta.

O objeto tem ainda de ser determinado ou determinável. Para estar verificado este pressuposto, é preciso estar identificado o tipo de DP que será alvo de tratamento. Não é determinado, nem determinável, aquele negócio que designa o seu objeto na sua generalidade, de uma forma vaga – v.g., a identificação, apenas, de DP sem os especificar. Ainda assim, tal facto não invalida que o objeto, apesar de indeterminado, surja determinável, se da vontade das partes ou da lei resultarem critérios para determinar o objeto em momento posterior ao da celebração do negócio.

Por fim, dispõe o art. 280.º/2 que “é nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes”. Resta averiguar se este modelo de negócio pode ser contrário à ordem pública (interna²⁸) e aos bons costumes por causa do seu objeto. Geralmente, o recurso a estas duas figuras pelo legislador serve o propósito de demarcação da autonomia privada. Apesar de serem figuras distintas, tratamos delas em conjunto dada a existência de uma sobreposição entre elas²⁹. Trata-se de conceitos indeterminados³⁰ cuja densificação dependerá de uma análise casuística. O carácter indeterminado destes conceitos reside precisamente na ideia de que o legislador confia ao juiz esta tarefa de densificação³¹. Neste contexto, julgamos que a não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes está, de alguma forma, associada a um juízo de proporcionalidade. A título ilustrativo, cremos que será contrário à ordem pública e aos bons costumes a venda de uma garrafa de água a troco de DP sensíveis de saúde, apesar do consentimento prestado para o efeito. Não que, no nosso sistema jurídico, opere um regime de limitação da autonomia privada baseado na exigência de uma proporcionalidade das prestações³². No entanto, tendo em conta a natureza do objeto merecedor do estatuto de direito de personalidade conjugado com a lógica de proporcionalidade em que assenta o RGPD³³,

²⁶ Cfr. Menezes Cordeiro, 2014, p. 544.

²⁷ Cfr. Fernandes & Proença, 2014, p. 691.

²⁸ Por contraposição à ordem pública internacional (art. 22.º do CC).

²⁹ Cfr. Carneiro da Frada, 2008, p. 260: embora distintas, estas figuras estão frequentemente associadas, apresentam “zonas de sobreposição” e “a linha de fronteira entre ambas é fluída”.

³⁰ Tanto que Carneiro da Frada, 2008, pp. 255-267, na sua explicação sobre os mencionados conceitos, esclarece que a doutrina sobre a matéria é “confusa” e “intrincada”. Não obstante, o autor acaba por recorrer também a raciocínios concêntricos e a expressões pouco técnicas como “uma coloração mais”, “apresenta-se antes como lugar geométrico de”, “com estas notas de” como forma de explicar os conceitos indeterminados. Contudo, não negamos esta inevitabilidade expositiva dada a natureza destes conceitos.

³¹ Carneiro da Frada, 2008, p. 256, refere ainda que a ‘ordem pública’ é um conceito residual, se não, mesmo, “*ultima ratio* no processo da realização do Direito”.

³² Assim, as partes são livres de celebrar um contrato de compra e venda de uma garrafa de água por 1.000 €.

³³ Cfr. cons. 4 do RGPD: “O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”.

somos levados a crer que, nos negócios com DP como contraprestação, sim, a autonomia privada está limitada. Quando este tipo de negócios assenta numa manifesta desproporcionalidade das prestações, ofende a ordem pública e os bons costumes³⁴. Só sob este ponto de vista se revela sustentável a admissibilidade de negócios como o que aqui expomos.

Do até aqui exposto e excluindo a averiguação do requisito da licitude do objeto que será alvo da nossa atenção nas páginas que se seguem, podemos concluir que, quanto aos restantes requisitos, o objeto mediato em análise é em abstrato passível de ser idóneo, a menos que certos aspetos relativos a um caso concreto concorram para a sua inidoneidade e consequente nulidade do negócio.

2. Admissibilidade do objeto

2.1. Tendência legislativa

A venda de um produto ou a prestação de um conteúdo ou serviço a troco de DP já é prática comum, embora seja discutível a sua admissibilidade porque “de um ponto de vista jurídico – tanto legislativo como doutrinário – não é pacífico ou claro que dados possam funcionar como contraprestação contratual”³⁵. Mas julgamos que a tendência legislativa vai no sentido de acolher esta realidade³⁶. O esforço legislativo com vista a cobrir novas formas de negócio é de difícil realização e levanta alguns problemas de compatibilização com o regime da proteção de DP³⁷. Afinal, tem de existir uma harmonia legislativa, pelo que esta harmonia e compatibilização carece de aperfeiçoamento. Julgamos que ainda há muito trabalho por fazer.

Repare-se, por exemplo, na Dir. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de consumo de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, recentemente transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL 84/2021, de 18 de outubro³⁸. Esta Dir. do Direito do Consumo menciona o pagamento com DP (arts. 3.º/1 e cons. 24 e 25 da Dir. 2019/770 e 3.º/3/b) do DL 84/2021). Elucidamos para o facto de esta tese não ser especificamente sobre Direito do Consumo nem sobre conteúdos e serviços digitais. Não obstante, é inegável que grande parte dos negócios pagos com DP ocorra nesta sede. E talvez, por essa razão, a Dir. 2019/770 tenha sido pioneira na referência a negócios como o que aqui estamos a analisar.

Uma das críticas que podemos tecer a esta Dir. e ao posterior DL de transposição é o facto de apenas protegerem os consumidores de conteúdos e serviços digitais em caso de falta de

³⁴ Julgamos que este será o – ou, pelo menos, um dos – limite(s) imposto(s) pela ordem pública e pelos bons costumes.

³⁵ Cfr. Narciso, 2019, p. 133.

³⁶ Nas palavras de Narciso, 2019, p. 130: “A doutrina europeia diverge sobre o assunto, apesar de, recentemente, existir uma transição notória no sentido da adoção desta perspetiva”.

³⁷ Sobre a difícil compatibilização entre o regime da Dir. 2019/770 e o RGPD leia-se Alves, 2019.

³⁸ Para sermos mais precisos, a Dir. 2019/770, corresponde ao Capítulo III do DL 84/2021.

fornecimento ou de conformidade. Conclui-se que o legislador deixou de fora do âmbito da proteção destes diplomas os consumidores de bens corpóreos³⁹ – v.g., casos como o da empresa *Data Pro Quo*.

Embora possamos tecer inúmeras críticas ao DL⁴⁰, a verdade é que tem havido, pelo menos, um esforço legislativo de harmonização com o regime europeu sobre a proteção de DP, que acaba por abrir portas para o acolhimento deste tipo de negócios. Um aspeto curioso, que nos leva a pensar que a pouco e pouco vão sendo dados pequenos passos no sentido de abranger este modelo de negócio, é o facto de o conceito de ‘preço’ ter sofrido modificações. Conforme disposto na Dir. 2019/770, “preço” significa: “o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos”. Note-se que também o conceito de consumidor sofreu alterações no ordenamento jurídico português (art. 2.º/g) DL 84/2021) – o que não era expectável⁴¹. O conceito de consumidor⁴² deixou de fazer menção às pessoas coletivas⁴³, cingindo-se a pessoas singulares. Julgamos que esta opção do DL 84/2021 não se deveu a uma transcrição servil do disposto na Dir. Somos levados a concluir que o legislador teve a real intenção de excluir as pessoas coletivas do seu âmbito de aplicação com o intuito de aproximar o conceito de consumidor ao de titular de dados pessoais.

Alerte-se que a CNPD⁴⁴, no seu parecer sobre o projeto de DL de transposição da Dir. 2019/770, sublinhou que a menção do legislador europeu visou exclusivamente assegurar que o consumidor que faculta DP para usufruir de um conteúdo ou serviço digital passa a estar protegido por um conjunto de direitos, caso ocorra o não fornecimento dos mesmos ou falta de conformidade, uma vez que é inegável que este modelo de negócio já é prática corrente⁴⁵. Seguindo esta lógica, houve o reconhecimento da sua existência, mas não da sua admissibilidade.

³⁹ Entenda-se os bens corpóreos incluindo aqueles que estão interligados a conteúdos e serviços digitais (dos quais dependem para desempenhar as suas funções). V.g., a compra e venda de bens ‘inteligentes’ como um telemóvel inteligente que tem a aplicação de câmara pré-instalada. Isto porque a Dir. 2019/771 tem como âmbito objetivo de aplicação os contratos de fornecimento de bens corpóreos interligados ou não a conteúdos e serviços digitais. Já a Dir. 2019/770 é direcionada para a aquisição separada de serviços e conteúdos digitais. Assim sendo, parece-nos que a proteção conferida aos consumidores que pagam com DP abrange tão só aqueles consumidores que adquirem separadamente serviços e/ou conteúdos digitais, ainda que sejam para emparelhar a um bem de IoT. No mesmo sentido: “Esta estrutura sugere que dispositivos de IoT pré-instalados com conteúdos digitais não beneficiam da proteção da Dir. 2019/770 que se aplica ao conteúdo digital” [tradução nossa] (Efroni, 2022, p. 282).

⁴⁰ A respeito dos muitos desafios que se colocam no âmbito do DL 84/2021, pode ler-se, entre outros, Passinhas, 2021 e ainda Sousa e Silva & Cunha Pinto, 2022.

⁴¹ Cfr. Carvalho, 2019, pp. 70 ss.

⁴² A propósito do conceito de ‘consumidor’ refira-se que na literatura estrangeira sobre o tema ‘DP como contraprestação’ é frequente a adoção da designação: “non-paying consumer” por oposição a “paying consumer”. Um exemplo, entre muitos, veja-se Narciso, 2017.

⁴³ Elucidamos para o facto da nova Dir 2019/770 ter dado margem para os EM abrangerem as pessoas coletivas no conceito de ‘consumidor’, a seu exclusivo critério (ao contrário do que estava anteriormente consagrado).

⁴⁴ Cfr. CNPD, 2021b, pp. 2-4.

⁴⁵ O mesmo esclarece Drex1, 2018, pp. 63-64.

Apesar de tratarmos de um mercado não especificamente regulado, autores como Tastan⁴⁶ entendem que esta Dir. veio abrir a “caixa de Pandora”⁴⁷ para a discussão da admissibilidade deste modelo de negócio – o que parece inevitável, dado o avanço tecnológico acompanhado da crescente disponibilização e circulação de DP⁴⁸. Estamos convictos de que será uma questão de tempo.

2.2. Consentimento nos termos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

O legislador europeu absteve-se de declarar expressamente a proibição da celebração de negócios jurídicos cuja contraprestação são DP. É sabido que todo o processamento de DP só é admissível quando verificada uma das bases de licitude de tratamento (art. 6.º ou no art. 9.º/2 do RGPD). Uma delas é precisamente o consentimento, de que aqui falaremos.

É ponto assente que, a admitir este modelo de negócio, o mesmo só poderá ser lícito através do consentimento do titular dos dados (art. 6.º/1/a) do RGPD). Este é o entendimento da maioria da doutrina⁴⁹ – e que subscrevemos. No mesmo sentido veja-se ainda o parecer da CNPD⁵⁰ a propósito da proposta de lei que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas⁵¹. No seu ponto 24, a CNPD esclarece que o fornecimento de DP como remuneração de um serviço corresponde a “operações sobre dados não necessários à execução do contrato” e, para legitimar tais operações, a base de licitude “seria o consentimento”. Ainda, da leitura atenta do cons. 24 da Dir. 2019/770, já acima referida, extraímos também a mesma conclusão.

Aqui chegados, ainda que sem pretensões de exaustividade, cumpre analisar os requisitos do consentimento válido (art. 4.º/11, 6.º/1/a), 9.º/2/a) e 7.º do RGPD). Nos termos do RGPD, o consentimento traduz-se numa manifestação de vontade específica, inequívoca, informada e livre do titular de dados (art. 4.º/11 do RGPD) com vista a assegurar que o mesmo

⁴⁶ Cfr. Tastan, 2021, p. 6.

⁴⁷ Na expressão deste autor abriu-se “the Pandora’s Box” com a admissibilidade deste tipo de negócios no âmbito dos contratos de consumo e que, por sua vez, vem acompanhada de uma vasta gama de limitações no que respeita à sua compatibilidade com o regime da proteção de DP.

⁴⁸ Neste contexto leia-se também Drechsler, 2018, pp. 44-45. Aqui são traçadas algumas críticas à admissibilidade dos DP como contraprestação contratual. Em particular a autora menciona a incompatibilidade entre o RGPD e a então Proposta de Dir. 2019/770. Para esta autora, o legislador europeu foi demasiado ambicioso. Antes de fazer menção aos negócios com DP como contraprestação deveriam ter sido resolvidos os problemas relativos à proteção de dados e de compatibilização com o RGPD.

⁴⁹ Entre muitos, Metzger, 2020, pp. 25-45, ainda que apenas a propósito da Dir. 2019/770. Veja-se ainda, Narciso, 2019, pp. 145 ss., Alves, 2019, p. 40 e Versaci, 2018, pp. 387 ss. A título de curiosidade leia-se Wiedemann, 2020, pp. 1168-1181, sublinhando a existência de certos casos em que é difícil definir a fronteira entre DP como contraprestação (e que, portanto, é necessário um consentimento, nos termos do art. 6.º/1/a) RGPD) e DP necessários para a execução do contrato (art. 6.º/1/b) RGPD).

⁵⁰ Cfr. CNPD, 2021a.

⁵¹ Mais especificamente a Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, que transpõe as Diretivas 98/84/CE, 2002/77/CE e (UE) 2018/1972, alterando as Leis n.º 41/2004, de 18 de agosto, e 99/2009, de 4 de setembro, e os Decretos-Leis n.º 151-A/2000, de 20 de julho, e 24/2014, de 14 de fevereiro, e revogando a Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, e a Portaria n.º 791/98, de 22 de setembro.

está ciente do consentimento prestado e do seu alcance. Se estes requisitos não estiverem verificados, o consentimento não será juridicamente relevante, não será válido.

O caráter específico reflete-se num consentimento que serve destinatários identificados e finalidades específicas⁵². Em rigor, este requisito depende da observância do princípio da finalidade e do princípio de minimização dos dados⁵³. Ou seja, a cada dado corresponde uma finalidade concreta. Queremos com isto dizer que as finalidades para as quais os DP vão ser processados têm de ser reveladas junto do titular. À partida não pode haver reserva de determinação nem de determinabilidade futura⁵⁴. Tudo numa lógica de que o fornecedor não está autorizado a fazer um tratamento de DP além do tratamento especificamente consentido⁵⁵. Por isto, segundo as orientações do EDPB⁵⁶, devem ser solicitados tantos consentimentos quantos os responsáveis e as finalidades (consentimento granular). Exemplificando: uma aplicação de edição de fotografias pretende tratar DP como o e-mail e DP de localização para fins de publicidade comportamental e partilhar esses mesmos DP com um parceiro comercial. Para o efeito, a aplicação deveria solicitar um consentimento granular, separando os consentimentos para estas duas finalidades específicas. Se assim é, coloca-se agora o problema da aplicabilidade prática deste requisito (especificidade) nestes moldes (granularidade) quando a prestação de um conteúdo ou serviço seja pago com DP (exigência para aceder ao conteúdo ou serviço). Neste ponto, voltemos ao exemplo da aplicação de fotografias, mas que, agora, funciona a troco daqueles mesmos DP que servirão aquelas mesmas finalidades. Ora, caso a aplicação venha a usar os DP para mais do que uma finalidade, geralmente a aceitação de todas as finalidades de tratamento é condição para que o utilizador possa aceder ao conteúdo, produto ou serviço – o acesso implica uma aceitação das finalidades em bloco. Normalmente neste modelo de negócio não é dada a possibilidade ao titular de, por exemplo, aceitar o tratamento de DP para fins de publicidade comportamental e não aceitar relativamente à partilha com parceiros comerciais, sem que isso implique a recusa do acesso à aplicação. Talvez estejamos na presença de um requisito do RGPD sujeito a orientações demasiado exigentes e de difícil aplicabilidade prática a casos como o que aqui estudamos.

Em segundo lugar, o consentimento tem de ser dado por meio de um “ato positivo inequívoco”⁵⁷. O consentimento tem de se manifestar através de um comportamento

⁵² O Ac. do TJUE C-40/17, EU:C:2018:1039, Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV, de 19.12.2018 aborda de forma exaustiva o conceito de ‘finalidade’ da utilização dos DP: “Existe uma variedade semelhante de pontos de vista relativamente ao problema de saber quem tem a obrigação de informação (...) e a respeito do quê exatamente”; Cfr. Bolognini et al., 2016, pp. 211 e 215, explica que devemos ter “un consenso per ogni finalità”.

⁵³ Cfr. Arts. 5.º/1/b) e c) e 13.º/2/a) do RGPD. O RGPD assenta numa série de princípios. Pelo que, os seus artigos refletem a concretização dos mesmos.

⁵⁴ Salvo casos excecionais em que a finalidade futura seja compatível com a finalidade para que os DP foram recolhidos inicialmente.

⁵⁵ O mesmo se aplica aos terceiros abrangidos pelo consentimento prestado.

⁵⁶ Cfr. EDPB, 2020, pp. 15-16.

⁵⁷ É nossa opção fazer referência ao caráter “inequívoco” como requisito geral do consentimento, ao invés de “explícito”. Julgamos que esta é a opção que melhor se aproxima da letra da lei utilizada pela versão em inglês do

concludente sobre a vontade do titular⁵⁸. Seja através de autorização escrita, através de meios eletrónicos ou, mesmo, através de uma declaração oral. E pode observar forma expressa ou tácita. Note-se que, de acordo com o RGPD, a forma escrita não é o único meio de obter um consentimento inequívoco (art. 4.º/11 e cons. 32 RGPD)⁵⁹. Contudo, é claro que, na ausência de forma escrita, será mais difícil para o responsável provar que todas as condições aplicáveis ao consentimento válido foram satisfeitas⁶⁰. Isto porque, segundo o art. 7.º/1 do RGPD, “o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”.

O carácter inequívoco do consentimento aliado ao carácter informado serve como garantia de que o credor transmitiu a devida informação ao titular, este estava informado e fez uma escolha consciente, o que nem sempre acontece. Em primeiro lugar, estas informações devem apresentar-se de forma clara, acessível e completa (arts 5.º/1/e), 12.º e 13.º do RGPD)⁶¹. Designadamente, o titular tem de estar informado sobre a identidade do responsável pelo tratamento de DP⁶², sobre o tempo de conservação dos DP⁶³, os seus direitos⁶⁴, a eventual possibilidade de terceiros terem acesso aos DP⁶⁵, o tipo de DP em causa⁶⁶, bem como as finalidades para que serão tratados. O dever de informar o titular de dados relativamente aos

RGPD e que pensamos ser a intenção do legislador. Na nossa perspetiva, a versão em português dos arts. 4.º/11 (“Consentimento” do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita”), 6.º/1/a) (“O titular dos dados tiver dado o seu consentimento”) e 9.º/2/a) (“Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito”) leva o leitor erradamente a crer que o consentimento deve ser sempre explícito. O confronto entre o artigo 9.º/2/a) e o artigo 4.º/11 obrigar-nos-ia a concluir que o artigo 9.º apresentaria uma redundância e não uma exigência adicional, uma vez que o art. 4.º/11 estabelece que o consentimento tem de ser sempre explícito para ser válido. Contudo, verificamos pela versão em inglês que o legislador europeu pretendeu distinguir “inequívoco” (unambiguous) de “explícito” (explicit) consoante o tipo de DP que estejam em causa. São conceitos próximos, mas diferentes. Na versão em inglês, o art. 4.º/11 utiliza o conceito de “unambiguous indication”. Por sua vez, o artigo 6.º/1/a), “consent” apenas. Por último, o art. 9.º/2/a), “explicit consent”. Pelo que, na versão em inglês existe uma verdadeira distinção entre o consentimento para efeitos do artigo 6.º/1/a) e do artigo 9.º/2/a). A mesma distinção está vertida, pelo menos, na versão alemã, francesa, italiana e espanhola. Perspetiva também acompanhada por KUNER et al. (2020, p. 185). Este autor refere que “unambiguous” é diferente de “explicit”. Portanto, em regra, o consentimento apenas precisa de ser claramente manifestado, refletindo um comportamento concludente da manifestação de vontade do titular. E só nos casos em que estão envolvidas categorias especiais de DP, terá que ser explícito. O último, pressupõe que a inequívoca manifestação de vontade seja assente numa manifestação separada/autónoma. Na mesma linha Zarsky, 2017, p. 1012, refere que o consentimento só tem de ser explícito caso estejamos perante o tratamento de categorias especiais de DP; podem ver-se ainda breves notas neste sentido apresentadas por Menezes Cordeiro, 2021, p. 92.

⁵⁸ Sobre a noção de consentimento inequívoco leia-se Kuner et al., 2020, p. 184. Já, não deve ser deduzido o consentimento do silêncio do titular de dados, bem como não deve ser considerado válido um formulário de consentimento que apresente opções pré-validadas. Neste sentido Bolognini et al., 2016, p. 211.

⁵⁹ Cfr. Cons. 32 e 42 do RGPD; Veja-se: EDPB, 2020, p. 21, deixa claro que o consentimento não tem de observar forma escrita. Em sentido semelhante, Menezes Cordeiro, 2021, p. 92.

⁶⁰ Cfr. Art. 7.º do RGPD; sobre o ónus da prova: Bolognini et al., 2016, p. 224. O ónus da prova está intimamente relacionado com o princípio da responsabilidade (“accountability”) expresso nos arts. 5.º/2, 24.º e 30.º do RGPD.

⁶¹ O ideal é que estas informações estejam permanentemente disponíveis, antes e depois de o titular dar o seu consentimento, de acordo com a forma como o consentimento foi prestado. Caso o consentimento tenha sido dado sob a forma escrita, as informações devem estar disponíveis por escrito (por exemplo, informações disponíveis num website, enviadas por email, ficheiro, documento em papel ou vertido na cópia do próprio contrato/termos e condições).

⁶² Cfr. Art. 13.º/1/a) do RGPD.

⁶³ Cfr. Art. 13.º/2/a) do RGPD.

⁶⁴ Cfr. Capítulo III, arts. 12.º-23.º RGPD, em particular, o art. 13.º/2/b), c), d) RGPD.

⁶⁵ Cfr. Art. 13.º/1/e) e f) do RGPD.

⁶⁶ Cfr. Art. 13.º/1/c) do RGPD.

seus direitos abrange também o dever de informar que o consentimento pode ser retirado a qualquer momento sem que o titular tenha de apresentar qualquer motivo justificativo para o efeito (arts. 7.º/3 e 13.º/2 do RGPD).

A este propósito destacamos a decisão Italiana do *Consiglio di Stato* n.º 2631, de 29.03.2021⁶⁷, pelo seu interesse, pertinência e atualidade. A questão debatida estava em saber se a descrição do serviço do *Facebook* como ‘gratuito’ constituía ou não uma prática comercial enganosa. O registo na rede social não pode ser feito sem a coleta e tratamento de DP do utilizador, nos quais assenta, precisamente, o modelo de negócio da gigante rede social⁶⁸. No âmbito deste processo ficou decidido que os seus utilizadores estão a pagar o serviço com os seus DP, pelo que os seus serviços não são considerados ‘gratuitos’. Segundo o *Consiglio di Stato*, o *Facebook* tem vindo a adotar práticas comerciais enganosas para com os seus utilizadores⁶⁹, pelo que esta empresa foi condenada a pagar uma sanção pecuniária bem como a corrigir os seus termos⁷⁰. Constatamos, portanto, que a veracidade da informação é um elemento a ter em consideração, em especial, no que respeita à recolha de DP como forma de pagamento de um bem, conteúdo ou serviço. Apesar de poder parecer uma constatação óbvia, para muitas empresas não o é. Nomeadamente, este requisito é levemente ultrapassado por empresas que atuam em ambiente digital e cujos termos do serviço não refletem a configuração do site e a verdade material subjacente ao tratamento de DP que é realmente feito pelo vendedor ou prestador de serviços. Nesta medida, é recomendável que as empresas revejam periodicamente a configuração dos seus sites ou aplicações e os seus termos e condições de maneira a que os utilizadores estejam corretamente informados⁷¹.

Por último, o consentimento tem de ser livre e a liberdade pressupõe a possibilidade de escolha por parte do titular dos dados⁷². Aliás, o cons. 42 do RGPD refere mesmo o facto de ter de existir uma “escolha verdadeira”⁷³. Existem várias formas de condicionar a sua liberdade⁷⁴ – v.g., porque foi prestado sob coação ou, mesmo, numa situação de usura, ou dolo,

⁶⁷ Cfr. Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021, REG.PROV.COLL, de 29.03.2021 (rel. Stefano Toschei).

⁶⁸ Especificamente, por meio das receitas de publicidade direcionada.

⁶⁹ Violando o RGPD, bem como a Dir. 2005/29/CE, referente às práticas comerciais desleais, no caso de o utilizador também ser um consumidor (goza de uma dupla proteção).

⁷⁰ Curiosamente, o Facebook argumenta que o utilizador médio não é levado ao engano pela descrição do serviço como ‘gratuito’ uma vez que o utilizador do Facebook está consciente de que o Facebook angaria receitas por meio do processamento de DP para fins de publicidade direcionada, de tal forma que experimenta e beneficia desses mesmos anúncios personalizados. O entendimento sobre a perceção do homem médio perante este tipo de negócio varia de país para país.

⁷¹ A veracidade, lealdade e transparência das informações têm vindo a revelar-se uma constante preocupação para o legislador nacional e europeu – v.g., arts. 8.º/z) do DL 57/2008, de 26.03.2008 (sobre práticas comerciais desleais), 4.º, 5.º e 33.º do DL 24/2014, de 14.02.2014 (relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial) e 21.º/c) do DL 7/2004, de 07.01.2004 (que regula o comércio eletrónico).

⁷² Entre muitos, veja-se Bolognini et al., 2016, p. 211: “senza condizionamenti o vincoli”; ainda, leia-se Kuner et al., 2020, p. 351.

⁷³ Embora esta tenha sido a expressão utilizada pelo RGPD, julgamos que o mais correto teria sido que a versão portuguesa tivesse usado a expressão ‘verdadeira escolha’ em vez de “escolha verdadeira”. A primeira remete-nos para uma escolha efetiva, para o ato de escolher, um ato genuíno, livre e voluntário. Já a segunda remete-nos para a veracidade dos factos escolhidos, é centrada no que se escolhe (remete-nos para um Verdadeiro ou Falso).

⁷⁴ Com maior detalhe leia-se Menezes Cordeiro, 2021, p. 90.

eventualmente, pelo facto de o consentimento estar subordinado ao tratamento de DP que, embora não sendo necessários para a execução do contrato, aparecem como tal (art. 7.º/4 do RGPD). Esta liberdade tem de estar refletida tanto no ato de prestar como no ato de revogar o consentimento. Em suma, só existe liberdade quando o ato de prestar, recusar ou retirar o consentimento não venha a produzir consequências negativas para o titular de dados⁷⁵.

No que respeita ao direito de revogar o consentimento, não poderíamos deixar de fazer menção a um outro direito, por vezes, a este associado: o direito de portabilidade dos DP do titular. Só queremos chamar a atenção para o facto de o exercício do direito de revogar o consentimento poder ter lugar na sequência do exercício do direito de portabilidade dos DP (art. 20.º e cons. 30 do RGPD⁷⁶). Este último desdobra-se em dois direitos⁷⁷: a) o direito de o titular receber um conjunto⁷⁸ de dados pessoais e/ou b) o direito de o titular ver um conjunto dos seus DP serem transmitidos de um responsável pelo tratamento para outro responsável⁷⁹. Portanto, o exercício deste direito pode resultar numa revogação do consentimento anteriormente prestado a um responsável e num consentimento dado a um novo responsável pelo tratamento dos DP.

No modelo de negócio em estudo, se o devedor não aceita pagar com DP, não acede ao bem, conteúdo ou serviço. Os DP são a contrapartida e, portanto, funcionam como uma condição de acesso ao bem, conteúdo ou serviço, contrariando o disposto no art. 7.º/4 do RGPD. Daqui resulta que o titular tem de fazer uma séria ponderação entre os efeitos negativos desta forma de pagamento e a importância que dá ao bem, conteúdo ou serviço em concreto antes de contratar. O art. 7.º/4 do RGPD é bastante exigente – é um facto. E as opiniões dividem-se quanto a saber se o requisito do consentimento livre (art. 7.º/4 do RGPD) é passível de ser cumprido ou se entra em contradição com o modelo de negócio que temos vindo a analisar. Será justificado questionar: a legislação estará, neste caso, a erguer um obstáculo de tal forma insuperável que torne o objeto inviável? Autores como Wendehorst⁸⁰ são da opinião

⁷⁵ Para mais informações, acompanhe-se EDPB, 2020, pp. 1-39.

⁷⁶ Fazemos a ressalva de que o direito à portabilidade dos DP só é aplicável se o tratamento se basear numa necessidade para a execução do contrato ou no consentimento (o que é o caso dos negócios com DP como contraprestação) e cumulativamente se o tratamento for realizado por meios automatizados.

⁷⁷ Para uma explicação clara sobre o direito de portabilidade atente-se as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, pp. 1-23.

⁷⁸ Por conjunto de DP entenda-se a) “Dados fornecidos pelo titular dos dados de forma ativa e consciente” (v.g., endereço postal, nome de utilizador, idade, etc.) e b) “Dados observados fornecidos pelo titular dos dados” em virtude da utilização do serviço ou do dispositivo (v.g., o histórico das pesquisas realizadas por uma pessoa, likes, fotografias descarregadas, posts, DP de tráfego e DP de localização, até mesmo aqueles que sejam recolhidos com recurso a meios de deteção de comportamentos como a utilização do rato, do teclado ou mesmo touch screen). Tudo isto segundo as indicações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, 2017, pp. 11-12.

⁷⁹ “A principal justificação para um direito de portabilidade sobre dados pessoais é a de permitir ao titular dos dados uma mudança de prestador de serviço que opere em ambiente digital sem que esse mesmo prestador o possa manter numa situação de lock-in, por força do seu controlo sobre os dados pessoais do titular” (Duarte & Guseinov, 2019, p. 109).

⁸⁰ Cfr. Wendehorst, 2017, p. 37.

que o art. 7.º/4 do RGPD não exclui negócios assentes em DP como contrapartida⁸¹. Porém, a questão não é simples. De facto, quando é necessário o consentimento para o tratamento de DP como contrapartida de um bem, conteúdo ou serviço, aquele fornecimento estará sempre condicionado a esse consentimento, sendo duvidosa a liberdade daquela autorização para o tratamento de DP. É nossa opinião que uma forma de contornar este problema seria possibilitar ao devedor uma alternativa de pagamento. Ou melhor, que fosse dada a possibilidade ao devedor de escolher pagar com DP ou com uma prestação pecuniária⁸². Parece-nos que, só assim, o acesso ao bem, conteúdo ou serviço não estaria condicionado ao pagamento com DP.

Considerando alguns dos problemas de concretização prática aqui elencados e tendo em conta que o preenchimento do sentido de cada requisito assenta fundamentalmente nos considerandos e instrumentos de *soft law*⁸³ que, por vezes, ampliam o sentido com que cada requisito é interpretado⁸⁴ tornando a sua verificação extremamente exigente, parece-nos que poderia ser justificável uma certa flexibilidade na análise dos requisitos do consentimento neste tipo de negócio quando as finalidades consentidas respeitem a fins de organização empresarial da própria empresa fornecedora de produtos ou serviços – v.g., no caso de uma empresa que utilizará os DP para o desenvolvimento de um estudo de mercado. Ainda que com dúvidas, também julgamos que, no futuro, mais do que para uma solução exigente de verificação do consentimento, as atenções deveriam estar mais voltadas para a obrigação de informar os titulares dos dados, conjugada com a séria aposta na adoção de medidas de segurança adequadas e na implementação de mecanismos de vigilância e fiscalizações regulares que, quando não fossem cumpridos, gerariam *culpa in vigilando*.

Em síntese: procurámos fazer uma abordagem simples para efeitos de organização de ideias. Os requisitos de validade do consentimento são muito exigentes e levantam grandes dificuldades práticas⁸⁵. Como se compreende, quando falamos de DP como contraprestação esta dificuldade aumenta.

⁸¹ Este autor aborda apenas o tema a propósito da prestação de conteúdos e serviços digitais para consumo a troco de DP; veja-se ainda Metzger, 2017, p. 5. Ambos entendem que o art. 7.º/4 é flexível não excluindo a admissibilidade de negócios a troco de DP.

⁸² Em dinheiro, ou mesmo em criptomoedas (v.g., bitcoin ou ethereum). Em sentido semelhante, mas apenas propósito dos contratos de consumo de conteúdos e serviços digitais: “Article 7(4) GDPR does not entirely preclude the business model addressed in the DCD, but where the consumer does not have a reasonable alternative (e.g., Facebook) businesses must offer also a pay-model” (Wendehorst, 2017, p. 37). Também, Schmidt-Kessel, 2020, pp. 129-163.

⁸³ Nomeadamente, emitidos pelo Grupo de Trabalho 29 e o EDPB.

⁸⁴ Cfr. Menezes Cordeiro, 2019b, pp. 175-200.

⁸⁵ Principalmente, quando pensamos em Big Data. Zarsky, 2017, pp. 1004 e 1011, refere mesmo a existência de uma incompatibilidade entre o GDPR e a era dos Big Data. Entende que o princípio da minimização do tratamento é limitador do sucesso das iniciativas de Big Data, inclusive prejudicando a sua utilidade.

2.3 Consentimento nos termos do Código Civil

2.3.1. Dados pessoais e direitos de personalidade

Não só no RGPD vemos tutelado o indivíduo, enquanto titular de DP. Basta para tanto pensar que o direito à proteção de DP e à privacidade são direitos fundamentais previstos nos arts. 16.º do TFUE, 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como nos arts. 26.º e 35.º da CRP.

Já no âmbito civil, não poderíamos deixar de fazer menção aos direitos de personalidade, enquanto instituto que tutela a eficácia civil de certos direitos fundamentais (cfr. arts. 70.º ss. do CC)⁸⁶. O direito à proteção de DP constitui, precisamente, uma manifestação da tutela dos direitos de personalidade. Desde logo, garante o respeito pela vida privada, pela não discriminação e pelo livre desenvolvimento da personalidade. Resta saber se a característica da não patrimonialidade dos direitos de personalidade, assim como o carácter intransmissível e irrenunciável, podem constituir motivo impeditivo da admissão dos DP como contraprestação.

Na nossa perspetiva, admitir um modelo de negócio no qual os DP assumem a forma de contrapartida não colide com a natureza intransmissível e irrenunciável dos direitos de personalidade⁸⁷. Aquele que consente o pagamento com DP, e por inerência, o seu acesso a outrem, não está a ceder o uso exclusivo desses DP ao prestador de serviços. Repare-se que, no caso concreto, o titular dos dados não perde o direito a utilizar aqueles DP. Não existe uma transmissão exclusiva, bem como não se pode falar numa renúncia a direitos de personalidade⁸⁸. cremos que o fornecimento de DP a troco de um produto, conteúdo ou serviço pode comportar antes uma limitação do direito à proteção de dados e à privacidade pelo seu

⁸⁶ Mota Pinto et al., 2020, p. 211 referem ainda o seguinte: “[o] Código Civil não disciplinou exaustivamente os direitos de personalidade. Para além do regime geral dos artigos 70.º e 71.º (bem como do artigo 81.º, de que falaremos no ponto 3.3.2), limitou-se a prever alguns direitos de personalidade que poderiam suscitar particulares problemas”.

⁸⁷ No mesmo sentido, leia-se Versaci, 2018, pp. 374-386. O autor – ainda que abordando apenas os negócios celebrados em ambiente digital a troco de DP – entende que a exploração económica do direito à proteção de DP, que tem “status” de direito fundamental de personalidade, não deve ser considerada uma renúncia ao mesmo direito. Mais defende que o regime europeu de proteção de DP não é incompatível com uma abordagem dos DP orientada para o mercado. Ademais, “Fará, no entanto, sentido pensar que os dados pessoais são bens com valor transacionável, aquilo que na linguagem anglo-saxónica vem conhecido por commodity. A isto não obsta o facto de os dados pessoais fazerem parte integrante de um direito de personalidade, por natureza intransmissível, inalienável e irrenunciável” (Barbosa, 2020, p. 1843); veja-se também Ferreira Dias, 2019, p. 21: “A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não prejudicam a possibilidade de os seus titulares os restringirem, nomeadamente, pela via negocial. É nesse sentido que vai o art. 81.º, n.º 1 quando admite a possibilidade de ‘limitação voluntária’ dos direitos de personalidade, desde que conforme aos princípios da ordem pública”.

⁸⁸ No mesmo sentido atente-se ainda Capelo de Sousa, 1995, pp. 402-407: “(...) são insuscetíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico. (...) Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respetivos poderes jurídicos. Assim, tais poderes não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados a favor de outrem, pois, dada aquela inseparabilidade, qualquer negócio a esse respeito seria contrário à ordem pública nos termos do art. 280.º, n.º 2, do Código Civil”. Também Versaci, 2018, pp. 390-391 defende que o fornecimento de DP como contraprestação não configura uma situação de renúncia ao direito à proteção de DP.

titular (art. 81.º do CC). Para uma compreensão mais clara, atentemos a distinção feita por Pais de Vasconcelos⁸⁹ entre titularidade, legitimidade originária e legitimidade adquirida. Acompanhando esta distinção, só há um titular do direito de personalidade. Este terá, à partida, também a legitimidade originária para dispor do direito de que é titular. Já a legitimidade de outrem (além do seu titular) será uma legitimidade adquirida para tratar os DP⁹⁰ (mediante consentimento do titular). Este tem uma legitimidade para agir sobre “bens de personalidade” alheios “sem que com isso chegue a dominá-los”⁹¹. Aliás, os DP são replicáveis, duplicáveis, permitindo a sua utilização por mais do que uma pessoa (singular ou coletiva) ao mesmo tempo. Talvez seja por essa razão que o titular de dados não sente necessariamente uma perda imediata, sob a forma de uma perda de privacidade, no momento em que fornece os seus DP a outrem. Torna-se ainda mais compreensível que rejeitemos a existência de uma renúncia a um direito de personalidade quando atentamos a lógica em que assenta o RGPD. Em concreto, este diploma não funciona numa lógica de proibição do tratamento de DP. Assenta numa noção de processamento de DP de acordo com as suas bases de licitude e com a possibilidade do controlo dos DP por parte do seu titular. A possibilidade de acesso, apagamento, portabilidade, e de revogabilidade do consentimento (arts. 15.º, 17.º, 20.º e 7.º/3 do RGPD, respetivamente) são a expressão disso mesmo. Portanto, permanece sempre na esfera jurídica do titular dos dados esta dimensão do direito à proteção dos DP na forma do controlo individual do titular.

Quanto ao carácter não patrimonial importa esclarecer que os direitos de personalidade, em si, não deixam de ter conteúdo não patrimonial (pessoal)⁹² pelo facto de estarem envolvidos neste tipo de negócios. Apesar de serem direitos não patrimoniais, podem ser objeto de negócios com consequências patrimoniais⁹³. Repare-se que o ganho patrimonial para o credor não é necessariamente uma perda patrimonial para o titular dos dados, porque a perda de privacidade não tem um correspondente pecuniário.

Assim, o direito à proteção de DP não se transmite, é pessoal e, ainda que o uso dos DP seja consentido a terceiros, não se transfere definitivamente e não passa a constituir um direito patrimonial pelo facto de estar envolvido no modelo de negócio em estudo.

⁸⁹ Cfr. Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 72-111.

⁹⁰ Esta legitimidade adquirida tem de ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, ao invés de geral e abstrata.

⁹¹ Cfr. Pais de Vasconcelos, 2012, p. 108.

⁹² Cfr. Capelo de Sousa, 1995, pp. 615-619.

⁹³ Aliás, Menezes Cordeiro, 2007, p. 106, distingue direitos de personalidade a) não patrimoniais em sentido forte, b) não patrimoniais em sentido fraco e c) patrimoniais. Segundo o autor, nas duas primeiras categorias, os direitos de personalidade não podem ser permutados por uma prestação pecuniária. Os primeiros não são suscetíveis de surgir como “objeto de negócios”. Já os segundos, em certos casos e dentro de certas regras, podem surgir como “objeto de negócios” ainda que, nas palavras deste autor, os negócios sejam “patrimoniais ou com algum alcance patrimonial” – v.g., os direitos à saúde ou à integridade física, nos casos do consentimento do paciente que autoriza a utilização de um fármaco off-label dentro dos limites da experimentação humana. Já a terceira categoria corresponde aos direitos que são negociáveis no mercado a troco de uma prestação monetária – v.g., “nome, imagem e fruto da actividade intelectual”. Julgamos ser na segunda categoria que se insere o direito à proteção de DP.

2.3.2. Consentimento como limitação voluntária de direitos de personalidade

Posto isto, a questão em que nos deteremos neste ponto prende-se com saber de que forma o CC admite a limitação dos direitos de personalidade. A harmonia entre o RGPD e o CC começa com o paralelismo entre o titular que presta o consentimento nos termos do RGPD e aquele titular que é mencionado no CC⁹⁴: titular de dados e o titular de direitos de personalidade (titular dos direitos à proteção de DP e privacidade)⁹⁵. O RGPD define titular de dados, por via do art. 4.º/1, como aquela “pessoa identificada ou identificável” a quem os DP se referem. Já os arts. 70.º ss. do CC não definem titular de direitos de personalidade. A simetria está refletida no conceito de ‘titularidade’⁹⁶, sendo que os diplomas usam o mesmo termo jurídico.

Por outro lado, a aproximação dos diplomas também é clara se atentarmos a definição de “consentimento”⁹⁷ utilizada no RGPD. Não deixa de ser curioso que o “consentimento” seja definido enquanto “manifestação de vontade” – o que nos remete, de imediato, para o campo dos negócios jurídicos⁹⁸. O CC admite a celebração de contratos de direitos de personalidade (art. 81.º do CC)⁹⁹ ainda que seja num regime de negociabilidade limitada. A limitação dos direitos de personalidade tem de ser voluntária, dependendo, pois, da prévia autorização do seu titular, quer seja por acordo ou através de uma declaração unilateral no sentido de limitar algum(ns) direito(s). Passemos, então, à análise comparativa entre os requisitos do consentimento nos termos do CC e o consentimento disposto no RGPD.

Nas palavras de Capelo de Sousa¹⁰⁰, uma autorização com vista à limitação de direitos de personalidade tem de ser “perfeitamente declarada”. Daqui resulta o seu carácter inequívoco. Em paralelo com o RGPD, vigora o princípio da liberdade de forma (art. 217.º e 219.º do CC) da declaração de consentimento.

⁹⁴ Esclareça-se que muito embora a redação do art. 81.º – que abordaremos especificamente nesta secção 3.3.2 – não refira expressamente a palavra ‘titular’ / ‘titular de direitos de personalidade’ este é o termo usado noutros arts. da mesma secção II do CC referente aos Direitos de Personalidade (arts. 70.º ss.), bem como se trata do termo de eleição utilizado pela doutrina e jurisprudência relativamente à matéria no âmbito do Direito Civil.

⁹⁵ Cfr. Pais de Vasconcelos, 2012, p. 72.

⁹⁶ Segundo Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 72 ss., a titularidade “consiste apenas no nomen atribuído à imputação de uma posição a um sujeito, no âmbito de determinada situação jurídica. Uma pessoa é titular de uma situação jurídica quando é o sujeito da situação jurídica na qual se integra essa posição, independentemente de esta ser activa ou passiva. Ser titular é o mesmo que ser sujeito numa situação jurídica, ou ocupar uma posição jurídica. Ser titular é ter título jurídico”.

⁹⁷ Cfr. art. 4.º/11 do RGPD.

⁹⁸ Em sentido semelhante, Menezes Cordeiro, 2021, p. 90: “Ao apresentar o consentimento como uma manifestação de vontade, o legislador reconduz este conceito ao universo dos negócios jurídicos, afastando-o dos atos jurídicos stricto sensu. Ao imputar esta classificação, o consentimento só poderá encontrar-se sujeito à dogmática civil e a todos os seus desenvolvimentos, bem como aos artigos do Código Civil relativos ao negócio jurídico”. Para mais referências sobre a natureza do consentimento, Menezes Cordeiro, 2019a, p. 41.

⁹⁹ Sobre o tema da celebração de contratos de direitos de personalidade leia-se Bousquet, 2009. Pense-se, por exemplo, que se tem por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária do direito à integridade física como o consentimento para intervenções médicas - exemplo retirado da obra de Neto, 2013, p. 77.

¹⁰⁰ Cfr. Capelo de Sousa, 1995, p. 407.

A maioria da doutrina¹⁰¹ chama a atenção para o facto de o consentimento ter de apresentar um carácter específico, entenda-se de âmbito delimitado e concreto. Assim como previsto no RGPD, segundo o CC não podemos ter um consentimento ilimitado, sem especificar a finalidade e o tempo pelo qual o direito é disposto pelo seu titular. Tudo assenta na ideia de que o titular pode dispor do seu direito na medida da extensão exata da autorização que é concedida, sob pena de invalidade. Também aqui é vedada a abrangência a acontecimentos futuros associados a uma imprevisibilidade do objeto da limitação voluntária.

Capelo de Sousa¹⁰² menciona ainda que a limitação voluntária de direitos de personalidade tem de ser “formada esclarecida e livremente”. Requisitos que entram em concordância com o carácter informado e livre do consentimento já anteriormente mencionados e vertidos no RGPD. Estes são os requisitos elencados pela doutrina dominante relativos à interpretação do conceito de “limitação voluntária” do art. 81.º/1 do CC.

Mas há mais: ainda a propósito do carácter livre do consentimento, repare-se que o legislador português, já desde 1966, reconhece que esta liberdade depende da livre revogabilidade do consentimento pelo titular dos direitos de personalidade¹⁰³. Deste modo, o art. 81.º/2 do CC prevê expressamente: “A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável”. Mais uma vez, trata-se de uma revogação unilateral, a todo o tempo, sem que o titular tenha de apresentar qualquer motivo justificativo nem aviso prévio para o efeito¹⁰⁴.

Por último, o CC estabelece um requisito adicional que tem de estar verificado, sob pena de o consentimento relativo à limitação de direitos de personalidade ser nulo: a limitação dos direitos de personalidade está sujeita aos limites da ordem pública (art. 81.º/1 do CC) e dos bons costumes (arts. 340.º/2 e 334.º do CC¹⁰⁵)¹⁰⁶. Sobre este requisito já tivemos oportunidade

¹⁰¹ Por exemplo, Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 101-110, escreve no sentido de que a legitimidade adquirida tem de ser sempre específica, relativa a um ato em concreto, a um objeto em concreto, a uma pessoa concreta e a um tempo concreto, ao invés de ser geral e abstrata.

¹⁰² Cfr. Capelo de Sousa, 1995, p. 407.

¹⁰³ Veja-se com maior detalhe o ponto 4.1 desta dissertação. Leia-se também Capelo de Sousa, 1995, p. 409.

¹⁰⁴ Em sentido idêntico, veja-se a anotação ao art. 81.º do CC de Fernandes & Proença, 2014, p. 203. Repare-se ainda que este direito de livre revogação tem algumas parecenças com o ‘Direito ao arrependimento’ ou ‘Direito de livre resolução’ (por previsão legal) e o direito de ‘Termination for Convenience’ (cláusula geralmente estabelecida contratualmente). O ‘Direito ao arrependimento’ é um direito atribuído por lei a uma das partes, vulgarmente conhecido no âmbito do direito do consumo, nomeadamente previsto no art. 10.º DL 24/2014, de 14 de fevereiro. Por sua vez, as cláusulas de ‘Termination for Convenience’ (revogação unilateral imotivada) são frequentemente encontradas nos contratos quando as partes pretendem prever o direito de desvinculação de uma das partes sem que esta tenha de apresentar motivo justificativo. Ainda assim, o direito de revogação disposto no art. 81.º/2 do CC distingue-se destas figuras na medida em que não tem de ser exercido num determinado prazo. Exemplificando, por comparação, o ‘Direito ao arrependimento’ tem de ser exercido no prazo de 14 dias a contar do dia da celebração do contrato ou do dia em que o consumidor adquira a posse física do bem, nos termos do art. 10.º/1 do DL 24/2014. Relativamente às cláusulas de ‘Termination for Convenience’ também é frequente que as partes estipulem um prazo de aviso prévio para o efeito.

¹⁰⁵ Segundo Capelo de Sousa, 1995, p. 530, e de acordo com a doutrina dominante, apesar de a norma só fazer referência à ordem pública, devem ser considerados também os limites impostos pelos bons costumes nos termos dos arts. 340.º/2 e 334.º do CC na medida em que os bons costumes representam um critério do abuso do direito.

¹⁰⁶ Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 8777/21.3T8LSB-7, de 14.09.2021 (rel. Luís Filipe Pires de Sousa), ainda que a propósito da limitação do direito à imagem, o Ac. explica bem quais os limites à autonomia privada impostos pela lei civil: “O consentimento para utilização da fotografia pode ser dado tacitamente, é revogável a todo o tempo (cfr. Artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil), estando sujeito aos limites impostos pela ordem

de tecer algumas considerações (ponto 2.3) a propósito da exigência feita também pelo art. 280.º do CC.

Em suma: verifica-se uma afinidade entre regimes, de onde se extrai que um negócio jurídico oneroso que assenta em DP como contraprestação é um negócio cuja verificação depende do consentimento para o tratamento daqueles DP que constituem o seu objeto mediato.

3. Problemas subsequentes

3.1. Efeitos da revogação do consentimento e a responsabilidade civil (por factos lícitos)

Não poderemos analisar os efeitos da revogação do consentimento sem fazermos previamente uma análise comparativa conceptual entre os arts. 7.º/3 e 13.º/2/b) do RGPD e o art. 81.º/2 do CC.

O CC optou pela palavra “revogável”. Já o RGPD menciona, antes, que o titular pode “retirar” o seu consentimento. Percebemos que não são usadas expressões iguais. Mas não parece que as diferenças na letra da lei tenham objetivos diferentes. Existe pelo menos proximidade de conceitos, que faz com que se unam num mesmo resultado – deixar de existir o objeto mediato de determinado negócio jurídico. O que se refletirá no apagamento dos DP¹⁰⁷ ou na simples abstenção da sua utilização para outras finalidades que não a execução do contrato ou cumprimento da lei por parte do terceiro, outrora autorizado para o efeito.

A retirada do consentimento configura uma revogação unilateral imotivada sem efeitos retroativos (art. 7.º/3 do RGPD). Como explicam Sousa Pinheiro et al.¹⁰⁸, “a retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efectuado com base na sua prévia prestação”. Neste ponto, o art. 81.º do CC segue a mesma lógica. A revogação do consentimento não produz efeitos sobre os atos que até àquele momento foram praticados com aquela autorização¹⁰⁹.

Impõe-se-nos, agora, outra questão: será que um titular pode renunciar à livre revogação do consentimento? Podem as partes estabelecer uma cláusula contratual com tal teor? A resposta deve ser negativa. Por um lado, tanto os arts. 7.º/3 e 13.º/2/b) do RGPD como o art. 81.º/2 do CC são normas imperativas, não podendo, à partida, ser afastadas por vontade das

pública (Artigo 81.º, n.º 1), aos bons costumes (Artigo 340.º, n.º 2) e à necessidade de resultar de uma vontade livre e esclarecida”.

¹⁰⁷ Isto no caso de os DP utilizados como forma de pagamento não serem simultaneamente necessários no âmbito de outras bases de licitude, como a execução do contrato ou o cumprimento da lei.

¹⁰⁸ Cfr. Sousa Pinheiro et al., 2018, p. 229.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 206-208.

partes. Em última instância, o consentimento seria nulo por não estar cumprido o requisito da livre revogabilidade¹¹⁰. Por outro lado, a existência de uma cláusula de renúncia ao direito de revogar o consentimento implicaria a renúncia a um meio de defesa, atribuído por lei, em face das atuações consentidas, ficando o titular numa posição jurídica não tutelada – aspeto de extrema relevância tendo em conta a teleologia das normas em estudo. O legislador só aceitou a negociabilidade de direitos de personalidade com a condição desta mesma negociabilidade estar limitada pela permanente possibilidade de revogação da autorização concedida de forma a “proteger interesses que se sobrepõem à autonomia privada”¹¹¹. Isto é: as limitações à autonomia privada quanto à negociação de direitos de personalidade exprimem-se precisamente pela possibilidade de reversão da situação gerada. Admitindo-se – por mera hipótese de raciocínio – a situação prática aqui colocada, a última decisão passaria a estar nas mãos do terceiro autorizado, ficando o consentimento a poder ser extinto unicamente de acordo com a vontade daquele autorizado – o que configuraria uma cláusula desprovida de qualquer justa proporção contratual¹¹².

Aqui chegados, destacamos outra problemática em torno do art. 81.º/2 do CC. Ora, este artigo estabelece a revogabilidade a todo o tempo, ainda que com a obrigação de indemnização pelos danos causados à outra parte. Trata-se de uma indemnização por factos lícitos¹¹³, na medida em que, nos termos da lei, reserva-se ao titular o direito de revogar o consentimento. Portanto, será questionável se os arts. 7.º/3 e 4 do RGPD (liberdade do consentimento¹¹⁴) entram em tensão com a consequência estabelecida no art. 81.º/2 do CC. Há responsabilidade civil pelos danos causados ao autorizado com a mencionada revogação? Trata-se, de facto, de uma dificuldade de compatibilização do CC com o RGPD. Em termos gerais, não existe uma prevalência dos regulamentos sobre as leis nacionais. Antes, devem ser interpretados de forma complementar e harmonizada. Para os casos de tensão entre o Direito da UE e o direito

¹¹⁰ Poderemos dizer que se trata de um sub-requisito, na medida em que é uma manifestação do requisito da liberdade do consentimento.

¹¹¹ Cfr. Fernandes & Proença, 2014, pp. 201 ss.

¹¹² Estes são os argumentos por nós destacados. Para um estudo mais aprofundado sobre a renúncia ao direito de revogação leia-se Pais de Vasconcelos, 2012, pp. 211 e 206-220. Este autor refere ainda que uma situação de renúncia à livre revogabilidade por parte do autorizante consubstanciaria uma situação de colisão com a ordem pública.

¹¹³ Por contraposição a responsabilidade por factos ilícitos. Ora, no parágrafo a que esta nota se refere, pretendemos averiguar se aquele que revoga o consentimento tem a obrigação de indemnizar a contraparte. Portanto, caso venhamos a constatar que aquele que revoga o consentimento para tratamento dos DP tem a obrigação de indemnizar a contraparte, pensamos que esta só poderá existir por via da responsabilidade pela confiança. Isto porque o objetivo do art. 81.º/2 é garantir a reposição da situação que existiria, não fosse o estabelecimento da limitação do direito de personalidade. Portanto, julgamos que a responsabilidade por factos lícitos estabelecida no art. 81.º/2 encontra enquadramento numa lógica de responsabilidade pela confiança – terceira via da responsabilidade (diferente da responsabilidade obrigacional e da delitual). Confiança no “contraente fiel” na não revogação do consentimento. Não estamos no âmbito da responsabilidade contratual nem extracontratual porque sendo consequência de uma regra de revogabilidade unilateral a todo o tempo não tem qualquer correspondência com um incumprimento, ou violação de direitos, interesses ou um abuso do direito.

¹¹⁴ Entenda-se: sem consequências negativas para o titular dos dados na medida em que “O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar” (art. 7.º/3 do RGPD).

nacional, relembremos o princípio do primado do Direito da UE¹¹⁵, bem como o art. 2.º/2 do TFUE sobre os efeitos de preempção do direito unificado da UE sobre as leis nacionais de um Estado. Em caso de conflito entre o Direito da UE e o direito nacional, os EM têm o dever de aplicar a norma da UE. Mais ainda: a competência dos EM para legislar internamente só se mantém desde que não coloque em causa a efetividade e os objetivos delineados pelo Direito da UE. Na nossa modesta opinião, julgamos defensável dizer-se que não há lugar a uma indemnização por danos da expectativa da contraparte causados pela retirada do consentimento. O art. 81.º/2 *in fine* do CC conflitua e contraria os objetivos do art. 7.º/3 e 4 do RGPD. Logo, ainda que com algumas dúvidas, não será desprovido de sentido entender que, segundo o princípio do primado, a parte final do art. 81.º/2, no que se refere ao direito a uma indemnização, será apenas aplicável a negócios sobre (outros) direitos de personalidade, com exclusão dos negócios sobre DP.

3.2. O que acontece ao contrato pago com dados pessoais perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados?

Quanto à utilização dos dados para outros fins que não a execução do contrato, não há dúvida: a retirada do consentimento veda a possibilidade da utilização dos DP para o efeito. Agora, quanto às consequências contratuais, poder-se-á discutir o que acontece ao contrato pago com DP perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados. Esperamos não desiludir o leitor ao adiantar que não apresentamos soluções, mas possíveis caminhos, muitas vezes, com recurso a um método de ‘tentativa-e-erro’ para excluir hipóteses¹¹⁶. Note-se que esta temática não é simples, nomeadamente pela falta de textos sobre esta problemática, bem como pela falta de regulamentação legal específica sobre a matéria.

De facto, aquando da elaboração da Dir. 2019/770, o legislador teve a oportunidade de regular as consequências contratuais da retirada do consentimento – pelo menos dentro do seu âmbito de aplicação¹¹⁷ – mas não o fez¹¹⁸. Possivelmente, o legislador quis intencionalmente que esta matéria ficasse à consideração das leis nacionais de cada EM. Ou, então, este problema terá simplesmente escapado ao leque de possibilidades equacionadas pelo legislador ou ainda, terá pensado, eventualmente, que o problema não deveria ficar consagrado num diploma com um âmbito tão específico e limitado a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais com os consumidores. Seja como for, atrevemo-nos a apresentar problemas e possíveis construções que, ainda que colocadas em termos dubitativos, poderão ser plausíveis.

¹¹⁵ Cfr. Ac. do TJUE, proc. 6/64, de 15.07.1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L. Para uma explicação clara deste princípio, Oliveira Pais, 2012, pp. 39 ss.

¹¹⁶ Como se perceberá, por razões de limitação de espaço, poderíamos ter colocado outras hipóteses além das aqui elencadas – v.g., ter considerado o estudo da impossibilidade superveniente do contrato.

¹¹⁷ Âmbito B2C, exclusivamente direcionado para o fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

¹¹⁸ Cfr. Kull, 2020, pp. 38 ss. A autora menciona que esta matéria foi deixada pelo legislador europeu à consideração das leis de cada EM.

Será que o consentimento é condição de eficácia do negócio de tal forma que a sua retirada acarreta a extinção automática do contrato por insubsistência da relação contratual? De facto, se, por mera hipótese de raciocínio, admitíssemos que a retirada do consentimento consubstancia um acontecimento futuro e incerto (art. 270.º do CC), perante a sua retirada, o contrato extinguir-se-ia automaticamente. Contudo, não cremos que assim seja. Julgamos que o consentimento não é uma condição em sentido técnico, mas, antes, um requisito legal (arts. 6.º/1/a) do RGPD e 81.º do CC). Tanto que, uma vez retirado, aquele que continuar a utilizar os DP comete um ilícito. Ademais, admitir uma extinção automática do contrato poderia gerar atos de aproveitamento. O titular poderia aproveitar-se desta faculdade de retirar o consentimento para pôr termo ao contrato, como se de um mecanismo de revogação unilateral imotivada do contrato se tratasse (*termination for convenience*). Queremos com isto dizer que, ainda que o contrato de fornecimento de um produto, conteúdo ou serviço não fosse resolúvel a qualquer momento, o titular dos dados encontraria aqui uma ‘válvula de escape’, sabendo que lhe bastaria retirar o consentimento para conseguir, assim, sem mais, por termo ao contrato de imediato. O que se tornaria problemático. Concretamente nas relações de consumo, até mesmo contraditório com um dos grandes objetivos traçados pelas Dir. 2019/770 e 2019/771: privilegiar soluções de manutenção do contrato ao invés da sua extinção.

Questão diferente é saber se o titular, ao revogar o consentimento, estará também a revogar unilateralmente o contrato. Isto pensando que existe uma indissociabilidade entre aquilo que é a contraprestação do contrato e o consentimento para o tratamento de DP para fins externos à execução do contrato. Julgamos que não é sustentável responder afirmativamente a esta questão. Observe-se que a revogação unilateral é um desvio ao princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º do CC), que tem apenas lugar em casos pontuais, quando consagrado na lei ou por estipulação contratual das partes. Por isto, ainda que dúvidas subsistam, a revogação do consentimento não consubstancia simultaneamente um ato de revogação unilateral, pois a revogação unilateral do contrato só será admissível se as partes assim o tiverem estipulado.

Pode discutir-se, ainda, se a revogação do consentimento cria na outra parte o exercício de um direito potestativo de resolução¹¹⁹. Mais: será exigível que a contraparte cumpra a sua prestação perante a retirada do consentimento pelo titular dos dados? Para responder a esta questão tomámos como ponto de partida o art. 428.º do CC. Ora, à luz desta exceção do não cumprimento, se o titular dos dados deixa de efetuar a sua prestação¹²⁰ – pagamento com DP

¹¹⁹ Enquanto direito potestativo de alcance extintivo. Apesar de a resolução estar tipicamente associada, no CC, à justa causa subjetiva e objetiva, também é reconhecida enquanto direito potestativo no exercício de um poder discricionário (v.g., art. 927.º do CC). Este esclarecimento deve-se ao facto de entendermos que a retirada do consentimento não constitui um incumprimento contratual, mas corresponde ao exercício de um direito que é concedido ao titular por previsão legal.

¹²⁰ Legítima e legalmente, uma vez que a retirada do consentimento é um direito que assiste ao titular. Por esta razão, excluímos desta equação a resposta ao problema assente nos arts. 798.º ss. do CC, visto que se trata de arts.

– o fornecedor reserva-se o direito de optar por recusar prestar o conteúdo ou serviço. Mas repare-se que a aplicação do art. 428.º poderá não ser a mais adequada. Muito embora este artigo seja vulgarmente usado na prática da advocacia – nomeadamente na sequência da mora do devedor no pagamento em dinheiro e que culmina, muitas das vezes, na posterior resolução do contrato por parte do credor, mediante interpelação admonitória, com fundamento na perda de interesse na prestação nos termos do art. 808.º do CC – a verdade é que o art. 428.º visa suspender a prestação com o objetivo de pressionar ao cumprimento e não extingui-la.

Ainda assim, pensamos que deve ser considerada a hipótese de o credor poder deixar de prestar o conteúdo ou serviço com justa causa, atendendo à natureza sinalagmática do contrato. Dada a indissociabilidade do consentimento com aquilo que são as prestações contratuais, a prestação do credor perde o seu fundamento e, por consequência, pode ser defensável um direito potestativo de resolução. Este pode ser um enquadramento para os casos em que os DP ainda não cumpriram o seu propósito. Isto porque, nas situações em que os DP já serviram a(s) finalidade(s) para que foram recolhidos, já não encontramos fundamento para a recusa de prestar o conteúdo ou serviço nem para o exercício de um direito potestativo de resolução – v.g., o caso de uma empresa de *software* que, além dos DP necessários para executar o contrato, recolhe DP para treinar algoritmos. No momento em que o titular revoga o seu consentimento os DP já tinham sido usados para aquele efeito. Portanto, poder-se-á dizer que, ainda que o consentimento tenha sido retirado posteriormente à celebração do contrato, o pagamento, de facto, foi feito se os DP já serviram o seu propósito – casos em que a revogação do consentimento parece não afetar a subsistência da relação contratual. Contudo, temos a noção de que, na prática, será difícil determinar e provar quando é que os DP já serviram ou não o seu propósito. Por outro lado, admitir esta tese acabaria por funcionar no que respeita a contratos de fornecimento de conteúdos e serviços que consubstanciam prestações duradouras, mas já não parece satisfatória quando falamos de prestações instantâneas, em particular se pensarmos na compra e venda de um bem perecível ou consumível em que o vendedor parece ficar numa situação desprotegida (arts. 203.º e 208.º do CC) – v.g., a venda de um chocolate a troco de DP em que o mesmo já foi consumido na altura da revogação.

direcionados para a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente assente na culpa. Aproveitamos para justificar também a exclusão dos arts. 790.º a 797.º do CC, visto que estes dizem respeito à impossibilidade da prestação – o que também não se verifica.

3.3. Será que a revogação do consentimento implica a invalidade dos negócios jurídicos subsequentes?

Até ao momento, analisámos em detalhe este modelo de negócio no âmbito da primeira linha da cadeia de legitimação do uso. A presente análise não ficaria, porém, completa sem uma nova etapa. Neste ponto concentrar-nos-emos nos negócios subsequentes da cadeia negocial. Cenários em que os DP vão ser transmitidos a terceiros¹²¹. Ou seja, são transmitidos a sujeitos diferentes do responsável que coletou diretamente os DP junto do titular a) no âmbito de um segundo negócio também ele de DP como contrapartida (v.g., o caso da compra de vacinas pelo Estado de Israel, à farmacêutica *Pfizer*, a troco de DP de saúde dos seus cidadãos¹²²; ou a frequente subscrição da versão base, aparentemente ‘gratuita’, dos serviços *Cloud* fornecidos pela *Dropbox* a pequenas e médias empresas que ali inserem DP dos seus clientes e que a *Dropbox* usa para outras finalidades que não a execução do contrato ou o cumprimento da lei¹²³) ou b) no âmbito de um segundo negócio em que os DP funcionam como produto base (v.g., empresas como a *FloHealth* que transmitem DP sensíveis dos seus utilizadores ao *Facebook* e *Google* para efeitos de publicidade comportamental¹²⁴; ou os conhecidos enriquecedores de dados – *Data Enrichers* – que vendem DP a outras empresas com vista a enriquecer as bases de DP destas últimas).

Abstemo-nos de apreciar a licitude destes negócios subsequentes quando os DP sejam transacionados como produto. Concentrar-nos-emos, tão só, em averiguar em que medida a retirada do consentimento, subjacente à primeira linha da cadeia negocial, afeta a validade dos negócios subsequentes (efeito dominó). Justificar-se-á a proteção do terceiro contratante de boa fé integrado na mesma cadeia de transmissões e que veja a sua posição afetada? Colherá uma aplicação analógica do art. 291.º do CC?

Respondemos negativamente a esta questão. Apesar de a resposta ser negativa, não podíamos deixar de tocar neste ponto, uma vez que quando pensámos nesta dissertação esta foi uma hipótese que colocámos. Em pinceladas gerais, por razões de limitação de espaço, destacamos, em primeiro lugar, a natureza substancialmente diferente entre o consentimento e o registo. Um como requisito de licitude e outro com um fim marcadamente publicitário¹²⁵. Em segundo lugar, o artigo 291.º parece estar nitidamente mais voltado para a regulação de

¹²¹ Terceiro em relação ao primeiro negócio celebrado entre o titular dos dados e a contraparte.

¹²² RTP Notícias, por Soares, Mariana Ribeiro, “‘Acordo obscuro’. Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas”, 19.01.2021. https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510.

¹²³ Exemplo mencionado por Fries, 2020, pp. 253-261.

¹²⁴ Elite Pars, Law Firm News, “Flo Health improper data usage”, 25.10.2021. <https://elitepars.com/flo-health-improper-data-usage/>; FTC – Federal Trade Commission, Business Blog, “Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data”, 11/07/2022. <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>.

¹²⁵ Sobre a fé pública registal veja-se Carvalho Fernandes, 2010a, p. 128.

situações que envolvam bens corpóreos e não bens incorpóreos. Em terceiro lugar, a aplicação analógica deste artigo contrariaria os termos do art. 7.º/3 do RGPD: o tratamento por um terceiro só pode ser válido na medida da extensão do consentimento e até ao momento em que o mesmo durar. Depois, o legislador pensou neste artigo para ser usado de forma excecional. Tanto que fez questão de delimitar de forma rigorosa o seu âmbito de aplicação, tendo de ser observados um número considerável de requisitos¹²⁶. Justamente para não ser alvo de uma aplicação analógica, muito menos no que respeita a direitos de personalidade. E é neste sentido que dispõe o Ac. do STJ, de 08.01.2015¹²⁷, ao deixar claro que o art. 291.º do CC é insuscetível de aplicação analógica. No cenário em estudo, não faria sentido que prevalecesse a segurança nas transações face ao direito do titular de poder ter o controlo sobre os seus DP. Tanto aquele que nunca deu o seu consentimento, bem como aquele que o revoga posteriormente tem a legítima expectativa de que a sua escolha opere efetivamente, nunca imaginando que pudesse prevalecer uma proteção de terceiros e que os seus DP fossem usados pelo fornecedor e/ou terceiros subsequentes à primeira cadeia de legitimação do uso.

Do exposto, extrai-se que a validade de negócios subsequentes – DP endossáveis a terceiros – estará balizada pelo consentimento dado no primeiro negócio jurídico. A revogação implica, em princípio, a invalidade do(s) negócio(s) subsequente(s).

¹²⁶ Sobre o art. 291.º, Vieira, 2016, pp. 270 ss.

¹²⁷ Cfr. Ac. do STJ, proc. 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08.01.2015 (rel. João Trindade). Outro acórdão semelhante, mas muitos mais existem: Ac. do STJ, proc. 04B3891, de 09.12.2004 (rel. Custódio Montes). Veja-se também Fernandes & Proença, 2014, p. 725.

4. Conclusão

De todo o exposto extraímos como principais as seguintes conclusões:

- A. Os DP são suscetíveis de serem admissíveis, enquanto objeto mediato de negócios jurídicos, funcionando como contraprestação.
- B. A admissibilidade de negócios jurídicos com DP como objeto mediato depende do consentimento do titular com a observância de todos os requisitos exigíveis pela legislação aplicável.
- C. O sistema não prevê a obrigação de indenizar a contraparte pelos danos causados com a retirada do consentimento pelo titular dos dados, ficando a primeira numa situação desprotegida.
- D. A revogação do consentimento pode acarretar a extinção do contrato.
- E. A revogação do consentimento tem por consequência a queda dos negócios seguintes fundados na permissão inicial de utilização dos DP.

Em linhas finais, procurámos expor algumas ideias, comparar regimes, questionar e enquadrar um tema que é novo e sobre cuja análise, reflexão e estudo pouco se tem escrito. Foi nossa preocupação sustentar uma narrativa coerente e clara, ainda que existam questões por responder e outras que possivelmente se sucedam a esta exposição. Estamos convictos de que esta dissertação contribui para a problematização de questões relevantes capazes de desafiar a comunidade científica. É nossa expectativa que esta tese seja uma porta que se abre para o desenvolvimento e estudo destas matérias.

Bibliografia citada

ALVES, M.A. (2019). Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: Are worlds colliding? *UNIO, EU Law Journal*, vol. 5, no. 2, pp. 34-42.

ANDRADE, M.A.D. de (1992). *Teoria geral da relação jurídica, facto jurídico, em especial o negócio jurídico*, vol. II. Coimbra: Editorial Almedina.

BARBOSA, M.M. (2020). Negócios onerosos e gratuitos: Uma reflexão a propósito dos novos fenómenos de gratuidade. *Revista de Direito Comercial*, pp. 1809-1852.

BEDIR, C. (2018). *Data as counter-performance: Yet another point where digital content contracts and the GDPR conflict*. Thesis, Advanced LLM in European & International Business Law, Leiden University.

BOUSQUET, J.B. (2009). *Contratos de direitos de personalidade*. Tese de Mestrado em Direito - ciências jurídicas. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

BOLOGNINI, L., PELINO, E. & BISTOLFI, C. (2016). *Il regolamento privacy europeo. Commentário alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*. Milão: Editorial Giuffrè Editore.

CARRIÈR-SWALLOW, Y. & HAKSAR, V. (2019). The economics and implications of data - An integrated perspective. *International Monetary Fund, Strategy Policy and Review Department*, no. 16.

CARVALHO, J.M. (2021). *Manual de direito do consumo*, 7.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

CARVALHO, J.M. (2019). Venda de bens de consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu impacto no direito português. *RED – Revista Eletrónica de Direito*, pp. 63-87.

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados (2021a). *Parecer/2021/53, sobre Proposta de Lei 83/XIV/2.^a (GOV) que aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas*. Lisboa.

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados (2021b). *Parecer/2021/100, de 22-07-2021, sobre Proposta de Decreto-Lei n.º 1049/XXII/2021, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos ou serviços digitais*. Lisboa.

CORDEIRO, A.B.M. (coord.) (2021). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Editorial Almedina.

CORDEIRO, A.B.M. (2019a). O consentimento do titular dos dados no RGPD. In CORDEIRO, A.B.M., OLIVEIRA, A.P. & DUARTE, D.P. (coord.). *FinTech II Novos estudos sobre tecnologia financeira*. Coimbra: Editorial Almedina.

CORDEIRO, A.B.M. (2019b). A interpretação dos regulamentos europeus e das correspondentes leis de execução: O caso paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019. *Revista de Direito e Tecnologia*, vol. 1, n.º 2, pp. 175-200.

CORDEIRO, A.M. (2014). *Tratado de direito civil II, Parte geral, Negócio jurídico*, 4.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

CORDEIRO, A.M. (2007). *Tratado de direito civil português, Parte geral*, Tomo I, 3.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

COSTA, M.J. de A. (2006). *Direito das obrigações*, 10.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

DREXL, J. (2018). Data access and control in the era of connected devices. *Study on behalf of the European Consumer Organisation BEUC*, pp. 1-168.

DIAS, C.F. (2019). *A privacidade na era da internet das coisas direitos de personalidade e proteção de dados*. Tese de mestrado em Direito – ciências jurídico-civilísticas. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

DRECHSLER, L. (2018). Data as counter-performance: A new way forward or a step back for the fundamental right of data protection? In *Datenschutz & LegalTech / Data Protection & LegalTech: Digitale Ausgabe zum Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS2018*, pp. 35-43. Vrije Universiteit Brussel.

DUARTE, D.P. & GUSEINOV, A. (2019). O direito de portabilidade de dados pessoais. In *FinTech II Novos estudos sobre tecnologia financeira*. Coimbra: Editorial Almedina.

EDPB – European Data Protection Board (2020). *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, Versão 1.1. Bruxelas.

EFRONI, Z. (2020). Location data as contractual counter-performance: A consumer perspective on recent EU legislation. *Smart urban mobility. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, vol 29, pp. 257-283. Springer, Berlin, Heidelberg.

FERNANDES, L.A. de C. (2010a). *Lições de direitos reais*, 6.^a ed. (reimpressão), Lisboa: Editorial Quid Juris.

FERNANDES, L.A. de C. (2010b). *Teoria geral do direito civil II, Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, vol. II, 5.^a ed. Lisboa: Editorial Universidade Católica Editora.

FERNANDES, L.C. & PROENÇA, J.B. (coord.) (2014). *Comentário ao Código Civil, Parte geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

FRADA, M.C. da (2008). A ordem pública no domínio dos contratos. *Studia Iuridica*, vol. 91, *Ad Honorem – 3*, *Boletim da Faculdade de Direito*, pp. 255-267.

FRIES, M. (2020). Data as counter-performance in b2b contracts. In *Data as counter-performance – contract law 2.0?* Col. “The Deutsche Nationalbibliothek”. Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

GT (2018). Art. 29.^o – Grupo de Trabalho do Artigo 29.^o para a Proteção de Dados – *Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 28 de novembro de 2017. Bruxelas.

GT (2017). Art. 29.^o – Grupo de Trabalho do Artigo 29.^o para a Proteção de Dados – *Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados, 16/PT, WP 242 rev.01*, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017. Bruxelas.

HÖRSTER, H.E. & SILVA, E.S.M. da (2019). *A Parte geral do Código Civil Português*, 2.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

KUNER, C., BYGRAVE, L.A., DOCKSEY, C. & DREHLER, L. (2020). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A commentary*. New York: Editorial Oxford.

KULL, I. (2020). Withdrawal from the consent to process personal data provided as counter-performance: Contractual consequences. *Juridiskā zinātne / Law* no. 13, pp. 33-49, Faculty of Law, University of Tartu.

LOHSSE, S., SCHULZE, R. & STAUDENMAYER, D. (eds.) (2020). Data as counter-performance - contract law 2.0? An introduction. In *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”. Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

MARQUES, J.D. (1973). *Noções elementares de direito civil*, 5.^a ed. Lisboa: Editorial Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

METZGER, A. (2017). Data as counter-performance – What rights and duties do parties have? *Jipitec*, vol. 8, pp. 2-8.

METZGER, A. (2020). A market model for personal data: State of play under the new Directive on digital content and digital services. In *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”. Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

NARCISO, M. (2017). Consumer expectations in digital content contracts – An empirical study. *Tilburg Private Law Working Papers Series*, 1, pp. 1-29.

NARCISO, M. (2019). Dados pessoais como contraprestação in contratos de consumo – Breve reflexão. *Anuário da Nova Consumer Lab, Yearbook of the Nova Consumer Lab*, pp. 129-148.

NAVARRO, S.N., LÓPEZ, C.G., CLAVIJO, S.M., GUILLÉN, S.R., MARQUÈS, M.C. & BORGE, I.M. (2017). *Inteligencia artificial, tecnología, derecho y TIC's*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

NETO, A. (2013). *Código Civil anotado*, 18.^a ed. Lisboa: Editorial Ediforum – Edições Jurídicas.

PAIS, S:O. (coord.) (2012). *Princípios de direito da União Europeia*, 2.^a ed. Coimbra: Editorial Almedina.

PASSINHAS, S. (2021). O novo regime de compra e venda de bens de consumo – exegese no novo regime legal. *Revista de Direito Comercial*, pp. 1463-1528.

PINHEIRO, A.S. (coord.), COELHO, C.P., DUARTE, T., GONÇALVES, C.J. & GONÇALVES, C.P. (2018). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Editorial Almedina.

PINTO, C.A. da M., MONTEIRO, A.P. & PINTO, P.M. (2020). *Teoria geral do direito civil*, 5.^a ed. Coimbra: Editorial Gestlegal.

SCHMIDT-KESSEL, M. (2020). Right to withdraw consent to data processing – the effect on the contract. In *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, col. “The Deutsche Nationalbibliothek”. Germany: Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Hart Publishing.

SILVA, N.S. & PINTO, B.C. (2022). Internet das Coisas (IoT): Alguns desafios jurídicos. In *Estudos de direito do consumo*. AAFDL Editora (no prelo).

SILVA, N.S. (2018). *Os atos de aproveitamento de imateriais: Concorrência desleal e propriedade intelectual*. Tese de Doutoramento em Direito. Porto, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

SOUSA, R.V.A.C. (1995). *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.

TASTAN, F.G. (2021). *The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive*. Master's Degree Programme Law and Technology. Tilburg, Tilburg University.

VASCONCELOS, P.L.P. de (2012). *A autorização*. Tese de Doutoramento em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Editorial Coimbra Editora.

VERSACI, G. (2018). Personal data and contract law: Challenges and concerns about the economic exploitation of the right to data protection. *European Review of Contract Law*, vol. 14, pp. 374-392.

VIEIRA, J.A. (2016). *Direitos reais*. Coimbra: Editorial Almedina.

WIEDEMANN, K. (2020). Matter of choice: The German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). *Springerlink, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, pp. 1168-1181.

WENDEHORST, C. (2017). The proposed Digital Content Directive and its implications for the data economy. *XXXII Nordic Conference on Legal Informatics*. Universität Wien.

ZARSKY, T.Z. (2017). Incompatible: The GDPR in the age of Big Data. *Seton Hall Law Review*, University of Haifa – Faculty of Law, vol. 47, no. 4(2), pp. 995-1020.

Websites citados

Markteer, “E se pagasse um chocolate com os seus dados pessoais em vez de dinheiro?”, 07/05/2021. <https://marketeer.sapo.pt/e-se-pagasse-um-chocolate-com-os-seus-dados-pessoais-em-vez-de-dinheiro/>.

Dicionário Priberam, <https://dicionario.priberam.org/>.

Elite Pars, Law Firm News, “Flo Health Improper Data Usage”, 25/10/2021. <https://elitepars.com/flo-health-improper-data-usage/>.

FTC – Federal Trade Commission, Business Blog, “Location, health, and other sensitive information: FTC committed to fully enforcing the law against illegal use and sharing of highly sensitive data”, 11/07/2022. <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/07/location-health-other-sensitive-information-ftc-committed-fully-enforcing-law-against-illegal-use>.

RTP Notícias, por Soares, Mariana Ribeiro, “Acordo obscuro”. Israel vai fornecer dados médicos à farmacêutica Pfizer em troca de vacinas, 19/Jan/2021. https://www.rtp.pt/noticias/mundo/acordo-obscuro-israel-vai-fornecer-dados-medicos-a-farmaceutica-pfizer-em-troca-de-vacinas_n1290510.

Shackleton, part of Accenture Interactive, “Data Pro Quo – The first vending machine where you pay with data”, 06/05/2021. <https://www.shackletongroup.com/en/works/accenture-data-pro-quo>.

Shiru Café powered by Enrission, Inc. <https://global.shirucafe.com/student.php>.

Jurisprudência citada

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 8777/21.3T8LSB-7, de 14-09-2021, (Relator: Luís Filipe Pires de Sousa). <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/oe71bdbb89eaa24a8025876000400276?OpenDocument>.

Ac. do STJ, proc. n.º 129/11.0TCGMR.G1.S1, de 08-01-2015 (Relator: João Trindade). <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe590e765f02909580257dc8003e9214?OpenDocument>.

Ac. do STJ, proc. n.º 04B3891, de 09-12-2004 (Relator: Custódio Montes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55a7cf1693f749f280256f9d0044f1ee?OpenDocument>.

Ac. do Consiglio di Stato, proc. n.º 02631/2021REG.PROV.COLL, de 29-03-2021 (Relator: Stefano Toschei). https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti.

Ac. do TJUE C-40/17, (EU:C:2018:1039), Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV, de 19-12-2018. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209357&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

A qualificação jurídico-penal do ato médico

Os pressupostos do artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal e o significado e o alcance do crime previsto pelo n.º 2 deste artigo

Mariana Franco do Espírito Santo

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Agradecimentos

À minha família:

À minha mãe e ao meu padrasto, por serem os meus maiores exemplos, por me incutirem os mais louváveis valores e por sempre me motivarem a ir atrás dos meus sonhos;

À minha avó Odete, por colocar a minha felicidade como sua prioridade, pela fé que deposita em mim e por fazer tudo o que está a seu alcance para que eu prossiga todos os meus objectivos;

Aos restantes, por todo o apoio, carinho e por serem o meu aconchego.

À minha orientadora, a Professora Doutora Paula Faria:

Palavras não serão suficientes para endereçar os meus maiores agradecimentos e demonstrar a minha profunda gratidão, por todo o auxílio, transmissão de conhecimentos e paciência durante este processo. Esta investigação não poderia ser levada a cabo sem a atenta supervisão desta ilustre jurista e académica, à qual tenho o maior orgulho de dizer ter sido sua aluna e aprendiz.

Aos meus amigos:

Os de longa data e aqueles que tive a felicidade de encontrar durante este bonito percurso, por todas as palavras reconfortantes nos momentos mais difíceis e por toda a compreensão.

Ao Bruno:

Por ser a minha âncora.

Resumo

A par da sua utilidade e relevo social, a actividade médica envolve uma multiplicidade de riscos e, conseqüentemente, a possibilidade de causar severos danos e lesões na saúde dos pacientes. O médico não é um “semi-Deus”, a quem nunca se poderá imputar qualquer tipo de responsabilidade, pelo que o Direito Penal não deve deixar de intervir quando os mais importantes bens jurídicos são afectados. Esta dissertação tem como objecto central a responsabilidade penal dos médicos, isto é, a prática pelos profissionais médicos de crimes associados à sua profissão, que se traduzem em actos lesivos de bens jurídicos como a vida, a integridade física e a saúde.

Em alguns ordenamentos jurídicos, os actos médicos representam violações à integridade física do indivíduo. Já o nosso Código Penal confere, no art. 150.º, n.º 1, uma total autonomia ao enquadramento da intervenção e tratamento médico-cirúrgico, referindo que caso a actuação médica obedeça aos quatro pressupostos presentes nesta norma (i.e., execução por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada, intenção curativa, indicação objectiva e respeito pelas *leges artis*), não se traduzirá numa ofensa corporal. É sobre o significado e a interpretação deste artigo, que configura uma cláusula de exclusão da tipicidade das intervenções médicas na óptica de lesões corporais e do homicídio, que nos iremos debruçar durante esta investigação.

Palavras-chave: Intervenção médico-cirúrgica; *leges artis*; responsabilidade penal; médico.

Advertência

Esta dissertação não segue o novo acordo ortográfico.

Abstract

Within its social utility and importance, medical activity is connected to a deep multiplicity of risks and, consequently, to the possibility of causing severe damage and injuries to patients' health. Medical Doctors are not “demi-Gods”, to whom one may ever impute any kind of responsibility, so Criminal Law does not refrain from intervening when its most important legal goods are being affected. This dissertation focuses on doctors' criminal responsibility, or, in other words, on the criminal practice associated to their profession, which translates into the damage of legal goods, such as life, physical integrity, and health.

To some legal systems, medical acts represent violations to the physical integrity of the individual. For instance, the Portuguese Criminal Law grants, as Article 150(1) states, total autonomy to the medical-surgical treatment and intervention framework, referring that if the medical act obeys to the 4 concepts present in this precept (that is, practiced by doctor or other legally authorized personnel, healing intention, objective indication, and respect for the *leges artis*), such will not translate to corporal injury. It is this exact article – present in an exclusion clause within the typicality of medical interventions from the perspective of corporal injuries and murder – that we will be analysing in this investigation.

Keywords: Medical-surgical intervention; *leges artis*; criminal liability; medical doctor.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo
Art(s).	Artigo(s)
AA. VV.	Vários Autores
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
Etc.	Et Cetera
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
I.e.	Id est
JIC	Juiz de Instrução Criminal
MP	Ministério Público
N.º(s)	Número(s)
OM	Ordem dos Médicos
P(p).	Página(s)
P.p.	Previsto e punido
Séc.	Século
TAC	Tomografia Axial Computorizada
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
1. Enquadramento jurídico	9
1.1. A relação entre o Direito e a Medicina	9
1.2. A responsabilidade penal do médico	11
1.2.1. Breve referência aos tipos legais correspondentes à responsabilidade penal do médico	14
2. A qualificação jurídico-penal do acto médico	14
2.1 Análise do número 1 do artigo 150.º do Código Penal	15
2.1.1. A evolução do artigo 150.º do Código Penal	16
2.1.2. Os elementos estruturantes do número 1 do artigo 150.º do Código Penal	18
2.1.2. a) A qualificação do agente	19
2.1.2. b) A finalidade terapêutica	20
2.1.2. c) A indicação médica	22
2.1.2. d) A observância das <i>leges artis</i>	23
3. O crime de violação das <i>leges artis</i>	25
3.1. Relação com a alínea d) do artigo 144.º do Código Penal	30
3.2. A <i>ratio</i> e o alcance do número 2 do artigo 150.º do Código Penal	31
4. Caso-estudo jurisprudencial	33
Considerações finais	38
Bibliografia	40

Introdução

A presente Dissertação insere-se no âmbito do Mestrado em Direito Criminal na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, e tem por finalidade a análise do significado jurídico-penal do artigo 150.º do Código Penal, referente às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

O ordenamento jurídico português não fica alheio à multiplicidade de riscos que a actividade médica comporta para os bens jurídicos mais importantes dos indivíduos e que são constitucionalmente consagrados, como a vida, a integridade física e a saúde. Tendo presente que se trata de uma actividade com um notório relevo social, a nossa ordem jurídica preocupou-se em definir os actos médicos à luz do Direito Penal, estabelecendo que todas as intervenções realizadas por um profissional médico ou outra pessoa legalmente autorizada, executadas de acordo com as *leges artis*, com finalidade terapêutica e indicação médica não serão reputadas enquanto ofensas à integridade física. Todavia, na eventualidade do profissional de saúde praticar um acto que não respeita todos os pressupostos exigidos por este conceito legal, originando com esse acto uma lesão no corpo do paciente, não ficará impune à responsabilidade penal correspondente.

Com a presente tese, pretendemos contribuir para a clarificação da problemática da responsabilidade penal dos médicos, estando cientes de que não se trata de uma questão simples e isenta de interrogações. Muito embora com tendência para aumentar, são ainda relativamente poucos os processos judiciais relativos a este tema que se encontram presentes nos nossos tribunais.

Em primeiro lugar, iremos proceder ao enquadramento jurídico desta matéria, procurando refletir sobre a interligação entre o Direito e a Medicina, centrando-nos nos pontos em que estas duas grandes áreas podem interceder-se e na forma como o Direito regula a actividade médica em Portugal. Posteriormente, passamos a fazer uma breve análise da responsabilidade penal dos médicos no nosso ordenamento jurídico, referindo de forma sucinta alguns tipos legais de crime que são aplicáveis aos médicos no exercício da sua profissão. De seguida, focamo-nos na definição jurídico-penal de acto médico e na análise ao artigo 150.º, n.º 1, do CP, debruçando-nos sobre a sua evolução histórica e procedendo à contraposição com normas de direito comparado. Subsequentemente, é feita a análise do crime de violação das *leges artis*, presente no n.º 2 do mesmo artigo. Por fim, e de forma a consolidar o que foi dito, é feita uma reflexão sobre um caso jurisprudencial que retrata uma situação concreta em que houve uma acusação por parte do Ministério Público pelo crime do art. 150.º, n.º 2.

Pretendemos, desta forma, que esta investigação seja útil não só para os profissionais do Direito, como também para a própria classe médica, auxiliando na compreensão deste conceito jurídico-penal que é o acto médico, explicitando o que é necessário para que uma intervenção médico-cirúrgica adquira tal qualidade e, desse modo, seja excluída da esfera das ofensas corporais.

1. Enquadramento jurídico

1.1. A relação entre o Direito e a Medicina

A sociedade humana sempre sentiu a necessidade de disciplinar as relações entre as pessoas. A actividade médica é das mais antigas do Mundo, o mesmo podendo dizer-se do Direito, pelo que, “sem a Metodologia do Direito (...) dificilmente se poderá compreender o sub-sistema do Direito da Medicina”¹.

A ideia da auto-regulação da medicina encontra-se plenamente superada. Tal regulamentação desenvolve-se entre a extrema necessidade de prevenir erros, por um lado, e na exiguidade de garantir soluções para essas mesmas falhas, pelo outro. É imperativo que o Direito e a medicina disciplinem a actividade médica. Todavia, nem sempre foi dessa forma.

Da Pré-História até ao período da Alta Idade Média (*i.e.*, até ao século VIII), o médico era reputado um mágico e, simultaneamente, a medicina era altamente desvalorizada, envolta em mistério e magia. Refere Guilherme de Oliveira que “o médico era uma espécie de sacerdote, que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados, as doenças tinham origem divina e o médico era alguém que tinha o poder de actuar sobre a vida e a morte”². Assim, a responsabilidade que eventualmente decorreria dos actos médicos cingia-se a uma responsabilidade religiosa e moral, não jurídica. Durante todos estes séculos, o Direito manteve as suas portas fechadas à medicina.

Foi apenas no início do séc. XX que, testemunhando um aumento dos conhecimentos da medicina, as organizações profissionais procederam à codificação dos principais deveres éticos do médico e à institucionalização dos deveres fundamentais dos pacientes. A responsabilidade penal do médico reconhecida tal como é hoje no Código Penal é uma aquisição, somente, do século passado.

A actividade médica é, de facto, socialmente útil e relevante; contudo, esta profissão comporta muitos riscos e está longe de ser uma ciência exacta, mesmo tendo em conta todo o conhecimento científico e ferramentas tecnológicas de que presentemente dispomos. A medicina é das profissões que envolve mais riscos, até porque *errare humanum est*³ e os profissionais de saúde, enquanto seres humanos que são, cometem lapsos e falhas como quaisquer outros indivíduos. Na verdade, a actuação médica caracteriza-se por uma grande ambivalência: se, por um lado, exprime uma actuação salvadora, por outro, encontra-se fortemente ligada à possibilidade de causar lesões na saúde e na vida dos pacientes.

¹ Pereira, 2012, p. 35.

² Oliveira, 2005, p. 105.

³ *I.e.*, errar é humano.

É facto conhecido que o Direito Penal só deve intervir “quando tal se torne absolutamente necessário, por não existir uma outra forma suficientemente eficaz de protecção do valor essencial em causa e, concomitantemente, quando ela se apresente idónea, eficaz, apta a proteger esse valor”⁴, isto é, quando a tutela dos bens jurídicos considerados vitais e fundamentais à existência do Estado de Direito não for suficientemente garantida por outros ramos do ordenamento jurídico⁵.

Do artigo 18.º, número 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP) decorre que “a lei penal, enquanto lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (...), expressamente prevista na Constituição (art. 27.º, n.º 2), apenas pode intervir para tutelar (e limitando-se ao necessário para tal tutela) outros valores com relevo constitucional (‘direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’)”⁶. O pressuposto da dignidade penal do bem jurídico conjuga-se com o princípio da necessidade de intervenção penal, segundo o qual a lei penal deve restringir-se à intervenção absolutamente necessária para a protecção dos bens jurídicos penais. De acordo com o princípio da subsidiariedade penal, as sanções penais só devem ser aplicadas quando sejam consideradas necessárias para salvaguardar os bens com dignidade penal.

É imprescindível a intervenção do Direito Penal para a protecção dos bens jurídicos fundamentais que podem ser afectados e lesados no âmbito da actuação médica. No entanto, essa intervenção não poderá traduzir-se numa perseguição sem precedentes à actividade médica. Este ramo do Direito não pode, evidentemente, tornar-se uma autêntica “caça às bruxas” ao médico.

Para Sónia Fidalgo, com “o aumento, por todo o lado, de reclamações e processos disciplinares e judiciais, os prestadores de cuidados de saúde têm vindo a mudar a sua atitude no exercício da profissão”⁷, no sentido em que, amedrontados pelos processos relacionados com a negligência médica, os profissionais de saúde começam a esvaziar certas áreas de especialidade médica que mais riscos comportam, como, por exemplo, a medicina obstetrícia e a medicina transfusional. A par disto, os médicos passam a proceder a um número injustificado de diagnósticos e análises que apenas são utilizados como escudo de defesa de eventuais processos judiciais. Incontestavelmente, a medicina defensiva não confere benefícios nem para os pacientes nem para o sistema de saúde.

Sendo conhecida a “guerra fria entre juristas e médicos”⁸, não se pode negligenciar o interesse maior nesta esfera, ou seja, o interesse da “população em geral, e dos doentes, em particular”⁹. Nas palavras de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro: “Se o doente tem

⁴ Cunha, 1995, p. 25.

⁵ Neste sentido, Cunha, 1995, p. 81.

⁶ Cunha, 1995, p. 200.

⁷ Fidalgo, 2009, pp. 22 e 23.

⁸ Cunha, 2003, p. 809.

⁹ Cunha, 2003p. 809

direito de ser tratado por um médico a quem o direito penal se não coíba de pedir inteira responsabilidade, é também do próprio interesse do médico (...) que a ordem jurídica não lhe tolha, mas antes estimule, o afinamento do seu sentimento de responsabilidade”¹⁰.

De forma a evitar esta prática da medicina defensiva, os médicos terão de beneficiar de algum tipo de protecção e tolerância jurídica no exercício da sua actividade. Caso contrário, o médico acabaria por não querer correr riscos, o que implicaria um exercício ineficiente e inviável da sua profissão. Conceição Cunha refere-se mesmo aos “efeitos paralisantes”¹¹ que as queixas contra os médicos podem desencadear, fazendo com que o médico hesite em “actuar do modo que lhe pareceria mais adequado”¹².

Superada a concepção do profissional médico como figura divina, o médico deve obedecer a um comportamento correto e zeloso, seguindo os padrões das *leges artis*¹³, e utilizando eficazmente todos os meios adequados que tem à sua disposição, tendo sempre em consideração as circunstâncias do caso concreto.

1.2. A responsabilidade penal do médico

Diz-nos Conceição Cunha que “o médico não é um mágico ou um ‘semi-Deus’ que apenas possa garantir resultados favoráveis e também não é, por outro lado, um mágico ou um ‘semi-Deus’ a quem nunca se possa ‘pedir contas’. Ou seja, também não está ‘acima’ da responsabilidade jurídica”¹⁴. Quer isto dizer que muito embora a sociedade em geral entenda que a actividade médica comporta, de facto, inúmeros riscos que o profissional médico na maioria das vezes não consegue contornar ou evitar, na realidade o médico não pode ser inteiramente desresponsabilizado pelos seus actos, muito menos quando estes estejam ligados a uma forte violação de deveres de cuidado e ofendam os mais importantes bens jurídico-penais.

O Direito Penal, ou, noutras palavras, o *ius puniendi*¹⁵, é o último ramo do ordenamento jurídico a ser aplicado, funcionando, assim, como a *ultima ratio* de punição, uma vez que as sanções por ele aplicadas intervêm negativamente na liberdade dos cidadãos condenados.

Para um agente ser criminalmente responsabilizado torna-se necessária a prática de uma acção penalmente relevante, ou seja, um facto ilícito típico. De acordo com o

¹⁰ Dias & Side, 1984, p. 61.

¹¹ Cunha, 2003, p. 809.

¹² Cunha, 2003, p. 810.

¹³ *I.e.*, arte médica.

¹⁴ Cunha, 2003, pp. 812 e 813.

¹⁵ Direito de punir do Estado.

princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁶, consagrado no art. 29.º da CRP¹⁷, só são considerados ilícitos penais os que se encontram expressamente tipificados na lei. Simultaneamente, é exigível que o facto contrário ao direito mereça um juízo de censura, *i.e.*, é imprescindível que a acção praticada pelo autor seja culposa.

A responsabilidade penal dos médicos pode ser entendida como responsabilidade pela prática de um crime conexionado com a sua actividade profissional, que contende com bens jurídicos fundamentais da comunidade, como a vida, a integridade física e a saúde psíquica, e que justifica a aplicação de uma pena.

Na esmagadora maioria dos casos não se verifica por parte do médico uma actuação dolosa. Isto é, são raríssimas as situações em que há uma efectiva intenção de provocar danos, pelo que os seus actos, à partida, serão negligentes¹⁸, ou seja, episódios em que o médico agiu com falta de cuidado, zelo e prudência.

No caso das condutas negligentes, o Direito Penal só é mobilizado quando estas colocam em causa bens jurídicos com dignidade penal¹⁹, daí que não se pune todo e qualquer comportamento dito imprudente, mas tão só aquele que lesa os mais valiosos bens jurídicos. Destarte, quando um profissional de saúde actua em violação do seu dever de cuidado, potenciando um risco não permitido que se concretize numa lesão à saúde do paciente, ou causa a sua morte, o Direito Penal não pode deixar de intervir.

Segundo Álvaro Rodrigues, “o médico não tem o dever jurídico de curar o doente, até porque tal não depende exclusivamente da sua vontade, mas tem o indeclinável dever de empreender o tratamento que, de acordo com as regras da ciência médica e no actual estado dos conhecimentos técnico-científicos, é considerado como adequado à cura”²⁰.

Todavia, a averiguação da negligência médica apresenta bastantes dificuldades, cujo apuramento técnico pode ser de difícil compreensão para os juristas e aplicadores da lei. Diz-nos João Lobo Antunes que “antes, a medicina era simples, ineficaz e razoavelmente inócua; agora, é complexa, eficaz e potencialmente perigosa”²¹.

O facto de a responsabilidade penal do médico ser sobretudo percebida ao nível da negligência gera receio no médico relativamente às consequências dos seus actos. A negligência corresponde a uma barreira moral que todos podemos pisar. A negligência não permite estabelecer uma relação psicológica entre o agente e o facto, pelo

¹⁶ Nenhum crime, nenhuma pena, sem (prévia) lei.

¹⁷ “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

¹⁸ A definição de negligência é-nos dada pelo art. 15.º do CP, sendo, então, caracterizada pela violação do cuidado a que o agente está obrigado e de que é capaz (tendo em conta os seus conhecimentos e a capacidade do “homem médio” pertencente à categoria profissional e social a que se insere).

¹⁹ De acordo com Costa Andrade, dignidade penal “é a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspetiva da sua criminalização e punibilidade”, 1992, p. 173.

²⁰ Rodrigues, 2013, p. 12.

²¹ Antunes, 2015, p. 108.

que o que está aqui verdadeiramente em causa é a responsabilidade pelo não cumprimento de um padrão objectivo. A responsabilidade por negligência é uma criação recente do Direito destinada a evitar as consequências de actos não intencionais lesivos de interesses fundamentais das pessoas.

Na perspectiva de Paula Ribeiro de Faria, só faz sentido punir criminalmente um médico quando esteja em causa uma conduta praticada com negligência grosseira, *i.e.*, um comportamento “capaz de revelar um grau particularmente elevado de indiferença e de desrespeito para com os bens jurídicos alheios”. Assim, “actua com negligência grosseira o médico que, tendo sido repetidas vezes chamado para assistir um doente em perigo de vida, se recusa a ir, porque está a assistir ao último episódio da sua novela preferida”. Havendo negligência ligeira, caso haja danos, esses devem ser indemnizados pela via civil, não fazendo sentido o médico responder criminalmente por eles, quando o próprio “direito civil reconhece, atendendo à elevada utilidade social da conduta, que nem sempre é desejável imputar ao profissional o resultado da sua actuação (...) muitas vezes desproporcionado em relação à sua violação de cuidado”.

Em todo o caso, não é só numa perspectiva teórica que se demonstra extremamente difícil apurar a negligência médica. Muito embora se tenha verificado um aumento no número de queixas apresentadas contra médicos por condutas relacionadas com o exercício da sua profissão²², raros são os casos que efectivamente chegam aos tribunais e que se reportam à responsabilidade penal dos profissionais de saúde. Consequentemente, não é fácil falar de jurisprudência nacional neste domínio.

1.2.1. Breve referência aos tipos legais correspondentes à responsabilidade penal do médico

No âmbito da sua profissão, o médico pode preencher um leque variado de tipos legais de crime presentes no nosso Código Penal (CP). Pode afirmar-se que a responsabilidade penal do médico é a responsabilidade do mesmo pela prática de um crime que justifica a aplicação de uma pena. Esta responsabilidade tende a ser apreciada sobretudo em relação a três áreas de tutela fundamentais: as lesões negligentes da vida e da integridade física, as violações da autonomia do doente (art. 156.º do CP) e o respeito pela privacidade dos seus dados pessoais (art. 195.º do CP). Mais recentemente, podemos identificar verdadeiras novidades incriminatórias a este nível, abrangendo, por exemplo,

²² Entre 2017 e 2018 foram abertos 540 processos de responsabilidade penal médica pelo Ministério Público. Desses, apenas 30 acabaram em acusação e o todos os outros foram arquivados – Reportagem de Alexandra Borges, intitulada “Erros médicos matam mais em Portugal do que acidentes de viação”, de 26.02.2019, <https://tvi24.iol.pt/sociedade/investigacao/alexandra-borges-erros-medicos-matam-mais-em-portugal-do-que-acidentes-de-viacao>.

o uso ilícito de computadores, o crime de propagação de doenças contagiosas e o sigilo. Todos estes artigos se relacionam numa integração sistemática e de complementaridade normativa, tendo que ser interpretados dessa mesma maneira.

Actualmente, o CP confere autonomia ao enquadramento da intervenção médica curativa no seu artigo 150.º, uma das normas mais relevantes da actividade médica e que constitui o centro desta investigação, embora tipifique outras condutas relacionadas com a actividade médica.

2. A qualificação jurídico-penal do ato médico

O acto médico é definido, segundo o Regulamento n.º 698/2019, da Ordem dos Médicos²³, no seu art. 6.º, n.º 1, como o acto que “consiste na actividade diagnóstica, prognóstica, de vigilância, de investigação, de perícias médico-legais, de codificação clínica, de auditoria clínica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas farmacológicas e não farmacológicas, de técnicas médicas, cirúrgicas e de reabilitação, de promoção da saúde e prevenção da doença em todas as suas dimensões, designadamente física, mental e social das pessoas, grupos populacionais ou comunidades, no respeito pelos valores deontológicos da profissão médica”.

A legislação penal portuguesa, por sua vez, adopta a expressão “intervenção médico-cirúrgica”, ao invés de acto médico, que Crespi define como uma “actividade destinada a eliminar, atenuar ou a tornar possível a eliminação ou atenuação de um estado anormal do corpo ou da mente de uma pessoa, ou o melhoramento do aspecto exterior da mesma, através de procedimentos praticados por cirurgião, de acordo com os conhecimentos e com o exercício da ciência e da prática médica, que sejam aptos a influenciar de modo relevante – ainda que não necessariamente duradouro – a integridade do organismo humano ou o curso do seu processo biológico”²⁴.

Para determinados ordenamentos jurídicos, a actuação médica, como, por exemplo, a operação de um paciente, é equivalente a uma ofensa à integridade física, no extremo, idêntico ao esfaqueamento de uma pessoa na via pública. Isto porque não há actividade profissional que envolva mais agressões sobre o corpo de um indivíduo (picadela, cortes, administração de anestesia) como a actividade médica. A actividade médica implica várias violações à integridade física de uma pessoa em sentido literal.

²³ Publicado pelo Diário da República, n.º 170/2019, Série II, de 05.09.2019. <https://dre.pt/dre/detalhe/regulamento/698-2019-124448873>.

²⁴ Rodrigues, 2007, p. 44.

Daí que, para o Direito Civil, o acto médico corresponda a uma acção que se reconduz a uma ofensa corporal, cuja ilicitude é afastada pelo recurso à cláusula de exclusão da ilicitude, o consentimento²⁵, conferido, neste caso, pelo paciente.

Já no tocante ao Direito Penal, nas situações em que a intervenção médico-cirúrgica preencha todos os pressupostos a que se refere o artigo 150.º, n.º 1 do CP, esta não se traduzirá numa ofensa corporal, não será vista como uma acção típica, não perfazendo o tipo de ilícito-crime ofensa à integridade física, mesmo que o acto praticado pelo médico comporte em si um resultado menos feliz.

2.1. Análise do número 1 do artigo 150.º do Código Penal

Dispõe o n.º 1, do artigo 150.º, do CP que “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”. Neste sentido, o preceito legal em estudo determina a exclusão da responsabilidade dos médicos no âmbito da “tutela típica das ofensas corporais e do homicídio”²⁶.

A intervenção médico-cirúrgica, desde que projectada com fim terapêutico, realizada com indicação médica e *animus curandi*²⁷, por profissional médico ou outra pessoa legalmente autorizada para o efeito, e com a observância das *leges artis*, não constitui uma conduta típica e penalmente relevante, *i.e.*, não poderá considerar-se um crime contra a integridade física ou contra a vida do paciente, qualquer que seja o resultado da actuação. Assim, “a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *leges artis*”²⁸.

Este artigo veio estabelecer um contra-tipo, ou uma cláusula de exclusão da tipicidade das “intervenções médico-cirúrgicas na perspectiva das ofensas corporais”²⁹ e de homicídio. Os actos médicos são atípicos, ou seja, os danos praticados no corpo do doente não são considerados jurídico-penalmente como ofensas à sua integridade física se se verificarem de forma cumulativa quatro requisitos essenciais (que serão analisados adiante), ainda que a intervenção médica não obtenha qualquer sucesso. Como afirma

²⁵ Estatui o artigo 149.º, n.º 1, do CP que “para efeitos de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.

²⁶ Andrade et al., 1999, p. 305.

²⁷ *I.e.*, intenção de curar.

²⁸ Andrade et al., 1999, p. 305.

²⁹ Andrade et al., 1999, p. 305.

Costa Andrade, no entendimento de Engisch, “a valoração da intervenção médica terá que fazer-se *ex ante*³⁰, não podendo ficar dependente da álea dos resultados”³¹.

No que à decisão político-criminal de tornar atípicas a intervenção médico-cirúrgica do ponto de vista das ofensas corporais diz respeito, há que tecer as seguintes considerações. O médico assume um risco socialmente tolerado, permitido e vantajoso. A classe médica tem de beneficiar de protecção jurídica, porque de outra forma acabaria por se verificar o fenómeno da medicina defensiva³², de tal maneira que o médico acabaria por não querer exercer a sua profissão.

Sob outra perspectiva, a atipicidade da actuação médica permite um recorte mais vincado de valores ou interesses que importam à área de tutela da integridade física em relação aos crimes contra a liberdade³³. Assim, “para a exclusão das intervenções médico-cirúrgicas da factualidade típica das ofensas corporais é igualmente irrelevante a existência ou não de consentimento”³⁴. A autonomia e autodeterminação do doente são bens jurídicos diferenciados. Desse modo, um profissional de saúde que realize uma intervenção médica que cumpra com todos os pressupostos do art. 150.º, n.º 1 e que, por isso, não seja considerada uma ofensa corporal, não havendo um prévio consentimento do paciente para essa actuação, violará a liberdade do doente de dispor do corpo e da própria vida³⁵ e, portanto, será criminalmente responsabilizado pelo art. 156.º do CP³⁶.

2.1.1. A evolução do artigo 150.º do Código Penal

Foi na reunião da Comissão encarregada de rever o Anteprojecto do Código Penal de 1966 — Parte Especial ³⁷ que o Prof. Eduardo Correia, presidente do projecto, alertou para a importância de afastar as intervenções médicas do campo das ofensas corporais, ao afirmar o seguinte: “Segundo uns, as intervenções médicas não cabem no tipo das ofensas corporais ou de homicídio; segundo outros, as intervenções são típicas mas assiste-lhes uma causa de justificação baseada no consentimento; ainda segundo outros, as intervenções médicas estão abrangidas pelo exercício de um direito profissional dos médicos. A última solução repugna-nos, por representar uma entrega total desta matéria a critérios médicos. A segunda é insuficiente, na medida em que mantém o carácter típico

³⁰ *I.e.*, antes do facto.

³¹ Andrade et al., 1999, p. 305.

³² Já anteriormente referenciado nesta investigação.

³³ Andrade et al., 1999, p. 306.

³⁴ Andrade et al., 1999, p. 306.

³⁵ Andrade et al., 1999, p. 306.

³⁶ Art. 156.º, n.º 1 estatui que “As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

³⁷ Rodrigues, 2013, p. 11.

das intervenções médicas. Resta-nos a primeira solução”³⁸. Desse modo, foi então discutido o art. 162.^o³⁹ do Projecto.

Assim sendo, em 1982, o legislador penal introduziu o regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos consagrado no art. 150.^o CP que, como já é do nosso conhecimento, veio estabelecer a exclusão da responsabilidade da classe médica no âmbito das ofensas corporais e homicídio, ao nível da tipicidade. Até então, a doutrina e jurisprudência classificavam os actos médicos como danos corporais típicos, a intervenção médica constituía um crime de ofensa à integridade física, porém beneficiava “de uma causa de justificação baseada no consentimento”⁴⁰ prestado pelo paciente.

Os n.ºs 2 e 3 do actual artigo 150.^o do CP não constavam no Projecto de 1966. Somente na reforma penal de 1998 os referidos dispositivos foram incluídos no artigo em apreço e a sua introdução visou “resolver o caso da violação das *leges artis*, cuja submissão ao regime geral de responsabilidade criminal através das ofensas à integridade física se não afigurava satisfatória”⁴¹. Destarte, um médico ou outro profissional de saúde que proceda a uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com intenção terapêutica e fim curativo, contudo, violando as *leges artis*, “passará a ser punido se se verificarem os demais pressupostos do n.º 2, o que não sucedia anteriormente”⁴².

Muito embora a solução perfilhada pela doutrina e jurisprudência portuguesa no respeitante à tutela das intervenções médico-cirúrgicas seja semelhante à adoptada pelo direito penal austríaco, a verdade é que o artigo 150.^o do CP não encontra “correspondente no direito nacional pretérito, nem no direito estrangeiro”⁴³, nem há qualquer preceito com teor equivalente ao deste artigo em qualquer outro ordenamento jurídico.

Finalmente, não obstante o ordenamento jurídico alemão ter servido de fonte de inspiração do nosso actual CP, a solução adoptada por este ordenamento não é a que foi adoptada por nós. De acordo com a doutrina germânica, a actuação médica deixa incluir-se no âmbito das ofensas à integridade física, e a ilicitude é afastada pelo consentimento livre e esclarecido do paciente.

³⁸ Gonçalves, 1999, p. 511.

³⁹ Fonte do n.º 1, do artigo 150.^o, do Código Penal.

⁴⁰ Rodrigues, 2013, p. 11.

⁴¹ Gonçalves, 1999, p. 511.

⁴² Gonçalves, 1999, p. 511.

⁴³ Albuquerque, 2010, p. 456.

2.1.2. Os elementos estruturantes do número 1 do artigo 150.º do Código Penal

Do acima exposto, facilmente se deduz que “a intervenção médico-cirúrgica com fim terapêutico realizada com indicação médica e em conformidade com as *leges artis* não constitui crime, é desde logo atípica”⁴⁴. Os actos médicos, à partida, não constituirão ofensas à integridade física do paciente, até porque a finalidade pretendida é nada mais que a cura e o tratamento do mesmo paciente.

Todavia, para que se justifique a atipicidade das intervenções médicas face aos crimes contra a integridade física e para que não constituam condutas típicas e penalmente relevantes, o artigo 150.º do CP exige a verificação cumulativa de quatro requisitos bastante rigorosos, dois deles subjectivos, e os outros dois objectivos. Nas palavras de Costa Andrade, “do lado subjectivo exige-se, para além da específica qualificação do agente (há-se tratar-se de “médico ou pessoa legalmente autorizada”), a intenção terapêutica, compreendida pela lei portuguesa em termos particularmente amplos, abrangendo tanto o diagnóstico como a prevenção. Enquanto isto e do lado objectivo, exige-se a indicação médica e a realização segundo as *leges artis*”⁴⁵. São estes quatro elementos que procedem à construção do conceito e definição legal de intervenção médico-cirúrgica.

Noutros termos, para que o acto médico seja excluído da esfera das ofensas corporais típicas é necessário que seja executado por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada (o autor do facto tem de deter uma determinada qualidade), e é exigido igualmente que o médico actue com uma intenção curativa, isto é, que não actue com intenção de prejudicar a integridade física do doente, mas sim procurando o seu benefício. No prisma objectivo, é preciso que exista uma indicação objectiva para o tratamento, ou seja, que a intervenção numa ponderação global apresente um maior leque de vantagens do que desvantagens, e, finalmente, é fundamental que o profissional de saúde obedeça às *leges artis* que decorrem dos manuais, das práticas médicas e das ordens estabelecidas pelos próprios serviços.

Por conseguinte, um profissional de saúde cuja conduta obedeça a todos estes pressupostos nunca poderá incorrer no crime de ofensas à integridade física ou de homicídio do paciente, pelo que se aplica a cláusula de atipicidade das intervenções médicas, ainda que a conduta do médico não venha a ser bem-sucedida, acabando por “fracassar, não debelando ou minorando a doença ou, até, provocando a morte do doente”⁴⁶.

⁴⁴ Albuquerque, 2010, p. 456.

⁴⁵ Andrade et al, 2012, p. 463.

⁴⁶ Brito, 2002, p. 312.

Sublinha-se, desta forma, a ideia de que não são os resultados das intervenções médico-cirúrgicas que determinam a sua atipicidade, mas antes a presença dos quatro elementos assinalados no momento do acto médico. Na óptica de English, “a valoração da intervenção médica terá de fazer-se *ex ante*, não podendo ficar dependente da álea dos resultados”⁴⁷.

Atente-se, por fim, à ausência da obrigatoriedade do consentimento do doente da lista de pressupostos que edificam a qualificação jurídica da intervenção médico-cirúrgica. A autonomia, vontade, decisão e auto-determinação do paciente são bens jurídicos distintos da sua vida e integridade física. Logo, um médico que pratique um acto que cumpra com todos os elementos estruturantes do artigo 150.º, n.º 1 do CP, mas que não tenha obtido o consentimento do doente para a realização da intervenção, responderá pelo artigo 156.º do mesmo diploma legal, que, por sua vez, se refere ao crime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias.

Analisaremos agora cada um dos requisitos legais do artigo 150.º do CP.

2.1.2. a) A qualificação do agente

Como primeiro elemento subjetivo, a lei exige que o agente que realize a intervenção médico-cirúrgica detenha uma certa qualidade, isto é, que seja um médico ou pessoa legalmente autorizada e especialmente qualificada a praticar tais actos. Assim, é mencionado por Teresa Quintela de Brito, escapam ao regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos os actos praticados por leigos ou curandeiros⁴⁸.

Outras pessoas legalmente autorizadas a praticar actos médicos deverão ser entendidas como “o pessoal de enfermagem e outros técnicos de saúde com competência para ministrar substâncias medicamentosas e intervir no organismo humano, mediante exercício autorizado por entidade pública com poderes de tutela”⁴⁹.

Podemos, no entanto, questionar se toda a acção praticada por qualquer agente não qualificado deve ser, sem qualquer excepção, considerada ilícita. Em princípio, as intervenções médico-cirúrgicas realizadas por não médicos ou pessoas legalmente autorizadas constituirão crimes dolosos contra a integridade física do sujeito passivo, quando haja, claro está, vontade de lesar o corpo do dito “paciente”. Contudo, em certos casos, pode observar-se uma intenção curativa por parte do agente e, até mesmo, o desencadeamento de resultados positivos e, conseqüentemente, uma diminuição de riscos na integridade física do “doente”. Nestas situações há autores que defendem que não estamos perante um crime contra a integridade física.

⁴⁷ Andrade et al., 1999, p. 305.

⁴⁸ Brito, 2002, p. 372.

⁴⁹ Brito, 2002, p. 24.

Teresa Quintela Brito justifica esta posição atendendo à diminuição do risco em que se encontra o paciente através da acção praticada pelo leigo⁵⁰. Neste sentido, refere igualmente Rui Pereira que “se alguém levar a cabo a intervenção ou tratamento sem a necessária autorização legal, mas com fim curativo o seu comportamento não será típico desde que o fim prosseguido haja sido alcançado”⁵¹. Já Fernando Silva é mais abrangente e diz que, nestes casos, o não médico não é responsabilizado, “mas por via da inexistência de nexo de causalidade, por força da diminuição do risco, ou pela exclusão da sua ilicitude”⁵². Não obstante, afirmam os referidos penalistas que se verifica, ainda assim, o crime de usurpação de funções p.p. pelo art. 358.º, b), do CP.

Contrariamente, Álvaro Rodrigues entende que um resultado positivo e diminuidor de riscos da saúde do paciente, por si só, não basta para justificar a exclusão da tipicidade do crime de ofensas corporais, referindo que “mesmo nos casos de inexistência de agravamento da saúde, antes tendo resultado a sua melhoria, poderá ter ocorrido lesão corporal, um ferimento, uma cauterização, por exemplo, sem olvidar que o conceito das ofensas à integridade física é um conceito normativo (Normativerbegriff), não dependendo da aparência ou da extensão da lesão, pelo que uma injeção ou uma punção traduzem-se numa ofensa, se não ocorrer qualquer causa de exclusão de tipicidade ou da ilicitude”⁵³.

Não podemos esquecer que “a ilicitude da intervenção de pessoa não legalmente autorizada poderá ser afastada por consentimento sério, livre e esclarecido do paciente”.⁵⁴ No entanto, as intervenções dos curandeiros baseiam-se no “ocultismo a que recorrem como método de cura”⁵⁵, as intervenções dos curandeiros baseiam-se no ocultismo a que recorrem dificilmente conciliável com o indispensável esclarecimento indubitavelmente ligado ao consentimento, pelo que a ilicitude das intervenções destas pessoas não poderá ser afastada pela via do consentimento, nem muito menos preencher os requisitos da qualificação jurídico-penal de acto médico.

2.1.2. b) A finalidade terapêutica

Como o próprio artigo 150.º, n.º 1, do CP indica, a intenção curativa consiste em “prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar a doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”, ou seja, relaciona-se com toda a acção médica dirigida ao melhoramento da saúde do paciente, ao restabelecimento funcional do organismo ou

⁵⁰ Brito, 2002, p. 372.

⁵¹ Pereira, 1990, pp. 37 e 38.

⁵² Silva, 2007, p. 271.

⁵³ Rodrigues, 2013, p. 25.

⁵⁴ Brito, 2002, p. 373.

⁵⁵ Brito, 2002, p. 373.

ao alívio do sofrimento físico ou psíquico do mesmo. Deste modo, a finalidade do acto médico tem de dirigir-se a melhorar a saúde (física ou psíquica) do paciente, sendo este o seu beneficiário direto.

As intervenções que têm em vista uma experimentação pura não terapêutica, como por exemplo a homeopatia, ficam automaticamente fora da *ratio* desta norma, visto que não é o doente o beneficiário imediato da intervenção. A par destes “tratamentos” ficam também excluídos os exames que não têm como objectivo o diagnóstico do doente, como é o caso do exame angiográfico para determinação da morte cerebral.

Como figura intermédia entre a intervenção com finalidade terapêutica e a experimentação pura existe o que se designa por “experimentação terapêutica”. Esta consiste no tratamento em que “no interesse do paciente e na falta de outros métodos, o médico recorre a meios de tratamento não suficientemente consolidados, cujas consequências ainda não se conseguem antecipar e controlar com segurança”⁵⁶. Existe uma certa divergência doutrinal à volta da inclusão deste tipo de tratamentos não plenamente consolidados no âmbito do art. 150.º, n.º 1, do CP. Apesar de reconhecermos a ambiguidade que a inclusão dos métodos de experimentação terapêutica neste regime pode gerar, tal como mencionaremos mais à frente, somos da opinião que em certos e determinados casos, utilizados em *ultima ratio* para salvar a vida do paciente, poderão ser equiparados ao conceito jurídico-penal de intervenção médico-cirúrgica, muito embora não revestindo uma finalidade completamente terapêutica.

No que aos tratamentos cosméticos diz respeito, só aqueles que visam efectivamente minorar uma patologia física ou psíquica do paciente e que constituam “correções do foro ortopédico e as intervenções destinadas a eliminar a causa de limitações pessoais a nível da comunicação intersubjetiva, de modo a superar o sofrimento”⁵⁷ enquadrar-se-ão no âmbito do artigo em estudo. Todos os restantes serão perspectivados como ofensas à integridade física, cuja ilicitude poderá ser afastada mediante o consentimento do visado.

No tocante aos tratamentos de esterilização e castração, quando haja indicação médica, estes integram o conceito de intervenção médico-cirúrgica, salvo quando a primeira seja realizada para evitar gravidez, e a segunda seja criminológica, ou seja, “destinada a remover o perigo de comissão de crimes sexuais ou de crimes contra a vida”⁵⁸.

Por fim, relativamente às operações no caso de transexualismo faz-se notar maior divergência de pontos de vista. Estas operações visam a correção dos caracteres

⁵⁶ Brito, 2002, p. 373.

⁵⁷ Andrade et al., 2012, pp. 467 e 468.

⁵⁸ Brito, 2002, p. 374.

somático-exteriores de pertença a um sexo com o qual o indivíduo não se identifica a nível visual, emocional e psíquico⁵⁹. A nosso ver, nada obsta a que este tipo de intervenções seja inserido no escopo do artigo 150.º, n.º 1, do CP, desde que preenchidos os restantes pressupostos. Isto, pelo simples motivo de que a mudança de sexo visa colmatar patologias psíquicas do paciente, no sentido em que, identificando-se com um género diferente do qual nasceu, viverá numa constante dor e sofrimento, havendo, portanto, finalidade terapêutica neste tratamento médico.

2.1.2. c) A indicação médica

Da óptica objectiva, a intervenção médico-cirúrgica tem de se revelar medicamente indicada para a concreta situação do paciente. De acordo com English, medicamente indicado é o “tratamento médico, reclamado por uma doença, *ex ante* considerado como idóneo, que não pode evitar-se recorrendo a método mais benigno e de idoneidade relativamente equivalente e proporcionado à gravidade da doença”⁶⁰. Desta forma, o médico terá de fazer uma ponderação global de riscos e vantagens relativamente à escolha da intervenção em detrimento dos restantes tratamentos possíveis, optando por aquele que melhor se adegue à cura e benefício do doente. Para tal, o profissional de saúde terá de se munir de todo o saber relativamente aos detalhes dos tratamentos disponíveis e analisar a específica situação clínica do visado, atendendo aos seus antecedentes médicos, possíveis alergias, chances de recuperação, etc.

Neste sentido, a opção pelo tratamento é feita segundo o entendimento da medicina académica ou institucional e não só. Há que notar que o artigo 18.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, veio equiparar as terapêuticas não convencionais às intervenções médico-cirúrgicas, sendo aplicável o mesmo regime jurídico-penal. De acordo com o artigo 3.º do mesmo diploma legal, “consideram-se terapêuticas não convencionais aquelas que partem de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplicam processos específicos de diagnóstico e terapêuticas próprias” e são, por exemplo, a acupuntura, a fitoterapia, a naturopatia, a osteopatia, a quiropraxia e a medicina tradicional chinesa⁶¹. Já as experimentações puras nunca poderão ser consideradas medicamente indicadas.

No que concerne à figura *sui generis* da experimentação terapêutica, muito embora esta seja caracterizada pela utilização de meios não suficientemente consolidados e, portanto, ainda experimentais, entendemos que, em certas

⁵⁹ Neste sentido, Brito, 2002, p. 374.

⁶⁰ Andrade et al., 2012, pp. 469 e 479.

⁶¹ Exemplos dados pela Direção Geral do Ensino Superior - <https://www.dges.gov.pt/pt/pagina/terapeuticas-nao-convencionais>.

circunstâncias, poderá revelar ser a intervenção mais indicada. Imaginemos, para isso, o caso do médico que já tenha empregado todos os tratamentos que, à primeira vista, se mostravam ser os mais favoráveis à cura do paciente, mas que não culminaram num resultado positivo, e que, num momento crucial para o doente, estando este entre a vida e a morte, o profissional de saúde utiliza um método ainda em fase experimental sendo a única opção restante. Deverá este ser criminalmente condenado? Entendemos que não. Neste sentido, Álvaro Rodrigues afirma que “as exigências de interpretação não devem ser levadas a ponto de se considerar como crime de ofensa à integridade física aquele método terapêutico num doente sem esperança, embora ainda não ‘suficientemente’ comprovado”⁶².

Não olvidemos, todavia, que “qualquer tratamento médico contém uma componente experimental, uma vertente de ensaio clínico, já porque cada doente é um caso específico”⁶³.

2.1.2. d) A observância das *leges artis*

Finalmente, como último pressuposto do n.º 1 do artigo 150.º do CP, e de natureza objectiva, temos a concordância da intervenção médica com as *leges artis*. De acordo com o n.º 1 do art. 4.º do Código Deontológico dos Médicos, “o médico deve exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis*, com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade”. De facto, este elemento nuclear assume extrema importância no âmbito do Direito Médico e, possivelmente, é o que gera maiores incertezas dada a sua similitude com outros conceitos.

As regras da arte médica são definidas por vários autores. Para Álvaro da Cunha Rodrigues, trata-se de “regras deontológicas e técnicas da profissão, que podem estar escritas em protocolos, *guidelines*, circulares da Direção de Saúde, registadas em atas de reuniões médicas onde se deliberou sobre *modus procedendi* em determinadas circunstâncias, ou podem, pura e simplesmente, ser resultantes dos hábitos convalidados da profissão”⁶⁴. Na mesma linha de pensamento, Paulo Pinto de Albuquerque refere que “a concordância com as *leges artis* consiste na observância das regras teóricas e práticas de profilaxia, diagnóstico e tratamento aplicáveis no caso concreto, em função das características do doente e dos recursos disponíveis pelo médico”⁶⁵. Por sua vez, Costa Andrade, no seu comentário ao artigo 150.º do CP, estabelece que *leges artis* são “as

⁶² Rodrigues, 2013, p. 15.

⁶³ Rodrigues, 2013, p. 21.

⁶⁴ Rodrigues, 2016.

⁶⁵ Albuquerque, 2010, p. 457.

regras generalizadamente reconhecidas pela ciência médica (...) e os demais gerais deveres de cuidado do tráfego médico”⁶⁶.

Assim, este conceito tanto médico quanto jurídico engloba um conjunto de regras e boas práticas de conhecimento técnico da medicina (*know-how*), reconhecidas como as mais adequadas para uma situação individual, e inclui princípios éticos, deontológicos e científicos que devem ser observados por todos os profissionais de saúde. Estes deveres, diz Teresa Quintela Brito, “respeitam tanto o diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto a execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica”⁶⁷.

Não se pode confundir, no entanto, a observância das *leges artis* com a indicação objectiva da intervenção médica. Há uma certa interdependência entre os conceitos, visto que todo o tratamento deve seguir as regras da arte médica, e, dessa forma, a indicação da intervenção mais adequada ao caso concreto pressupõe a correspondência com o formulado pelas *leges artis*, isto é, o tratamento medicamente indicado deve seguir as *leges artis*, daí que a “indicação médica depende da aplicação correta daquelas regras”⁶⁸. Para Costa Andrade, entre a indicação médica e as *leges artis* há uma distinção de “índole fundamentalmente conceitual, já que tanto os erros cometidos ao nível do diagnóstico e da escolha da terapia (indicação médica) como ao nível da execução (*leges artis*) excluirão o facto da figura e do regime dos tratamentos médico-cirúrgicos”⁶⁹.

Ao profissional de saúde não é imposta a observância das *leges artis* somente na hora da escolha da intervenção médica, estas têm de estar presentes, conforme supra-referido, também no momento da execução do acto médico e, ainda, numa fase anterior, a de diagnóstico.

De igual forma, a violação das *leges artis* não corresponde por inteiro à violação dos deveres de cuidado a que o médico está adstrito, pelo que “a norma técnica, a ordem de serviço, a *guideline*, podem ter sido violadas pelo médico em circunstâncias de espaço e tempo, e em condições psicológicas e internas, que não permitem identificar a violação do dever, ou afirmar a previsibilidade ou inevitabilidade do resultado a partir dessa violação”⁷⁰. Ora, suponhamos que um médico está a realizar uma cirurgia e com a ânsia de comparecer a horas à reserva do restaurante que fez, encurta o procedimento. Não é o juiz que tem de valorar se o encurtamento da operação traduz uma violação das *leges artis*. Este terá de se valer da opinião de um perito para analisar se o tempo da intervenção médica se afigurou suficiente ou não, uma vez que a violação das *leges artis* é um critério médico do qual os aplicadores da justiça não têm conhecimento.

⁶⁶ Andrade et al, 2012, p. 470.

⁶⁷ Brito, 2002, p. 376.

⁶⁸ AA. VV, 2021, p. 55.

⁶⁹ Andrade, 2012, p. 470.

⁷⁰ Faria, 2022, p. 686.

A violação do dever de cuidado não decorre directamente da violação das *leges artis*. A primeira é uma valoração jurídica e um juízo específico do tribunal que entra em acção após a verificação da inobservância das regras da arte médica. Ou seja, o juiz, de maneira a decidir se houve violação do dever de cuidado pelo médico (diga-se, negligência), terá de ter em conta a violação das *leges artis* definidas de antemão pelo perito, como também as circunstâncias do caso a que se refere o art. 15.º do CP, isto é, o estado do doente, o cansaço do médico, a possível falta de ajudantes do profissional de saúde, etc., “como forma de identificar o que lhe era exigível no caso concreto”⁷¹.

No entanto, pensamento idêntico não partilha Costa Andrade, indicando que a violação das *leges artis* corresponde à “inobservância de qualquer dos diferentes deveres de cuidado que impendem sobre o médico na diversidade das circunstâncias, modalidades de acção e sucessivos estádios do *iter* terapêutico”⁷².

Também o erro médico poderá ser perspectivado como sobreponível à violação das *leges artis*. Contudo, tal não é tão linear, na medida em que “pode haver violação das *leges artis* sem que, necessariamente, ocorra um erro médico e nem todo o erro médico há-de ser consequência necessária de uma violação das *leges artis*”⁷³. Erro médico, *leges artis* e deveres de cuidado são conceitos autónomos, embora semelhantes. Pode acontecer, naturalmente, que num tratamento médico tenha sido cometido um erro médico, mas de forma involuntária, não intencional ou acidental, aliado àqueles que são os próprios riscos desta profissão e, com isso, não quer dizer que houve uma violação de regras *know-how* médicas por parte do profissional de saúde, que até pode ter sido o mais diligente e cuidadoso possível na situação concreta e obedecido a todas as *leges artis* impostas.

3. O crime de violação das *leges artis*

O número 2, do artigo 150.º, eliminado do CP com a reforma de 1995, porém reintroduzido pelo legislador pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, estatui que “As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

⁷¹ Faria, 2022, p. 686.

⁷² Andrade, 1990, p. 482.

⁷³ Rodrigues, 2013, p. 23.

A adição do número 2 ao artigo não foi despropositada. A ideia terá sido a de alargar o leque de crimes imputáveis aos profissionais de saúde e, simultaneamente, “resolver o caso da violação das *leges artis*, cuja submissão ao regime geral de responsabilidade criminal através das ofensas à integridade física se não afigurava satisfatória”⁷⁴. Deste modo, é criminalizada a actuação do médico que, apesar de obedecer aos restantes elementos estruturantes do n.º 1 do artigo 150.º, viola as *leges artis*, criando assim um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa à integridade física ou saúde de outrem.

Como menciona Costa Andrade, “não é fácil interpretar e demarcar o âmbito de aplicação deste preceito”⁷⁵. Estamos perante situações em que o médico viola conscientemente as *leges artis* e com isso cria perigo para a vida ou integridade física do doente. Evidentemente, com tal actuação, o médico não tem intenção de matar o paciente (até porque, assim sendo, incorreria no crime de homicídio, na forma dolosa ou tentada), mas tem conhecimento e aceita que está a criar um perigo para a sua saúde. O que à primeira vista aparenta ser uma situação demasiadamente hipotética, à medida que se vai descortinando o tipo legal certos cenários começam a figurar-se facilmente plausíveis. Imaginemos, para isso, a situação representada num “episódio da série de televisão (Outlander), em que a médica, apesar de constantemente avisada pelos seus assistentes que os batimentos cardíacos do doente estão a perder força, insiste em continuar a intervenção para evitar a amputação da sua perna, o que vem a conseguir”⁷⁶. Neste exemplo, a médica vai mais do que ao limite das possibilidades do paciente, alargando a duração da intervenção, quando tal não era permitido, porém fá-lo com o intuito de salvar a perna do doente. A médica violou conscientemente as *leges artis* e houve dolo eventual em relação à morte do paciente, contudo a profissional de saúde não deixou de ter uma intenção curativa face ao doente⁷⁷. “A finalidade curativa mostra-se aqui compatível com o dolo eventual em relação à morte do doente, porque a médica continua a ter uma intenção global de tratar o doente”⁷⁸. Não havendo uma efectiva ofensa corporal, a única punição possível desta médica seria a do crime de criação de perigo por violação das *leges artis*, presente no n.º 2 do artigo 150.º.

Este preceito configura um crime específico próprio, visto que o tipo de ilícito pressupõe uma qualidade especial do agente, ou seja, a actuação tem de ser praticada por um profissional médico ou pessoa legalmente autorizada. É esta particular qualidade dos sujeitos activos que fundamenta a ilicitude. Trata-se também de um crime de perigo

⁷⁴ Gonçalves, 1999, p. 511.

⁷⁵ Andrade et al, 2012, p. 471.

⁷⁶ Faria, 2022, pp. 692 e 693.

⁷⁷ Faria, 2022, p. 693.

⁷⁸ Faria, 2022, p. 693.

concreto para a vida, integridade física ou saúde do sujeito passivo, não deixando, desta forma, de pertencer ao capítulo dos crimes contra a integridade física, pelo que “a única diferença relativamente aos demais crimes inseridos no mesmo Capítulo reside na sua natureza de puro crime de perigo”⁷⁹.

No plano subjectivo, só há punição a título de dolo por força do disposto no art. 13.º do CP. Há uma conduta activa por parte do profissional de saúde em que o mesmo viola dolosamente as *leges artis* com criação do perigo para a vida do doente. Deste modo, é exigido dolo em relação a dois planos distintos: num primeiro momento, dolo quanto à violação das *leges artis*, e, num segundo momento, dolo no que concerne à criação de perigo para a saúde, corpo, ou para a vida do paciente. O dolo poderá configurar qualquer uma das suas modalidades (directo, necessário ou eventual).

Esta incriminação visa proteger bens jurídicos como a vida e a integridade física, dado que, como já supra-mencionado, encontra-se inserida no capítulo III, referente aos crimes contra a integridade física.

A parte final do artigo incorpora uma cláusula de subsidiariedade expressa através da frase “se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”. Desta maneira, torna-se inequívoco o carácter subsidiário do preceito em questão. Tal como referido por Teresa Quintela de Brito “o art. 150.º, n.º 2, não veio introduzir qualquer desvio ao regime geral dos crimes contra a integridade física. Pelo contrário, quis deixá-lo intocado. Limitou-se a incriminar situações não abrangidas pelos demais crimes contra a integridade física”⁸⁰. Na mesma linha de pensamento menciona Maia Gonçalves que “este dispositivo não obsta à aplicação do regime geral sancionatório do homicídio e a ofensa à integridade física, constituindo apenas um modo de antecipação e reforço de tutela penal dos bens jurídicos em causa e só se aplica, subsidiariamente, se a factualidade não integrar crime mais grave”⁸¹. Com efeito, se o médico, violando as *leges artis*, causar alguma ofensa corporal ao paciente através da sua intervenção, mesmo estando presente a intenção terapêutica, o crime deixa de ser meramente de perigo e passa a ser de resultado, portanto, tendo o profissional médico causado danos, terá de responder penalmente por esse facto, seja através do crime de ofensa à integridade física, art. 143.º, ou do crime de homicídio, art. 131.º, quando o resultado seja mesmo a morte do doente.

Questão relevante que agora se coloca prende-se com o facto de este tipo legal exigir o preenchimento de todos os requisitos da definição legal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos presente no n.º 1 do art. 150.º, salvo o respeito pelas *leges*

⁷⁹ Brito, 2002b, p. 377.

⁸⁰ Brito, 2002b, p. 377.

⁸¹ Gonçalves, 1999, p. 511.

*artis*⁸². Isto é, o crime de violação das *leges artis* pressupõe a própria definição de tratamento médico, o que acaba por ser um pouco contraditório. Ou seja, inicialmente, o Direito diz-nos o que são intervenções médicas na óptica jurídico-penal, indicando-nos que estas deverão preencher certos pressupostos, dos quais, um deles, a observância das *leges artis*, de forma a tornarem-se atípicas e não configuráveis em ofensas corporais; contudo, mais tarde, no n.º 2 do art. 150.º, assume que há de igual modo um acto médico com intenção curativa, ainda que em violação das *leges artis*. Há a problemática de esta incriminação não obedecer a um dos elementos estruturantes das intervenções médico-cirúrgicas e, ainda assim, ser perspectivada enquanto tal.

Posto isto, retira-se a ideia de que a qualificação de um acto enquanto intervenção médico-cirúrgica não depende por completo de todos os pressupostos indicados, nomeadamente o do respeito pelas *leges artis*. A ausência deste requisito não determina, à partida, a reposição da tipicidade do acto enquanto ofensa à integridade física.

Ponto de vista divergente tinha Costa Andrade em 1999, no seu contributo ao comentário ao artigo 150.º do CP, quando afirmou que “uma intervenção médico-cirúrgica levada a cabo com violação – e sobretudo com violação dolosa – das *leges artis* configura uma ofensa corporal típica”⁸³. Todavia, já na segunda edição do Comentário Conimbricense, em 2012, este autor alterou a sua posição e aponta que, “para além de não pôr em causa a definição de intervenção e tratamento médico-cirúrgico prescrita pelo n.º 1, tudo (...) parece conjugar-se no sentido de que o n.º 2 se reporta ainda a uma intervenção e tratamento médico-cirúrgico. Que de particular tem apenas a circunstância de a sua execução estar marcada pela violação das *leges artis*”⁸⁴.

O mesmo penalista justifica a sua tese indicando que apenas as intervenções que embora mais tarde sejam caracterizadas pela violação das *leges artis*, num momento inicial, o da decisão, respeitaram todos os pressupostos do n.º 1 do artigo 150.º, legitimam a qualificação da conduta do médico como uma intervenção médico-cirúrgica⁸⁵. Assim, não são todos os actos médicos violadores das *leges artis* que, respeitando os demais elementos, continuam a consubstanciar em tratamentos médico-cirúrgicos à luz do Direito Penal. Em alguma ocasião já terão revestido todos os quatro requisitos das intervenções médico-cirúrgicas, mesmo que, na execução, tenha ocorrido um desvio às regras da arte médica. Falamos, “na maior parte dos casos, de situações em que a intervenção começa por reunir todos os pressupostos da intervenção médico-cirúrgica, que só perde no decurso da sua execução, mantendo genericamente essa

⁸² Cunha, 2003, p. 833.

⁸³ Andrade et al., 1999, p. 313.

⁸⁴ Andrade et al., 2012, p. 472.

⁸⁵ Andrade et al., 2012, p. 472.

qualidade”⁸⁶. Para Paula Ribeiro de Faria, “Costa Andrade escapa ao problema da qualificação da intervenção prevista pelo artigo 150.º, n.º 2, como intervenção médica curativa, ou como ofensa corporal, qualificando este regime como um regime específico, intermédio, entre uma realidade e outra: a conduta do médico que infringe as *leges artis* perde a qualidade de intervenção médica, constituindo, em princípio, uma ofensa corporal. Só subsidiariamente, quando não se preenchem os pressupostos dos tipos legais de crime correspondentes, é que a conduta do médico pode integrar-se no artigo 150.º, n.º 2”⁸⁷.

É através desta observação que conseguimos perceber o caso particular das intervenções médico-cirúrgicas desconformes às *leges artis* e as condições que têm de acatar para que se aplique o n.º 2 do artigo 150.º, isto é, aquilo que Costa Andrade define como *fattispecie* da norma. Assim, para que o tipo objectivo do crime em estudo possa ser preenchido, pressupõe-se a verificação de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, executado por um médico ou pessoa legalmente autorizada, com intenção terapêutica e “projectada e lançada de forma medicamente indicada”, porém em violação das *leges artis*⁸⁸, criando dessa forma um perigo para a vida do paciente, ou perigo de verificação de uma ofensa à integridade física ou saúde do mesmo.

Como já acima exposto, a desconcordância do tratamento médico com as regras da arte médica não ditará que este passe a ser tipicamente uma ofensa corporal. Porém, pode acontecer que a desconformidade com as *leges artis* seja de tal forma vincada e intensa que “impede a sua categorização como intervenção médico-cirúrgica”⁸⁹. Isto é, para que a intervenção médica violadora das *leges artis* possa continuar a ser considerada como tal, não podemos ter em vista uma discrepância impetuosa com este quarto elemento. Neste sentido aponta Teresa Quintela de Brito: “a gravidade da inobservância das regras da medicina pode inviabilizar qualquer identificação da actuação do agente com uma intervenção médico-cirúrgica, impondo antes a sua qualificação em bloco como uma lesão típica da integridade física do doente”⁹⁰.

Pergunta diferente que agora se impõe prende-se com a compatibilidade do requisito da finalidade terapêutica com a violação dolosa das *leges artis*. Poderá uma intervenção ser desconforme às regras da medicina e ainda assim revestir intenção curativa? A resposta parte do mesmo pressuposto que o argumento anterior. A violação das *leges artis* nunca poderá ser de tal forma forte ao ponto de conduzir à eliminação da própria finalidade terapêutica do acto médico em causa, pelo que “o desrespeito das *leges*

⁸⁶ Faria, 2022, p. 692.

⁸⁷ Faria, 2022, p. 690.

⁸⁸ Faria, 2022, p. 473.

⁸⁹ Faria, 2022, p. 473.

⁹⁰ Brito, 2002b, p. 379.

artis pode atingir tal gravidade que, na realidade, exclui toda a finalidade terapêutica”⁹¹. Assim, apesar de parecer invulgar a circunstância pela qual o médico aja com intenção curativa e simultaneamente com dolo relativamente à violação das regras da medicina e com dolo em relação à colocação em perigo de vida, saúde ou integridade física do paciente, a verdade é que é realmente possível que tal aconteça. Para tal, pense-se no exemplo dado supra, referente à médica que quis prolongar a duração da intervenção de modo a salvar a perna do paciente, não indo de acordo com as *leges artis*, mas, para isso, colocou em perigo a sua vida, tendo total conhecimento disso.

Ora, Maria Conceição Cunha não aceita a ligação entre o dolo directo relativamente à violação das regras da arte médica e à colocação em perigo de vida e ofensa corporal do doente e a intenção terapêutica do médico, referindo que este “não poderá ter dolo directo em relação ao perigo, pois tal seria contraditório – querer tratar e querer causar perigo para a vida ou saúde”⁹². Tendemos a discordar desta afirmação. A nosso ver, há situações em que, muito embora o médico, naquele momento, queira e saiba que está a colocar em perigo a vida do paciente, fá-lo em prol da sua saúde e de modo a “prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal”. Por outras palavras, a própria colocação da vida do doente em perigo é feita sob uma perspectiva de finalidade curativa, pois, nestes casos, os profissionais de saúde pretendem um resultado a longo prazo mais favorável no quadro clínico do paciente, ao invés do inverso. No exemplo referido, o médico apenas coloca em perigo a vida do visado pensando no bem-estar do mesmo e querendo minorar o seu sofrimento e lesão corporal, poupando-o de uma vida de dor física e psíquica constante, a vida de um ser humano com um membro inferior amputado. Aqui, houve dolo na colocação da vida do doente em perigo e, simultaneamente, um objectivo terapêutico por parte do cirurgião. No fundo, é como o famoso ditado refere: “há males que vêm por bem”.

3.1. A relação com a alínea d) do artigo 144.º do Código Penal

Naturalmente, não podemos deixar passar em branco a notória ligação desde tipo legal com o artigo 144.º, relativo às ofensas à integridade física graves, alínea d) do CP que estipula que “Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a provocar-lhe perigo para a vida é punido com pena de prisão de dois a dez anos”.

Numa primeira análise, parece que quando a actuação do médico em violação das *leges artis* provoca perigo para a vida do paciente, o artigo 150.º, n.º 2, por revestir carácter subsidiário, é abrangido pelo art. 144.º, d), dado que este último prevê uma punibilidade mais gravosa. Assim o defendem vários autores, tais como Vera Lúcia

⁹¹ Brito, 2002b, p. 379.

⁹² Cunha, 2003, p. 834.

Raposo, Maria Conceição Cunha e Míguez Garcia, afirmando que estamos perante uma relação de concurso aparente entre estes dois preceitos. Também Costa Andrade, em 1999, apadrinhava esta posição quando escreveu que, “Na medida em que provoca um perigo para a vida o facto já é punido pelo art. 144.º al. d) face ao qual o n.º 2 do artigo 150.º parece emergir como norma subsidiária. Só na parte em que provoca um perigo para o corpo ou para a saúde terá o preceito conteúdo normativo próprio e novo”⁹³. Todavia, esse autor parece deixado de lado esta convicção, pois aquela citação já não se encontra plasmada na segunda edição (2012) do Comentário Conimbricense do Código Penal.

Partilhamos do entendimento de Teresa Quintela de Brito quando defende que a criação dolosa de um perigo para a vida do paciente por via do desrespeito das *leges artis* não se encontra contemplada no art. 144.º, d), por dois motivos: no primeiro caso, não existe o dolo de ofender o corpo ou saúde do paciente (visto que o profissional médico forma a sua vontade de violar as regras da medicina a partir de um “móbil terapêutico” que continua a ser a cura do paciente), nem existe uma verdadeira ofensa à integridade física (pois, na parte em que respeita as *leges artis*, o tratamento médico não integra uma lesão corporal, por força do disposto no art. 150.º, n.º 1, do CP), ambos elementos essenciais à verificação do tipo legal do art. 144.º, d)⁹⁴.

Posto isto, não obstante não se afigurar fácil a distinção entre os dois artigos, a verdade é que “o legislador quis prever, no n.º 2, uma ‘intenção curativa com violação das *leges artis*’, isto é, uma realidade distinta da que se encontra prevista nos artigos 143.º e seguintes”⁹⁵. O tipo legal do art. 150.º, n.º 2 não é totalmente consumido pelo art. 144.º, al. d), uma vez que o crime de violação das *leges artis* é um crime de perigo, não pressupõe um resultado, e o crime de ofensa à integridade física grave exige um dano/resultado, ou seja, a colocação em perigo para a vida tem de resultar de uma lesão à integridade física, daí que a moldura penal das duas incriminações seja tão díspar. Neste sentido, Costa Andrade afirma “uma disparidade sancionatória que se explica atenta a assimetria de constelações fácticas subjacentes: o art. 144.º d) reporta-se ao perigo para a vida criado por uma ofensa corporal; o art. 150.º-2 reporta-se ao perigo para a vida acontecido num processo terapêutico onde não é possível referenciar uma ofensa corporal a que o perigo seja imputável”⁹⁶.

⁹³ Andrade et al., 1999, p. 313.

⁹⁴ Brito, 2002b, pp. 378 e 379.

⁹⁵ Faria, 2022, p. 692.

⁹⁶ Andrade et al., 2012, p. 474.

3.2. A *ratio* e o alcance do número 2 do artigo 150.º do Código Penal

Conforme o que fomos expondo, concluímos que a criação deste tipo legal serve o propósito de não deixar impunes situações pelas quais os profissionais médicos com intenção terapêutica não obedecem às regras da medicina e, com tal, colocam em perigo o seu paciente, porém a sua actuação acaba por não produzir qualquer resultado negativo na esfera do respectivo. Até à introdução desta incriminação, estes casos não tinham relevância penal.

Contudo, se o médico, com uma intervenção violadora das *leges artis*, causar efectivos danos no sujeito passivo será responsabilizado pelos mesmos, consoante o resultado que se tenha verificado, caso contrário “ainda assim poderá ser responsabilizado pelo crime de violação das *leges artis*, se se preencherem os requisitos deste crime: violação dolosa das *leges artis*, que cria um perigo para a vida ou um perigo de grave ofensa da integridade física, havendo também dolo em relação a este perigo”⁹⁷.

E é esta a *ratio* e o alcance deste preceito. Nas palavras de Conceição Cunha, “ter-se-á querido impor aos médicos (e outras pessoas legalmente autorizadas a intervir) um maior respeito para com ‘as regras da ciência médica e demais deveres de cuidado do tráfego médico, atenta a alta potencialidade do risco’ que o incorrecto exercício da medicina comporta”⁹⁸.

Como tal, não estão presentes neste artigo as violações das *leges artis* que se traduzem em actos negligentes por parte do profissional de saúde e que lesam o corpo do doente, como “o gesto descuidado na manipulação do bisturi que atinge um órgão” ou o esquecimento de, por exemplo, compressas no corpo suturado do paciente, mas apenas as violações das *leges artis* que “assumem a forma de recurso a procedimentos, técnicas, instrumentos, materiais, medicamentos etc., conscientemente assumidos pelo médico como forma de prossecução do propósito terapêutico embora sabendo que eles vão ao arrepio das *guidelines* convalidadas para aquele tipo de casos”⁹⁹.

Há que atentar, no entanto, que são raras as circunstâncias que preenchem os pressupostos deste tipo legal, pelo simples facto de que, havendo colocação em perigo da vida, integridade física ou saúde do paciente, difícil será que essa intervenção não culmine num resultado, isto é, que acabe por lesar mesmo a vida ou a integridade física do visado.

Finalmente, apesar da criação deste crime e do objectivo que o acompanha, há situações que não serão criminalmente punidas. É o caso do tratamento médico violador

⁹⁷ Cunha, 2003, p. 836.

⁹⁸ Cunha, 2003, p. 836.

⁹⁹ Andrade et al., 2012, p. 473.

das regras da arte médica que tanto não resultou em qualquer dano para a vida, saúde ou corpo do paciente, como também não criou nenhum perigo para esses bens jurídicos. Daí que, se do *error artis* não resultar sequer qualquer perigo, não há crime, o médico não será punido, por a sua actuação não preencher qualquer ilícito típico.

4. Caso-estudo jurisprudencial

Examinados os pressupostos do n.º 1 do artigo 150.º do CP e realizado o estudo do crime de violação das *leges artis* presente no n.º 2 do mesmo preceito, impõe-se agora a exposição e estudo de um caso jurisprudencial, através da análise de um acórdão (mais concretamente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de fevereiro de 2017¹⁰⁰), de forma a conferir uma abordagem mais prática das normas incriminadoras discutidas nesta investigação. Assim, através da ponderação da matéria factual do caso em apreço, iremos averiguar qual o crime potencialmente aplicável na situação concreta.

Na fase de inquérito deste processo, o MP deduziu acusação aos três arguidos em causa pelo crime de violação das *leges artis* constante no art. 150.º, n.º 2 do CP, pelo que, posteriormente, requerida a abertura da fase de instrução pelos mesmos, o JIC decidiu-se pelo despacho de não pronúncia, ao qual tanto o MP como o assistente recorreram, dando origem à decisão que agora se analisa.

Em causa está o comportamento de três médicos que, de acordo com o MP, agiram em desconformidade com as boas práticas médicas, agravando o estado de saúde do paciente-assistente. De uma forma bastante sucinta, o caso inicia-se com a entrada do doente no Hospital Joaquim Fernandes, em Beja, no dia 2 de julho de 2009, reportando este dores epigástricas, mal-estar e tremores. Aqui, foi atendido pelo primeiro arguido, RM, ao qual, neste primeiro momento, procedeu com todas as diligências necessárias e adequadas, tendo acabado por dar alta ao ofendido. Contudo, ainda no mesmo dia, o assistente foi encontrado caído junto à porta de um prédio na mesma localidade, tendo sido transportado pelo INEM para o suprarreferido hospital, dando entrada no seu serviço de urgência, pelo que foi novamente observado pelo respectivo médico RM.

Apesar do grave ferimento na cabeça com que o paciente se encontrava devido à queda que sofreu e havendo forte probabilidade de verificação de um traumatismo craniano, o arguido RM não ordenou a realização de uma TAC, desvalorando por completo o visível dano causado no corpo do doente, anotando no relatório médico que apenas se tratava de “uma pequena ferida no couro cabeludo” do mesmo. Deste modo,

¹⁰⁰

Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/fd24e9be5b65b7d8802580ea005117e7?OpenDocument&Highlight=o,interven%C3%A7%C3%A3o,e,tratamentos,m%C3%A9dico-cir%C3%BArgicos>.

RM determinou a transferência do assistente para o Hospital Curry Cabral, em Lisboa, para que este fosse observado pela psiquiatra arguida FM, que, por sua vez, também não ordenou que se realizasse nenhuma TAC, tendo diagnosticado o paciente com síndrome de abstinência alcoólica, dando-lhe alta e ordenando reencaminhamento para o primeiro hospital mencionado, em Beja.

Por volta das 8 horas, já do dia seguinte (*i.e.*, 3 de julho de 2009), o ofendido foi novamente examinado, mas desta vez pelo terceiro médico arguido BB, não tendo este sequer “observado” nenhuma lesão física, pelo que decidiu transferir o paciente para a sua área de residência, no Porto, para o Hospital de Santo António. Aquando da entrada no hospital portuense, o ofendido apresentava “febre e suores e marcada taquicardia, não despertável à chamada, olhos desviados para cima e para a direita, com movimentos tipo “*roving*”, pupilas pequenas, reactivo à dor assimetricamente, mobilização dos 4 membros, com tendência à postura rígida, rigidez na nuca, com hematoma frontal direito, escoriações e hematoma no couro cabeludo na região temporoparietal e occipital, com hematoma retroauricular, hematoma e escoriações no cotovelo, coxa e joelho direito e antebraço esquerdo”.

Posto isto, foi neste hospital que finalmente foi ordenada a realização da TAC. Como era expectável, esta revelou uma imensidão de danos sofridos, tais como “extensas hemorragias intraparenquimatosas frontais bilaterais, exercendo efeito de massa sobre os cornos frontais, outros focos hemorrágicos temporais anteriores bilaterais e temporais posteriores esquerdos, sangue no IV subaracnoídeo possível sangue subdural frontal bilateral, edema cerebral difuso, amígdalas cerebelosas aflorando buraco occipital, opacificação de ambos os ouvidos médicos, fracturas da escama temporal direita, com extensão ao rochedo, fractura da escama temporal esquerda também com possível extensão ao rochedo, descontinuidade direita da escama occipital e, ainda, sinais de hipertensão intracraniana”.

Face a estes resultados, o paciente foi de imediato submetido a uma intervenção médico-cirúrgica neste hospital. Os familiares do mesmo foram avisados que sem este tratamento cirúrgico, o ofendido teria entrado em morte cerebral. Já a chefe de urgência do Hospital Santo António informou-os que o Hospital Joaquim Fernandes não reencaminhou o relatório médico do visado onde constava a sua situação clínica.

Como consequências das lesões que o assistente sofreu, resultaram 442 dias de doença, com incapacidade para o trabalho, repercussões “permanentes que afectam de maneira grave as suas capacidades de trabalho, intelectuais e que impossibilitam a utilização do corpo, dos sentidos e da linguagem”. Mais ainda, o tipo de lesões sofridas culminou na decretação da interdição judicial definitiva do ofendido.

Ora, mediante a exposição dos factos desta questão controvertida, podemos desde logo afirmar que a actuação dos arguidos não correspondeu àquela que seria a mais adequada ao caso concreto e que as sequelas com que o assistente vive ainda hoje poderiam ter sido facilmente evitáveis. No entanto, está o MP certo ao acusar os três médicos pelo crime de violação de *leges artis*? A actuação dos mesmos corresponde, sequer, a um comportamento criminoso? E se sim, qual o tipo legal cujos actos dos mesmos preenchem? Vejamos.

O primeiro passo a levar a cabo será averiguar se houve violação das regras da arte médica nas intervenções executadas pelos arguidos. Assim, em caso afirmativo, essas actuações serão logo desviadas da definição de intervenção médico-cirúrgica presente no n.º 1 do artigo 150.º do CP, ou seja, não serão, à luz do Direito Penal, tratamentos médicos, mas antes consideradas ofensas corporais cuja ilicitude é afastada pelo consentimento conferido pelo paciente.

No caso *sub judice* o doente deu entrada no Hospital Joaquim Fernandes após sofrer uma queda e ter sido encontrado no chão inanimado pelos seus vizinhos. Dessa queda o ofendido ficou com uma lesão bem visível na cabeça. Apesar de parecer indiscutível a necessidade de realização de uma TAC quando um paciente tenha sofrido uma queda e batido com a cabeça ao ponto de culminar numa ferida bastante perceptível no couro cabeludo, não seremos nós, leigos da medicina, a confirmar com toda a certeza que houve uma violação das *leges artis* por parte dos médicos. As autoridades judiciais, JIC e MP, têm de se ancorar de um perito que possa analisar o caso e conferir um parecer técnico relativamente à adequação, ou não, do comportamento do profissional de saúde na concreta situação. Posto, isto, *in casu*, houve, de facto, uma confirmação por parte do perito de que estamos perante uma actuação médica violadora das *leges artis*, pois, tendo em consideração o estado clínico do ofendido (queda, ferimento na cabeça, períodos de confusão e agitação), deveria ter sido “efectuad[a] uma TAC cerebral, na eventualidade de traumatismo craniano, na sequência da queda (...) para avaliação da extensão das lesões cranianas, o que poderia permitir um diagnóstico e um tratamento mais atempado”.

Desta forma, tendo em consideração a situação do doente, a não realização da TAC neste paciente e ainda a sua transferência sucessivas vezes para diversos hospitais quando este não se encontrava estabilizado, configuram sim numa violação das regras de *know-how* da medicina e num comportamento desadequado, descuidado e não diligente por parte dos três médicos arguidos, pelo que “se o doente fosse examinado com a minúcia exigida por um exame objectivo pormenorizado, certamente seriam detectadas as várias equimoses, escoriações e fracturas que o doente apresentava”, tendo esse atraso no diagnóstico “contribuído para o agravamento do estado do doente”.

Havendo violação das *leges artis*, as intervenções destes profissionais de saúde não preenchem todos os requisitos exigidos pelo n.º 1 do artigo 150.º do CP, estando, portanto, em falta um dos pressupostos objectivos desta definição legal e, desse modo, já não são consideradas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, a não ser que as suas actuações consubstanciem, precisamente, no crime plasmado no n.º 2 do mesmo artigo pois, assim sendo, mesmo havendo violação das *leges artis*, os respectivos actos serão reputados como intervenções médicas com a particularidade de não obedecerem por inteiro à ciência médica.

De facto, o MP acusou estes três médicos pelo crime de violação das *leges artis*, o que foi alvo de discordância por parte do JIC, daí o seu despacho de não pronúncia. Apesar desta atitude ousada por parte do MP, o que julgamos ter sido uma tentativa (falhada) de conferir alguma aplicabilidade ao artigo 150.º/2, não nos podemos olvidar da extrema dificuldade no preenchimento de todos os requisitos que esta incriminação exige e que entendemos não ter sido alcançado nesta situação individual.

Como já anteriormente aludido, o n.º 2 do artigo 150.º do CP impõe a prática de uma actuação médica violadora das regras da medicina, todavia com intenção curativa e finalidade terapêutica. Essa intervenção desconforme às *leges artis* tem de colocar em perigo a vida, integridade física ou saúde do paciente. Finalmente, há também uma dupla exigência no tocante ao elemento subjectivo deste tipo legal, isto é, o autor tem de agir dolosamente, seja em relação à violação das *leges artis*, seja no tocante à colocação em perigo da vida, corpo ou saúde do paciente.

Assim, mesmo que a conduta dos médicos arguidos seja violadora das regras da ciência médica, não há demonstração de que os mesmos quisessem agir com esse intuito (de violar as *leges artis*), ou que representaram esse resultado como consequência possível dos seus actos. Ou seja, face a todos os elementos probatórios, nada nos indica que os arguidos tinham vontade e intenção propositada de ir contra as boas práticas médicas e, com isso, intencionalmente, colocar em risco a saúde, corpo ou vida do paciente. Com efeito, não demonstrado o dolo nas suas actuações, as respectivas nunca poderiam traduzir-se na incriminação presente no n.º 2 do artigo 150.º, que, conforme já supra-referido, só é punível a título de dolo.

Neste caso concreto, mesmo que se admita o dolo no que à violação das *leges artis* concerne, dificilmente se provaria que os médicos em questão desejaram criar perigo para vida do doente ofendido¹⁰¹. Afinal de contas, poucas são as situações em que efectivamente tal acontece, o que demonstra, mais uma vez, a pouca aplicabilidade do preceito em estudo.

¹⁰¹ E, assim, torna-se impossível a aplicação do artigo 144.º, d) do CP, anteriormente referenciado.

Contudo, é possível afirmar que os médicos, violando as *leges artis*, lesaram o assistente, e causaram efectivos danos e ofensas corporais no mesmo, agravando o seu estado de saúde, uma vez que, caso tivesse sido realizada a TAC, conforme o que as regras da medicina ditam, o paciente não teria sido alvo de tantas repercussões clínicas. Deste modo, o crime deixa de ser meramente de perigo e passa a ser de resultado e, portanto, havendo danos, os profissionais de saúde em causa têm de ser penalmente responsabilizados por esses factos.

Afastada a possibilidade de aplicação do crime plasmado no n.º 2 do artigo 150.º do CP, somos da opinião que, nesta situação, o mais plausível seria a acusação pelo crime de ofensas à integridade física negligentes (art. 148.º do CP), devido à violação de deveres de cuidado que os três médicos cometeram. Há igualmente um dever de garante por parte dos profissionais de saúde-arguidos em relação ao assistente, pelo que “a comissão por omissão é punida quando o dever de agir é imposto por preceito legal, por situação contratual ou profissional”¹⁰². Por esse facto, temos em vista, nesta situação concreta, uma responsabilidade omissiva pela não realização do exame médico, a TAC (art. 10.º do CP).

Ou seja, no caso *sub judice* houve uma omissão, não uma intervenção, houve um resultado, isto é, todos os danos que o ofendido sofreu e que não teria sofrido se o exame médico em causa tivesse sido levado a cabo, e houve violação tanto de deveres de cuidado como de deveres de garante, uma vez que os médicos arguidos não desempenharam a sua actividade de forma cuidadosa e diligente. Estamos, portanto, na esfera da negligência médica, ao contrário do que o MP entendeu, ao acusar os arguidos por um crime doloso.

Face ao exposto, somos, mais uma vez, forçados a reconhecer a pouca aplicabilidade deste preceito, o artigo 150.º, número 2, do CP, dado que, na maioria dos casos, quando um profissional médico viola as regras médicas, fá-lo negligentemente e não de forma dolosa, como também, havendo colocação em perigo de vida, saúde e integridade física do paciente, dificilmente tal não culminará numa efectiva lesão corporal do mesmo. Por fim, apesar de apreciarmos o esforço por parte do MP ao não colocar de lado a existência deste crime, consideramos que mais importante do que conferir praticabilidade de qualquer tipo legal, é ter em vista uma legítima e realista acusação penal.

¹⁰² Gonçalves, 1999, p. 103.

Considerações finais

A dissertação apresentada teve como objectivo desmitificar o tema da responsabilidade penal do médico, através do estudo do artigo 150.º, número 1, do Código Penal e do crime de violação das *leges artis* presente no número 2 do mesmo preceito. Como pudemos constatar durante esta investigação, a ciência médica mostra-se cada vez mais complexa, e as intervenções médico-cirúrgicas mais inovadoras e perigosas. Desta forma, o Direito Penal, atendendo à relevância social da actividade médica, dirigiu especial atenção à mesma, através da criação do artigo 150.º do CP.

Concluímos, assim, que apesar de ser concedida uma certa tolerância jurídica ao médico tendo em consideração os riscos a que a sua profissão está associada, este não poderá eximir-se de responsabilidade quando através dos seus actos – ou omissão dos mesmos – provoca danos, lesões e ofensas na saúde, integridade física ou vida dos pacientes. Contudo, um médico ou outra pessoa legalmente autorizada com intenção curativa que leve a cabo uma intervenção em que haja indicação médica e respeito pelas regras da medicina nunca poderá incorrer num crime de ofensas à integridade física ou homicídio do paciente, seja quais forem os resultados das suas intervenções. Da outra face da moeda, caso falhe um destes pressupostos e daí resultar uma lesão do doente, o *ius puniendi* intervirá para responsabilizar o profissional de saúde pela sua actuação.

Outra questão nuclear suscitada nesta investigação versou sobre as situações em que um médico viola conscientemente as regras das boas práticas médicas, criando perigo para a saúde, vida ou integridade física do paciente, incorrendo, assim, no crime de violação das *leges artis*. Neste estudo, percebemos que esta incriminação pressupõe a própria definição de tratamento médico. Ou seja, apesar de o nosso Código Penal afirmar que apenas são consideradas intervenções médico-cirúrgicas aquelas que respeitam os quatro elementos supra-mencionados, a verdade é que, quando um acto não observa as *leges artis*, pode, ainda assim, ser considerado um tratamento médico na perspectiva jurídico-penal.

Todavia, através da exposição do caso-estudo jurisprudencial, foi-nos possível chegar à conclusão de que este crime tem pouca ou nenhuma aplicabilidade pelos tribunais, sendo até extremamente complicado associar este preceito a uma hipótese prática verídica.

Findo o estudo, não podíamos deixar de referenciar a extrema pertinência e importância desta área do Direito Médico e de todas as questões que a mesma levanta, pelo que, torna-se essencial que a comunidade jurídica leve a cabo uma investigação mais densa e minuciosa em torno deste tema. Não nos olvidemos, claro está, de que a actividade médica é das que mais interfere com o corpo do ser humano e, consequentemente, uma das mais suscetíveis de lesar alguns dos mais importantes bens jurídicos – vida, saúde, integridade física.

Bibliografia

Livros:

AA. VV. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal* – Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

AA. VV. (2021). Responsabilidade penal dos médicos – Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso, Formação do Ministério Público. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 16/abril/2021.

AA. VV. (2022). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias: In memoriam*, vol. I. Lisboa: AAFDL Editora.

ALBUQUERQUE, P.P. de (2010). *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora.

ANDRADE, M. da C. (1990). *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, J.L. (2015). *Ouvir com outros olhos*. Lisboa: Gradiva Editora.

BRUNO, P. (2011). *Registo de incidentes e eventos adversos: Implicações jurídicas da implementação em Portugal: Erro em medicina*. Coimbra: Coimbra Editora.

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

CUNHA, M. da C. (2003). Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão. In *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.

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

FIDALGO, S. (2009). *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, M.L.M. (1999). *Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar*. Coimbra: Almedina Editora

OLIVEIRA, G. (2005). *O fim da “arte silenciosa” (o dever de informação dos médicos)*. *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, A.G.D. (2015). *Direito dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, R. (1990). *Introdução ao estudo da medicina legal, vol. 1 – Deontologia e Direito*. Lisboa: AAFDL.

RODRIGUES, A.C.G. (2007). *Responsabilidade médica em direito penal – Estudos dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Editora Almedina

SILVA, F. (2007). *Direito penal especial – Os crimes contra as pessoas*, 4.ª ed. Quid Juris.

Artigos em revistas:

BRITO, T.Q. de (2002). Responsabilidade penal dos médicos: Análise dos principais tipos incriminadores. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3.

FIGUEIREDO DIAS, M.S. (1984). Responsabilidade médica em Portugal. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332.

RODRIGUES, A.C.G. (2013). O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal. Uma jóia preciosa no direito penal médico. *Revista Julgar*, n.º 21.

RODRIGUES, A.C.G. (2016). A negligência médica à luz do direito penal. *Revista CEJ*, n.º 2.

Fontes eletrónicas:

Reportagem de Alexandra Borges, intitulada “Erros médicos matam mais em Portugal do que acidentes de viação”, de 26.02.2019. <https://tvi24.iol.pt/sociedade/investigacao/alexandra-borges-erros-medicos-matam-mais-em-portugal-do-que-acidentes-de-viacao>

<https://www.dges.gov.pt/pt/pagina/terapeuticas-nao-convencionais>.

Dissertações:

PEREIRA, A.G.D. (2012). *Direito dos pacientes e responsabilidade médica*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Jurisprudência nacional:

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de fevereiro de 2017, relativo ao processo n.º 35/11.8TABJA.E1, relator Simão Martins. <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bfo05f080b/fd24e9be5b65b7d8802580ea005117e7?OpenDocument&Highlight=o,interven%C3%A7%C3%A3o,e,tratamentos,m%C3%A9dico-cir%C3%BArgicos>.

A mãe monstro(?)
Reflexões sobre o crime de infanticídio

Marta Fernandes Costa Maia

Sob orientação da Professora
Doutora Sandra Tavares

Aos meus pais e à minha irmã Beatriz, por todo o apoio incondicional. Um obrigada nunca será suficiente.

Aos meus avós, pela paciência perante a minha ausência nos encontros de fim de semana.

À Laura e à Eduarda, companheiras de curso que levo para a vida.

À minha orientadora, Professora Doutora Sandra Tavares, pela disponibilidade, troca de ideias, e por ter sido muito mais do que isso.

(...)

E ele encontrou inspiração numa notícia de jornal
Acerca de uma mulher que foi levada a tribunal
Por ter assassinado uma criança recém-nascida
Ah, mas o juiz era um homem que prezava muito a vida
E a pena foi agravada
Por tudo se ter passado no lado errado da noite

(...)

Mas é preciso também sempre olhar
Desde miúdo que eu achei isso
Que era preciso sempre olhar p'ra o outro lado da
história
E p'ra o lado negro também, de todas as coisas
(...).

In O lado errado da noite,
Jorge Palma

Resumo

A presente dissertação versa sobre o crime de infanticídio, previsto e punido pelo artigo 136.º do Código Penal.

Por ser um tipo legal que levanta diferentes questões, reduzimos o escopo da nossa investigação a três matérias: o conceito de influência perturbadora do parto; a (falta de) perícia; e os problemas ao nível do Direito e Género.

A dissertação inicia com uma breve passagem pela história legal do crime de infanticídio em Portugal, passando, de seguida, para um exame mais profundo sobre os elementos que constituem a sua tipologia.

Posteriormente, faz-se referência a algumas decisões jurisprudenciais portuguesas, dos últimos anos, e ao modo como o crime de infanticídio (não) está a ser aplicado.

De seguida, procura-se chegar a um conceito unívoco de influência perturbadora do parto, salientando-se, ainda, a importância da perícia como meio de prova.

Através da elaboração de entrevistas com diferentes intervenientes, numa tentativa de aproximação à realidade, esta dissertação procura fornecer novos elementos para a correta leitura do presente dispositivo legal.

E, por fim, destaca os problemas que as últimas decisões judiciais evidenciam ao nível do Direito e Género.

O objetivo deste trabalho passa essencialmente por colocar em evidência uma realidade que, apesar de recorrente e atual, se encontra espelhada num tipo legal mal interpretado e adormecido e por fornecer novos elementos para futuras decisões judiciais.

Palavras-chave: infanticídio; influência perturbadora do parto; perícia; género.

Abstract

The present dissertation focuses on the crime of infanticide, foreseen and punished by article 136 of the Portuguese Penal Code.

Since it is a legal type that raises different questions, we have reduced the scope of our investigation to three subjects: the concept of disruptive influence of childbirth; (lack of) expert evidence; and law and gender issues.

This dissertation begins with a brief review of the legal history of infanticide in Portugal, followed by a deeper examination of the elements that make up its typology.

Afterwards, it focuses on Portuguese jurisprudential decisions in recent years and on how the crime of infanticide is (not) being applied.

Then, it seeks to arrive at an unambiguous concept of disruptive influence of childbirth, highlighting the importance of expert evidence as a means of proof.

Through the elaboration of interviews with different intervening parties, in an attempt to get closer to reality, this dissertation seeks to provide new elements for the correct reading of this legal provision.

And, finally, it highlights the problems that the latest court decisions reveal in terms of Law and Gender.

The aim of this work is essentially to highlight a reality that, despite being current, is reflected in a misinterpreted and dormant legal type, and to provide new elements for future judicial decisions.

Keywords: infanticide; disruptive influence of childbirth; expert evidence; gender.

Advertências

Todas as passagens e ideias retiradas de bibliografia escrita na língua inglesa foram livremente traduzidas por nós, previamente à sua inclusão no texto.

As referências bibliográficas seguem as normas APA (*American Psychological Association*), de uma forma adaptada e coerente. Deste modo, nas notas de rodapé, utilizou-se o sistema simplificado “autor, data, página”, podendo ser consultadas, na lista final de bibliografia, as referências de forma completa.

Por último, todos os acórdãos referidos ao longo desta dissertação se encontram disponíveis para consulta no site www.dgsi.pt, exceto aqueles devidamente identificados. Ao nível das notas de rodapé utilizou-se o sistema “Tribunal, Data”, podendo ser consultadas, na lista final de jurisprudência, as referências ao relator e ao número do processo.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo(s)
Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DGSI	Direção Geral de Segurança Interior
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
Et. al.	<i>Et alii</i>
H	Horas
i.e.	<i>Id est</i>
INEM	Instituto Nacional de Emergência Médica
INML	Instituto Nacional de Medicina Legal
MP	Ministério Público
N.º	Número
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
Org.	Organizador
p.	Página
pp.	Páginas
p. e p.	Previsto e Punido
s.l.	<i>Sine Loco</i>
s.n.	<i>Sine Nomine</i>
s/p	Sem página
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
Vol.	Volume

Índice

Introdução	9
I. Evolução histórica do crime de infanticídio em Portugal	11
II. Análise do tipo legal de infanticídio	14
1. Considerações introdutórias	14
2. Elemento objetivo e subjetivo	14
3. A possibilidade de premeditação	17
4. A relação com o homicídio qualificado e privilegiado	18
III. O infanticídio na prática	20
1. A jurisprudência portuguesa	20
2. A influência perturbadora do parto	29
3. A (falta de) perícia	34
4. O que dizem os diferentes profissionais ligados a esta realidade	36
5. A mãe monstro (?) – Considerações de direito e género	40
Conclusão	44
Apêndices:	47
1. Minuta de consentimento informado	47
2. Guião de entrevistas semiestruturadas:	48
2.1. Juíza	48
2.2. Ginecologista/Obstetra	48
2.3. Psiquiatra	49
2.4. Especialista de medicina legal (“Perita”) do INML	50
3. Transcrição das entrevistas:	51
3.1. Juíza	51
3.2. Ginecologista/Obstetra	55
3.3. Psiquiatra	57
3.4. Especialista em medicina legal (“Perita”) do INML	61
Bibliografia	70
Notícias consultadas	73
Jurisprudência consultada	73
Legislação histórica disponível online	74

Introdução

Pratica o crime de infanticídio, p. e p. pelo artigo 136.º do CP, a mãe que matar o filho, durante ou logo após o parto, estando ainda sob a sua influência perturbadora.

À primeira vista, o infanticídio não parece ser um tipo legal que levante muitas questões, porém, após uma análise à jurisprudência, conseguimos concluir que este tema não é tão líquido quanto parece.

Apesar de surgir nos nossos Tribunais de forma esporádica, o tipo legal de infanticídio, como iremos ver, apenas parece ser chamado à colação nas decisões judiciais para ser perentoriamente afastado, existindo casos em que este não chega sequer a ser equacionado. Tudo isto nos conduz a uma primeira questão: por que razão não está este tipo legal a ser aplicado?

Quando optámos pelo tema do infanticídio, e de modo a aferirmos a pertinência do seu escrutínio, fizemos um pequeno exercício ao nível dos meios de comunicação social, de forma a percebermos se esta factualidade é ou não relevante. Rapidamente verificámos que, só no final de 2021, existiam relatos de duas ocorrências, de mães que mataram os filhos logo após o parto, no nosso país¹. Destarte, parece-nos que neonaticídios são casos mais comuns do que aquilo que poderíamos pensar.

Escolhemos analisar este tipo legal, uma vez que, no âmbito da unidade curricular de Crimes contra as Pessoas, nos surgiram diversas inquietações aquando da sua abordagem, nomeadamente: Será o infanticídio um tipo legal de ampla aplicação? Como se afere a influência perturbadora do parto? Estarão os Tribunais a requerer perícias? Um outro motivo pelo qual desejamos realçar esta temática, como iremos ver mais à frente, passa precisamente pelo facto de existirem demasiados preconceitos associados a estas mães, como o facto de serem vistas como “monstros”, por matarem os próprios filhos.

Tendo em conta tudo o que foi referido e sendo que a nossa motivação se baseou em inquietações e questões que nos foram surgindo por revolta, ou até mesmo por paixão ao Direito Penal, consideramos que foi Aristóteles que melhor expôs a nossa situação: “A dúvida é o princípio da sabedoria”. Será também este o nosso impulso de partida para a realização desta dissertação.

Para a análise desta problemática adotámos, maioritariamente, o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo ainda a entrevistas, de forma a dar resposta a algumas das questões que surgiram ao longo da nossa investigação.

Numa primeira fase, daremos uma breve panorâmica da história do tipo legal em Portugal. De seguida, passaremos a uma análise detalhada do infanticídio, tentando

¹ Curado & Rodrigues, 2021, s/p; Duarte, 2021, s/p.

fornecer elementos que permitam distingui-lo de tipos legais afins. Numa fase posterior, resumiremos alguns dos acórdãos que, a nosso ver, se constituem como verdadeiramente controversos, pelas decisões alcançadas e por todo o raciocínio que lhes subjaz. E, suplantado este ponto, centraremos a nossa investigação, e consequente problematização, na prova pericial e no Direito e Género, com a ajuda de entrevistas previamente realizadas. Apesar de reconhecermos que o crime de infanticídio levanta diversos problemas que merecem uma análise autónoma, por uma questão de interesse científico e perplexidade jurisprudencial face ao tratamento do crime, centraremos a nossa investigação apenas nos tópicos *supra* referidos. Por fim, o último capítulo será uma conclusão de todas as interrogações e inquietações levantadas ao longo do nosso trabalho.

Mais do que pretender dar respostas, desejamos problematizar algo que, apesar de parecer pacífico e relativamente estabilizado na nossa sociedade, ainda hoje levanta grandes dúvidas estruturais.

I. Evolução histórica do crime de infanticídio em Portugal

Para podermos saber para onde vamos, torna-se imperativo saber de onde viemos. Deste modo, a história de um tipo legal deve ser sempre o ponto de partida para a sua análise, pois, caso contrário, jamais poderíamos entender com rigor os motivos que levaram o nosso legislador a modificá-lo ao longo dos anos.

No Direito Romano, o infanticídio não era punido de forma autónoma, mas antes como parricídio, operando este nos casos de homicídio não só na pessoa dos pais, como na pessoa dos filhos. Contudo, já assim não seria classificado se a morte dos filhos fosse provocada pelo pai, pelo facto de este possuir o *jus vita et necis* sobre os seus filhos².

A *Lex Visigothorum*, por sua vez, vigente em Portugal no século XII, cominava a morte ou a “desorbitação para a mulher, livre ou serva, que matasse o filho antes ou depois de nascido, pena esta que se estendia ao marido que o mandasse”³.

Já no período das Ordenações, não mereceu o crime de infanticídio um tratamento autónomo, privilegiado ou qualificado, encontrando-se antes incluído na previsão geral relativa ao homicídio⁴. Todavia, e neste contexto, encontramos nas Ordenações Filipinas uma pequena alusão a esta realidade. Assim, fazia parte das atribuições, reconhecidas aos quadrilheiros,

(...) andando alguma mulher prenhe, se suspeite mal do parto, não dando d'elle conta. E havendo alguma das ditas cousas, o farão saber às justiças, a que pertencer (...) e achando prova bastante para prender os culpados, os prenderão, e procederão, como for justiça.⁵

Na sequência da difusão do pensamento iluminista, em 1778, numa tentativa de reforma das Ordenações Filipinas, foi criada uma comissão, tendo sido nomeado Pascoal de Mello Freire para a reforma relativa ao Direito Público e ao Direito Penal⁶. Com a clara intenção de modificar o sistema penal, Mello Freire apresentou a sua proposta, onde o infanticídio cometido por ascendentes era configurado como parricídio, no capítulo relativo ao homicídio qualificado⁷. Contudo, a pena seria atenuada para a mãe “que, esquecendo-se de o ser, matar de propósito o filho infante, não por malignidade de coração, nem por outra paxão vil e baixa, mas com o fim de encobrir a natural fragilidade e de salvar a fama e reputação, será para sempre presa e inclusa na casa da correção”⁸.

² Silva Ferrão, 1857, pp. 72 e 73.

³ Gonçalves da Costa, 1989, p. 143.

⁴ Ordenações Afonsinas Livro X Título XXXII § 1 e XXXIII § 1 – “todo aquel, que homem matar (...) que moira porem”; Ordenações Manuelinas – Livro V Título X – “Qualquer pessoa que outrem matar, ou mandar matar, moura por ello morte natural”; Ordenações Filipinas – Livro V Título XXXV § 1 – “Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural”.

⁵ Ordenações Filipinas – Livro I Título LXXIII § 4.

⁶ Gonçalves Costa, 1989, p. 145.

⁷ Gonçalves da Costa, 1989, p. 145.

⁸ Mello Freire, 1823, p. 74, § 30.

Por motivos que não conseguimos apurar, o projeto não foi levado a discussão na junta de censura e revisão, criada em 1789.

Este privilegiamento, tão almejado por Mello Freire, aparece consagrado pela primeira vez no artigo 356.^o do CP de 1852, tendo por base uma cláusula *honoris causa*:

Aquelle que commetter o crime de infanticídio, matando voluntariamente um infante no ato do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento, será punido com pena de morte. § único. No caso de infanticídio commettido pela mãe para ocultar a sua deshonra, ou pelos avós maternos para ocultar a deshonra da mãe, a pena será de prisão maior temporária.⁹

Na esteira de Taborda Fernandes, rapidamente se conclui que o infanticídio se encontrava em ambos os espectros do homicídio¹⁰. Segundo Levy Maria Jordão,

a lei julgou que no combate dos dois sentimentos, o da honra e o do amor maternal, podia prevalecer o primeiro; que a mãe obedeceu à violência que a agitava no meio das paixões contrárias que perturbavam o seu espírito, e por isso atenua-lhe a criminalidade. E em verdade uma donzela honesta que por sua fraqueza não soube evitar os escolhos da sedução, conhece a nódoa que o mundo há-de lançar na sua falta; quanto mais virtuosa, mais a atormentará o remorso, e quanto mais influírem nela os costumes públicos, tanto mais se disporá a sacrificar tudo para conservar a sua reputação.¹¹

Com a cláusula *honoris causa*, o CP de 1852 apelou a uma submissão da mãe aos códigos de honra, motivo pelo qual redimiu, em parte, o infanticídio por ela praticado: “Deste combate de sentimentos, que admira vel-a a recorrer ao crime?”¹².

Em 1886 foi aprovado um novo CP que vigorou até 1982¹³. Neste Código, o legislador alterou somente a medida das penas, mantendo-se inalterada a parte restante do artigo.

Tendo por base o Anteprojeto desenhado por Eduardo Correia¹⁴, entrou em vigor em 1982 um novo CP que deixou de prever, de forma autónoma, o infanticídio qualificado, mantendo, por sua vez, o seu privilegiamento no artigo 137.^o. Para além destas novidades, surgiram três que revolucionaram o tipo legal e que contribuíram, em larga escala, para a sua construção.

Deste modo, deixou de se prever a baliza temporal dos oito dias, passando a disposição a estatuir que o infanticídio devia ocorrer durante o parto ou logo após.

⁹ CP de 1852, aprovado por Decreto de 10 de dezembro de 1852.

¹⁰ Taborda Fernandes, 2014, p. 12.

¹¹ Jordão, 1854, p. 55.

¹² *Ibidem*, p. 56.

¹³ CP de 1886, aprovado por Decreto de 16 de setembro de 1886.

¹⁴ Pereira, 2008, pp. 167-172.

Ademais, deixou de se permitir o privilegiamento quando este crime fosse praticado pelos avós maternos. Sendo que, por último, foi adicionada à *honoris causa* uma segunda causa de privilegiamento, i.e., os efeitos perturbadores do parto, influenciando estes diretamente na culpa da autora, sob um aspeto de imputabilidade diminuída¹⁵. Assim, foi reconhecido pelo legislador que o período que segue o parto turva a capacidade da mãe de motivação pelo Direito. Para Eduardo Correia¹⁶, enquanto a perturbação por razão do parto necessitaria de prova de uma culpa sensivelmente diminuída, no caso de um motivo de honra ser invocado a culpa menor seria presumida, o que significava que se a lei permitia o alívio da sua prova é porque considerava intrínseca, a esta forma de agir, uma menor censurabilidade¹⁷.

Em 1995, na senda de Figueiredo Dias, é retirada como alicerce do privilégio a *honoris causa*, pois nunca o nascimento de uma criança poderia constituir uma desonra para a mãe¹⁸, tendo a sua culpa “diminuída” de ser comprovada efetivamente. Para este Autor, a influência perturbadora representa um fundamento legítimo, ao qual pode estar ligada a ideia de desonra¹⁹. Foi neste seguimento que o artigo 136.º do CP se estabilizou e, desde então, permanece inalterado.

¹⁵ Taborda Fernandes, 2014, p. 13.

¹⁶ Pereira, 2008, p. 167.

¹⁷ Figueiredo Dias sugeriu uma redação diferente, onde a ocultação da desonra deveria ser seguida de causa atenuante “e tendo a sua culpa sensivelmente diminuída”. Todavia, a sua proposta foi rejeitada, pois, para Eduardo Correia, tal iria fazer com que se fosse aferir da culpa quanto à perturbação em razão do parto e já não por motivo de honra. Argumento este que causa alguma estranheza, uma vez que, para este Autor, a desonra era algo que se devia presumir – Pereira, 2008, p. 168.

¹⁸ Ministério da Justiça, 1993, p. 201.

¹⁹ *Ibidem*.

II. Análise do tipo legal de Infanticídio

1. Considerações introdutórias

O artigo 136.º do CP fornece-nos um conjunto de requisitos cumulativos e estreitos para que este tipo legal possa ser aplicado, o que faz com que a sua aplicação seja uma tarefa espinhosa.

Primeiramente, cumpre-nos fazer a seguinte ressalva a nível semântico. O infanticídio comporta em si duas realidades, sendo elas o neonaticídio e o filicídio. A primeira significa que a morte do filho ocorre dentro das 24h após o seu nascimento, ao passo que a segunda significa a morte do filho após o referido período²⁰. Para esta dissertação apenas relevará a primeira realidade.

Suplantado este ponto, importa concretizar o momento a partir do qual se inicia o parto, uma vez que o objeto da presente conduta é o filho – o que, de um ponto de vista de bem jurídico, se traduz na vida de outra pessoa. De acordo com Figueiredo Dias e Nuno Brandão, estará em causa o valor vida extrauterina “desde que se iniciam as contrações ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão da criança ou, em alternativa, desde que tem início o processo cirúrgico da cesariana”²¹. Deste modo, é com o início do parto que conseguimos diferenciar, ao nível temporal, o homicídio (vida humana formada) do tipo legal de aborto (vida intrauterina), pois, ao passo que no aborto a conduta tem de ser praticada quando este momento não tiver sido alcançado, no infanticídio, e nos restantes tipos de homicídio, teremos de esperar pelo seu início para que os possamos considerar²².

2. Elemento objetivo e subjetivo

Como em qualquer análise de um tipo legal, o crime de infanticídio pode ser desdobrado num elemento objetivo e subjetivo²³.

Quanto ao elemento objetivo, refira-se que concorrem duas circunstâncias, uma de carácter temporal, i.e., o momento da ação – “logo após o parto” –, e outra do tipo pessoal, i.e., todo o condicionalismo em que esta ocorre – “sob a sua influência perturbadora”²⁴.

²⁰ Resnick, 1970, p. 58.

²¹ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p. 171. Para outras considerações ver Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 173.

²² Apesar do artigo 66.º n.º 1 do CC determinar que se atribui personalidade jurídica no nascimento completo e com vida, para os penalistas (ver, neste sentido, Míguez García, 2011, p. 126), é considerado homicídio a partir do momento em que o parto se inicia. Assim, reconhecemos que para o Direito Civil apenas se é pessoa, no sentido jurídico, depois do nascimento e, conseqüentemente, apenas nessa altura é que se poderia classificar qualquer conduta que tenha como resultado a morte como homicídio.

²³ Ver Taipa de Carvalho, 2016, pp. 285 e 286.

²⁴ Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 172.

Deste modo, é necessário que a morte do neonato se situe no momento do parto ou logo após, e que este, consequentemente, provoque na parturiente uma influência perturbadora que altere de modo negativo a sua capacidade de se determinar perante o Direito.

A causa do privilegiamento reside no estado de perturbação em que a mãe se encontra durante ou logo após o parto. Este estado de perturbação pode ser condicionado endogenamente – por força de uma tendência ou mesmo de uma crise depressiva da mulher – ou exogenamente – pelo particular peso que para a mãe assume uma situação de necessidade que a atinge, que pode ser fundada em razões morais, sociais ou económicas²⁵. Pelo facto de o parto se constituir como um momento “por natureza doloroso e violento”²⁶ torna a mãe mais vulnerável e suscetível a “desequilíbrios psíquicos havendo forte probabilidade de ela praticar atos que noutras circunstâncias seria incapaz de fazer, sendo por esse motivo que a censura que lhe é dirigida não é tão grave”²⁷.

Em todo o caso, impõe-se dar resposta à seguinte questão: estamos perante um tipo de culpa privilegiada ou um ilícito autónomo? A doutrina maioritária²⁸ defende um tipo de culpa acentuadamente diminuída, não obstante tratar-se de um verdadeiro tipo, visto que lhe corresponde uma moldura penal. Assim, esta diminuição da culpa provém do facto de, estando a mãe sob a influência perturbadora do parto, equivalente a um estado de semi-inimputabilidade, não lhe ser exigido, naquele momento e devido a estas circunstâncias, que paute a sua conduta pelo Direito. Por sua vez, a doutrina minoritária²⁹ defende que estamos perante um ilícito autónomo, pois, caso radicássemos o privilegiamento na culpa, em termos sistemáticos, seria difícil de explicar a emancipação do infanticídio face ao homicídio privilegiado, p. e p. no artigo 133.º do CP. Para esta vertente, a menos que aceitássemos uma presunção de culpa diminuída da agente – sempre que se preenchessem os requisitos do artigo 136.º do CP –, tal iria conflitar com o princípio da legalidade, por não se encontrar legalmente previsto um juízo de menor exigibilidade.

Ainda sobre este tema, consideramos pertinente atentar no argumento apresentado por Gonçalves da Costa³⁰, com o qual concordamos. Se fundássemos a norma num tipo de ilícito diminuído, “que interesse entraria em conflito com a vida do

²⁵ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, pp. 169 e 170.

²⁶ Silva, 2011, p. 136.

²⁷ *Ibidem*, p. 137.

²⁸ Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, pp. 175 e 176; Pinto de Albuquerque, 2015, p. 534; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014, p. 537; Silva, 2011, p. 136; Maia Gonçalves, 2007, p. 541; Pereira, 2008, pp. 157, 158, 160 e 161; Gonçalves da Costa, 1989, pp. 185 a 192.

²⁹ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, pp. 169 e 170.

³⁰ Gonçalves da Costa, 1989, pp. 187 a 192.

filho, de forma a justificar o privilégio”³¹? Se, por um lado, ao tipo de ilícito pertencem os elementos do crime que permitem esclarecer qual o bem jurídico protegido, quais os objetos da ação relevantes, qual o grau de realização do facto que há de ter lugar e quais as modalidades de ataque abrangidas³². E se, por outro, ao tipo de culpa pertencem os elementos que permitem caracterizar, com maior precisão, a atitude interna da autora face ao direito, o que o artigo 136.º faz é precisamente descrever a circunstância em que a atitude da autora é menos censurável³³. Deste modo, este artigo não traça uma lesão menos intensa, pois o bem jurídico permanece o mesmo, assim como a sua gravidade e modalidade de perpetração: “a medida do desvio do comportamento em relação à norma é exatamente igual à que se verifica no homicídio simples”³⁴. O que justifica uma moldura atenuada, perante um homicídio simples ou qualificado, é o facto de a agente se encontrar numa circunstância específica, menos censurável³⁵.

Quanto à expressão “logo após o parto”³⁶, esta torna-se difícil de concretizar por se tratar de um conceito indeterminado. Acreditamos que o intuito do legislador foi, ao contrário do que aconteceu no passado, dar uma ampla margem de manobra para que as situações pudessem ser analisadas casuisticamente. Desta forma, é coberto pelo tipo legal em análise todo o período do trabalho de parto, assim como o período que se segue. O motivo pelo qual se permite apenas um curto espaço de tempo entre o parto e a morte do filho está intimamente relacionado com o facto de o decurso do tempo acentuar as relações de proximidade. Para que se verifique um infanticídio é necessário que a mãe não tenha tido a oportunidade de constituir uma relação extrauterina com o filho, uma vez que esta será a única forma de explicar o privilegiamento.³⁷ É por esta razão que o propósito criminoso se forma com mais facilidade já que tudo aquilo que o impediria, e obrigaria a ir num sentido oposto, é menos intenso. Com efeito, já não se esperará desta mãe uma conformação com os seus deveres de garante.

Relativamente ao elemento subjetivo, o infanticídio exige a verificação de um culpa dolosa, não obstante ser possível punir condutas semelhantes como homicídio negligente, p. e p. pelo artigo 137.º do CP³⁸.

Parece ser entendimento pacífico na doutrina que, para que o tipo legal se considere preenchido na sua plenitude, é imperativa e imprescindível a prova pericial,

³¹ *Ibidem*, p. 187.

³² *Ibidem*, p. 189.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 190.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Vejam-se os Ac. do STJ, 24.11.1993 e de 27.05.1992 quanto a esta expressão.

³⁷ Silva, 2011, p.141; Gonçalves da Costa, 1989, p. 230.

³⁸ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p. 173.

porquanto esta se configura como sendo aquela que permite, de forma mais fidedigna, atestar a presença de uma perturbação por influência do parto³⁹.

Ademais, refira-se que nos encontramos totalmente alinhados com Figueiredo Dias e Nuno Brandão⁴⁰ quando defendem que, no caso de se ter verificado que a conduta teve lugar logo após o parto, sendo realizadas todas as diligências necessárias de forma a apurar a verdade material, e o Tribunal permaneça em dúvida insanável sobre a atuação da mãe sob uma influência perturbadora do parto, deverá valer o princípio *in dubio pro reo*. Com efeito, deve considerar-se verificada a tipicidade do artigo 136.º do CP e não deve, em alternativa, ser punida esta conduta pelos artigos 131.º ou 132.º do CP, apenas pelo facto de existir dúvida sobre o condicionamento da mãe por perturbação derivada do parto⁴¹.

3. A possibilidade de premeditação

Quanto à possibilidade de premeditação, a doutrina divide-se relativamente à sua compatibilidade com o tipo legal em causa.

Pinto de Albuquerque⁴² defende que a ação sob influência perturbadora do parto não é compatível com a premeditação. Este Autor justifica a sua posição com o facto de a premeditação necessitar de algum distanciamento emocional e de um certo calculismo por parte da agente, o que não se coaduna com o facto de uma mãe estar sob uma influência perturbadora do parto. Deste modo, o facto de a mãe estar sob esta influência comporta uma espécie de inimputabilidade temporária, que resulta numa falta de capacidade para traçar um plano detalhado de como matar o seu filho, logo após o parto. Assim, ou estaremos perante uma premeditação ou uma influência perturbadora do parto.

Em sentido inverso, encontramos Figueiredo Dias e Nuno Brandão defendendo que esta influência perturbadora do parto não é “absolutamente incompatível”^{43/44} com a premeditação, porquanto “frequentemente a morte é precedida de sentimentos de negação ou rejeição da gravidez, conduzindo a uma predisposição para uma futura ação homicida”⁴⁵. Se estes sentimentos forem potenciados pelo parto, levando a mãe

³⁹ Sobre a necessidade de perícia médico-legal para a verificação desta tipicidade, veja-se Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p.172; Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 174; Silva, 2011, p. 137.

⁴⁰ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p. 172.

⁴¹ “A persistência de dúvida razoável após a produção da prova tem de atuar em sentido favorável ao arguido e, por conseguinte, conduzir à consequência imposta no caso de se ter logrado a prova completa da circunstância favorável ao arguido” – Gonçalves da Costa, 1989, p. 216.

⁴² Pinto Albuquerque, 2015, pp. 535 e 536.

⁴³ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, pp. 172 e 173.

⁴⁴ STJ, 26.02.2009.

⁴⁵ Figueiredo Dias & Brandão, 2012, p. 172.

efetivamente a matar o neonato, não parece haver razões para negar a compatibilidade com uma premeditação⁴⁶.

Revemo-nos bastante neste último entendimento, uma vez que a prova da existência de influência perturbadora do parto e, simultaneamente, a prova de que a mãe atuou de modo consciente e até premeditado não parecem ser realidades incompatíveis, até porque, como iremos ver, não estamos perante situações de total inimputabilidade, existindo consciência na prática do ato.

Contudo, chamamos a atenção para o seguinte: apesar de a mãe poder dissimular a gravidez e negar a sua existência; não ter sido acompanhada por médicos; e não ter feito um enxoval para o filho, não faz com que possamos automaticamente concluir que estamos perante uma premeditação. Na maioria dos casos, estamos perante mães que negam o seu estado interiormente, diferindo para momento posterior a decisão a tomar, esperando, por vezes, por uma “solução mágica”. Para além disso, existem gravidezes indesejadas e ocultadas que não culminam com a morte do recém-nascido. Portanto, atribuir a estas condutas, de forma generalizada, o rótulo de “premeditação” parece-nos ser perigoso.

Esta questão foi e continua a ser levantada pela jurisprudência, não existindo um entendimento pacífico, uma vez que, para alguns Tribunais, existindo factos indicativos de falta de preparação para a chegada do filho, ou a ocultação do estado, através de negação ou uso de roupas largas, é dado como facto provado a vontade/intenção de matar desta mãe *ab initio*⁴⁷.

4. A relação com o homicídio qualificado e privilegiado

Da análise da jurisprudência, tal como, posteriormente, procuraremos comprovar, resulta que o tipo legal de infanticídio não está a ser aplicado na prática, refugiando-se os Magistrados noutros tipos legais. Por este motivo, consideramos ser essencial, a um nível introdutório, fazer uma pequena referência a estes tipos e explicar que relação poderá ser estabelecida.

O infanticídio é um crime específico, o que significa que só poderá ser cometido por quem possua determinada qualidade ou sobre quem recaia um dever especial, como é o caso da mãe. É também possível qualificá-lo como impróprio, uma vez que a qualidade ou dever especial agrava a ilicitude criminal e, portanto, também a responsabilidade penal⁴⁸. Deste modo, apenas poderá cometer o crime de infanticídio a

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Neste sentido, vejam-se os acórdãos do TRL, 11.03.2010 e do STJ, 26.11.2015. Em sentido inverso, vejam-se os acórdãos do TRL, 29.03.2011 e do STJ, 19.04.2018.

⁴⁸ Taipa de Carvalho, 2016, p. 291. Conforme esta qualificação, veja-se Pinto de Albuquerque, 2015, p. 534; Silva, 2011, p. 135.

mãe biológica do neonato, o que faz com que as situações de comparticipação tenham forçosamente de ser punidas por outros tipos legais⁴⁹.

Por sua vez, o homicídio qualificado, p. e p. no artigo 132.º do CP, tratando-se de um tipo de culpa agravada, assenta na seguinte cláusula geral extensiva: “especial censurabilidade ou perversidade” do ato do agente. O n.º 2 do artigo 132.º do CP, por sua vez, consagra uma lista de exemplos-padrão de indicadores, ou sintomas, suscetíveis de revelar uma especial censurabilidade ou perversidade. Porém, estes não funcionam de forma automática, sendo sempre necessário que passem pelo crivo do n.º 1 do artigo 132.º do CP.

O homicídio privilegiado, por seu turno, encontra-se p. e p. no artigo 133.º do CP. Esta punição fundamenta-se no estado emotivo ou de afeto em que se encontra o agente, que torna a sua conduta menos exigível e diminui a sua culpa sensivelmente. Destarte, o agente deverá encontrar-se dominado por uma compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, para que este tipo legal se possa aplicar.

O infanticídio é uma forma especialíssima do crime de homicídio privilegiado⁵⁰, porém, distingue-se deste pelo facto de não poder ser cometido por qualquer agente, encontrando-se reservado para a figura materna. Há quem questione o motivo que levou o legislador a repartir em dois tipos legais aquilo que poderia ser resumido apenas ao artigo 133.º do CP. No entanto, e tal como a prévia análise histórica nos permitiu perceber, o legislador pretendeu sublinhar que uma mãe puérpera tem uma menor inclinação para se guiar pelo Direito⁵¹ e, deste modo, sob risco de o julgador cair na tentação de a condenar pela pena mais pesada⁵², quis realçar a diferença da sua situação e culpa, prevendo-a autonomamente.

Ademais, o facto de uma conduta preencher, abstratamente, uma das alíneas previstas no artigo 132.º do CP não significa que não possa estar em causa uma culpa sensivelmente diminuída, quer por uma influência perturbadora do parto, quer por uma compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral. Todas as situações têm de ser avaliadas casuisticamente, pois, “se o legislador tivesse entendido que o facto de a autora do infanticídio ser mãe da vítima permite supor uma especial censurabilidade, não teria criado uma norma do teor do artigo 136.º”⁵³.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, ver Figueiredo Dias & Brandão, 2011, pp. 173 e 174; Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 176; Pinto de Albuquerque, 2015, p. 536; Míguez García, 2011, pp. 127 e 128.

⁵⁰ Pinto de Albuquerque, 2015, p. 535.

⁵¹ Pereira, 2008, p. 160.

⁵² *Ibidem*, p. 177.

⁵³ Curado Neves, 2001, p. 211.

III. O infanticídio na prática

1. A jurisprudência portuguesa

Ao longo da investigação e análise jurisprudencial, que precedeu a elaboração desta dissertação – que inclui acórdãos desde 1984 até 2021⁵⁴ – foram surgindo várias interrogações e inquietações em relação à aplicação “prática” do tipo legal de infanticídio. Assim, consideramos ser fundamental fazer uma breve resenha dos casos, a nosso ver, mais importantes relacionados com as temáticas que nos propomos a tratar de seguida.

Podemos, desde já, adiantar que todos os casos têm em comum os seguintes factos provados: a mãe mata o filho logo após o parto; oculta a gravidez comprando roupas largas ou dizendo que tem uma doença; não compra qualquer tipo de bens para a gravidez, quer para si, quer para o seu filho; e não consulta nenhum especialista para acompanhar o referido estado – apesar de em alguns casos existirem consultas iniciais.

No Ac. do TRG de 19.11.2007, a Arguida recorre de uma condenação pelo crime de homicídio simples, defendendo um erro notório na apreciação da prova e uma punição por homicídio negligente ou por infanticídio.

Quanto à qualificação jurídica, o TRG concluiu que, apesar de o Tribunal *a quo* não ter ponderado o crime de infanticídio, não podia subsumir os factos a este tipo legal, pois não se deu como provado que a Arguida tivesse voluntariamente matado a criança, em virtude do seu estado puerperal.

O provado é coisa bem distinta: agiu, matando a descendente, por temor, por receio do futuro e, manifestamente, por incapacidade de reação a esta situação. Assim sendo, como para nós é, não se pode dizer que os factos sejam subsumíveis ao crime de infanticídio.⁵⁵

Contudo, o TRG chegou a esta conclusão sem o auxílio de uma perícia psiquiátrica ou psicológica. Para além da confissão da Arguida, apresentaram-se como meios de prova: um relatório fotográfico; o assento de nascimento; o certificado de óbito fetal e neo-natal; o assento de óbito; e os outros exames biológicos. Destarte, não conseguimos compreender como é que se pode afastar a qualificação jurídica de infanticídio única e simplesmente por se ter dado como provado que agiu por medo reputacional, visto que esse medo não invalida que uma patologia psiquiátrica não pudesse ter entrado na equação. Para além disso, o facto de o TRG reconhecer que este tipo legal não foi sequer

⁵⁴ Acórdãos selecionados no site da DGSJ em novembro de 2021, através da utilização dos seguintes descritores: “infanticídio”; “homicídio qualificado”; “homicídio privilegiado”. Esta pesquisa levou-nos a encontrar 25 acórdãos, dos quais 20 do STJ; 2 do TRP; 2 do TRL; e 1 do TRG. De seguida reproduzimos apenas as decisões que consideramos serem mais pertinentes para os temas que nos propomos a tratar.

⁵⁵ TRG, 19.11.2007.

tomado em consideração anteriormente demonstra que mesmo para a sua eliminação teria de se ter testado todos os seus elementos antes de um perentório afastamento, baseado numa premissa que peca por falsa.

No Ac. do STJ de 26.02.2009, a Arguida vinha condenada por homicídio qualificado, alegando que os Tribunais *a quo* tinham errado na qualificação jurídica, por subsistirem dúvidas insuperáveis na avaliação da prova, que não poderiam ser contra si valoradas.

Como decorre do Ac., a convicção dos Tribunais *a quo* adveio de diversos meios de prova que não a perícia psicológica ou psiquiátrica. É neste panorama que o Ac. em análise adotou uma posição de louvar, pois reconheceu que “as instâncias nada investigaram neste âmbito” e que, apesar de existir a norma penal que pune o infanticídio, e pese embora se tenha apurado desde o início da investigação que a morte ocorrera logo após o parto, o Tribunal de 1.^a Instância “sempre ignorou a possibilidade de se estar perante esse tipo privilegiado de crime, ainda que fosse para o afastar, pois nem sequer se lhe referiu”.

Para o STJ, com a omissão de uma investigação à perturbação por influência do parto, ficou criada uma situação de insuficiência de facto provado para a decisão, pois quando o Tribunal, podendo e devendo investigar certos factos, omite esse dever, conduzirá a situações em que, no limite, não se possa formular um juízo seguro de condenação ou de absolvição.

Deste modo, concluiu o STJ que urgia, em consequência, determinar o reenvio do processo ao TRL, sem embargo de se reconhecer que o tempo entretanto decorrido poderia causar dificuldades insuperáveis numa avaliação pericial, destinada a determinar se a Arguida agiu, ou não agiu, num estado de perturbação. “De todo o modo, se o tribunal não conseguir obter certezas suscetíveis de considerar verificada, ou de afastar com segurança, aquela influência perturbadora, restar-lhe-á fazer uso do princípio *in dubio pro reo* nos termos indicados por Figueiredo Dias”⁵⁶.

A nosso ver, bem andou o STJ ao perceber que, para uma boa decisão da causa e para que a justiça fosse administrada corretamente, era imperativo retroceder e verificar se existia ou não, no momento da prática do facto, uma influência perturbadora do parto. Para além disso, o STJ reconheceu também o facto de estas perícias serem mais rigorosas quanto maior for a proximidade com o facto e, deste modo, salientou que, caso não fosse possível aferir a sua existência, devia fazer-se uso do princípio *in dubio pro reo*, pois estaria em causa um cenário de dúvida razoável.

⁵⁶ STJ, 26.02.2009.

No Ac. do TRL de 11.03.2010, a Arguida recorreu de uma condenação em 1.^a Instância por homicídio qualificado, alegando um inadequado acatamento do dever de formulação do exame crítico das provas pedindo a condenação pelo crime de infanticídio.

Neste processo foram vários os meios de prova tidos em consideração, nomeadamente, um exame pericial psicológico que concluiu por “um funcionamento intelectual global de nível superior, com processamento cognitivo íntegro, sem indicadores de deterioração mental”, não se tendo encontrado qualquer característica que obstasse a que a Arguida assim não procedesse – i.e., matasse o seu filho – se não o pretendesse.

De seguida, o TRL salientou um dos aspetos que consideramos ser mais importante: não faz sentido que, ao tomar conhecimento da sua gravidez, uma mulher decida aguardar o termo da mesma para matar a criança que está a gerar. Contudo, e apesar deste raciocínio, afastou o crime de infanticídio, pois não obstante a Arguida ter matado a filha logo após o parto, decorrendo da factualidade provada que ela já tinha anteriormente ao parto decidido que assim procederia, se tem por claramente afastada a subsunção da sua conduta a este tipo. Este Tribunal concluiu que o infanticídio

imporia que a morte em questão tivesse meramente advindo de perturbação provocada pelo parto, que afetasse o seu discernimento, o que não se concluiu que tivesse sucedido (...), nem tão pouco se coadunaria com a formação prévia da vontade de assim proceder após o parto⁵⁷.

Porém, acrescentou o seguinte:

Este estado psíquico e físico, não se tendo apresentado como determinante dos atos que então praticou, não deixou de condicionar o seu raciocínio (...) Ainda que essa inimputabilidade seja meramente relativa e circunstancial, e não inibidora da sua capacidade de avaliação da ilicitude do facto e se determinar de acordo com a mesma (...).

Apesar de aceitarmos toda a narrativa deste Tribunal, a verdade é que este reconheceu uma imputabilidade diminuída à Arguida, mas afastou perentoriamente o tipo legal de infanticídio, sendo o argumento primordial para evitar a sua aplicação o facto de, apesar da intenção de matar não existir no primeiro momento, esta ter existido antes do parto e não de forma contemporânea a este.

Inconformada com esta decisão, a Arguida decide recorrer para o STJ, o que resultou no Ac. de 09.09.2010, que vai no mesmo sentido que o TRL, pois “a imputação do crime de infanticídio teria, no caso, que se fundar numa relação de causalidade entre

⁵⁷ TRL, 11.03.2010.

a influência perturbadora do parto e o causar da morte. Ora os factos dados por provados não apontam nesse sentido”.

Apesar de se admitir no Ac. que, durante aquele período, a Arguida viveu sob uma forte angústia e desespero, o que é certo, para o STJ, é que estas circunstâncias não eram suficientes para uma culpa atenuada.

No Ac. do TRL de 29.03.2011, a Arguida recorre de uma condenação por homicídio simples, alegando que o Tribunal *a quo* nunca se pronunciou sobre a possibilidade de crime de infanticídio.

Saliente-se que para o Tribunal de 1.^a Instância só no momento do nascimento é que a Arguida agiu como ficou descrito, com intenção de tirar a vida ao recém-nascido, pois, apesar de ter utilizado roupas largas e não ter consultado um médico especialista para acompanhar a gravidez, tal não significava forçosamente que tinha chegado àquele desígnio assim que descobriu a sua gravidez. O facto de ter deixado o saco com o recém-nascido no seu quarto pousado demonstrou que a sua atitude após o nascimento e consumação do facto voltou a obedecer aos mesmos padrões da fase anterior, ou seja, denegação.

Durante a gravidez a arguida comportou-se perante terceiros e perante ela própria como se não estivesse grávida. No momento do parto, por razões óbvias tal não foi possível, e ela foi confrontada com a esmagadora realidade do seu filho, vivo, nas suas mãos. Resolveu esse seu “problema” (...) E a partir daí, voltou a seguir a sua rotina diária normal, como se nada se tivesse passado (...).⁵⁸

O relatório pericial demonstrou que a notícia da gravidez constituiu para a Arguida um choque emocional que funcionou como um fator de stress, uma vez que ela não queria, nem se sentia preparada para engravidar, para além de ter ficado com medo da reação familiar.

A reação e o comportamento subsequentes (...) foram determinados pela atuação dum mecanismo de defesa que entra em ação perante fatores de stress que são vivenciados com excessiva intensidade (...). Trata-se de um mecanismo designado por denegação. (...) consiste na negação ou recusa em aceitar a existência de aspetos da realidade. Não é, bem entendido, uma decisão consciente que está em causa, mas uma forma de pensar, sentir e agir como se aqueles aspetos de todo não existissem. Ao observarmos uma pessoa que esteja a usar esse mecanismo temos a sensação que está a mentir ou a

⁵⁸ TRL, 29.03.2011.

fingir pois vemo-la negar o óbvio, mas do *seu ponto de vista* esses aspetos não existem mesmo. (...) não apresentava atividade psicótica produtiva, isto é, não estava dominada por ideias delirantes nem por alucinações, nomeadamente por vozes que lhe ordenassem que teria de matar o bebé. (...) Mas também é verdade que durante esse período o seu estado mental não tinha como base uma completude do estado da consciência.⁵⁹

Quando a Arguida invocou em sua defesa ter agido em perturbação sob a influência do parto, o Tribunal de 1.^a Instância começou por indeferir a perícia, por entender que as questões em causa só podiam ser aferidas em audiência de julgamento, através das declarações da Arguida e da prova testemunhal, “o que causa estranheza, pois se assim era quanto a alguns dos quesitos propostos, não o seria quanto a todos, designadamente, quanto à matéria da influência perturbadora do parto no momento da ação típica”⁶⁰. Certo é que, contraditoriamente com o que havia sido decidido, teve lugar uma perícia médico-legal psiquiátrica, mas sem que a questão concreta da influência perturbadora do parto tivesse sido respondida de forma clara.

Neste seguimento, o TRL afirmou que, estando o primeiro requisito do infanticídio preenchido, não poderia o segundo deixar de ser ponderado, sendo que, no Ac. recorrido, não foi encontrada qualquer palavra alusiva a este tipo legal: “não parece razoável que nunca tenha sido feito uma avaliação psiquiátrica à arguida, de forma a determinar se o seu comportamento resultou da influência perturbadora do parto”⁶¹. Deste modo, foi reenviado para novo julgamento, tendo este de se debruçar sobre a questão em falta e essencial para uma boa decisão da causa.

Com a repetição do julgamento, a Arguida foi condenada por homicídio simples, com diminuição da pena, posteriormente, pelo TRL. Contudo, inconformada, recorreu para o STJ, dando origem ao Ac. de 11.10.2012, onde requereu somente uma diminuição da pena.

Apesar de ter passado a fazer parte dos factos provados, “agindo em estado mental condicionado pelo mecanismo de denegação (...) agiu em estado de consciência, mas sem reflexibilidade sobre o mesmo”⁶², o STJ explicou que se terá querido dizer que esta não refletiu sobre o ato, mas que não perdeu o discernimento.

Realçamos, também, nesta decisão a declaração de voto de Santos Carvalho, porquanto, apesar de não ter sido requerida uma alteração da qualificação jurídica pela Arguida, aceitando estar perante um homicídio, este Juiz foi da opinião de que na qualidade de Tribunal de revista, de última Instância, o STJ tinha o dever acrescido de

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ TRL, 29.03.2011.

⁶² STJ, 11.10.2012.

zelar pela boa aplicação do direito e devia ter equacionado a possibilidade de estarmos perante um crime de infanticídio.

No Ac. do TRP de 23.10.2013, a Arguida recorreu de uma condenação do Tribunal de 1.^a Instância de um crime de homicídio simples, requerendo a sua alteração para homicídio privilegiado.

Foi realizada perícia psiquiátrica para prova do estado emocional vivenciado pela Arguida na altura do parto, tendo resultado em dois relatórios periciais⁶³. Ambos os relatórios foram no sentido de que a Arguida vivia numa situação de marcada tensão e de grande ansiedade, divergindo apenas quanto à intensidade de uma perturbação emocional. O relatório e depoimento da Perita, “Dra. E.”, foi no sentido de que a perturbação “foi de tal modo intensa que lhe determinou o estado de consciência, despersonalização e desrealização”⁶⁴. Por seu turno, o relatório e depoimento do Perito, “Dr. C.”, foi no sentido de a Arguida não ter vivenciado um estado emocional, aquando da prática dos factos, de despersonalização e desrealização, o que justificou dizendo que esses estados eram vividos como se de um sonho se tratasse, não lhe parecendo que fosse o caso da Arguida, “que mantinha a noção de presença de si e dos outros e não como se fosse outra pessoa”⁶⁵.

O Tribunal acolheu este último juízo, emitido pelo “Dr. C.”, pois, pese embora sob grande stress emocional, tensão, angústia e ansiedade, quando a Arguida decidiu matar a filha, “nunca perdeu a noção da realidade, nem se alheou do seu eu”, continuando preocupada com as reacções familiares.

Quanto à qualificação jurídica, o Tribunal de 1.^a Instância afastou o crime de infanticídio por inexistir suporte factual provado, passível de fazer concluir que essa sua conduta tivesse tido lugar sob a influência perturbadora do parto. O TRP, por sua vez, referiu não se poder retirar dos relatórios periciais que a Arguida estivesse sob uma perturbação puerperal, pois, apesar do bloqueio que sentiu no momento do parto, a Arguida era pessoa imputável, “mantendo consciência do bem e do mal”.

O que tudo ponderado evidencia que a arguida, sendo imputável à data dos factos, agiu sob um estado de intensa perturbação emocional, com alteração do estado de consciência, na medida em que vivenciou um fenómeno de despersonalização e desrealização, embora não absoluto⁶⁶.

⁶³ O “Dr. C” teve o encargo de aferir se a Arguida agiu sob a influência perturbadora do parto e a “Dra. E” tinha a responsabilidade de apurar se a Arguida tinha agido sob a “influência do trauma pós-parto”.

⁶⁴ TRP, 23.10.2013.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

O TRP concluiu dizendo que não poderia a conduta da Arguida preencher o tipo legal de infanticídio, porquanto, apesar de se ter apurado que atuou sob intensa perturbação emocional associada ao puerpério, daí não decorrer que, ao matar a filha, o fazia sob influência perturbadora do parto.

No Ac. do STJ de 26.11.2015, a Arguida interpôs recurso inconformada com a condenação no Tribunal de 1.^a Instância, confirmada pelo TRC, por homicídio qualificado.

Curioso revela-se o facto de o Tribunal ter dado como provado que, “desde data não concretamente apurada, mas seguramente situada em dia da primeira semana de maio de 2011, a arguida já tinha formulado o propósito de matar aquele seu filho”. Para o TRC, a Arguida desde cedo procurou reserva quanto ao seu estado e não se mostrou cuidadosa com o acompanhamento médico, faltando “à consulta marcada para o dia 02.05.2011, acabando por decidir desfazer-se do filho”. Sendo que “Todo o comportamento da arguida denota uma tomada de posição pensada, com um mínimo de reflexão antecipada”.

Contudo, o STJ demonstrou fortes objeções quanto à falta de averiguação do estado emocional e psíquico da recorrente durante a gravidez e no momento da prática do crime. Para além da conduta adotada pela Arguida – mulher madura, instruída e mãe de 2 filhos – ter causado perplexidade, por não ter procurado a interrupção voluntária da gravidez, o facto de pré-existir um “esboçado projeto de impedir o nascimento com vida do seu filho” não se mostrou congruente com o facto de se ter submetido a consultas e exames médicos, uma vez que estes constituiriam prova irrefutável da sua condição. Deste modo, bem andou o STJ quando referiu que:

a ação da recorrente (...) poderá ser entendida como demonstração de sangue frio, insensibilidade, cautela e calma, como as instâncias concluíram, mas dificilmente pode ser “compreendida” sem a interferência de fatores emocionais e psíquicos na determinação para o ato.

Concluiu o STJ que a falta de esclarecimento sobre o “estado emocional e psíquico da recorrente ao longo da gravidez, durante e logo após o parto, e da existência de fatores que, tanto endogenamente como exogenamente, a podem ter condicionado”, impediu um juízo informado sobre o seu grau de culpa, tornando-se imprescindível o auxílio de parecer pericial, reenviando o processo para novo julgamento.

Todavia, o STJ, pela formulação frásica que escolheu adotar, acabou por limitar os poderes dos restantes Tribunais que julgaram a causa, ao dizer,

Nada disto implica qualquer suposição de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída da recorrente ou ter ela agido sob a influência

perturbadora do parto, para efeitos do artigo 136.o do CP. O que se pretende é evitar que o crime, com a matéria de facto fixada pelas instâncias, permaneça na sombra da incompreensibilidade.

Destarte, foi interpretação dos restantes Tribunais que, não obstante o reenvio para novo julgamento, seria caso julgado o facto de a conduta da Arguida não poder ser subsumida ao tipo legal de infanticídio, o que, a nosso ver, se mostra fortemente contraditório, uma vez que a razão que liderou o reenvio passou precisamente pelo facto de se querer perceber se esta teve uma influência psíquica na sua atuação. Interpretamos esta conclusão do STJ não com efeito de caso julgado, mas simplesmente como não querer condicionar os Tribunais num sentido, o que não significa que esse não pudesse ser adotado.

Poderá pecar por tardia a tentativa de esclarecer a motivação do crime e as condições de determinação da recorrente para a sua prática, já não se logrando, agora, todo o esclarecimento pretendido. Todavia, no plano da justiça da decisão, o risco do insucesso não deve ser razão para uma desistência antecipada de prova pericial ainda possível.⁶⁷

Após ter sido repetido o julgamento, o Tribunal de 1.^a Instância manteve a qualificação jurídica, diminuindo a pena, mas, inconformada com esta decisão, a Arguida voltou a recorrer, dando origem ao Ac. do TRP de 10.01.2018.

Da audiência de julgamento da 1.^a Instância refiram-se: as declarações da médica ginecologista do Hospital, tendo esta dito que não solicitou uma perícia na altura da prática do facto, pois os dados objetivos que recolheu naquele momento não justificavam a chamada de um psiquiatra à urgência, pois “não estava em pânico, não pareceu ansiosa”; e as declarações do consultor técnico, que referiu que seria normal que a Arguida tivesse, na altura dos factos, comportamentos que evidenciassem um “afastamento, isolamento, perda de concentração, afastamento social”. A argumentação do consultor técnico foi refutada pelo Tribunal, por aquele não ter dados suficientes para alcançar essas conclusões, não sendo, inclusivamente, congruentes com o estado de espírito relatado pelas testemunhas, nomeadamente, as colegas de trabalho da Arguida.

Nem se coloca, nem foi sequer suscitada, a eventual necessidade de qualquer avaliação psiquiátrica à arguida, de forma a determinar se o seu comportamento resultou da “influência perturbadora do parto”, pois a envolvência em que decorreu a actuação da arguida e as pessoas que estavam à sua volta atestam que a sua actuação não sofreu influência das *condições*

⁶⁷ STJ, 26.11.2015.

emocionais e físicas em que decorreu o parto; o que também resulta do depoimento da médica que a recebeu no serviço de urgência.⁶⁸

Em todo o caso, foi solicitada ao INML uma perícia psiquiátrica à Arguida, tal como instruiu o STJ, tendo esta sido elaborada em 06.09.2016 – 4/5 anos após o facto. Concluiu o Perito que, “a considerar imputabilidade para os factos, esta deverá ser atenuada pelos elevados níveis de ansiedade registados e possível estado dissociativo transitório, que fogem ao seu percurso habitual”, tendo concluído (além da já referida imputabilidade atenuada) que a examinada “padece de Estados de Ansiedade (ICD9 – 3000) e Reação ou Estado Dissociativo, SOE (ICD9 – 300.15)”⁶⁹.

Deste modo, o exame pericial não logrou esclarecer as questões apontadas pelo STJ, designadamente o diagnóstico de patologia psiquiátrica à data dos factos que tivesse condicionado a Arguida à prática dos mesmos. Porém, foram igualmente juntos ao processo diversos relatórios psiquiátricos, pedidos ao longo dos anos (alguns para fins de aferir de uma incapacidade profissional), muitos dos quais referiam “um quadro de psicose puerperal”.

A 1.^a Instância concluiu que o comportamento da Arguida não preencheria o crime de infanticídio, porquanto não se tinha provado que tivesse agido sob a influência perturbadora do parto. O TRP, por sua vez, revisitou a questão do caso julgado, dizendo que jamais poderíamos estar perante um infanticídio, pois o novo julgamento não era relativo à totalidade do objeto, sendo que uma das questões definitivamente encerradas era, precisamente, a impossibilidade de subsunção dos factos a este tipo legal. Concluiu dizendo que existia dúvida razoável sobre a existência de um quadro depressivo grave e perante esta dúvida teria de se fazer uso do princípio *in dubio pro reo*, convolvando, deste modo, o homicídio qualificado em simples.

No Ac. do STJ de 19.04.2018, recorreu a Arguida de uma condenação de homicídio qualificado, tendo este Tribunal, à semelhança do verificado anteriormente, salientado que o facto de a Arguida matar o filho não era suficiente para se poder concluir por um crime de homicídio simples, qualificado ou infanticídio, pois a conduta integra objetivamente qualquer um destes tipos legais de crime. O STJ acrescentou que para se concluir pela não subsunção dos factos ao crime de infanticídio eram ainda necessários outros factos, “sendo certo, todavia, que a inexistência de prova que permita concluir pela possibilidade (...) de infanticídio não poderá ter como consequência a imputação ao agente de um crime mais grave”.

⁶⁸ TRP, 10.01.2018.

⁶⁹ *Ibidem*.

Deste modo, determinou o reenvio do processo para o TRE, sendo que, se este não conseguisse ter certezas sobre a ocorrência daquela influência perturbadora, ou se não conseguisse afastar com segurança aquela influência sobre o comportamento da Arguida, apenas lhe restaria fazer uso do princípio *in dubio pro reo*.

Por fim, refira-se um dos casos mais mediáticos e recentes, o Ac. do STJ de 14.07.2021, conhecido como o “bebê do lixo”, onde recorreu a Arguida de uma condenação por tentativa de homicídio qualificado.

O TRL afastou o crime de infanticídio pelo facto de não resultar da matéria de facto provada que a Arguida tivesse agido sob a influência perturbadora do parto, sendo que o parto, “enquanto momento, por natureza, doloroso e violento”, não atingiu uma dimensão tal que tenha retirado o discernimento à Arguida: “Não houve comoção violenta puerperal. A vontade de matar surgiu anteriormente ao parto, como último ato de ocultação do resultado de uma gravidez”⁷⁰. Por sua vez, o STJ defendeu que

lidos de forma literal, e sem contextualização, levados por uma narrativa que enfatize a terrível ocorrência, o crime objetivamente odioso, podem ficar na penumbra precisamente os factos (e uma outra narrativa, alternativa) que atenuam e explicam uma atitude criminosa deplorável e que merece, obviamente e objetivamente a mais alta censura. (...) ⁷¹

Deste modo, em relação ao infanticídio, defendeu o STJ que a Arguida praticou os factos num estado de perturbação, “não apenas do parto, mas já vindo de antes”. Contudo, afastou o crime de infanticídio por faltar o requisito essencial de contemporaneidade ou subsequência, condenando a Arguida por homicídio privilegiado, pois através da leitura do Relatório Pericial se consegue “aquilatar o estado anímico” da Arguida.

Julga-se que é a emoção violenta da gravidez num estado de desvalimento que realmente domina os atos da Recorrente. E o que parece ser premeditação (como, por exemplo, a omissão do enxoval) será certamente apenas fruto de confusão e (...) domínio da emoção. ⁷²

Da leitura conjugada destes acórdãos conseguimos diagnosticar dúvidas e inquietações, na nossa perspetiva, quanto a três temas centrais: o que é a influência perturbadora do parto; a falta de perícia; e os problemas relacionados com Direito e Género.

⁷⁰ STJ, 14.07.2021.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² STJ, 14.07.2021.

2. A influência perturbadora do parto

Parece-nos que os Tribunais associam a influência perturbadora do parto a uma psicose. Isto é, só no caso de se chegar à conclusão de que aquela mãe, única e exclusivamente pelo fenómeno do parto, sucumbiu a uma perturbação de tal forma intensa que a tornou praticamente inimputável, naquele momento, matando o filho, é que equaciona a possibilidade de subsunção dos factos ao infanticídio. Assim, a mãe tem de ter sinais claros de perturbação, não só para os Peritos, como para as restantes testemunhas, vivendo numa realidade paralela, mas, ao mesmo tempo, estar suficientemente consciente para nela recair um juízo de culpa. Para além disso, não poderão nunca concorrer com o seu episódio psiquiátrico depressões passadas ou subsequentes, episódios de vida marcantes, medo reputacional, ou até mesmo perturbações prévias da personalidade, pois este tem de ser exclusivamente derivado da “expulsão” do filho.

É curioso verificar que para os nossos Tribunais é necessário um estado mental muito específico para que uma mulher seja condenada por este crime, estando o infanticídio num equilíbrio muito ténue entre o que é a imputabilidade e a inimputabilidade. Em termos leigos e não cientificamente corretos, a mãe tem de ter enlouquecido de tal forma que matou o seu filho, não voltando à sua vida normal, entrando praticamente num estado de psicopatia, mas, ao mesmo tempo, ter capacidade suficiente para ser imputável pelo crime que cometeu, pois estava consciente e pretendia-o.

Destarte, rapidamente chegamos à conclusão de que os próprios Tribunais não têm uma definição, quanto mais unívoca, para a interpretação de “influência perturbadora do parto” e uma consequente sintomatologia, apresentando para situações semelhantes entendimentos contraditórios. Procurando uma definição mais inteligível para um fenómeno que carece, obrigatoriamente, de prova pericial, e apesar de já termos analisado este requisito de um ponto de vista jurídico, consideramos mister tentar densificar este conceito a par com a medicina⁷³.

Todo o ciclo “gravídico-puerperal” é considerado como um período de risco para o psiquismo da mulher, devido à intensidade da experiência por esta vivida⁷⁴. Ora, interligados com a gravidez e o parto podemos identificar vários tipos de perturbações a que a mãe poderá estar acometida; porém, o legislador, com a utilização da expressão “influência perturbadora do parto”, passa a impressão de que há uma patologia específica que, uma vez verificada, alerta para a aplicação deste tipo legal. Mas, na verdade, o que

⁷³ Para um estudo extensivo das diversas patologias ver Arrôbe, 2018, pp. 53-99.

⁷⁴ Iaconelli, 2005, s/p.

existe é uma panóplia de perturbações que podem estar associadas à gravidez e ao puerpério.

O que para alguns Autores é facilmente explicado como uma mulher que “não fica em estado normal, afetada por uma espécie de exaltação ou excitação febril⁷⁵”, ou que atua “em curto circuito, por ato impulsivo (...) sem que haja análise de consciência⁷⁶”, são na verdade perturbações psíquicas que, descurando o seu tratamento ou diagnóstico, poderão resultar em consequências gravíssimas.

Apesar de ser facto conhecido que o parto desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central⁷⁷, não é facto bastante para se poder afirmar uma influência perturbadora do parto, pois, caso contrário, todas as parturientes padeceriam de tal patologia. O que se constata é que o sintoma característico desta influência é a alteração súbita, e geralmente temporária, nas funções normalmente integradas de consciência, identidade e comportamento motor, de modo que deixem de coexistir em harmonia⁷⁸.

Deste modo, iremos ressaltar três tipos de perturbações, apesar de reconhecermos a vasta variedade de fenómenos que poderão ocorrer devido à gravidez e ao parto.

O *Maternity Blues* consiste num estado transitório de hiper-reatividade emocional, que costuma acontecer a partir da primeira semana depois do parto⁷⁹. Esta perturbação tende a estar relacionada com o facto de aquela que era filha passar a ser mãe não tendo ainda segurança nesse novo papel. Assim, esta mãe não reconhece o seu corpo e sente dificuldade na relação sexualidade-maternidade⁸⁰, sendo que, apesar de algumas mulheres poderem demonstrar felicidade, tal pode mudar drasticamente para um choro⁸¹.

A Depressão Pós-Parto, por seu turno, é um estado de humor depressivo que se inicia nas primeiras 4 semanas após o parto⁸², apresentando diferentes níveis de intensidade. Estas mulheres demonstram sintomas como irritabilidade, mudanças de humor, indisposição, tristeza profunda, desinteresse pelo filho e por atividade do dia a dia, chegando ao extremo de pensamentos suicidas e homicidas em relação ao bebé⁸³. É importante salientar que antecedentes de depressão, pessoais ou familiares são fatores

⁷⁵ Silva Ferrão, 1857, p. 77.

⁷⁶ Pinto da Costa, 1979, pp. 1 e 2.

⁷⁷ Guimarães, 2004, p. 12 e O'Hara e McCabe, 2013, p. 385.

⁷⁸ Guimarães, 2004, p. 13.

⁷⁹ Iaconelli, 2005, s/p.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Ribeiro, 2015, p. 96.

⁸² O'Hara e McCabe, 2013, p. 381.

⁸³ Iaconelli, 2005, s/p.

de análise para o risco desta depressão⁸⁴, sendo que as causas, apesar de não serem claras, admitem “a interação de elementos endógenos e exógenos”⁸⁵.

Relativamente à Psicose Puerperal, atente-se o DSM-5, quando refere que o infanticídio aparece frequentemente associado a episódios psicóticos puerperais que são caracterizados por alucinações de comando para matar o recém-nascido – embora os sintomas psicóticos também possam ocorrer em episódios pós-parto graves, sem delírios ou alucinações específicas⁸⁶. Para além disso, o risco de episódios com características psicóticas é particularmente elevado em mulheres com episódios de “humor pós-parto” prévios, sendo igualmente elevado entre as mulheres que têm uma história prévia de perturbação depressiva ou bipolar⁸⁷. “Para a mulher em surto o bebé não existe enquanto tal. Ele passa a ser espaço vazio preenchido pela psicose da mãe”⁸⁸. Contudo, a curta duração dos sintomas e, muitas vezes, o carácter transitório dessa perturbação fazem deste diagnóstico um verdadeiro desafio⁸⁹.

Ao observarmos algumas opiniões de diferentes Autores⁹⁰, chegamos à conclusão de que o caminho para o neonaticídio se faz, normalmente, pela mesma calçada. Estamos perante mulheres que descobrem uma gravidez indesejada, negam e/ou ocultam esse seu estado, não têm qualquer tipo de acompanhamento médico e muitas vezes o pai do neonato é indeterminado ou não presente⁹¹. Influenciam estas perturbações o medo de repúdio familiar e a vergonha de relações sexuais com parceiros não identificáveis, ou fora do matrimónio, e dificuldades financeiras⁹².

Normalmente, o isolamento físico da mãe, como forma de ocultação e denegação do seu estado, pode levar a um isolamento emocional, que com a chegada do neonato faz com que esta só pense em formas de o afastar de si⁹³. Nas mulheres que apresentam este tipo de perturbações, o homicídio é uma resposta automática ao estado de medo e de ansiedade que viveram durante o período de gravidez, que alcança o seu apogeu com o nascimento daquele filho⁹⁴.

Uma leitura literal do preceito parece não pretender incluir no seu âmbito perturbações existentes à data da prática dos factos, i.e., presentes durante a gravidez, mas apenas aquelas que, através de um nexo de causalidade, se pudessem ligar

⁸⁴ Tenório, *et al.*, 2010, p. 11.

⁸⁵ Taborda Fernandes, 2014 p. 28.

⁸⁶ American Psychiatric Association, 2013, p. 221.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Iaconelli, 2005, s/p.

⁸⁹ Guimarães, 2004, p. 13.

⁹⁰ Spinelli, 2001, p. 811; Shelton, *et. al.*, 2010, p. 822; Shelton, *et al.*, 2011, p. 264.

⁹¹ Shelton, *et al.*, 2011, pp. 264 e 265.

⁹² Shelton, *et al.*, 2010, p. 822.

⁹³ Shelton, *et al.*, 2011, p. 265.

⁹⁴ Oberman, 2015, pp. 39 e 40.

exclusivamente ao momento do parto⁹⁵. Rejeitamos esse entendimento, perfilhado por Gonçalves da Costa⁹⁶, pois, apesar de se poder enquadrar as situações anteriores no tipo legal do artigo 133.º do CP, isso não significa que as mesmas se esgotem somente nessa norma. Um dos argumentos apresentados por este Autor passa pelo facto de, se assim não se entender, estarmos perante uma violação do princípio da igualdade, estando a tratar situações materialmente iguais de forma diferente.

Todas as circunstâncias conexas com o nascimento de um filho aptas a perturbar psicologicamente a mulher, que não possam ser reconduzidas (...) ao parto, são suscetíveis de operar igualmente num homem (...). Não se vislumbra, pois, qualquer razão capaz de justificar um tratamento mais favorável para a mãe.⁹⁷

Não podemos discordar mais deste pensamento, uma vez que não estamos perante situações minimamente semelhantes, quanto mais iguais. Justifica-se o tratamento mais favorável à mãe, uma vez que é o corpo desta que se altera durante nove meses e é sobre esta que impende uma mudança biológica e hormonal, que nem por simbiose se poderia “passar” ao homem/pai. Se não se atentar a todas as circunstâncias que rodeiam a prática do crime, inclusivamente perturbações anteriores ao parto, decorrentes, nomeadamente, da gravidez, o critério privilegiante torna o crime de “configuração difícilima e praticamente decorativa”⁹⁸.

Consideramos que o infanticídio pretende colocar a coberto as situações de alterações psíquicas na mãe, por motivos relacionados tanto com o parto, como com a gravidez, apesar de mencionar apenas o primeiro. Pois, caso contrário, nunca poderíamos ter falado numa cláusula *honoris causa*, visto que a honra não ficaria afetada somente pelo nascimento do filho (parto), mas também pelo facto de esta se apresentar grávida.

Por último, defendemos que é somente necessário provar que existiu uma influência do parto (em qualquer das suas formas), não tendo esta de ser a única e exclusiva circunstância subjacente à conduta, pois “não pode colocar-se a concessão do privilégio na dependência de uma demonstração de que os desarranjos psicofísicos decorrentes do parto foram determinantes do comportamento materno”⁹⁹.

A única situação imperativa que tem de ser respeitada para a aplicação deste tipo legal é o facto de a mãe ter matado o filho, logo após o parto, com a sua consciência toldada, por motivos relacionados com a gravidez e/ou parto, de modo suficiente a que

⁹⁵ Ver, neste sentido, o Ac. do STJ, 09.09.2010.

⁹⁶ Gonçalves da Costa, 1989, p. 212.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Frago, 1995, p. 83, *op. cit.* por Gonçalves da Costa, 1989, p. 213.

⁹⁹ Gonçalves da Costa, 1989, p. 214.

uma conduta lícita alternativa não lhe era exigida, tendo, deste modo, a sua culpa atenuada. Se atentarmos apenas em situações de verdadeira psicose e descurarmos outros tipos de perturbações, que podem ser desencadeadas pela gravidez e potenciadas pelo parto, no preenchimento do conceito “influência perturbadora do parto”, estamos apenas a atentar em situações de verdadeira inimputabilidade e não, tal como nos referimos anteriormente, em situações de imputabilidade diminuída. Sendo que as primeiras não são passíveis de culpa, logo, jamais poderiam ser subsumidas a este tipo legal.

Em concomitância com o exposto, apercebemo-nos de que não existe um sentido unívoco para o conceito “influência perturbadora do parto”, não sendo trabalho de um jurista diagnosticar tal estado ou limitar a sua presença ao momento único do parto, pois é necessário ter em consideração todos os fatores e circunstâncias que o rodearam. Deste modo, caso não se consiga apurar com toda a certeza a sua existência, deverá ser considerado o princípio *in dubio pro reo*.

3. A (falta de) perícia

Da jurisprudência analisada conseguimos retirar que as perícias, ao contrário do que seria expectável, não estão a ser requeridas pelos nossos Magistrados. Para além disso, é igualmente curioso verificar que, nas vezes em que estas são requeridas, quando os Peritos não conseguem responder objetivamente à pergunta de existência ou não de uma influência perturbadora do parto, os Tribunais conseguem sempre formular argumentos que levam à segunda via. Parece-nos, assim, que os nossos Tribunais não estão a ponderar devidamente o facto de não existir um diagnóstico conclusivo nesta matéria, continuando a ver esta influência como algo muito próprio e pouco espelhado na área da medicina.

Verificamos ainda que, apesar de se reconhecer que estamos perante um requisito médico-legal, os nossos Magistrados continuam a preferir diagnosticar as situações através de prova testemunhal, não requerendo a devida perícia. Porém, sabemos também que o “fardo” de requisição de uma perícia não recai somente sobre os Tribunais, o que nos leva à seguinte inquietação: por que razão é que a perícia não é imediatamente realizada, assim que o MP recebe a notícia do crime, nos casos onde, logo após o parto, a mãe produz a morte do seu recém-nascido¹⁰⁰? Não nos parece sequer razoável que, estando à partida verificado um dos pressupostos do crime em causa (pressuposto temporal), o segundo pressuposto (a conduta) não seja averiguado de forma imediata.

¹⁰⁰ Com base no Plano de Estudos do CEJ (2021-2022), os auditores serão capazes de aferir da verificação dos pressupostos para o exercício da ação penal, delineando planos de investigação em função da factualidade denunciada – Plano de Estudos CEJ, 2021, p. 37.

Ademais, quanto mais afastada a perícia estiver do facto, mais difícil se torna o respetivo diagnóstico, estando os Magistrados a dificultar uma boa decisão da causa ao protelar a decisão da sua elaboração: “A prova pericial poderá ter maior eficácia na investigação criminal se for mais rapidamente solicitada e realizada (...) [e essa] prontidão (...) será essencial em determinadas decisões judiciais”¹⁰¹.

Tal como ficou estabelecido, compreendendo o infanticídio um critério desconhecido para juristas, o legislador transferiu implicitamente a responsabilidade da sua verificação para as perícias médico-legais¹⁰². Estas perícias, previstas no artigo 159.º do CPP, devem ser realizadas por Peritos do INML¹⁰³, sendo que o juízo técnico proveniente daquela se presume subtraído à livre apreciação do julgador, nos termos do artigo 163.º do CPP, precisamente pelo facto de estarmos perante pessoas técnica e cientificamente qualificadas. Deste modo, o que a lei dispõe verdadeiramente é que, salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, o relatório pericial se impõe ao julgador¹⁰⁴.

Mesmo que o MP falhe, numa primeira fase, na requisição desta perícia, de acordo com o artigo 154.º do CPP, esta poderá ainda ser ordenada oficiosamente ou a requerimento. Destarte, a lei oferece ao MP mais do que uma possibilidade de confirmação deste tipo de influência, parecendo estranha a constante “recusa” da sua aplicação. Sabemos ainda que, em última instância, este dever pertence ao Juiz por força do princípio da descoberta da verdade material, independentemente da contribuição ou não do MP (artigo 340.º do CPP).

Pretendendo-se atingir em julgamento a verdade material e uma boa fundamentação para aplicação prática do direito, esta terá de ter sempre por base uma convicção que vá para além de toda a dúvida razoável, o que só será possível de alcançar esgotados todos os meios de prova viáveis para a verificação daquela factualidade. Pois a fundamentação da decisão, proferida pelo aplicador do Direito, alicerçada nos meios de prova que permitiram chegar a uma determinada conclusão, é aquela que irá repor a paz social, restabelecendo a confiança nas normas violadas, conseguindo a realização da justiça e possibilitando o controlo da legalidade da decisão.

Pressupõe-se que a autoridade judiciária tenha conhecimentos bastantes que lhe permitam, à primeira vista, pedir a realização de uma perícia. Porém, nem sempre é o caso, pois acreditam que o facto de a experiência comum dizer que uma mulher demonstra determinados sintomas, quando está perturbada, significa que quando esses

¹⁰¹ Silva Dias, 2005, p. 189.

¹⁰² Spinelli, 2001, p. 811.

¹⁰³ Artigo 2.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, na sua versão atual, que regula o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁴ Gonçalves & Alves, 2009, p. 188.

não sejam visíveis não existem e não precisam de perícia. Não nos podemos esquecer que a prova pericial tem uma especial importância quando, através dos seus juízos técnicos, científicos ou artísticos, se apuram factos novos com interesse para a decisão da causa, factos esses que de outra forma não seriam trazidos para o processo¹⁰⁵, como é o caso do infanticídio.

É interessante verificar que, nos casos em que existem suspeitas de violência doméstica ou de violação, são as vítimas encaminhadas para o INML para uma perícia, pois entendem os Magistrados que não será apenas com prova testemunhal que chegarão à conclusão de que existiu uma agressão, i.e., reconhecem que não têm capacidade para, na sua sala de audiência ou no âmbito de um inquérito, aferir com toda a certeza a verificação ou não daquele tipo de ilícitos. Todavia, nos casos de infanticídio, sabendo os Magistrados que à partida necessitarão de preencher um conceito médico-legal, optam pela utilização de outros meios de prova, que não a perícia, considerando-os suficientes para uma boa decisão da causa. Assim, no tipo legal de infanticídio, os Magistrados adquirem “magicamente” uma aptidão para um diagnóstico médico-legal que noutros casos reconhecem não ter.

Em suma, apesar de o Estado pretender que os culpados dos atos sejam punidos, também deve estar interessado em garantir a sua proteção face a injustiças. Na prática, isto significa que: as perícias têm de ser requeridas, quando estamos perante este tipo de factualidade; os seus resultados têm de ser passíveis de interpretação pelos nossos Magistrados; estes mesmos Magistrados têm de compreender que a influência perturbadora do parto não se resume somente a situações de psicose e perda da consciência, aumentando a sua literacia ao nível da saúde mental; e os meios de prova têm de passar a atuar em conjunto, não sendo possível, nestes casos, a prova testemunhal funcionar autonomamente. Só assim conseguiremos subsumir os factos ao direito de uma forma a alcançar a justiça e paz social.

4. O que dizem os diferentes profissionais ligados a esta realidade

De forma a obtermos uma visão mais realística do infanticídio, decidimos, no âmbito da nossa investigação, entrevistar¹⁰⁶ diferentes profissionais, intervenientes nesta realidade, de modo a percebermos os seus pontos de vista sobre estas problemáticas. Realizámos quatro entrevistas semiestruturadas¹⁰⁷ com intervenientes

¹⁰⁵ Silva Dias, 2005, p. 187.

¹⁰⁶ Remetemos para os Apêndices, para informação mais detalhada sobre as entrevistas.

¹⁰⁷ Numa entrevista semiestruturada, o investigador tem uma lista de temas e de questões que pretende ver respondidas, contudo estas podem variar de entrevista para entrevista. Isto significa que algumas questões podem ser omitidas ou alteradas tendo em conta o contexto. Para além disso, podem surgir questões

diferentes. Assim, foram entrevistados: uma Juíza de Direito da área criminal; uma Especialista em Medicina Legal do INML (“Perita”) da área de psicologia; uma Ginecologista/Obstetra; e uma Psiquiatra.

Uma das primeiras conclusões a que chegámos foi a de que, tal como *supra* referido, não existe uma patologia correspondente a “influência perturbadora do parto”.

A Perita reconheceu que existem situações, sim, em que as mães matam os filhos no âmbito de um quadro psicopatológico. Sendo que, dentro dos quadros que mais vezes justificam um comportamento tão grave quanto este, pode haver uma situação de, por exemplo, psicose pós-puerperal, podendo aquela mãe já ter manifestado algum desconforto anterior. Porém, acrescentou ainda que “quem começa a rejeitar a criança e a gravidez antes, não são pessoas que desenvolvem surtos psicóticos, são pessoas que já estão a negar e a não querer aquela criança desde o momento em que estão grávidas”. Muitas vezes não existe qualquer psicopatologia subjacente à sua atuação,

o que existe são desvios ou disfuncionalidades numa determinada área e noutras estão bem inseridas socialmente e são competentes, ninguém previa que aquilo iria acontecer. (...) O facto de se ocultar a gravidez, não é uma psicopatologia estruturada, mas é um estado disfuncional. Claramente há uma disfuncionalidade, a pessoa não está a lidar com a situação de forma normativa, circunscrita àquela experiência particular.

Podendo isto resultar numa influência perturbadora do parto.

Através destas entrevistas, sabemos também que a influência perturbadora do parto pode e deve ser conjugada com outros fenómenos da vida destas mães, assim como com patologias presentes antes do parto, por exemplo, perturbações da personalidade ou depressões prévias.

Quando perguntada sobre se o parto poderia funcionar como *trigger*¹⁰⁸, nestas mulheres, a Perita afirmou que “uma criança que é rejeitada de forma disfuncional e exuberante quando se torna real, das duas uma: ou se aceita ou continua-se a rejeitar e o nascimento é o *trigger*”, o que pode ser uma influência perturbadora do parto. No mesmo sentido foi a Psiquiatra, ao responder que “todos os antecedentes influenciam a nossa vida e comportamentos” e que, existindo já perturbações anteriores, em nada exclui a possibilidade de existir uma influência perturbadora do parto.

Levou-nos também a concluir que, o que para muitos Tribunais tem sido visto como premeditação, pode ser um fator de risco para perturbações psíquicas. Destarte, a

adicionais, ou ter as mesmas questões ordem diferente nas diferentes entrevistas, dependendo do desenvolvimento de cada uma das conversas. Saunders, *et al.*, 2009, p. 230.

¹⁰⁸ *Trigger* = Gatilho Mental. “Os gatilhos mentais são agentes externos capazes de provocar uma reação nas pessoas e tirá-las da zona de conforto” – Universidade de Caxias do Sul, 2020, s/p.

Psiquiatra explicou-nos que, nestas situações, o que poderá estar em causa é uma verdadeira perturbação da personalidade, que pode ter influência no parto.

Para além disso, conseguimos ainda perceber que, pelo facto de a influência perturbadora não ter uma sintomatologia própria associada, como muitas doenças do foro mental, não pode ser detetada a “olho nu” ou por outros intervenientes não especializados, por muito que estejam presentes no momento da prática do facto e queiram atestar do estado de espírito daquela mãe. Deste modo, a prova testemunhal não poderá valer por si só, pois o facto de se apresentar “calma” ou “serena”, “sem sinais de pânico”, não significa obrigatoriamente que não esteja perturbada, independentemente das regras da experiência nos poderem levar a crer o contrário. Este é só mais um dos vários argumentos que sustentam a necessidade imperativa de uma perícia para averiguação deste estado.

Quando perguntámos à Juíza se esta retiraria alguma ilação de depoimentos de testemunhas para aferir o estado psicológico da Arguida, esta respondeu-nos que podia fazer isso, apesar de reconhecer que o INML conseguiria circunstanciar muito melhor a atuação daquela mãe.

Quando, por sua vez, colocámos a mesma pergunta à Perita, esta respondeu-nos que “os juristas têm de deixar a interpretação comportamental, para os especialistas no comportamento e não tirarem ilações conforme a sua experiência e conforme as suas convicções ou seus vieses cognitivos e emocionais”; sendo que “uma pessoa que se apresente calma pode ter uma psicopatologia gravíssima, como também pode não ter nada e ser somente uma pessoa calma (...) isto tudo tem de ser levado com muito rigor, porque é um crime muito sério”.

Foi também através desta investigação de aproximação à realidade que confirmámos que quanto mais cedo for pedida esta perícia, mais fidedignos serão os resultados, pois, tal como referido pela Perita, “quanto mais cedo é feita a perícia, melhor são os resultados. Se for feita um tempo depois perdemos capacidade probatória e é feito um registo mais probabilístico”.

Em muitos destes casos, as mães são reencaminhadas para hospitais depois de um parto desacompanhado, devido a grandes perdas de sangue. Facto este que nos despoletou curiosidade, pois seria de pensar que, ali chegadas, apresentando sinais de um parto recente e não havendo sinais da criança, uma das primeiras coisas a fazer seria, a par com o alerta das devidas autoridades, pedir a entrada da equipa psiquiátrica, de modo a excluir um cenário onde perturbações pudessem ter tido lugar. Todavia, constatamos que na prática não existe qualquer procedimento. Apenas se a equipa de ginecologia e obstetrícia das urgências considerar que aquela mãe tem uma perturbação

é que é chamada a equipa de psiquiatria, tal como salientaram a Psiquiatra e a Ginecologista/Obstetra.

Quando indagámos sobre se estes profissionais têm competências suficientes para fazer esta triagem, a Psiquiatra respondeu-nos que estas perturbações podem não ser visíveis e “eles podem não dar por ela e não pedir o apoio”. Por sua vez, a Ginecologista/Obstetra esclareceu-nos que apenas pediria a entrada daquela equipa se a mulher mostrasse sintomas de depressão ou outro sintoma psiquiátrico, pois se ela estiver consciente, colaborante e orientada, não haveria necessidade, o mesmo acontecendo se se apresentasse “calma”. Segundo a Portaria n.º 244/2021, de 09 de novembro, na sua versão atual, que atualiza o programa formativo da área de especialização de Ginecologia/Obstetrícia, nada nos permite concluir que estes profissionais têm treino suficiente para aferir este tipo de psicopatologias, exceto se estas tiverem sintomatologia externa “gritante”.

Por fim, saliente-se algo que foi unanimemente referido por todas estas intervenientes: a necessidade de existir uma perícia para verificar a influência perturbadora do parto. A Perita referiu-nos que sem um esquema pericial completo não seria possível preencher este tipo legal de crime: “não é numa entrevista, num inquérito policial ou numa inquirição no tribunal que se faz o diagnóstico, é num contexto clínico médico-legal”. Deste modo, as testemunhas e os relatórios sociais não são prova suficiente, apesar de se mostrarem importantes para percebermos determinados contextos.

A Perita explicou-nos ainda que em comportamentos deste género devia ser sempre recomendada uma perícia psiquiátrica e psicológica. Deste modo, a perícia psiquiátrica iria diagnosticar a existência de doença mental, enquanto a psicológica tentaria perceber se existia um funcionamento mais patológico ou mais normativo. Ademais, refira-se que a averiguação desta influência não tem uma perícia específica, tal como foi corroborado pela referida Perita e pela Psiquiatra, mas também pelo site do INML¹⁰⁹.

Quando questionada sobre um requerimento de perícia oficioso, quando esta ainda não tivesse sido requerida pelo MP, a Juíza respondeu-nos que tudo dependeria dos factos que estivessem na acusação:

para quem, como eu, tem quatro filhos, há algumas coisas que vêm dos nossos conhecimentos, sendo que quem à partida mata a criança após o parto, significa que alguma coisa não está bem. Ou é uma pessoa muito má,

¹⁰⁹ Vejam-se, neste sentido, os protocolos de atuação disponíveis no site do INML – https://www.inmlcf.mj.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=317:protocolos-de-atuacao-portugual&catid=92&Itemid=101.

ou é uma pessoa que está perturbada e temos de saber o que excluir. A não ser que existissem na acusação factos que me levassem a tal, se viesse *acusada* por qualificado não pedia logo a perícia, porque isto significaria que havia factos na acusação que permitiriam chegar a esta conclusão. Teria de a ouvir primeiro. Ao ouvir a arguida se eu notasse alguma frieza de ânimo não fazia sentido a perícia.

5. A mãe monstro (?) – Considerações de direito e género

“O direito probatório é uma das pedras angulares de qualquer sistema jurídico e, como tal, reflete necessariamente as concepções e valores nele dominantes”¹¹⁰. Como vimos nos pontos anteriores, ao não recorrerem às perícias e decidirem com base no princípio da livre apreciação da prova (artigo 127.º do CPP), temos de perguntar que “regras da experiência” utilizam os aplicadores do Direito.

Existem estereótipos e preconceitos que estão de tal forma enraizados na nossa cultura que se nos afigura de difícil compreensão a existência de uma desigualdade de tratamento. Estamos tão habituados a ver o mundo através de “lentes” patriarcais que não conseguimos compreender como é que este seria se adotássemos uma perspetiva de género, i.e., uma perspetiva que inclui ambos os géneros. “Como desde há séculos vimos e entendemos o mundo a partir da perspetiva androcêntrica, acreditamos que esta é uma não-perspetiva ou uma perspetiva neutra e objetiva”¹¹¹.

Começemos por aquele que será o maior preconceito de todos nesta matéria, o chamado “amor de mãe”. O amor de mãe não é um instinto universal e natural; é um fenómeno social que foi criado¹¹² precisamente pelo facto de ter sido sempre associada à mulher a procriação e a educação dos filhos – “do homem a praça, da mulher a casa”¹¹³. Na base deste estereótipo reside outro que tentamos combater, mormente o de que nem todas as mulheres têm de ficar agradecidas pela gravidez, não obstante os seus corpos estarem programados para tal. Através do conceito “motherhood mandate”, explica-se um fenómeno social e cultural de que as mulheres, para alcançarem o seu papel feminino de forma completa e bem-sucedida, têm de ter filhos e passar o seu tempo com eles¹¹⁴.

“No caso do infanticídio não é incomum que considerações estereotipadas sobre o que seria uma “maternidade sadia” apareçam em julgamentos, em detrimento de mulheres”¹¹⁵, pois o seu comportamento, i.e., a prática de crime violento, é visto como

¹¹⁰ Féria, 2018, p. 81.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 83.

¹¹² Coutler, 1985, p. 127.

¹¹³ Féria, 2018, p. 85.

¹¹⁴ Weare, 2017. p. 204.

¹¹⁵ Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 90.

anormal, necessitando de uma explicação especial¹¹⁶. Não nos podemos esquecer de que associada à feminilidade está também a ideia de delicadeza. Deste modo, estas mães são caracterizadas por serem “loucas” ou “más”. Ora, enquanto rotular a mãe como “má”, permite à sociedade distanciar-se dela¹¹⁷, rotular a mãe como “louca” permite que se justifique a sua atuação¹¹⁸. Que uma mãe madura seja ao mesmo tempo sã e letal não é uma “easy sell”¹¹⁹.

Atente-se agora em algumas afirmações que encontrámos na jurisprudência portuguesa, que demonstram esta cultura enraizada. No Ac. do STJ de 09.11.1995 é dada especial relevância ao facto de se um homicídio simples choca a comunidade jurídica, por se tratar da perda de uma vida, quando esteja em causa uma mãe que mata um filho, “o facto torna-se ainda mais chocante e merecedor de punição mais rigorosa”. Por sua vez, no Ac. do TRL de 29.03.2011, explicou o Juiz o seguinte:

Logo, não há como duvidar da intenção de matar. A intensidade dessa resolução pode ser mais facilmente compreendida se pensarmos que numa situação “normal”, uma mulher que acabou de dar à luz um filho e que o tem a chorar nas suas mãos não pode deixar de ser, por todos os mecanismos genéticos ou pré-programados pela natureza, dominada por um sentimento de amor avassalador pelo pequeno ser que tem nas mãos. A arguida conseguiu neutralizar esse sentimento e fazer sobrepor à força do mesmo a força da sua vontade naquele momento.

Por outro lado, encontrámos também marcas deste viés social pelo facto de não existirem perícias no momento do inquérito e pelo tipo de acusações pelas quais estas mães chegam a julgamento¹²⁰.

A única conclusão que conseguimos retirar é a de que, para o MP, se preenche o crivo da especial censurabilidade e perversidade única e exclusivamente pelo facto de estarmos perante comportamentos “anti-natura”. Deste modo, a mãe é duplamente punida¹²¹: a primeira vez pelo facto de a conduta ser ilícita; e a segunda vez pelo facto de transgredir no seu papel enquanto mãe.

Com efeito, defendemos uma interpretação deste tipo legal de forma informada e atualista¹²², tendo em conta a perspetiva feminina e o princípio da igualdade – tratar

¹¹⁶ Shelton, *et al.*, 2010, p. 815.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Weare, 2017, p. 211.

¹¹⁹ Rapaport, 2006, p. 103.

¹²⁰ Dos 25 acórdãos analisados no DGSI, identificados na bibliografia, constatamos que em 10 as Arguidas chegam a Tribunal acusadas pelo crime de homicídio qualificado: Ac. do STJ, 14.07.2021; 23.05.2018; 11.10.2012; 09.09.2010; 26.02.2009; 29.05.2008; 02.11.2006; 27.05.1993 e Ac. do TRL, 29.03.2021; 11.03.2010.

¹²¹ Weare, 2017, p. 205.

¹²² Laster, 1989, p. 164.

igual o que é igual e diferente o que é diferente – eximindo-se o aplicador de juízos baseados em preconceitos sociais e ideológicos. Caso contrário, o infanticídio não poderá ter aplicação prática, existindo apenas como símbolo de uma suposta proteção de um género e condição tendencialmente “mais fraca”.

Apesar de reconhecermos vozes que defendem uma eliminação deste tipo legal, nomeadamente Maria Margarida Silva Pereira, pelo facto de as situações que pretende acautelar poderem ser subsumidas ao homicídio privilegiado¹²³, consideramos que este se deve manter, mas ser interpretado e aplicado através de outras “lentes”. Com o infanticídio não se pode pretender atenuar a culpa daquela mulher pelo facto de ser mãe no sentido sociológico da palavra, mas antes por ser mãe no sentido biológico, i.e., por passar por mudanças hormonais que lhe podem condicionar o julgamento. Com isto não cremos que se estará a afirmar a atenuação de culpa unicamente pelo facto de ainda não se terem criados os laços afetivos, mas antes pelo facto de a mulher estar sob uma condição que lhe tolda o julgamento. Nesta perspetiva, tem de se proteger a mulher, não porque enlouqueceu, mas porque tem a seu cargo a tarefa difícil de “gerar vida”. Ademais, consideramos que o nosso entendimento é corroborado pelo facto de o legislador ter reconhecido, em 1995, que não faria sentido continuar a estabelecer uma cláusula *honoris causa*, deixando o carácter essencialmente sociológico da norma cair, permanecendo apenas o critério médico-legal.

Reconhecendo também vozes dissidentes quanto ao nosso argumento, designadamente Teresa Pizarro Beleza, ao defender que,

Quanto à “influência perturbadora” do parto, a sua consagração como causa fortemente diminuidora da responsabilidade tem (...) o perigo de reforçar a imagem da motivação biológica, e não racional, da mulher, por contraposição ao homem, também no que diz respeito à etiologia do ato de matar.¹²⁴

Consideramos que uma perspetiva feminista e o reconhecimento de que o homem e a mulher são biologicamente diferentes não são realidades incompatíveis. Este tipo legal não deve ser interpretado com o intuito de reconhecer que as mulheres matam somente por motivos biológicos e que os homens matam estritamente por razões económicas e/ou sociais¹²⁵. O infanticídio tem de ser visto como o resultado de um acontecimento que apenas poderá ocorrer nas mulheres, por serem apenas estas que poderão engravidar. Por sua vez, tal não significa que as mães, quando matam um filho logo após o parto, não o possam ter feito por qualquer outro motivo que não por uma

¹²³ Pereira, 2008, pp. 176 e ss.

¹²⁴ Pizarro Beleza, 2008, pp. 38 e 39.

¹²⁵ *Ibidem*.

influência perturbadora daquele. Significa antes que se tal influência ocorreu, estamos perante uma circunstância cientificamente compreensível e, por essa razão, deve a sua culpa ser atenuada. Se não se reconhecesse que por outros motivos que não os biológicos as mulheres pudessem cometer este tipo de crimes, a alínea a) do artigo 132.º n.º 2 do CP não faria qualquer tipo de sentido.

Reconhecemos que deve ser adotada uma perspetiva de género autenticamente neutra nas decisões judiciais, no sentido em que não se assuma uma “pseudo” neutralidade que até hoje nunca existiu. Perspetiva esta que ao mesmo tempo consiga reconhecer que há diferenças estruturais que não podem, nem devem ser ignoradas. Deste modo, os neonaticídios devem ser apreciados casuisticamente, tendo sempre em consideração os meios de prova corretos, para uma boa decisão da causa. E será apenas desta forma que “nós, as mulheres, embora a nossa infinita escravidão ainda não tenha acabado, já sejamos, afinal, poetisas”.¹²⁶

¹²⁶ *Ibidem*, p. 31.

Conclusão

Aqui chegados, equacionamos por que razão não está o tipo legal de infanticídio a ser aplicado.

Em concomitância com o exposto, conseguimos chegar à conclusão de que o infanticídio, para além de ser um crime de complexa interpretação, necessita de conhecimentos multidisciplinares para poder ser aplicado.

A um nível introdutório, confrontamo-nos com o percurso histórico do infanticídio em Portugal, o que nos permitiu perceber a configuração atual do crime. Este elemento histórico apresenta-se, assim, como uma “espada de dois gumes”, visto que, se por um lado, é um argumento a favor da autonomia do infanticídio no CP, por outro, ainda hoje é aplicado, inconscientemente, como forma de caracterizar a mulher infanticida, impedindo uma adaptação à atualidade.

O conceito de influência perturbadora do parto, apesar de juridicamente possuir uma veste de imputabilidade diminuída, não tem qualquer tipo de correspondência com as perturbações diagnosticáveis no meio da psiquiatria/psicologia. Com efeito, como fomos defendendo ao longo desta dissertação, este conceito apenas poderá ter aplicabilidade se for considerado como um conjunto, i.e., incluindo não só o momento do parto, mas também o momento da gravidez. Para além disso, não deverão ser somente admitidas psicoses (i.e., verdadeiros estados de inimputabilidade), de modo a preencher este tipo legal, pois poderá existir uma verdadeira perturbação, suscetível de atenuar a culpa da mãe, que não passe por essa fase.

Ora, no cerne de toda esta questão reside, essencialmente, o pedido de perícias. Retomando a questão enunciada no início do nosso trabalho, e deste capítulo, consideramos que a sua resposta recai no facto de existir uma falta de literacia da parte dos Magistrados ao nível da saúde mental e, por sua vez, uma falta de literacia da parte dos Especialistas em Medicina Legal (“Peritos”) ao nível jurídico.

Sendo essencial a utilização de perícias médico-legais, de modo a aferir da existência de uma influência perturbadora do parto, os Peritos têm de ter em consideração que os Magistrados poderão ser pessoas que não têm qualquer tipo de conhecimento técnico ao nível da psicologia/psiquiatria. Assim, devem tentar fazer uma maior aproximação ao nível jurídico possível, sem, obviamente, extravasarem as suas próprias competências e conhecimentos. Por seu turno, os Magistrados, sabendo que à partida não serão os Peritos versados em matéria jurídica, deverão tentar ter um maior conhecimento do que implica o conceito de influência perturbadora do parto, porquanto é essencial para uma boa decisão da causa e para que haja uma aplicação uniforme do Direito. Para além disso, refira-se que estes tipos de perturbações não são passíveis de ser diagnosticados por outros profissionais que não sejam psiquiatras/psicólogos,

correndo a justiça um risco sério de ineficácia quando os Magistrados utilizam outros meios de prova, de forma autonomizada, para inferir sobre o estado mental da mãe.

Caso este tipo legal passe a ser lido como uma proteção para as mulheres, pelo facto de passarem por toda uma mudança biológica durante nove meses, que poderá culminar em situações violentas, será um bom argumento para a sua manutenção. Todavia, se for apenas um crime simbólico, sem qualquer tipo de aplicabilidade prática, por não se adaptar à realidade, então o melhor será a sua eliminação. Caso se descure aquele exercício, caímos no risco de termos passado um atestado de inutilidade de tal forma intenso a este tipo legal que deixe de fazer sentido a sua manutenção, perdendo-se, deste modo, todas as potencialidades ao nível de um Direito com perspectiva de género que este apresenta.

Não pretendemos fazer do infanticídio uma tábua rasa ou uma válvula de escape, pois reconhecemos que existem situações em que o mesmo não pode ser aplicado. De modo distinto, aquilo que defendemos é que têm de ser considerados todos os meios de prova antes de um afastamento perentório de um tipo legal. Saliente-se que a prova é essencial para uma boa decisão da causa, pois quanto melhor for a aplicação do Direito, maior será a sua eficácia. Deste modo, em caso de dúvida insanável quanto ao preenchimento do tipo legal em causa (o que acontece na maioria das vezes em que é pedida uma perícia, tardiamente, e esta não consegue responder cabalmente à questão de verificação ou não de influência perturbadora do parto), deve ser tido em consideração o princípio *in dubio pro reo*, sendo a prova valorizada a favor da Arguida.

Refira-se que, num momento final da redação desta dissertação, tivemos acesso, por vias informais, aos acórdãos do Tribunal Judicial de Aveiro, de 23.09.2021, e à decisão de recurso do TRP, de 02.02.2022, relativo a uma das factuais subsumíveis ao crime de infanticídio, ocorridas no nosso país no ano passado. Em 1.^a Instância, o Tribunal considerou que estávamos perante 2 homicídios simples, pois a conduta da Arguida não se poderia ali subsumir, visto que não resultou dos factos provados que tivesse agido sob a influência perturbadora do parto. Por seu turno, o TRP concluiu que nada na matéria de facto provada ou não provada permitia esclarecer da existência ou não desta influência, tarefa esta que se impunha, dada a matéria alegada pela defesa. O TRP salientou ainda que o único relatório psiquiátrico existente não versava sobre esta temática, sendo responsabilidade do Tribunal *a quo* ter indagado na audiência de julgamento sobre esse aspeto. Destarte, o TRP reenviou os autos para novo julgamento, de forma a determinar se o comportamento da Arguida resultou da influência perturbadora do parto e, em caso de dúvida, fazer uso do princípio *in dubio pro reo*. Tudo isto comprova, mais uma vez, a necessidade de uma nova leitura e correta interpretação do tipo legal de infanticídio.

Serão estas mães verdadeiramente “monstros”? Cremos que não. Estará a justiça a falhar ao não fazer tudo o que está ao seu alcance para uma boa decisão da causa? Cremos que sim.

Apêndices:

1. Minuta de Consentimento Informado

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola do Porto
Mestrado em Direito Criminal

CONSENTIMENTO INFORMADO

A presente investigação, que versa sobre o crime de infanticídio, orientada pela Professora Doutora Sandra Tavares, tem como objetivo geral perceber como é que, na prática, as situações de infanticídio são tramitadas em relação a diferentes intervenientes no processo. Os dados recolhidos, através da realização de uma entrevista semiestruturada, destinam-se a fins científicos, tendo em vista a realização da dissertação de Mestrado em Direito Criminal na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, da Escola do Porto. Nenhuma informação suscetível de identificar o/a participante será divulgada, garantindo-se todos os preceitos éticos subjacentes a um processo de investigação científica, nomeadamente os relacionados com as questões do anonimato e confidencialidade.

Aceita participar neste estudo? Sim ____ Não ____

Aceita a gravação em áudio? Sim ____ Não ____

Declaro que tomei conhecimento dos objetivos desta investigação.

(Assinatura do/a participante)

2. Guião de Entrevistas Semiestruturadas:

2.1. Juíza

Caso: Mulher que é acusada de matar o filho logo após o parto.

Que tipo legal de crime considera estar em causa?

Quais considera serem os meios de prova necessários nestes casos?

Retiraria alguma ilação de depoimentos de testemunhas, sobre o estado psicológico da arguida?

Caso exista um hiato temporal demasiado grande entre a prática do crime e a perícia, como agiria?

O que considera ser necessário para que, nestes casos, se prove a existência de uma premeditação?

2.2. Ginecologista/Obstetra

Caso: Mulher que é acusada de matar o filho logo após o parto.

Deu entrada no hospital com sinais de ter dado à luz, mas não vem acompanhada do filho. Qual o procedimento?

Qual é o estado de espírito esperado de uma mulher após o parto?

Esse estado de espírito pode variar caso o parto tenha sido feito sem assistência médica, ou de qualquer outra pessoa?

Quais os primeiros sinais de uma parturiente que alertem para a existência de uma perturbação por influência do parto?

Qual é o procedimento? Será chamada a equipa de psiquiatria?

2.3. Psiquiatra

Caso: Mulher que é acusada de matar o filho logo após o parto.

Se der entrada nas urgências de um hospital, qual é o procedimento?

Como se deteta uma perturbação por influência do parto?

Há uma perícia específica?

Quais os sintomas mais comuns?

Quais as consequências que podem advir dessas perturbações?

Até quando podem durar essas perturbações?

Quanto tempo depois do parto já não é possível aferir de uma perturbação por influência do parto?

Havendo uma perícia psiquiátrica, que não seja específica para a verificação de uma perturbação por influência do parto (p. ex. relatório social), poderá retirar-se alguma ilação dela, que permita afirmar a inexistência de uma perturbação?

Tendo a mulher uma personalidade marcada por outros acontecimentos da sua vida, anteriores ao momento do parto, poderá esta ter influência na perturbação por influência do parto?

Poderá o parto ser um *trigger* para perturbações psíquicas não diagnosticadas anteriormente?

É possível coexistir uma perturbação por influência do parto e outras perturbações psicológicas anteriores?

O que poderá significar o facto de estas mulheres já terem tido outros filhos, sendo reputadas como “boas mães”?

2.4. Especialista de Medicina Legal (“Perita”) do INML

Caso: Mulher que é acusada de matar o filho logo após o parto.

O que é uma influência perturbadora do parto?

Como se deteta uma perturbação por influência do parto?

Há uma perícia específica?

Quais os sintomas mais comuns?

Quais as consequências que podem advir dessas perturbações?

Até quando podem durar essas perturbações?

Quanto tempo depois do parto já não é possível aferir de uma perturbação por influência do parto?

Havendo uma perícia psiquiátrica, que não seja específica para a verificação de uma perturbação por influência do parto (p. ex. relatório social), poderá retirar-se alguma ilação dela, que permita afirmar a inexistência de uma perturbação?

Tendo a mulher uma personalidade marcada por outros acontecimentos da sua vida, anteriores ao momento do parto, poderá esta ter influência na perturbação por influência do parto?

Poderá o parto ser um *trigger* para perturbações psíquicas não diagnosticadas anteriormente?

É possível coexistir uma perturbação por influência do parto e outras perturbações psicológicas anteriores?

O que poderá significar o facto de estas mulheres já terem tido outros filhos, sendo reputadas como “boas mães”.

3. Transcrição das entrevistas:

3.1. Juíza

Idade:	52 anos
Sexo:	Feminino
Cargo ocupado:	Juiz de Direito
Tempo na função:	19 anos
Data da entrevista:	21.02.2022
Duração da entrevista:	30 minutos

Pergunta:

Se lhe chegasse às mãos uma acusação de uma mãe que matou o filho logo após o parto, que tipo legal considera que estaria em causa?

Resposta:

Os tipos legais estão diretamente relacionados com os factos que estão descritos na acusação.

Não posso esperar de nenhum chavão, ou seja, matou-se uma criança e após o parto é logo “aí coitadinha da mãe” ou “aí que malévola é a mãe”. Sem factos descritos na acusação, eu não espero nada. São os factos que ditam que norma foi violada e a partir daí é que consigo chegar lá.

Mas pode acontecer que ainda que haja determinados factos na acusação pública, no decorrer do julgamento (ou até nas declarações iniciais da arguida), o coletivo consiga compreender que há outras circunstâncias que podem não apontar para aquilo que esteja na acusação pública.

O que está objetivamente em causa é um “recém-nascido morreu”. Com certeza que se fizeram uma acusação para qualificado ou para infanticídio ou simples é porque colocaram factos que circunstanciavam nesses termos.

Para poderem dizer na acusação que é infanticídio, temos de estar perante uma influência perturbadora do parto o que significa que tem de existir factos que o secundem, como, por exemplo, uma perícia ou há outros elementos probatórios, prova testemunhal que possam levar ao sentido da perturbação. Contudo, se eu preciso de uma perícia para saber que está perturbada eu tenho de a mandar fazer. As regras da experiência podem dizer alguma coisa, mas eu não tenho conhecimento na área de psicologia. Para poder concluir sobre isso nunca o faria sem uma perícia.

Pergunta:

Se por acaso viesse acusada de homicídio qualificado, ainda não tinha sido pedida perícia, pediria?

Resposta:

Dependeria dos factos que estivessem desde logo na acusação pública.

Nunca me confrontei com essa realidade e é algo que nunca ponderei antes, mas para quem, como eu, tem quatro filhos, há algumas coisas que vêm dos nossos conhecimentos, sendo que quem à partida mata a criança após o parto, significa que alguma coisa não está bem. Ou é uma pessoa muito má, ou é uma pessoa que está perturbada e temos de saber o que excluir.

A não ser que existissem na acusação factos que me levasse a tal, se viesse acusada por qualificado não pedia logo a perícia, porque isto significaria que havia factos na acusação que permitiriam chegar a esta conclusão. Teria de a ouvir primeiro.

Ao ouvir a arguida se eu notasse alguma frieza ânimo não fazia sentido a perícia.

Pergunta:

Se ela se apresentasse calma, significaria que não pedia uma perícia?

Resposta:

Não. Nem pouco nem mais ao menos. Esse pedido estava relacionado com o que aconteceria no decorrer do julgamento. O calmo pode ser por estar apática. Eu não tenho conhecimentos médicos para chegar lá. Eu à partida pediria. Eu quando tenho dúvidas peço sempre perícia.

Eu para poder discordar de uma perícia ou tenho conhecimentos iguais àqueles ou se me surgirem dúvidas sobre o que vem na perícia, o que é que eu posso fazer? Pedir outro. E se for uma para cada lado, peço outra.

Pergunta:

Considera que o facto de ter ocultado e/ou negado a gravidez, não ter comprado roupas para o bebé, não ter sido seguida por médicos, poderá ser uma premeditação?

Resposta:

Não. Só se for conjugado com outros factos.

O facto de a pessoa nunca ter ido a uma consulta, nunca ter dito a ninguém, pode ser uma negação e isso não quer dizer que mal a criança nasça a vá matar.

Muitas são as situações de negação daquele estado até ao parto em que a criança nasce e tem um amor imediato. Sabemos de vários relatos médicos nesse sentido.

Isso por si só não chega. Não posso dizer “ah não foi ao médico era porque queria matar”. As circunstâncias são muitas.

Eu não estou à espera de nada. Estou à espera do que decorre da audiência de julgamento. O facto de haver uma acusação é preciso notar que existe o *n dubio pro reo*.

Portanto, foi acusada, porque houve indícios naquele sentido, mas em tribunal pode se apurar que aqueles indícios objetivos têm explicações diversas.

Pergunta:

Retiraria alguma ilação de depoimentos de testemunhas para aferir do estado psicológico da arguida?

Resposta:

Acho que sim. Acho que poderia. Acho que isso nós podemos.

Sendo certo que ao ouvir essas testemunhas, posso na mesma enviar para o INML. E, por vezes, quando este instituto recebe estes depoimentos consegue circunstanciar muito melhor a atuação.

São várias as circunstâncias que podem levar a relevar a prova testemunhal, porque muitas vezes um meio de prova autonomamente não nos consegue dar o *iter* e o processo lógico para chegarmos onde chegamos, é necessário juntar todos os meios de prova possíveis, para concluirmos pela consubstanciação de um determinado crime. Eu preciso deles todos. Gravitando vários indícios ao mesmo tempo, permitem-me chegar a uma determinada conclusão.

Pergunta:

E se as testemunhas dissessem que a mulher “estava calma”?

Resposta:

Isso não quer dizer nada.

Ela estava bastante calma e isso poderia dizer que estava apática.

Era a prova pericial que nos ia permitir saber isso.

Como é que eu descredibilizo uma prova pericial? Através de um depoimento de uma testemunha? Mas a testemunha é mais do que o psicólogo ou que o médico psiquiatra? A testemunha só me pode dizer o que viu naquele momento e eu ainda tenho de acreditar nela. Posso não acreditar. Até podia ser uma vizinha que nunca gostou dela.

Pergunta:

O que seria uma premeditação nestes casos?

Resposta:

Todas as circunstâncias (desde a negação até à ocultação do estado) anteriores ao momento em que aquela mãe pariu e toda a conduta posterior à morte até à ocultação do cadáver é que me vão poder dizer se existiu ou não uma premeditação.

Se eu só tiver as circunstâncias anteriores será que chega? Será que posso dizer ela premeditou, ou estava de tal forma perturbada que estava em negação e continua em negação? Quem me pode dizer isso é o Perito.

Pergunta:

Num caso de homicídio logo após o parto. É da opinião que se deve fazer uma perícia para tentar excluir este tipo legal ou pelo menos para parametrizar a culpa?

Resposta:

Claro que sim. Mas a parametrização vem também da conjugação com os factos em concreto.

Quando chegamos aqui é porque já houve investigação para dizer que foi ela que matou a criança. Vamos construindo com prova. É a prova que nos diz se vamos para um lado ou para o outro.

É difícil uma pessoa nestas circunstâncias ficar inócua, se assim se pode dizer, porque emocionalmente prega-se ao “coitadinha da mãe” ou “que criatura diabólica”. E se saísse na opinião pública ainda pior.

A prova para a perturbação só pericial. Pode ser conjugada com testemunhal, mas tem de existir a pericial.

Pergunta:

In dubio pro reo, como aplica neste caso?

Resposta:

Eu posso absolver alguém, porque a prova carreada para os autos não foi suficiente para fundamentar uma acusação feita pelo MP. Aqui absolve-se por falta de prova.

Nestes casos é preciso provar, em primeira linha, que foi aquela mãe que matou aquele filho, porque se não houver sequer prova naquele sentido, temos de a absolver.

Mas se houver indícios que apontam que ela matou e outros que não, aqui é absolvida por *in dubio pro reo* – apesar dos indícios existentes eu não consigo ter uma certeza suficiente de que alguém é autor da prática de determinados factos eu na dúvida absolvo.

Pergunta:

Mas se não se conseguisse provar a influência perturbadora do parto?

Resposta:

Vou para o homicídio simples. Se sei que ela o matou, mas não tenho factos para a qualificativa nem para o privilegiamento, tenho de ir para o simples.

Pergunta:

O Prof. Figueiredo Dias defende que seria *in dubio pro reo* e preencher-se-ia o tipo legal de infanticídio. Concorda?

Resposta:

Então o Prof. Figueiredo Dias partiria do pressuposto que uma mulher que acabou de parir está sempre sob uma influência perturbadora.

Eu tive 4 filhos e não tenho esta sensação.

Eu para me arrogar do que quer que seja tenho de provar. Aqui teríamos de fazer prova positiva – teria de provar que teve uma influência perturbadora, porque não é por se ter um parto que se tem uma influência perturbadora. Há senhoras que acabam de parir, tomam banho e vão trabalhar. Qual é a influência perturbadora? Nenhuma.

A influência perturbadora não é estar cansada ou com dores, é estar psicologicamente perturbada. Não é perturbadora do cansaço do parto. É estar abalado psicologicamente e isso tem de ser provado e não presumido.

Só por lhe ser favorável, não posso presumir.

Eu não posso ir pela ideia “ah coitadinha ela está perturbada”.

3.2. Ginecologista/Obstetra

Idade:	59 anos
Sexo:	Feminino
Cargo ocupado:	Assistente Hospitalar Graduada de Ginecologia e obstetrícia
Tempo na função:	Cerca de 10 anos
Data da entrevista:	25.02.2022
Duração da entrevista:	30 minutos

Pergunta:

Caso de uma mulher que entra na urgência hospitalar, com grandes perdas de sangue e depois de análises sabe-se que teve um parto recente, mas não vem acompanhada do filho. O que fazia?

Resposta:

Falava com a mulher de forma a saber onde estava a criança.

Se não responde ou não dá informações úteis e concretas comunica-se ao agente da polícia que está na urgência.

Pergunta:

Há algum procedimento para a parte psiquiátrica?

Resposta:

Pedimos a colaboração da psiquiatria, mas naquele momento não.

Pergunta:

Então quando pede a entrada da equipa de psiquiatria?

Resposta:

Se a mulher mostrar sintomas de depressão de algum sintoma psiquiátrico. Se ela estiver consciente, colaborante e orientada, não é preciso chamar a psiquiatria.

Pergunta:

Se uma mulher estiver calma não se chamará a equipa de psiquiatria?

Resposta:

Não.

Pergunta:

Num pós-parto qual é o estado de espírito esperado de uma mulher?

Resposta:

Se for gravidez desejada a mulher está eufórica, alegre e feliz. Num parto de domicílio, via pública, etc., depende da mulher. Se quiser cometer um crime pode estar bem. Pode ser algo que queria fazer.

Pergunta:

“Hormonalmente” um parto hospitalar e outro fora desse ambiente, tem diferenças? Repercute-se no comportamento da mulher?

Resposta:

Imediatamente após não.

Pergunta:

Já teve um caso de uma mãe que mata filho, logo após o parto?

Resposta:

Sim. Uma adolescente, com algum peso, que tinha síndrome de ovário poliquístico, onde já era normal não ter menstruação, não sabia que estava grávida e teve o bebé na sanita. Como o pai era muito conservador, a mãe daquela adolescente enterrou o bebé. Só que começou a ter grandes perdas de sangue, porque tinha a placenta presa e, por essa razão, foi para as urgências onde tiveram de ir ao bloco operatório. Tentaram saber do paradeiro do bebé e pediram a intervenção da polícia, uma vez que nunca disse onde estava o bebé e o que tinha acontecido. A adolescente estava “apardalada”, em choque, visto que teve grandes perdas de sangue e teve de ir ao bloco.

Pergunta:

Sabe o desfecho do caso em tribunal?

Resposta:

Não. Já foi há alguns anos.

Pergunta:

Parto sem assistência médica com grandes hemorragias é possível haver distúrbios mentais associados a esses acontecimentos?

Resposta:

Possível é.

Se ela mata o filho pode ser uma coisa não pensada e de momento, pode não ser uma psicose.

Cada caso é um caso, tudo dependente do envolvimento familiar ou meios económicos e sociais.

Pergunta:

Só chamaria a equipa de psiquiatria se demonstrasse sintomas de distúrbio?

Resposta:

Sim. Por exemplo, agressividade, ameaça suicida. Mas mais tarde pode o MP pedir essa perícia. Na urgência não se chama assim logo imediatamente, tem de demonstrar sintomas visíveis para mandar chamar a equipa de psiquiatria.

3.3. Psiquiatra

Idade:	62 anos
Sexo:	Feminino
Cargo ocupado:	Assistente Hospitalar Graduada de Psiquiatria
Tempo na função:	38 anos
Data da entrevista:	19.02.2022
Duração da entrevista:	20 minutos

Pergunta:

Não estando uma mãe acompanhada do filho, quando se sabe que acabou de ser mãe, há algum procedimento que a encaminhe para a psiquiatria?

Resposta:

Não, neste momento se ela entrar sozinha e não disser nada, não se consegue saber. Só se o departamento de obstetrícia e genecologia entender que há alguma perturbação, senão não. A primeira análise é feita pelo departamento de obstetrícia e genecologia

Pergunta:

Acha que estes profissionais (ginecologia e obstetrícia) têm competências para fazer essas análises? Estas perturbações são visíveis para poderem fazerem essas análises?

Resposta:

Pode não ser visível e eles podem não dar por ela e não pedir o apoio.

Pergunta:

Se o apoio for pedido e for reencaminhada para psiquiatria, como se deteta perturbações por influência do parto?

Resposta:

Essencialmente pela história clínica. Tinha de ter a certeza de que ela teve um bebé. Tinha de fazer com que dissesse que tinha tido um bebé.

Pergunta:

Existem sinais que fazem denotar esta perturbação?

Resposta:

É muito difícil, ou ela chora ou ela tem um comportamento mais estranho ou ela própria diz, ou é muito difícil de perceber que isso acontece.

Pergunta:

Negam e ocultam a gravidez, não compram produtos para gravidez e não vão a médicos. Estas situações denotam uma perturbação à partida?

Resposta:

Pode haver uma perturbação da personalidade. E pode ter influência no parto. Pode dar origem a uma série de comportamentos que não são os mais saudáveis e recorrentes.

Pergunta:

Entrando num estado de negação e depois ter o parto. Esse parto pode ser uma espécie de *trigger* para uma perturbação ou para um homicídio?

Resposta:

Não. É uma sequência de coisas. Muitas vezes ela sabe o que está a fazer. Negação era preciso que ela conscientemente não soubesse o que estaria a fazer,

Pergunta:

Mas se antes estiver nesse estado de “esconder”, é negação?

Resposta:

Pode estar. Mas se for consciente não é negação.

Pergunta:

Mas como se diferencia?

Resposta:

Podem estar psicóticas, não têm de estar sempre conscientes. A negação implica que coisas aconteçam e ela continue a dizer que não está grávida. O facto de matar não sei dizer se isso pode ser negação.

Pergunta:

Mas e se ela voltar a padrão normal da vida?

Resposta:

Uma psicose não passa assim. Não vem de repente e passa.

Pergunta:

A seguir a um estado psicótico, quais são os sintomas?

Resposta:

Continuaria a estar fora da realidade. Mas não pode ser continuar com a vida normal. Uma pessoa psicótica as coisas não passam só por ter tido o bebé.

Poderão voltar à vida normal, não estão psicóticas, mas há uma perturbação da personalidade.

Pergunta:

Há perícias específicas para este tipo de perturbações?

Resposta:

Não há específica, é apenas uma perícia psiquiátrica.

Pergunta:

Quais são os sintomas comuns?

Resposta:

É a pessoa fazer querer que está tudo bem quando não está. Ter um discurso de uma realidade que na verdade não existe. Ter uma frieza de sentimentos, não expressar qualquer sentimento, qualquer anormalidade.

Pergunta:

O facto de se apresentar muito calma, poderá denotar?

Resposta:

Sim. É ter um comportamento que em princípio não deveria ter.

Pergunta:

Estas perturbações, se ela realmente tiver uma devido ao parto, podem prolongar-se ao longo do tempo?

Resposta:

Se a pessoa estiver doente, prolonga-se.

Pergunta:

Quanto tempo depois do parto acontecer é que é impossível detetar a perturbação?

Resposta:

Em termos psíquicos, uma coisa dessa gravidade nunca mais passa, pode ser difícil de detetar ao fim de 3 ou mais anos, mas se for uma experiência traumática é a vida toda, não passa.

Pergunta:

Mas se não for experiência traumática por estar com esta influência, poderá ser uma banalidade?

Resposta:

Sim.

Pergunta:

De um relatório social – análise à história da pessoa – consegue-se retirar alguma ilação relativamente a perturbações por influência do parto?

Resposta:

Depende de quem as fizer. Se for bem feito sim. Mas se já tiverem uma vida perturbada, se calhar a perícia social não nos vai levar a grande lado.

Pergunta:

Tendo uma mulher uma personalidade marcada por eventos passados, tem influência na perturbação do parto?

Resposta:

Claro que sim. Toda a nossa educação e todos os antecedentes familiares influenciam a nossa vida e comportamentos.

Pergunta:

Existindo já perturbações anteriores, não exclui a possibilidade de existir uma influência perturbadora do parto?

Resposta:

Não, de todo. E uma pode influenciar a outra.

Pergunta:

O facto de algumas destas mulheres já terem sido mães anteriormente e até de serem reputadas como boas mães, que tipo de ligação poderá existir numa outra gravidez matarem um filho?

Resposta:

Se tiver acontecido alguma coisa, uma situação vivencial, entretanto, isso pode acontecer. Não quer dizer que não tenha sido boa mãe anteriormente. Mas pode, entretanto, ter acontecido uma situação vivencial mais perturbadora que possa levar a isso.

Pergunta:

Para se aferir da influência perturbadora do parto, como se faz o nexo?

Resposta:

Se soubermos que existiu uma criança é mais fácil. Se não, só com a entrevista clínica e com a empatia do médico é que conseguimos lá chegar.

Pergunta:

Que tipo de perguntas lhe faria?

Resposta:

Para além de saber a idade; com quem vive; se houve um evento traumático recente; o que fez a seguir ao parto; se era uma gravidez desejada; se teve apoio da família; se ficou feliz por saber que esperava bebé, só com uma boa colheita da história clínica. Se teve o parto, matou e ficou tudo bem, tem de ter uma perturbação da personalidade, que não exclui a perturbação por influência do parto. Se tiver outros episódios é uma psicose.

3.4. Especialista em Medicina Legal (“Perita”) do INML

Idade:	45 anos
Sexo:	Feminino
Cargo ocupado:	Perita no INML
Tempo na função:	21 anos
Data da entrevista:	21.02.2022
Duração da entrevista:	40 minutos

Pergunta:

O que é uma influência perturbadora do parto? Tem sintomas próprios?

Resposta:

O que um psicólogo deve fazer numa situação destas é não partir do princípio de que alguém que comete um crime de infanticídio tem uma psicopatologia/perturbação psicológica.

A ideia é nem todas as pessoas que têm comportamentos muito desviantes estão doentes. Algumas estão outras não. Esta é a premissa de base, que às vezes é difícil para a sociedade em geral compreender e é difícil, também, para a Magistratura e para os juristas compreender – como é que alguém que comete um crime tão grave e é uma pessoa que não tem uma perturbação diagnosticada ou diagnosticável naquele momento, ou que não tenha manifestado antes sintomatologia que nos levasse a pensar que ela cometeu aquele crime.

Há situações, sim, em que as pessoas têm este tipo de comportamentos no âmbito de um quadro psicopatológico. Dentro dos quadros que mais vezes justificam um comportamento tão complicado quanto este, pode haver uma situação de, por exemplo, psicose pós-puerperal. É um tipo de psicopatologia muito grave e circunscrita ao puerpério (pós-parto) e que é um desenvolvimento psicótico (a pessoa entra num surto psicótico, i.e., um corte de contacto com a realidade) em que efetivamente pode haver um comportamento violento e desviante para com a criança e para com outras pessoas. Este é um quadro que pode justificar uma situação de infanticídio.

Há outros quadros que têm de ser estudados. Em comportamentos deste género devia ser sempre recomendada a perícia psiquiátrica e psicológica.

A perícia psiquiátrica, o que o psiquiatra diagnostica é a existência de doença mental – uma doença mental que possa estar associada àquele comportamento. Na perícia psicológica, o psicólogo vai tentar perceber se há um funcionamento psicológico mais patológico ou mais normativo. Vai descrever questões de personalidade/traços/características que não dependem tanto das doenças, mas de funcionamento psicológico – inteligência, grau de socialização, como lidam com

situações de stress, como é a sua resistência a frustração, a ressonância cognitiva. Conjunto de características psicológicas que todos temos que demonstram se estamos mais ou menos funcionais numa determinada situação.

Uma perícia não substitui a outra. O que recomendam as boas práticas é fazer uma perícia em conjunto – perícia complementar. E assim é que deve ser a perícia médico-legal.

Pergunta:

Há uma perícia específica para aferir deste tipo de influência? Há orientações próprias?

Resposta:

Há *guidelines* definidas internacionalmente, baseadas no que é conhecido como cientificamente e metodologicamente mais correto.

Há testes psicológicos que os peritos sabem que devem utilizar e outros que não devem. Existe uma grelha de características e orientações que devem seguir para um determinado tipo de casos que não devem seguir para outros.

Todo o trabalho pericial é baseado em evidência científica

Uma entrevista clínica ou exame de estado mental – estão validados cientificamente, há muitos anos. Estamos em constante estudo, até porque a realidade vai mudando.

Nestes casos, em particular, é importante perceber o funcionamento prévio da pessoa, percebermos com outros clínicos que estiveram com a pessoa – nomeadamente o seu ginecologista, pessoas que acompanharam a gravidez medicamente, pessoas que estiveram mais envolvidas no parto – que possam dar informação sobre o seu comportamento prévio e naquele momento.

Pergunta:

Estas perturbações detetam-se através de entrevista clínica?

Resposta:

A entrevista clínica é a principal ferramenta para avaliar psicológica e psiquiatricamente as pessoas.

Pergunta:

Uma pessoa que mata o filho após o parto e apresenta-se calma. Significa obrigatoriamente que não tenha perturbação?

Resposta:

Não. Os juristas têm de deixar a interpretação comportamental, para os especialistas no comportamento e não tirarem ilações conforme a sua experiência e conforme as suas convicções ou seus vieses cognitivos e emocionais, porque a questão é que depois o que uma pessoa acha enquanto jurista é diferente do que outro colega jurista acha, visto que têm experiências diferentes.

Enquanto um perito e os seus colegas seguem a mesma linha, não dão opiniões.

Uma pessoa que se apresente calma pode ter uma psicopatologia gravíssima, como também pode não ter nada, ser somente uma pessoa calma. Tudo o resto, se não for bem estudado do ponto de vista da saúde mental e comportamental pode ser apenas e só especulação. Por exemplo, há pessoas que choram imenso e estão a mentir, não sentem nada – é o chamado choro histriônico, não tem qualquer tipo de significado emocional, é um simulador.

As pessoas têm a ideia de que como já viram muitas testemunhas, conseguem perceber quando é que elas estão a mentir e se estão assim é porque não estão bem, se estão frias é porque não estavam doentes.

Isto tudo tem de ser levado com muito rigor, porque é um crime muito sério. Quando as pessoas o cometem num âmbito de uma psicopatologia, isto exige um tratamento seríssimo, até porque estas pessoas podem engravidar outra vez e a probabilidade de fazerem tudo de novo é elevadíssima e, portanto, julgar estas pessoas com base no “eu acho que” pode ser extremamente perigoso.

Pergunta:

Muitas destas mães quando dão entrada no hospital pelas urgências, por grandes perdas de sangue, e os médicos percebem que houve um parto próximo, a equipa psiquiátrica só entra se a genecologia/obstetrícia entender que há ali uma perturbação. Apesar de serem todos médicos, têm competência para conseguir aferir disso?

Resposta:

Em princípio têm essa competência. Um profissional de saúde deve ter competência para fazer isso, como eu devo ter competência como psicóloga de se alguém me aparecer em consulta com queixas exuberantíssimas de um foro qualquer que me parece ter um problema orgânico, eu não posso fazer “psicoterapia a tumores”.

Há partida as pessoas que assistem esta mãe, num contexto hospitalar, devem e podem ter competência para chamar alguém da saúde mental. Embora eu entenda que é necessário, nas restantes especialidades, aumentarem o nível de literacia em problemas de saúde mental. Isto acontece quer para mulheres que apresentam perturbações, quer para crianças que chegam a uma consulta com algumas lesões e as pessoas “deixam passar”, porque entendem que não são maus-tratos.

Em princípio estes profissionais devem estar capacitados para recorrer aos profissionais da saúde mental para diagnosticar estas situações, mas aquilo que eu diria é que é preciso trabalhar um bocadinho mais para sensibilizar para a possibilidade de quando uma mulher aparece com este tipo de comportamento, existir uma deteção mais precoce. Perceber se durante a gravidez não houve sinais de que isso poderia acontecer. Haver um acompanhamento mais regular.

O que os estudos dizem é que nos casos em que há uma psicose associada, que não são todos – embora este seja um surto cujo comportamento mais exuberante aparece naquela altura – sabe-se que a pessoa já foi manifestando algum desconforto anterior. E sabemos que a gravidez é apta a tal, com as alterações hormonais, pois pode desencadear alterações de comportamento.

Pergunta:

Ocultar a gravidez, dizer que têm tumores associados ao ganho de peso, o que significa?

Resposta:

São fatores de risco.

Mas quem começa a rejeitar a criança e a gravidez antes, não são pessoas que desenvolvem surtos psicóticos, são pessoas que já estão a negar e a não querer aquela criança desde o momento em que estão grávidas.

Pergunta:

Mas poderá existir alguma psicopatologia por de trás?

Resposta:

Muitas vezes não há psicopatologia propriamente dita por de trás. Se procurarmos “que doença é esta?” - para ter uma psicopatologia tem de existir o nome de uma doença, tem de haver um diagnóstico – a pessoa está deprimida, tem uma ansiedade patológica, apresenta uma alteração de personalidade. O que existe são desvios ou disfuncionalidades numa determinada área e noutras trabalham bem, estão bem inseridas socialmente e são competentes, ninguém previa que aquilo iria acontecer.

Tivemos um caso há relativamente pouco tempo de uma senhora que deu à luz numa sanita e que colocou o bebé no caixote do lixo. Isto só se descobriu por acaso. Esta pessoa foi trabalhar no dia seguinte, ninguém diria que ela estava psicopatológica. Há alterações, como é evidente, mas não é uma psicopatologia estruturada. Não é uma doença mental estruturada.

O facto de se ocultar a gravidez, não é uma psicopatologia estruturada, mas é um estado disfuncional. Claramente há uma disfuncionalidade, a pessoa não está a lidar com a situação de forma normativa, circunscrita àquela experiência em particular.

Pergunta:

Mas poderá isto resultar em influência perturbador do parto?

Resposta:

Pode.

Pergunta:

O parto pode funcionar como *trigger*?

Resposta:

Sim, pode.

Uma criança que é rejeitada desde o início de forma disfuncional e exuberante quando se torna real, das duas uma: ou se aceita ou continua-se a rejeitar e o nascimento é o *trigger*

Pergunta:

E isso pode ser uma influência perturbador do parto.

Resposta:

Sim, pode.

Pergunta:

Comportamentos/patologia anteriores podem desencadear nestas situações?

Resposta:

Sim. Pode haver indicadores propícios a desencadear uma situação destas.

Pergunta:

E o facto de voltar à vida normal a seguir, significa que está tudo bem? Que estavam conscientes?

Resposta:

Nos casos em que há uma negação ao longo do tempo, quando há a provocação da morte do bebé, a maioria das vezes, nestas situações, é uma morte consciente. Não é uma psicose.

Quanto à perturbação do parto: uma pessoa que entra numa psicose pós-puerperal a pessoa entra noutra registo, numa outra realidade, faz mal àquele bebe e tem um surto que ela não controla – é uma inimputável na maior parte dos casos – isto é raro, mas acontece.

É raro, porque é um fenómeno raro e é raro, porque a maior parte dos partos são feitos em meios hospitalares, as mães começam logo a dar sinais que vão fazer mal aos seus bebés e por isso são isoladas destes. Estas mães podem não ser responsabilizadas pelos seus comportamentos – estão fora da realidade.

Nos casos de rejeição do bebe e ocultação do estado, implica um certo planeamento. o parto pode ser um *trigger* muito stressante, mas a pessoa tem consciência do que está a fazer. Eles não perdem a consciência.

Pergunta:

Como se preenche este tipo legal?

Resposta:

Para preencher este tipo legal que pede uma influência perturbadora do parto tem de haver uma psicopatologia grave e diagnosticável que a justifique.

Tem de existir uma doença mental que de alguma forma (perturbação grave) que implique uma perda de responsabilidade naquele momento, uma perda de discernimento.

Mas isto não se pode fazer sem uma boa perícia, sem um sistema pericial completo. Senão podemos estar a julgar positivamente uma pessoa que teve consciência daquilo que fez e estar a discriminar uma pessoa que teve uma doença mental.

Pergunta:

O que acontece a seguir?

Resposta:

Estas pessoas precisam de algum tratamento – precisam de medicação para voltar ao seu estado normal. Digamos que é uma situação neuropsicológica que a pessoa não controla de todo.

Pergunta:

Como se distingue uma pessoa que está em surto e outra que não?

Resposta:

A diferença entre estas duas mulheres é que uma controla o seu pensamento e a outra não controla.

Pergunta:

Mas visivelmente depois, como se distingue?

Resposta:

Visivelmente não consegues distinguir. Tem de se fazer uma avaliação psiquiátrica/psicológica: avaliação do discurso, da orientação, do estado mental, de um conjunto de coisas que não se pode ver a olho nu. Não é numa entrevista, num inquérito policial ou numa inquirição no tribunal que se faz o diagnóstico, é num contexto clínico médico-legal.

Pergunta:

Quanto tempo depois é que é impossível verificar uma perturbação por influência do parto?

Resposta:

Quanto mais cedo é feita a perícia, melhor são os resultados.

Se for feita um tempo depois perdemos capacidade probatória e é feito um registo mais probabilístico. Esta relacionado com o tipo de memória que a pessoa tem sobre a situação, o tipo de crítica, a forma como foi evoluindo, o tipo de ressonância afetiva que tem ou não sobre a situação, a forma como, entretanto, foi gerindo a sua vida.

Pergunta:

Aqueles relatórios sociais ou as testemunhas, são suficientes para se poder retirar influencia do parto?

Resposta:

Não.

Eles são importantes para perceber o contexto. Mas a avaliação individual é fundamental.

Estes casos não podem passar apenas por uma avaliação social. Tem de existir uma avaliação da saúde mental. É um comportamento muito exuberante e desviante é preciso saber o que se passou para julgar melhor.

Pergunta:

Nos casos em que uma mulher entra numa urgência com sinais de parto recente, o filho não a acompanha, e é dada a notícia do crime ao MP, não requerendo este uma perícia, independentemente de aquela se apresentar ou não calma – é da opinião que devia ter existido uma perícia?

Resposta:

Sou da opinião que devia ter havido uma perícia psicológica e psiquiátrica, independentemente de parecer calma, porque isto são sinais subjetivos. Tu pensas de uma maneira e outro colega pensa de outra. Isto é como nos casos de abusos sexuais. Para os casos de menores de 18 anos, institui-se que se tem de aferir da sua capacidade de testemunhar. Devia existir a mesma indicação para estes casos – estas pessoas têm de ser avaliadas quanto à sua capacidade.

Pergunta:

Ou seja, se preenchem uma parte do tipo legal, deve aferir-se da restante? Independentemente de se saber que houve ocultação do estado?

Resposta:

Independentemente de existir ocultação do estado, porque essa ocultação pode estar relacionada com uma perturbação. Pode se chegar ao fim e concluirmos que aquela pessoa não queria ter aquele filho e foi um aborto que não aconteceu e devia ter acontecido. Tem de ser julgada como uma homicida qualquer.

Mas este estudo é justo que se faça psicologicamente e socialmente, até para se poder identificar fatores de risco noutras mulheres. Porque o objetivo não é andar somente a punir pessoas, aprende-se a observar e a levar para outras experiências.

Pergunta:

Mas então como se preenche este tipo legal?

Resposta:

Está muito circunscrita a determinadas circunstâncias. É um conjunto de mulheres muito reduzido.

Este tipo legal está muito mais diretamente associado a situações de psicose, i.e., quando é o próprio parto que desencadeia. Está relacionada com uma condição psicopatológica.

Pergunta:

O facto de ocultar a gravidez e dizer que é um tumor, pode ser premeditação?

Resposta:

Não há premeditação. A pessoa não está naquele momento a dizer que quando o bebe nascer o vai matar.

Deve ser considerado como fator de risco.

Pergunta:

O facto de algumas destas mulheres já terem sido mães, anteriormente, influencia?

Resposta:

Podem ter sido mães funcionais em anteriores gravidezes e depois passaram por isto.

O Direito tem muito a aprender com outras ciências, principalmente pelo facto de regular comportamentos. E, por isso, é importante que as ciências do comportamento estejam presentes.

Nos Tribunais, os Juízes colocam-se num patamar acima e as pessoas estão no patamar em baixo e colocam barreiras arquitetónicas, havendo uma sensação de poder muito grande, sendo que nas perícias as pessoas estão muito mais livres para falarem. E, por vezes, as pessoas acabam por confessar coisas em perícia que chegam a tribunal e dizem que é mentira.

Pergunta:

Que perguntas devem os Magistrados procurar ver respondidas pelos Peritos do INML?

Resposta:

Para parametrizar a situação ao nível da culpa: O(A) Psiquiatra deve fazer um diagnóstico de psicopatologia que possa de alguma forma justificar ou que possa estar relacionado com os factos que foram cometidos; O(A) Psicólogo(a) deve avaliar da personalidade. Como é que a pessoa funciona, quais são as características mais definidoras do seu funcionamento psicológico.

Se esta avaliação for feita dá muito material/informação não só sobre existência de psicopatologia, como também como aquela pessoa está a vivenciar aquelas situações.

Dentro disto, aferir do nível de ressonância afetiva, ajustamento psicológico e psicossocial.

Os quesitos que relacionem o comportamento da pessoa com um tipo de crime – reação da pessoa a situações de maior exigência, etc., cabe dentro da perícia psicológica e da psiquiátrica.

Pergunta:

Mas com este tipo de perícias conseguimos colocar uma pessoa numa culpa mais ou menos agravada?

Resposta:

Conseguimos parametrizar o nível de responsabilidade da pessoa ao nível psicológico – vemos se tem capacidade de se autodeterminar.

Face a determinadas características tem maior ou menor probabilidade de se autodeterminar. Contudo, ter capacidade de se autodeterminar não significa que tenha de ter uma culpa agravada. É importante conjugar com outro tipo de provas. Outras circunstâncias podem concorrer.

Bibliografia:

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2013). *DSM-5: Manual de diagnóstico e estatística das perturbações mentais* (5.^a ed.). Climepsi Editores.
- ARRÔBE, R.I.B. (2018). *O crime de infanticídio e as perturbações psicológicas pré e pós-parto*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (2021). *Planos de estudos, 37.º Curso de formação de magistrados para os Tribunais Judiciais: 1.º Ciclo 2021-2022*. Lisboa. https://cej.justica.gov.pt/Portals/30/Ficheiros/formacao/inicial/curso_x/Plano_de_Estudos.pdf.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021). *Protocolo para julgamento com perspectiva de género 2021*. Brasil. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>.
- COUTLER, R. (1985). Perspective on motherhood: A review essay. *Atlantis*, vol. 10, no. 2, pp. 127-137. <https://journals.msvu.ca/index.php/atlantis/article/view/4413/3653>.
- CUNHA, C.F. da (2017). *Os Crimes Contra as Pessoas. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CURADO Neves, J. (2001). O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril-junho, pp. 175-217.
- FÉRIA, T. (2018). Prova e preconceito. In Centros de Estudos Judiciários, *Julgar sob perspectiva de género. Entre a igualdade e a constitucionalidade*. Lisboa: s.n., pp. 81-91.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de & BRANDÃO, N. (2012). Comentário ao artigo 132.º. In FIGUEIREDO DIAS (org.). *Comentário conimbricense ao Código Penal, Parte 2special* (2.^a ed. Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, pp. 168-174). Coimbra: Coimbra Editora.
- FRAGOSO, H.C. (1995). *Lições de direito penal: Parte especial* (11.^a ed.). S.l.: Editora Forense.
- GONÇALVES DA COSTA, N. (1989). Infanticídio privilegiado: Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal. Separata da *Revista da Faculdade de Direito*. Lisboa: s.n.
- GONÇALVES, F. & ALVES, M.J. (2009). *A prova do crime: Meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Almedina.
- GUIMARÃES, R. (2004). Crime de infanticídio e perícia médico-legal: Análise crítica. *Revista Jurídica, Anápolis/GO, Universidade Evangélica*, n.º 9, pp. 10-15. <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/589/589>.
- IACONELLI, V. (2005). Depressão pós-parto, psicose pós-parto e tristeza materna. *Revista Pediatria Moderna*, vol. 41, n.º 4. <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1927.pdf>.
- JORDÃO, L.M. (1854). *Commentario ao Código Penal Portuguez* (Tomo IV). Lisboa: Tipographia de José Batista Morando. <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1271.pdf>.

- LASTER, K. (1989). Infanticide: A Litmus test for feminist criminological theory. *Australian & New Zeland Journal of Criminology*, no. 22, pp. 151-166.
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/anzjc22&div=23&id=&page=>.
- LEAL HENRIQUES & SIMAS SANTOS (2000). *Código Penal anotado, Parte especial* (2.º vol., 3.ª ed.) Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- MAIA GONÇALVES & LOPES, M. (2007). *Código Penal Português anotado e comentado. Legislação complementar* (18.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- MELLO FREIRE, P.J. de (1823). *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, 2.ª ed. Lisboa: s.n.. https://bibdigital.fd.uc.pt/C-16-8/C-16-8_item2/C-16-8_PDF/C-16-8_PDF_01-C-R0120/C-16-8.pdf.
- MIGUEZ GARCIA, M. & CASTELA RIO (2014). *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.
- MIGUEZ GARCIA, M. (2011). *O direito penal passo a passo, Elementos da parte especial, com os crimes contra as pessoas*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (1993). *Código Penal: Actas e projecto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Rei dos Livros.
- O'HARA, M.W. & MCCABE, J.E. (2013). Postpartum depression: Current status and future directions. *Annual Review of Clinical Psychology*, University of Iowa, no. 9, pp. 379-407.
https://www.researchgate.net/publication/235439726_Postpartum_Depression_Current_Status_and_Future_Directions.
- OBERMAN, M. (2015). Mothers who kill: Coming to terms with modern American infanticide. *DePaul Journal of Health Care Law*, vol. 8, no. 1, pp. 3-107.
https://www.researchgate.net/publication/235439726_Postpartum_Depression_Current_Status_and_Future_Directions.
- PEREIRA, M.M.S. (2008). *Direito Penal II. Os homicídios. Aparentamentos de aulas teóricas dadas ao 5.º ano 96/97* (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL.
- PINTO DA COSTA, J.E. (1979). Problemas médico-legais do Artigo 356.º do Código Penal – Infanticídio. *Separata de “O Médico”*, vol. 1451, pp. 623-630.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (3.ª ed. atualizada). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PIZARRO BELEZA, T. (2008). A mulher no Código Penal de 1982. In SILVA DIAS, A., AGUILAR, F., SOUSA E BRITO, J., MIRANDA PEDRO, M.J., PALMA, F.M., MACAÍSTA MALHEIROS, M. L. & PIZARRO BELEZA, T. *Materiais para o estudo da Parte especial do Direito penal. Coletânea de textos de parte especial do direito penal* (pp 29-54). Lisboa: AAFDL.
- RAPAPORT, E. (2006). Mad women and desperate girls: Infanticide and child murder on law and myth. *Fordham Urb. Law Journal*, vol. 33, n.º 527, pp. 101- 142.
https://www.researchgate.net/publication/235439726_Postpartum_Depression_Current_Status_and_Future_Directions.

- RESNICK, P.J. (1970). Murder of the newborn: A psychiatric review of neonaticide. *American Journal of Psychiatry*, no. 26, pp. 1414-1420. https://www.researchgate.net/publication/235439726_Postpartum_Depression_Current_Status_and_Future_Directions.
- RIBEIRO, F.J.M.B. (2015). *O crime de infanticídio – análise forense sobre influencia perturbadora do parto*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa.
- SAUNDERS, M., LEWIS, P. & THORNHILL, A. (2009). *Research methods for business students*. <https://books.google.pt/books?id=u-txtfaCFiEC&pg=PA318&dq=semi+structured+interview+saunders&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwihtrvmJH1AhXC8-AKHYYlCpcQ6AF6BAGLEAI#v=snippet&q=semi&f=false>.
- SHELTON, J.L., MUIRHEAD, Y. & CANNING, K.E. (2010). Ambivalence toward mothers who kill: An examination of 45 U.S. cases of maternal neonaticide. *Behavioral Sciences and the Law*, no. 28, pp. 812-831. <https://books.google.pt/books?id=u-txtfaCFiEC&pg=PA318&dq=semi+structured+interview+saunders&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwihtrvmJH1AhXC8-AKHYYlCpcQ6AF6BAGLEAI#v=snippet&q=semi&f=false>.
- SHELTON, J.L., COREY, T., DONALDSON, W.H. & DENISSION, E.H. (2011). Neonaticide: A comprehensive review of investigate and pathologic aspects of 55 cases. *Online Journal of Family Violence*, no. 26, pp. 263-276. <https://www.nidaa.nl/images/shelton-2011.pdf>.
- SILVA DIAS, M.C.M. (2005). Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*, n.º 3 – Dossiê Temático Prova, Ciência e Justiça, Estudos Apontamentos Vida do CEJ, pp. 169-225.
- SILVA FERRÃO, F.A.F. (1857). *Theoria do direito penal applicada ao Codigo Penal Portuguez Comparado com o Codigo do Brazil, Leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos*, vol. VII. Lisboa: Imprensa Nacional. <https://www.nidaa.nl/images/shelton-2011.pdf>.
- SILVA, F. (2011). *Direito penal especial. Crimes contra as pessoas. Crimes contra a vida, Crimes contra a vida intra-uterina, Crimes contra a integridade física*. (3.^a ed. atualizada e aumentada) Lisboa: Quid Iuris.
- SPINELLI, M.G. (2001). A systematic investigation of 16 cases of neonaticide. *The American Journal of Psychiatry*, no. 158, pp.811-813. <https://www.nidaa.nl/images/shelton-2011.pdf>.
- TABORDA FERNANDES, J.M. (2014). *O insustentável peso da gravidez. A figura da mãe e a influência perturbadora do parto no crime de infanticídio* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- TAIPA DE CARVALHO, A. (2016). *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime* (3.^a ed.). Porto: Universidade Católica Editora.

- TENÓRIO, A.S., BRITO, E.S., SILVA, T.F. da & PINTO, P.M. (2010). Alterações psíquicas influenciadas pelo estado gravídico/puerperal. <https://www.nidaa.nl/images/shelton-2011.pdf>.
- UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL (2020). Gatilhos mentais: O que são, como usar, exemplos e dicas. Brasil. <https://ead.ucs.br/blog/gatilhos-mentais>.
- WEARE, S. (2017). Bad, mad or sad? Legal language, narratives, and identity constructions of women who kill their children in England and Wales. *International Journal for the Semiotics of Law*, no. 30, pp. 201-222. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11196-016-9480-y#citeas>.

Notícias consultadas:

- CURADO, M. & RODRIGUES, J.C. “Mãe suspeita de matar recém-nascidos em Cascais disse que não sabia que estava grávida”, in *Correio da Manhã*, 05.12.2021, <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/mae-suspeita-de-matar-recem-nascidos-disse-que-nao-sabia-que-estava-gravida-os-detalhes-agora-na-cmtv>.
- DUARTE, P.J. “Mulher acusada de matar duas filhas bebés confessa em tribunal que as abraçou até deixarem de chorar”, in *Correio da Manhã*, 14.09.2021, <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/mulher-acusada-de-matar-duas-filhas-bebes-confessa-em-tribunal-que-as-abracou-ate-que-deixaram-de-chorar>.

Jurisprudência consultada:

DGSI – por ordem cronológica crescente:

- Acórdão do STJ de 10.04.1984 – relatado por Quesada Pastor – processo n.º 037261.
- Acórdão do STJ de 04.04.1990 – relatado por Barbosa de Almeida – processo n.º 040697.
- Acórdão do STJ de 27.05.1992 – relatado por Pinto Bastos – processo n.º 042754.
- Acórdão do STJ de 11.02.1993 – relatado por Sá Ferreira – processo n.º 043179.
- Acórdão do STJ de 15.04.1993 – relatado por Alves Ribeiro – processo n.º 043351.
- Acórdão do STJ de 24.06.1993 – relatado por Coelho Ventura – processo n.º 043931.
- Acórdão do STJ de 24.11.1993 – relatado por Amado Gomes – processo n.º 045189.
- Acórdão do STJ de 06.01.1994 – relatado por Alves Ribeiro – processo n.º 045859.
- Acórdão do STJ de 09.11.1995 – relatado por Sá Ferreira – processo n.º 048292.
- Acórdão do STJ de 06.03.1996 – relatado por Augusto Alves – processo n.º 047246.
- Acórdão do STJ de 06.01.1999 – relatado por Augusto Alves – processo n.º 98p1223.
- Acórdão do STJ de 02.11.2006 – relatado por Rodrigues da Costa – processo n.º 06p2933.
- Acórdão do TRG de 19.11.2007 – relatado por Estelita Mendonça – processo n.º 1052/07-
- Acórdão do STJ de 29.05.2008 – relatado por Rodrigues da Costa – processo n.º 08p827.
- Acórdão do STJ de 26.02.2009 – relatado por Arménio Sottomayor – processo n.º 08p3547.
- Acórdão do TRL de 11.03.2010 – relatado por Fátima Mata-Mouros – processo n.º 1795/07.6gisnt.l1-9.
- Acórdão do STJ de 09.09.2010 – relatado por Souto de Moura – processo n.º 1795/07.6gisnt.l1.

Acórdão do TRL de 29.03.2011 – relatado por Jorge Gonçalves – processo n.º 288/09.1gbmtj.l1-5.

Acórdão do STJ de 11.10.2012 – relatado por Manuel Braz – processo n.º 288/09.1gbmtj.l2.s1.

Acórdão do TRP de 23.10.2013 – relatado por Maria do Carmo Silva Dias – processo n.º 423/10.7japrt.p1.

Acórdão do STJ de 26.11.2015 – relatado por Isabel Pais Martins – processo n.º 150/11.8jaavr.c1.s1.

Acórdão do TRP de 10.01.2018 – relatado por Vaz Pato – processo n.º 150/11.8jaavr.p1.

Acórdão do STJ de 19.04.2018 – relatado por Helena Moniz – processo n.º 533/16.7pbstr.e1.s1.

Acórdão do STJ de 23.05.2018 – relatado por Gabriel Catarino – processo n.º 659/12.6jacbr.c3.s1.

Acórdão do STJ de 14.07.2021 – relatado por Paulo Ferreira da Cunha – processo n.º 1589/19.6pklsb.l1.s1.

De modo informal:

Acórdão do Tribunal Judicial de Aveiro de 23.09.2021- relatado por Rui Ferraz- processo n.º 64/20.oPAESP.P1.

Acórdão do TRP de 02.02.2022 – processo n.º 64/20.oPAESP.P1.

Legislação histórica disponível online:

Ordenações Afonsinas, <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>.

Ordenações Manuelinas, <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>.

Ordenações Filipinas, <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de 10 de dezembro de 1852, <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

Código Penal de 1886, ordenado por Decreto de 16 de setembro de 1996, Diário do Governo, de 20 de setembro do mesmo ano, <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

A repressão jurídico-penal da desinformação

Raquel Serpa Silveira

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Freitas

Agradecimentos

Ao meu Orientador, Doutor Pedro Miguel Freitas, por toda a disponibilidade demonstrada ao longo deste projeto e por toda a prontidão que sempre manifestou para comigo.

Aos meus amigos que me acompanham desde sempre, por serem Casa mesmo a kms de distância, e aos amigos de Coimbra, que levo comigo para a vida.

Ao meu avô, por ser a minha maior fonte de inspiração e motivação.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e porque sem eles nada disto seria possível. Um obrigada nunca vai chegar para agradecer tudo o que fizeram e todos os dias fazem por mim.

À minha Rochi, parceira desta caminhada, colega de trabalhos e sebatas e amiga de todas as horas nestes últimos meses, obrigada por teres tornado o teu Porto um pouco mais meu.

Resumo

A presente dissertação aborda a problemática das *fake news* e da desinformação enquanto tema emergente na sociedade moderna com implicações diretas para a liberdade de expressão, centrando-se, designadamente, nas disposições e regulamentações jurídicas já existentes a nível europeu e nacional.

É cada vez mais frequente ouvir-se falar da desinformação enquanto ameaça à saúde e democracia pública, impondo-se uma atuação urgente para combater este problema, questionando-se, assim, se a criminalização poderá ser uma via a seguir.

Para tal, é fundamental definir o conceito, distinguindo as diferentes formas de desinformação e as especificidades associadas ao mesmo, como surge e se propaga nos dias de hoje, connexionando-o com a liberdade de expressão e de imprensa, ponderando as consequências que novas formas de atuação legislativa podem trazer para estes direitos numa tentativa de combater este fenómeno preocupante e crescente.

Palavras-chave: Desinformação; *fake news*; liberdade de expressão; responsabilidade penal.

Abstract

This dissertation addresses the issue of *fake news* and disinformation as an emerging theme in modern society with direct implications for freedom of expression, focusing, in particular, on existing legal provisions and regulations at European and national level.

It is increasingly common to hear about disinformation as a threat to health and public democracy, imposing urgent action to combat this problem, thus questioning whether criminalization can be a way forward.

To this end, it is essential to define the concept, distinguishing the different forms of disinformation and the specificities associated with it, as it appears and propagates today, connecting it with freedom of expression and the press, and considering the consequences that new forms of legislative action can bring to these rights to combat this worrying and growing phenomenon.

Keywords: Disinformation; fake news; freedom of expression; criminal liability.

Lista de siglas e abreviaturas

Art(s).	Artigo(s)
CCI	Centro Comum de Investigação
CE	Comissão Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
ERC	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
EUA	Estados Unidos da América
MP	Ministério Público
N.º(s)	Número(s)
ONU	Organização das Nações Unidas
P(s).	Página(s)
RTP	Rádio e Televisão de Portugal
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TC	Tribunal Constitucional
UE	União Europeia

Índice

Introdução	6
1. Uma definição para o fenómeno: fake news ou desinformação?	8
2. A liberdade de expressão e a desinformação	14
2.1. A criminalização como restrição à liberdade de expressão	20
3. Iniciativas legislativas mundiais	22
3.1. Medidas regulatórias não estatais	23
3.2. Medidas regulatórias estatais	24
3.2.1. França	24
3.2.2. Grécia	25
3.2.3. Malásia	26
3.2.4. Singapura	27
3.2.5. Estados Unidos da América	28
4. O enquadramento legal em Portugal	29
4.1. A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital	30
4.2. O Código Penal	32
Conclusão	38
Bibliografia	40

Introdução

O fenómeno da desinformação e das designadas *fake news* tem vindo a ser abordado de forma cada vez mais frequente nos últimos anos, procurando analisar-se o impacto e riscos que estas acarretam a vários níveis, sendo consideradas uma ameaça à saúde pública e à própria democracia, uma vez que as democracias operam através de processos deliberativos, constituídos a partir da formação de uma opinião pública elaborada de cidadãos bem informados e a desinformação é suscetível de minar essa opinião pública.

É certo que não é um fenómeno propriamente novo, uma vez que, conforme será explicado, sempre existiu. O que mudou é o cenário em que este se desenvolve, pois a Internet veio revolucionar o contexto informacional, já que as redes sociais e as plataformas online desempenham um papel importante na propagação das notícias e permitem, sem muito esforço, atingir um alcance global a uma velocidade nunca antes vista.

Assim, no primeiro capítulo da presente dissertação, procura-se explorar este conceito, verificando-se a emergência de outros termos, que parecem estar estreitamente ligados ao fenómeno, nomeadamente: pós-verdade, câmaras de eco e bolhas de filtro, e as próprias *fake news*, importando referir que se mantém, ao longo da mesma, o termo em inglês, pelo facto de ser a expressão comumente utilizada como referência ao fenómeno que aqui se pretende tratar.

Com esta crescente preocupação, têm vindo a surgir iniciativas legislativas que procuram atenuar os efeitos associados e travar o problema, contudo, alguns dos instrumentos são muitas vezes considerados controversos, uma vez que podem contender com direitos fundamentais, nomeadamente, a liberdade de expressão e informação.

Neste sentido, antes de examinar propostas legislativas, há duas perguntas que devem ser feitas: 1) existe realmente a necessidade de legislar?; e 2) se for o caso, é garantido que os benefícios da lei são muito maiores do que os abusos que ela pode gerar, designadamente, no que concerne à liberdade de expressão, de imprensa e de informação?

Posto isto, no segundo capítulo, procede-se à análise destes direitos constitucionalmente consagrados e de que modo a desinformação se conecta com a liberdade de expressão e de informação.

Se a liberdade de expressão é sagrada, ela não pode ser sinónimo de impunidade: certos discursos não podem ser proferidos e devem ser punidos, já estando estabelecidos limites à mesma, designadamente, no CP, através, por exemplo, dos crimes contra a honra e crimes de incitamento ao ódio e à violência.

Aplicando esta lógica de permissão de restrição à liberdade de expressão, ainda que de forma estritamente fundamental, de forma a não cair em censuras, a UE tem sido pioneira no combate à desinformação, por meio de iniciativas que envolvem plataformas online e elaboração de estratégias de longo prazo que abordam várias frentes, tais como a literacia mediática digital e outras políticas não regulatórias, consistindo o terceiro capítulo numa análise às iniciativas legislativas a nível europeu e mundial já existentes, incluindo políticas jurídico-criminais.

Após esta análise global, finaliza-se a presente dissertação apreciando o enquadramento jurídico em Portugal e explora-se a via da criminalização como combate a este fenómeno.

1. Uma definição para o fenómeno: *fake news* ou desinformação?

Vivemos no apogeu da designada Era Digital ou Era da Informação, que se caracteriza pela disseminação das novas tecnologias digitais e pelo seu grande impacto em termos socioculturais¹.

O contexto social e tecnológico desta nova era digital provocou mudanças ao nível dos serviços de informação e dos comportamentos dos produtores/utilizadores de informação, pois as tecnologias de informação e comunicação constituem, nos dias de hoje, ferramentas indissociáveis da forma como se produz, se organiza, se apresenta, se dissemina e se acede à informação².

Estamos, assim, perante uma verdadeira revolução no acesso à informação, podendo obter e divulgar informação através de um simples “clique”, constituindo a Internet o principal meio de comunicação da atualidade, devido à agilidade e dinamismo característicos do mundo virtual.

Com a Internet e as redes sociais, assim como com as tecnologias de informação, e dada a velocidade atual com que qualquer informação, fidedigna ou não, é veiculada através da Internet, está cada vez mais presente a preocupação sobre a disseminação de conteúdos não validados, colocando em causa o debate livre e informativo e, consequentemente, a estabilidade das sociedades democráticas.

Assim, esta mudança qualitativa dos modos de produção de informação é atravessada transversalmente por uma ameaça, que se vem convencendo chamar de “pós-verdade”, com a crescente proliferação das chamadas *fake news*³ e outras formas de desinformação.

O termo “pós-verdade” (*post-truth*) ganhou repercussão global ao ser eleito a palavra do ano pelo Dicionário Oxford em 2016. Em síntese, a palavra expressa que o racional (*logos*) perde frente ao emocional (*pathos*), apesar de os factos demonstrarem o contrário, ou seja, está patente a ideia de que um facto concreto (ou uma verdade factual) tem menos importância para moldar a opinião pública do que apelos à emoção e crenças pessoais⁴. De acordo com o dicionário, o prefixo “pós” transmite a ideia de que a verdade ficou para trás.

A Era do pós-verdade surge associada às filosofias pós-modernas que vieram conferir uma pretensa legitimidade epistémica ao desprezo pela verdade, assim

¹ Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação (APSDI) – Glossário da Sociedade de Informação, disponível em <https://apdsi.pt/glossario/e/era-digital/>.

² Silva & Ribeiro, 2010, p. 66.

³ Bravo, 2019, p. 51.

⁴ Word of the Year 2016, disponível em <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>.

entendida⁵, na medida em que procuram desconstruir paradigmas anteriormente construídos, rejeitando verdades absolutas, que passam a ser vistas como algo relativo, contextual, literário e subjetivo.

Os filósofos pós-modernistas, de uma forma geral, argumentam que a verdade depende sempre do contexto histórico e social, em vez de ser absoluta e universal, na medida em que “as palavras não descrevem uma realidade exterior pré-existente, antes a realidade é construída pelas palavras, em função das relações sociais de poder e dominação”⁶. Neste sentido, qualquer coisa é nossa própria criação social e, portanto, não pode (ou não deveria) determinar-nos.

Assim sendo, esta relativização da verdade “veio trazer à baila informações inverosímeis e contraditórias, onde a mentira não é colocada de forma explícita, mas envolta em chamarizes emotivos que tornam o discernimento entre o que é verdade e mentira dentro da notícia num exercício complexo”⁷.

Perante tais narrativas impulsionadas pela emoção e convicções pessoais, caracterizadas pelo seu carácter sensacionalista e apelativo, o cidadão comum tende a aceitar como verdade aquilo que (já) corresponde e confirma as suas próprias expectativas e crenças, tendência esta que é explicada pelo chamado viés de confirmação.

O viés de confirmação refere-se à tendência (quase) universal de pesquisar ou interpretar informações que confirmam algo que já sabemos ou acreditamos como verdadeiro, estando mais suscetíveis a ignorar ou descrer naquilo que contraria as nossas convicções iniciais⁸.

As pessoas demonstram esse viés quando reúnem ou se lembram de informações de forma seletiva, ou quando interpretam de forma tendenciosa informações ambíguas para confirmar tais crenças.

Aproveitando esta visão da verdade como algo relativo e subjetivo, “alguns fabricam e disseminam factos alternativos que corroborem as visões do mundo, ideologias e agendas que professem e negam factos observáveis que sejam percebidos como potencialmente contrários às mesmas”, potenciando a desinformação e a manipulação através das redes sociais⁹.

A desinformação é o termo usado para definir qualquer tipo de conteúdo e/ou prática que contribua para o aumento de informação falsificada, não validada ou pouco transparente para afastar os cidadãos do conhecimento factual da realidade. Este fenómeno assume diferentes formatos, podendo surgir, nomeadamente, através de

⁵ Machado & Brito, 2019, p. 221.

⁶ Idem.

⁷ Leite, 2020, p. 76.

⁸ Gelfert, 2018, p. 111 (traduzido por nós).

⁹ Machado & Brito, 2019, p. 221.

notícias falsas e/ou falsificadas, globalmente designadas por *fake news*, que podem indicar a vontade deliberada de distribuir informação falsa ou rumores, independentemente dos meios de comunicação e motivações associados à sua criação.

Notícias falsas sempre existiram ao longo dos tempos, mas a expressão *fake news* assinala, em si mesma, um novo fenómeno, caracterizado pelo meio utilizado para divulgação e o potencial de persuasão que este material adquiriu nos últimos anos, por força, sobretudo, das redes sociais.

Neste sentido, apesar de ser um conceito comumente (e, muitas vezes, erroneamente) utilizado, não há propriamente uma definição consensual do mesmo, existindo várias tentativas de definir este fenómeno controverso.

Alex Gelfert, em “*Fake News: A Definition*”, procura caracterizar extensivamente este conceito, defendendo que “*fake news* consistem na produção deliberada de informações falsas ou enganosas apresentadas como notícias, sendo enganadoras por *design*”¹⁰. Assim, há 3 requisitos que são destacados como essenciais para o autor, os quais passamos a explicar de forma sintética.

Em primeiro lugar, trata-se de alegações apresentadas como notícias legítimas (ou verdadeiras), isto é, sabendo que as notícias que consumimos moldam, em grande parte, o nosso conhecimento e saber sobre o mundo e os mais variados factos, há uma certa confiança que os meios tradicionais de produção e transmissão de informação, enquanto fontes de notícias (e, conseqüentemente, de conhecimento), providenciam verdades factuais e informativas, gozando estes, assim, de um *status* de credibilidade epistémica privilegiado, na medida em que há, desde logo, uma tendência para aceitar como fonte de conhecimento o que por eles é transmitido. Neste sentido, os criadores de notícias falsas procuram imitar a aparência dos veículos de imprensa convencionais para alcançar a mesma credibilidade cedida aos *media* tradicionais.

A este respeito, o autor argumenta que as *fake news* colocam em causa essa mesma autoridade, descredibilizando fontes tradicionais (e, em princípio, legítimas) de informação, acusando-as de parcialidade e manipulação, promovendo crises de confiança, a contaminação da discussão pública, a manipulação do público e a conseqüente desinformação do mesmo.

Em segundo lugar, são suscetíveis de enganar o seu público-alvo, criando falsas crenças nas pessoas. Quanto a este elemento, não se exige que o público seja efetivamente enganado, bastando-se com a suscetibilidade para tal, sendo suscetível quando seja *provável* que um número suficientemente considerável de pessoas acredite nas mesmas.

¹⁰ Gelfert, 2018, p. 108 (traduzido por nós).

Por fim, e, na perspetiva do autor, o elemento mais importante é o carácter sistémico das mesmas, fazendo referência a uma intenção de enganar, sendo necessário que sejam notícias *deliberadamente* produzidas para enganar. Esta é a característica que mais demarca as *fake news* de eventuais erros jornalísticos por parte de meios de imprensa geralmente confiáveis – estes, apesar de também poderem enganar o público, sucedem por acidente ou por erro imprevisto, ao contrário das *fake news*, que são produzidas com o conhecimento da sua falsidade e só existem porque são falsas.

Contudo, o autor descarta a existência de uma motivação específica subjacente a este conceito, sob pena de se tornar um quadro demasiadamente restritivo. Não obstante, distingue, ainda que implicitamente, dois tipos de objetivos: políticos e financeiros. Quanto aos motivos políticos, estes estão usualmente associados às *fake news*, uma vez que, como já foi mencionado, estas surgem na senda de recentes eventos políticos. No fundo, determinadas notícias são produzidas com o intuito de manipular, não só a discussão pública, mas o processo político e eleitoral, procurando descredibilizar oponentes políticos ou ideológicos e explorar determinados temas polémicos (por exemplo, migrações, criminalidade, etnias), de forma a influenciar o resultado da votação em determinado sentido.

Já quando o objetivo é puramente financeiro, os artigos de *fake news* servem de *clickbait*¹¹ para atrair as pessoas para certos sites que contêm anúncios de publicidade ou outros conteúdos promocionais, gerando receitas de publicidade através do consecutivo aumento do tráfego de internet desses mesmos sites, pelo que quanto mais partilhada for a notícia, mais lucro renderá.

Por sua vez, há autores, nomeadamente Claire Wardle, que optam por se referir a “*false news*”, em vez de *fake news*, por entenderem, por um lado, que o termo é inadequado para descrever o fenómeno em questão por ser demasiado amplo e vago e, por outro, que este tem sido apropriado por políticos para descrever notícias que consideram desfavoráveis à sua imagem, procurando limitar a liberdade de imprensa¹² e levando a um desgaste deste conceito.

A autora procura clarificar o fenómeno de forma diferente, adotando uma abordagem que passa por identificar diferentes noções, elementos e fases do mesmo.

Esta começa por referir-se ao termo “*information disorder*” (desordem informacional) para enquadrar o então mencionado fenómeno das *fake news*, considerando que este abrange 3 noções: 1) “*mis-information*” (informação incorreta) – ocorre quando informações falsas são partilhadas, mas não são criadas com a intenção

¹¹ O fenómeno do *clickbait* surge associado às plataformas online e consiste na criação de imagens, manchetes e títulos de cariz sensacionalista com o objetivo de estimular os utilizadores a clicarem para obterem mais informação relativa ao conteúdo (<https://www.internetsegura.pt/Clickbait>).

¹² Wardle, 2017, p. 6.

de dano, nem de enganar (incluindo-se aqui rumores, mexericos), apesar de poderem causar danos; 2) “*dis-information*” (desinformação) – refere-se à produção e partilha de conteúdo sabidamente falso, fabricado ou manipulado com a intenção de enganar, de forma a gerar danos a pessoa, grupo social, Organização ou país; e 3) “*mal-information*” – que se refere à partilha pública de informações verdadeiras para causar danos, na medida em que se trata de informações projetadas para permanecer na esfera privada (incluindo-se aqui o discurso de ódio e fugas de informação, uma vez que as pessoas costumam ser alvo por causa de um histórico pessoal ou afiliações).

Neste contexto, importam, sobretudo, os 2 primeiros termos, sendo, segundo a autora, preferível usá-los em detrimento do termo de *fake news*, sendo que a diferença entre os mesmos reside na intenção de quem produz e partilha. Ou seja, quando surge desinformação (*desinformation*), esta propaga-se, sobretudo, através da sua partilha por vários agentes que desconhecem a sua falsidade (*misinformation*), alimentando um ciclo de propagação entre “desinformantes” e “desinformados”¹³.

Por sua vez, a desinformação não se confunde, por um lado, com a propaganda, embora possa prosseguir interesses relacionados com a mesma. No entanto, a propaganda revela-se mais manipulativa, pois apela mais à emoção do que a mensagens informativas¹⁴; e, por outro lado, não se deve confundir com outras formas de comunicação que já são consideradas ilegais, embora se possam sobrepor, tais como a difamação, o discurso de ódio e o incitamento à violência¹⁵.

A propagação de conteúdo claramente falso é apenas uma das técnicas de desinformação utilizadas, existindo outras. Assim, autora identifica vários tipos de comunicação que se inserem no ecossistema da desinformação, nomeadamente – e contrariamente à generalidade dos autores¹⁶ –, as sátiras e as paródias, uma vez que, ainda que possam ser consideradas formas de arte, também são suscetíveis de enganar o público, quando não sejam imediatamente reconhecidas como tal; os *clickbait*s, quando o conteúdo não suporta o título ou imagem principal, sobretudo, tendo em conta que, muitas vezes, as pessoas não leem o corpo do texto antes de partilhar a notícia; e, por fim, informação descontextualizada e retirada da sua historicidade, abrangendo, portanto, não apenas informações necessariamente falsas, mas também distorções ou partes de verdade¹⁷, daí que o termo *fake (news)* não surja como o mais correto.

Perante o exposto, torna-se evidente que tem sido levada a cabo uma distinção entre desinformação (enquanto fenómeno mais completo, incluindo diversas formas de

¹³ Leite & Canto, 2019, p. 5.

¹⁴ Wardle & Derakshman, 2018, p. 45.

¹⁵ “A multi-dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation”, p.10.

¹⁶ A própria Comissão Europeia exclui expressamente as sátiras e paródias da sua definição.

¹⁷ Wardle & Derakshman, 2018, p. 46.

comunicação) e *fake news* (desinformação em forma de notícia jornalística). No entanto, o termo *fake news* tem sido utilizado de maneira abrangente, de forma a esbarrar no significado de desinformação.

Neste sentido, um documento de trabalho do CCI de 2018 que analisa várias noções de desinformação e notícias falsas acaba por estabelecer uma distinção entre estes conceitos, ao concluir que há duas definições principais para “notícias falsas”: 1) uma definição mais limitada, que abrange apenas informações falsas comprovadamente falsas (que podem ser detetadas por meio de verificação de factos e permitem a identificação de sua fonte), referindo-se, portanto, ao conceito de *fake news*; e 2) outra definição mais abrangente, que inclui “tentativas deliberadas de desinformação e distorção de notícias, o uso de versões filtradas para promover ideologias, confundir, semear descontentamento e criar polarização”¹⁸, com o intuito de prejudicar ou apenas por finalidades financeiras, relativo à desinformação.

Por sua vez, em 2018, a UE uniu um grupo de especialistas de alto nível em *fake news* e desinformação¹⁹ para propor iniciativas de combate a estes fenómenos online.

Segundo as conclusões do grupo, a desinformação é um fenómeno que vai além das discussões sobre *fake news*, sendo definida como “informação comprovadamente falsa ou enganadora que é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente, podendo prejudicar o interesse público”, sendo que o prejuízo público em causa pode consistir em ameaças contra processos democráticos ou outros bens públicos, como a saúde e a segurança dos cidadãos.

A CE parece ter optado por este último conceito e, até recentemente, manteve-se fiel a ele, evitando o uso do termo *fake news*²⁰.

Ao referir-se a informações comprovadamente falsas, a CE inclui, então, informações enganosas, alinhando-as com a definição mais ampla identificada no relatório do CCI. Como tal, resulta que, para que o conteúdo comprovadamente falso ou enganoso seja considerado desinformação, é necessária a verificação cumulativa de 3 requisitos: 1) a criação e divulgação tem de ser intencional; 2) o resultado pretendido com essa criação e divulgação tem de consistir num ganho económico ou na pretensão de enganar o público; 3) a sua disseminação é suscetível de causar prejuízo público.

James Pamment, no primeiro de uma série de relatórios encomendados pelo Serviço Europeu de Ação Externa, critica a maneira pela qual se englobaram diferentes situações, intenções, métodos e agentes numa única definição de desinformação, distinguindo, antes, quatro conceitos distintos em oposição a essa única definição,

¹⁸ Martens, et al., p. 10.

¹⁹ “A multi-dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation (...)”.

²⁰ Comunicação da CE – “Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia”, p. 4.

considerando que esta diferenciação entre conceitos é mais adequada para abordar questões de direitos fundamentais, contribuindo assim para uma abordagem mais personalizada e adequada para as questões específicas que cada noção carrega.

O autor introduz, então, dois conceitos adicionais: *operações de influência*, definidas como “esforços coordenados para influenciar um público-alvo usando uma variedade de meios ilegítimos e enganosos, em apoio aos objetivos de um adversário”, e *interferência estrangeira*, entendida como “esforços coercitivos, enganosos e/ou não transparentes por parte de ator estatal estrangeiro ou seus agentes para perturbar a livre formação e expressão da vontade política, durante as eleições, por exemplo”²¹.

Na sua Comunicação sobre o Plano de Ação para a Democracia, a CE adotou uma nova terminologia que é coerente com a de James Pamment, distinguindo os conceitos de igual forma, reconhecendo que ameaças requerem diferentes classificações e abordagens distintas, mas mantendo a referência à desinformação num sentido geral.

Posto isto, não obstante se entender ser importante a distinção entre as diferentes situações, de forma a dar uma resposta adequada a cada uma delas, para efeitos do presente trabalho, o fenómeno será designado de desinformação, quando referido de forma geral, entendido como abrangente de todas as formas de comunicação já referidas, excetuando-se as sátiras e as paródias.

Por outro lado, o foco estará na produção e difusão de informação comprovadamente falsa (excluindo, portanto, a informação incorreta partilhada sem conhecimento e consciência da mesma), com intuítos determinados, seja com finalidades políticas, sociais ou culturais, configurando uma prática construída deliberadamente com a finalidade de causar prejuízo público.

Dessarte, conforme mencionado anteriormente, a difusão de material falso ou enganoso com o intuito de causar dano não é, em si, uma novidade. O que faz dela agora um processo de preocupações internacionais é a sua manifestação atual. E essa forma contemporânea está diretamente entrelaçada com as condições de sua circulação na sociedade, fundamentalmente no ambiente online e, especialmente, por meio das plataformas digitais²².

2. A liberdade de expressão e a desinformação

Uma das preocupações que surgem associadas ao combate à desinformação é o perigo que este pode representar para a liberdade de expressão, que é muitas vezes invocada para legitimar as notícias, comentários e outras formas de comunicação frequentemente utilizadas neste âmbito.

²¹ Pamment, 2020, p. 16.

²² Valente, 2018, p. 4.

Dada a sua relevância, o direito à liberdade de expressão encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, documento que norteia a garantia de direitos e liberdades fundamentais para todos, previsto no seu artigo 19.^o.

No âmbito europeu, a CEDH inclui, entre os diversos direitos e liberdades reconhecidos, a liberdade de expressão e de imprensa.

A liberdade de expressão abrange as liberdades de opinião, e (de procurar) de receber e de transmitir informações ou ideais, incompatíveis com a “ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras” (n.º 1 do art. 10.º da CEDH), o que implica o direito de não ser inquietado pelas opiniões e procurar, receber e expressar informações e ideias de toda a espécie e por qualquer meio de expressão, tais como protestos e manifestações, livros e obras de arte, bem como através da internet e redes sociais, sem prejuízo de o seu exercício comportar deveres e responsabilidades especiais, sujeitando-se, por isso, a restrições, desde que gerais e abstratas e (comprovadamente) necessárias.

Em Portugal, a liberdade de expressão também é considerada um direito fundamental, como garantia básica para a dignidade humana individual e para o funcionamento de um Estado democrático e pluralista, estando consagrado na CRP o direito à liberdade de expressão e informação, no seu art. 37.^o.

Neste artigo estão reconhecidos dois direitos que, embora concorrentes, não se confundem: 1) o direito de expressão do pensamento e 2) o direito de informação. Distinguem-se na medida em que o primeiro se relaciona com a expressão de ideias ou opiniões (englobando opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto, quer seja político, económico ou sociológico) e o segundo tem a ver com a recolha e transmissão de informações²³. Estão, no entanto, intimamente ligados, uma vez que o exercício pleno do primeiro pressupõe a capacidade de formar opiniões, construir ideias e convicções.

O direito de expressão, em termos gerais, significa que, na sua vertente negativa, cada um deve ser livre de se expressar e divulgar, sem censura, os seus pontos de vista nos mais variados assuntos, assegurando a pluralidade de ideologias e vertentes políticas, desde que não colidam com outros direitos nem com a própria Constituição (proíbe-se, por exemplo, a formação de partidos fascistas) e, na sua dimensão positiva, uma pretensão de acessão aos meios de expressão.

O direito de informação integra 3 níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste na liberdade de transmitir informações a outrem, incluindo o direito a meios para informar. O segundo corresponde

²³ Canotilho & Moreira, 2014, p. 572.

à liberdade de recolha de informação e procura de fontes de informação. Por fim, o último consiste no direito de ser objetiva, verdadeira e adequadamente informado, desde logo pelos meios de comunicação e pelos poderes públicos.

Como corolário da liberdade de expressão e da liberdade de informação, surge a proibição de censura, prevista no n.º 3, que abrange quer a censura prévia à expressão ou informação originária, quer a censura posterior, que se traduz no impedimento da sua divulgação ou difusão²⁴, excluindo, igualmente, o chamado “delito de opinião”.

Não obstante, tal não significa que não existam limites ao exercício deste direito, podendo identificar-se limites que surgem da necessidade da sua harmonização com os demais direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente limites por restrições legislativas e limites emergentes de colisão de direitos, que vão desde a incriminação da violação de certos bens jurídicos, como os tipos de crime contra a honra – a injúria, a difamação e a calúnia (arts. 180.º, 181.º e 183.º CP) –, de instigação pública a um crime (art. 297.º CP)²⁵ e a violação do segredo de justiça (art.371.º CP), a crimes de discriminação racial, religiosa ou sexual, que consistem em desenvolver atividades de propaganda que incitem ou encorajem a discriminação.

Por outro lado, o n.º 4 do art.37.º prevê o direito de resposta e de retificação como instrumento de defesa dos sujeitos afetados por um certo facto ou opinião de carácter ofensivo, prejudicial ou inverídico e inexato, permitindo o direito ao contraditório, para salvaguardar a defesa dos direitos de personalidade e “funcionar como garante do pluralismo de ideias e da descoberta da verdade, facultando ao público o acesso a pontos de vista diferentes ou contraditórios”²⁶.

Assim, uma coisa é a censura, totalmente inadmissível, outra é a responsabilização daqueles que extrapolam os limites permitidos e lesam o direito de outras pessoas. Aquele que exercer abusivamente esta liberdade sujeita-se a responder civil e criminalmente, pois esse abuso fere outros direitos fundamentais que também merecem tutela.

Uma das formas mais relevantes da liberdade de expressão é a exercida, designadamente, pelos jornalistas, através da imprensa e outros meios de comunicação social ou de informação (*media*), para difundir quer informações, quer opiniões, sobretudo quando tiverem por objeto assuntos de interesse geral, caso em que o direito de informar, entendido em sentido amplíssimo, apenas obriga o autor da informação a agir de boa-fé, com base em factos exatos²⁷.

²⁴ Idem, p. 574.

²⁵ Bravo, 2019, pp. 24 e ss.

²⁶ Idem, p. 17.

²⁷ Albuquerque, 2015, p. 1671.

Assim sendo, o art. 38.º consagra o direito à liberdade de imprensa e meios de comunicação social e, na verdade, não há como falar em democracia e liberdade de expressão sem abordar a liberdade de imprensa – uma não existe sem a outra, consubstanciando esta uma garantia constitucional da livre formação da opinião pública e pluralidade de ideias num Estado constitucional democrático²⁸.

A liberdade de imprensa, integrando a faculdade de livre expressão e divulgação, abrange, assim, todos os meios de comunicação social, incluindo não só os *media* tradicionais, mas também a Internet e todos os tipos de plataformas mediáticas emergentes, implicando o direito de informação, sem impedimentos, discriminações ou limitações por qualquer tipo de censura.

Numa democracia, a imprensa exerce, especialmente, a função de informar, conectar o público a orientações de especialistas, acompanhar tendências e trabalhar pela transparência das instituições, monitorando atividades dos servidores e entidades públicas ao desempenhar uma função sociopedagógica de escrutínio dos poderes públicos.

Esta função da imprensa, de informar e debater com rigor e de modo criterioso, contribui tanto para a prevenção como para a correção de situações irregulares ou cometidas abusivamente ou com desvio de poder, sendo certo, no entanto, que os meios de comunicação social tendem, eles próprios, a refletir a opinião pública ou as opiniões públicas prevaletentes, no espaço mediático e fora dele²⁹.

Assim sendo, a imprensa – na qual se incluem, de forma mais ampla, os novos meios de informação resultantes do progresso das tecnologias de comunicação e informação, nos quais se destacam as redes sociais – é, atualmente, um dos instrumentos mais eficazes da concretização da liberdade de expressão, falando-se a esse propósito ainda em liberdade de “imprensa”, mas entendida num sentido muito amplo, ou seja, como liberdade dos meios de informação de massas ou de comunicação social³⁰.

Nos tempos que correm, esta liberdade dos meios de comunicação social revela-se como essencial para a manutenção dos regimes democráticos, uma vez que “as pessoas individualmente consideradas não conseguem obter, por si, a informação necessária para a tomada de decisões suficientemente informadas sobre grande parte das questões públicas, pelo que esperam e também dependem dos meios de comunicação social para que lhes facultem esses elementos, tendo em vista o apuramento da verdade dos factos relevantes e a promoção do debate e da troca de opiniões para a escolha das melhores

²⁸ Canotilho & Moreira, 2014, p. 581.

²⁹ Albuquerque, 2019, p. 1683.

³⁰ Idem, p. 1682.

soluções para os problemas”³¹, assumindo a função de instruir o público e, em simultâneo, escrutinar a governação e outras entidades públicas.

É através desta liberdade que as pessoas podem conhecer, acompanhar e controlar o funcionamento das autoridades públicas e outros agentes ou sujeitos preponderantes e os atos por todos praticados, dando a conhecê-los ao público, que, de outra forma, dificilmente teria acesso, possibilitando o debate público quanto à respetiva adequação ou não, em defesa dos direitos e interesse público.

Tal implica o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais dos jornalistas, tais como a liberdade de expressão e de criação, do direito de acesso às fontes, de sigilo profissional, da garantia de independência e da cláusula de consciência e o direito de participação na orientação do respetivo órgão de informação (arts. 1.º, al. a) e 22.º da Lei n.º 2/99, de 13/1).

No entanto, como referido, este direito de informar impõe o dever de informar com verdade e objetividade, para exercer a função de serviço público que lhes compete, respeitando o seu código deontológico.

O TEDH tem salientado a este propósito que a imprensa desempenha um papel proeminente numa sociedade democrática, estando sujeita à condição de agir de boa-fé, com base em factos exatos, e a fornecer informações “confiáveis” e “precisas” em conformidade com a ética jornalística, cujo controlo se torna cada vez mais importante³².

O regime constitucional dos órgãos públicos de comunicação social estabelece, assim, duas exigências estruturais. Desde logo, exige a sua independência e autonomia perante toda e qualquer autoridade pública. O segundo princípio fundamental é o do pluralismo ideológico, impondo-se que cada órgão de comunicação apresente uma programação ou conteúdo ideologicamente diversificado e expresso das diversas correntes de opinião, de forma proporcional e equilibrada, não favorecendo determinadas ideologias em detrimento de outras, de forma a transmitir aos cidadãos informação suficiente e adequada, para garantir o pensamento livre e plural³³.

A liberdade de informação, como direito, liberdade e garantia constitucional que é, só pode ser restringida se for necessário salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Alguns dos direitos e interesses que podem prevalecer sobre a liberdade de informação são o direito à reserva da vida privada, a livre formação da personalidade de crianças e adolescentes, o segredo de Estado, o segredo de justiça e o sigilo profissional.

³¹ Idem, p. 1683.

³² Albuquerque, 2019, p. 1671.

³³ Idem, pp. 88-89.

A tensão permanente entre a liberdade de expressão, nas suas dimensões de se informar e de dar a conhecer a todos os cidadãos o que de mais relevante e com interesse para a formação de uma consciência cívica esclarecida acontece num determinado meio social, e outros direitos de personalidade (tais como a honra, privacidade, sigilo profissional) é uma realidade incontornável³⁴.

A estas dificuldades por que atravessa a liberdade de expressão “têm sido acrescentados óbices, materializados na tentativa de destrinça entre a ‘notícia falsa’ (*fake news*) e a ‘verdade’, o que leva a questionar se não se pretenderá um ‘policiamento da verdade’”³⁵.

Há, assim, uma dicotomia quanto ao exercício deste direito: uns, de um lado, apelam à tolerância e afirmam que a liberdade de expressão não deve proteger apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que chocam e ofendem, ainda que causadoras de incómodos ou até mesmo danos. Para estes, a solução passa pelo debate, confronto público e refutação de ideias e não pela censura ou o silenciamento social, sob risco de se tornar ainda mais difícil demonstrar as suas incoerências lógicas, ao remetê-los para a “clandestinidade”³⁶. Do outro lado estão aqueles que sustentam que certas manifestações de opinião devem ser consideradas intoleráveis porque violam princípios fundamentais da convivência social, como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais de outros.

Jónatas Machado, por sua vez, entende que a prolação intencional de informações falsas não deve ser tolerada na esfera de discurso público, pelo que a liberdade de expressão não protege o direito de instilar a esfera pública com informações conscientemente falsas, nem o direito de combater adversários políticos ou ideológicos, assim como as suas ideias, com factos consabidamente falsos³⁷.

Assim será porque a criação e divulgação dolosa de factos falsos não se coaduna com o exercício legítimo do direito à liberdade de expressão, uma vez que contraria os fundamentos teleológicos subjacentes à consagração e garantia efetiva da liberdade de expressão, em particular, a procura da verdade e do conhecimento, a formação de uma opinião pública livre e esclarecida, descaracterizando-se, assim, a essência do direito em causa, enquanto princípio vital para a democracia³⁸.

Defende, portanto, a consagração de meios de tutela jurídica para reagir perante uma utilização subversiva do direito à liberdade de expressão como crucial num Estado de direito democrático, comprometido com os valores da verdade e da justiça materiais.

³⁴ Neves, 2016, p. 87.

³⁵ Idem, p. 10.

³⁶ Bravo, 2019, p. 54.

³⁷ Machado & Brito, 2019, pp. 209 e ss.

³⁸ Idem.

A CEDH admite que o exercício das várias liberdades abrangidas pela liberdade de expressão, que implica deveres e responsabilidades, “pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas na lei, desde que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial (n.º 2 do art. 10.º)”³⁹, ressalvando, ainda, a possibilidade de os Estados submeterem as empresas de comunicação social a um regime de autorização prévia.

Efetivamente, a liberdade e o rigor da informação implicam responsabilidades, de modo a garantir que os autores e as empresas de conteúdos informativos e da respetiva transmissão e difusão agem dentro do interesse público, assumindo um compromisso para com o público de descoberta da verdade e difusão da mesma.

2.1. A criminalização como restrição à liberdade de expressão

O direito penal atua como *ultima ratio*, isto é, não basta que um bem jurídico penal seja violado para desencadear a ação penal e esta só será desencadeada perante a inadequação ou insuficiência de outros meios ou ramos do direito.

A criminalização de uma conduta terá, assim, de ter dignidade penal e carecer da tutela penal. A dignidade penal diz respeito a bens jurídicos fundamentais com referência constitucional, na medida em que somente estes poderão beneficiar de proteção penal, já a tutela penal se refere à conceção de que o direito penal tem uma natureza verdadeiramente subsidiária⁴⁰.

No que toca à intervenção do direito penal, terá de se ter sempre presente a proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos.

O direito à informação é o principal aspeto da liberdade de expressão afetado pelo fenómeno da desinformação e a intervenção do direito penal poderá constituir uma restrição ao mesmo.

Assim, a questão que se impõe é a de perceber se eventuais medidas tomadas no âmbito do combate à desinformação constituem, de facto, uma restrição à liberdade de expressão ou se, pelo contrário, nem está em causa nenhuma colisão com a mesma, uma vez que a forma como é exercida não se coaduna com o seu núcleo. Ou seja, não pode obrigar-se um direito a tutelar condutas que contrariam a sua essência: a procura da

³⁹ Albuquerque, 2019, p. 1674.

⁴⁰ Figueiredo Dias, 2019, pp. 146-148.

verdade e a formação de uma opinião pública e esclarecida, livre de manipulações e influências⁴¹.

No entanto, é difícil analisar os conceitos de “verdade” e “mentira” numa ótica puramente objetiva. Não podemos dizer que tudo é objetivo, sabendo, no entanto, que também nem tudo é subjetivo.

Por outro, coloca-se o problema de conciliar o princípio da legalidade com os conceitos inerentemente subjetivos de “verdade” e “mentira”.

Impõe-se ao legislador penal uma exigência de determinabilidade por razões de segurança jurídica, para que os cidadãos saibam aquilo com que podem verdadeiramente contar, estando cientes daquilo que podem fazer à luz do direito penal. Neste sentido, não deverão admitir-se leis de conteúdo ambíguo, incerto, indeterminado.

Além disso, o que importará será (des)informação com relevância suficiente para provocar danos na sociedade, nomeadamente, em contextos políticos ou de saúde.

Uma coisa é compartilhar em teorias da conspiração, como a de que a terra é plana – o que constitui uma afirmação claramente falsa, pois a ciência assim o demonstra –, outra é afirmar, por exemplo, a respeito do RSI, que “(nos) Açores (...) anda metade a viver à conta dos outros que estão a trabalhar”, sendo possível recorrer a dados estatísticos para saber que tal não é verdade⁴², com o intuito de manipular a opinião pública com factos falsos ou simplistas (ou seja, é uma informação comprovadamente falsa).

O emissor da informação que sabe ser falsa (por ser facilmente comprovada ou refutada mediante pesquisa e análise de dados) fere o direito de ser informado daquele que obtém acesso à informação veiculada. Nesse caso, se for comprovada a falta de veracidade da informação, o agente não pode alegar que está no exercício do seu direito à liberdade de expressão.

Posto isto, uma coisa é estarmos perante “factos”, apesar de nem sempre serem tão evidentes quanto isso e perceber o que é a realidade, sabendo que há maneiras de distinguir o que é falso do que é verdade, tendo os meios para alcançar a verdade, procurando informar-se, testando, analisando e discutindo informação.

Por outro lado, o direito penal, além de subsidiário, é fragmentário, na medida em que, ainda que um determinado bem ou interesse possua dignidade penal, não será criminalizável qualquer conduta que o ponha em causa, somente aquelas cuja gravidade em termos de dano social o justifique⁴³.

⁴¹ Machado & Brito, 2019, p. 210.

⁴² “Ventura sobre o RSI nos Açores: “Anda metade a viver à conta dos outros que estão a trabalhar”. Tem razão?”, <https://poligrafo.sapo.pt/fact-check/ventura-sobre-o-rsi-nos-acores-anda-metade-a-viver-a-conta-dos-outros-que-estao-a-trabalhar-tem-razao>.

⁴³ Figueiredo Dias, 2019.

A inexistência de definição concreta de desinformação ou do que é a própria verdade pode inviabilizar a intervenção do direito penal, por violar o princípio da legalidade. Caberá sempre ao legislador um rigor e clareza na definição do que poderá constituir a desinformação suficientemente danosa para legitimar a via da criminalização.

3. Iniciativas legislativas mundiais

A preocupação crescente e cada vez mais presente com esta ameaça em evolução desencadeou uma série de reações e tentativas de travar o mesmo por parte de organismos internacionais, países e até mesmo das diversas plataformas digitais existentes.

Há dois tipos de abordagens possíveis: 1) medidas não regulatórias e 2) medidas regulatórias.

Quanto às medidas não regulatórias, destacam-se as organizações voluntárias de verificação de factos (“*fact-checking*”) e o recurso à literacia mediática⁴⁴.

A verificação de factos é considerada uma solução efetiva para combater a desinformação com base na assunção de que, ao serem apresentados factos objetivos e evidências científicas por fontes credíveis e profissionais, as pessoas rejeitariam informações falsas.

No entanto, há o problema de, para além de os artigos de verificação dos factos não conseguirem alcançar tantas pessoas como as notícias falsas originais, a reiteração das afirmações originais por esses mesmos artigos pode dar-lhes crédito⁴⁵.

Assim, apesar de a sua efetividade ainda ser discutida⁴⁶, governos e organizações mediáticas têm estabelecido plataformas internacionais de verificação de factos para refutar *fake news* e promover a literacia mediática⁴⁷.

Neste sentido, pode adotar-se uma via educacional e promover a literacia mediática do público em geral.

Literacia mediática é a capacidade de aceder aos *media*, de compreender e avaliar de modo crítico os diferentes aspetos dos *media* e dos seus conteúdos e de criar comunicações em diversos contextos⁴⁸, sendo um dos pilares no combate à desinformação, funcionando como uma medida preventiva e não reativa.

⁴⁴ Hacıyakupoglu, 2018, p. 9.

⁴⁵ Fighting Fake News, Workshop Report, p. 6.

⁴⁶ Cheng et al., 2020, p. 5.

⁴⁷ Idem, p. 6.

⁴⁸ Comunicação da Comissão Europeia: “Uma abordagem europeia da literacia mediática no ambiente digital”, de 20 de dezembro de 2007, p. 3.

Medidas que promovam a literacia mediática têm como objetivo aumentar os conhecimentos das pessoas acerca das muitas formas de mensagens que encontram no seu dia-a-dia, para que possam interpretar notícias e publicações online de forma crítica, investigando a origem das mesmas e consequente credibilidade, permitindo aos consumidores a utilização eficaz e segura dos meios de comunicação, para que sejam capazes de fazer escolhas informadas e proteger-se contra “material nocivo ou atentatório”, independentemente de confirmar ou infirmar as convicções de cada um⁴⁹.

Países como o Canadá e a Itália já implementaram medidas escolares que consistem em ensinar os alunos a discernir entre informações falsas e informações credíveis⁵⁰.

3.1. Medidas regulatórias não estatais

Não obstante, neste contexto, importam, especialmente, as abordagens regulatórias, visando a criação de normas, definidas no âmbito estatal ou não, voltadas à atenuação ou eliminação dos efeitos desta ameaça, procurando influenciar os agentes envolvidos e mudar o panorama atual.

A regulação não tem de ser necessariamente do Estado, podendo combinar-se diversos instrumentos e modos de operação, pelo que existem, para além da regulação estatal, outras formas de regulação, tais como a autorregulação (realizada por agentes privados) e a corregulação (combinando privados e o Estado).

As medidas de autorregulação são, sobretudo, levadas a cabo pelas plataformas digitais e redes sociais.

A título de exemplo, o *Facebook*, em 2017, desenvolveu, com recurso à inteligência artificial, uma série de iniciativas para remover conteúdos falsos da plataforma, tais como a remoção de incentivos económicos a páginas criadoras de tais conteúdos, impedindo que estas possam comprar espaços de anúncios ao restringir os requisitos para tal; a sinalização de páginas que produzem conteúdos falsos, com a ajuda de agências de verificação de factos, juntando artigos das mesmas que refutam tais informações; e a promoção da literacia mediática, através de programas como o “*Facebook Journalism Project*”, que consiste na publicação de anúncios que alertam o público para este assunto e ajudam na identificação de notícias falsas⁵¹.

No que toca a abordagens de corregulação, o caso mais notório é o da CE.

⁴⁹Diretiva 2007/65/CE6 do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵⁰ Hacıyakupoglu, 2018, p. 9.

⁵¹ “Working to stop Misinformation and false news”.

A UE tem sido pioneira no combate à desinformação, adotando várias recomendações e propugnando pelo respeito à liberdade de expressão e a proibição de censura de discursos críticos, dissidentes, satíricos ou chocantes⁵².

Por meio de iniciativas que envolvem plataformas online e elaboração de estratégias de longo prazo que abordam várias frentes, reconheceu o problema e tentou abordá-lo, numa primeira fase, por meio da formulação de políticas não regulamentares.

O Relatório anteriormente referido⁵³ definiu uma série de recomendações estruturais, tais como a ampliação da transparência sobre a forma como a informação é produzida e difundida, uma constante atualização das respostas e métodos de atuação para acompanhar a veloz evolução do fenómeno, o fomento de um ambiente plural e diverso, através do financiamento de serviços de média privados e públicos que garantam jornalismo de qualidade, credibilidade das notícias, e a promoção de iniciativas de literacia mediática, intensificando as iniciativas de verificação de factos e o conhecimento destas pelos utilizadores⁵⁴.

Para além disso, foi formulado um código de práticas a ser adotado pelas plataformas digitais, com a formulação de planos de ação acerca de como tais diretrizes seriam implementadas, sob uma lógica corregulatória.

O Código de Conduta da UE sobre a desinformação visa implementar padrões de autorregulação, obrigando os signatários do mesmo, que se comprometem, de forma voluntária, a respeitar o Código, adotando as suas disposições, e a fornecer relatórios periódicos sobre as medidas adotadas e os progressos realizados pelos mesmos.

Este Código visa atingir os objetivos estabelecidos na Comunicação da CE⁵⁵ apresentada em abril de 2018, estabelecendo um vasto leque de compromissos, que vão desde a transparência na publicidade política ao encerramento de contas falsas e criadoras de conteúdo falso, à desmonetização de fornecedores de desinformação⁵⁶.

3.2. Medidas regulatórias estatais

No âmbito da regulação estatal, já vários países adotaram medidas legislativas contra a desinformação.

Na Europa, cabe referir as iniciativas legislativas da França e da Grécia, pioneiras no combate à desinformação.

⁵² Comunicação da Comissão Europeia – “Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia”, p. 9.

⁵³ “A multi-dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation (...)”.

⁵⁴ Idem, pp. 19-21.

⁵⁵ Comunicação da Comissão Europeia – “Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia”.

⁵⁶ Código de Conduta da UE sobre Desinformação.

3.2.1. França

A França foi o primeiro país europeu a atuar contra este fenómeno.

A Lei n.º 2018-1202, de 22 de dezembro de 2010, criminaliza as *fake news*, que são definidas como “alegações ou imputações inexatas ou notícias que falsamente reportam factos com o intuito de mudar a veracidade de um escrutínio”, excluindo opiniões e comentários satíricos ou humorísticos.

A lei permite, entre outros pontos, que os juízes ordenem a remoção imediata de artigos online que considerem desinformação, sendo que esta prerrogativa e as restantes disposições se circunscrevem ao período eleitoral.

Por outro lado, exige a redes sociais como o Facebook, o Google e o Twitter que deem informação detalhada sobre o financiamento de anúncios, nomeadamente a identidade dos anunciantes que os pagaram e o montante dessa remuneração, devendo fornecer, ainda, informação transparente e clara sobre o uso dos dados dos utilizadores (art. 1).

Por fim, confere ao Conselho Superior de Audiovisual o poder de suspender, em França, canais de televisão controlados ou influenciados por potências estrangeiras que divulguem deliberadamente notícias falsas (art. 5), prevendo, como sanções para a violação desta lei, penas de multa até 75000€ e pena de prisão de até 1 ano.

Esta lei tem sido alvo de críticas, em particular, por se afirmar que põe em causa a liberdade de expressão, podendo transformar-se numa eventual censura.

No entanto, o Conselho de Estado considerou que estas disposições, no seu conjunto, estão sujeitas a um quadro que assegura a conciliação entre, por um lado, a salvaguarda da ordem pública e, por outro lado, a liberdade de expressão garantida constitucionalmente.

Refere-se, ainda, que as medidas mais criticadas só podem ser implementadas por um período limitado ao período eleitoral e são implementadas quer pelo juiz judicial quer por uma autoridade administrativa independente, cujas decisões são passíveis de recurso para o tribunal administrativo. Deste modo, estas disposições “não parecem ser intrinsecamente contrárias à Constituição, ao direito comunitário ou à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”⁵⁷.

3.2.2. Grécia

Já na Grécia, o Parlamento adotou, a 11 de novembro de 2021, uma disposição do CP que torna crime a divulgação pública, ou através da Internet, de “notícias falsas” que

⁵⁷ Assemblée Nationale, n.º 990, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/l15bo990_rapport-fond#_ftn15.

sejam “capazes de causar preocupação ou medo ao público ou minar a confiança do público na economia nacional, na capacidade de defesa do país ou na saúde pública”, sendo punível com pena de multa e pena de prisão até 5 anos, responsabilizando, inclusive, o editor ou proprietário do meio de comunicação responsável.

Com a entrada em vigor desta lei, foram levantadas preocupações relacionadas com a liberdade de expressão e com o risco de que esta seja utilizada para punir jornalistas ou qualquer pessoa que critique ou questione as políticas governamentais, tendo o país caído 5 posições no Índice Mundial de Liberdade de Imprensa, ficando nos três últimos lugares entre os países da UE⁵⁸.

Este art. 191.^o substitui uma disposição introduzida em 2019 que estabelece sanções penais para “quem, publicamente ou através da Internet, divulgar ou disseminar notícias falsas de qualquer forma, causando medo a um número indefinido de pessoas ou a um determinado círculo ou categoria de pessoas que sejam, assim, obrigados a realizar atos imprevistos ou a cancelá-los, sob pena de causar danos à economia, turismo ou capacidade de defesa do país ou perturbar suas relações internacionais”⁵⁹, punível com pena de prisão até 3 anos ou multa.

3.2.3. Malásia

A nível internacional, a Malásia foi pioneira na aprovação de uma lei que criminaliza as *fake news*, definidas como “notícias, informações ou dados e reportagens no todo ou em parte falsos”, estabelecendo como penas a pena de multa ou uma pena de prisão até 6 anos, para quem, conscientemente, publicar, partilhar, divulgar ou financiar notícias falsas⁶⁰, permitindo que a pessoa afetada pelas “notícias falsas” solicite um mandado para a remoção do conteúdo⁶¹.

Desde a promulgação desta lei, os defensores dos direitos humanos têm criticado a lei por minar a liberdade de expressão. Os defensores do discurso democrático livre e aberto apontam que a lei está aberta a abusos para silenciar a dissidência e a oposição ao partido governante da Malásia durante quaisquer eleições⁶².

Há uma série de preocupações que foram levantadas em relação ao impacto desta lei sobre a liberdade de expressão e direitos associados.

⁵⁸ “Greece: Alleged ‘fake news’ made a crime”, <https://www.hrw.org/news/2021/11/17/greece-alleged-fake-news-made-crime>.

⁵⁹ Art. 191.^o, Lei n.^o 4619/2019, <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/n-4619-2019/arthro-191-poinikos-kodikas-nomos-4619-2019-diaspora>, traduzido por nós.

⁶⁰ “Malaysia: Anti-Fake News Act comes into force”, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-04-19/malaysia-anti-fake-news-act-comes-into-force/>.

⁶¹ Chima & Singh.

⁶² “Malaysia’s elections and the Anti-Fake News Act”, <https://thediplomat.com/2018/04/malaysias-elections-and-the-anti-fake-news-act/>.

A principal preocupação é a definição ampla e vaga de “notícias falsas”, sem uma definição ou padrões claros para defini-la, expondo a lei a abusos por parte do governo para suprimir a dissidência.

A aplicação extraterritorial da lei também é questionável, uma vez que esta vale para qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou origem, se a suposta “notícia falsa” visar o país em si ou de um cidadão malaio, ainda que o facto seja praticado fora do país. Esta cláusula pode desencadear disputas com outros governos, considerando que não só os países sem acordos de extradição com a Malásia podem não querer cooperar, como alguns Estados podem definir “notícias falsas” de forma diferente, enquanto outros podem defender os seus cidadãos contra alegações feitas pelo governo da Malásia⁶³.

Em abril de 2018, a primeira pessoa a ser acusada e julgada segundo esta lei foi um cidadão dinamarquês por “críticas imprecisas à polícia”, ao publicar um vídeo no YouTube acusando as autoridades policiais malaias de levar 50 minutos a responder a um tiroteio, sendo que estas alegaram que demoraram somente 8 minutos. Foi condenado ao pagamento de 10,000 ringgit (2.096,74€), mas optou por passar um mês na prisão por não conseguir pagar⁶⁴.

3.2.4. Singapura

No mesmo sentido, em Singapura foi aprovada uma lei em 2019 criminalizando a disseminação de ‘declarações falsas’, considerando que “uma declaração é falsa se for, de facto, falsa, ou apenas enganosa, seja no todo ou em parte, e por si só ou no contexto em que aparece”, exigindo-se, também, que seja suscetível de causar um prejuízo público⁶⁵.

A Lei permite a ministros exigirem às plataformas digitais que determinada informação seja retirada da internet, sob pena de multas que podem atingir o equivalente a 700.000€ em caso de incumprimento. Caso alguém seja considerado culpado de espalhar deliberadamente notícias falsas, as penas podem ir de multa a penas de prisão até 5 anos, podendo ser o dobro em caso de publicação por conta não autêntica ou *bot*⁶⁶.

⁶³ Idem.

⁶⁴ “Danish national first to be convicted under Malaysia’s fake news law”, <https://web.archive.org/web/20180728111224/https://www.reuters.com/article/us-malaysia-palestinian-fakenews/danish-national-first-to-be-convicted-under-malaysias-fake-news-law-idUSKBN1I0I9>.

⁶⁵ Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act, junho de 2019, <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019>.

⁶⁶ Nos termos da Lei em questão, *bot* é um programa de computador feito ou alterado para realizar tarefas automáticas.

3.2.5. Estados Unidos da América

Nos EUA, ainda não há legislação específica respeitante à desinformação no sentido restrito descrito, isto é, enquanto forma de notícia, abrangendo, portanto, de forma específica, as designadas *fake news*.

Não obstante, conforme explicado, a desinformação abrange diferentes formas, sendo uma delas os vídeos *deepfakes*, tendo sido aprovada, no Texas, uma lei que os criminaliza.

O projeto de lei n.º 751 (SB751) altera o Código Eleitoral do Estado ao criminalizar vídeos *deepfake* criados “com a intenção ofender um candidato ou influenciar o resultado de uma eleição” e “publicados e distribuídos nos 30 dias anteriores a uma eleição”⁶⁷, definindo como tais, para este efeito, os vídeos criados com a intenção de enganar, ao representar de forma realista uma determinada pessoa (real) a fazer ou dizer algo que não aconteceu na realidade, e prevendo como punição uma pena de multa até 4.000\$ ou pena de prisão até um ano.

Esta tecnologia é caracterizada pelo uso da Inteligência Artificial, ao substituir a imagem de outra pessoa (geralmente) numa outra imagem já existente, fixa ou em movimento, de forma cada vez mais indetetável e convincente⁶⁸.

O termo surgiu em 2017, quando um utilizador do site *Reddit*, com o nome *deep fakes*, começou a partilhar vídeos pornográficos falsos (e não consensuais) com caras de celebridades, tendo, então, sido banido por isso.

Estes métodos de criação de imagem e vídeo não são novidade, sobretudo, no mundo do cinema⁶⁹; o problema reside na facilidade com que são produzidos hoje em dia e na motivação com que assim o são, ultrapassando o seu objetivo inicial de entretenimento.

Estes vídeos podem ser produzidos com propósitos prejudiciais, ao criar conteúdos não consensuais de imagens realistas, tais como enganar propositadamente, desonrar indivíduos, incluindo-se, aqui, a criação da comumente designada pornografia de vingança.

Os danos causados pelos *deepfakes* podem ser diversos, variando no contexto e na pessoa em causa e na própria qualidade de produção, estando mais sujeitos a produzir tais danos quanto mais realistas forem, incluindo-se, aqui, a disseminação de desinformação pessoal entre o público, a criação de boatos fraudulentos, emergências médicas, ameaças e incitamento de violência, insegurança civil, interferência no mercado

⁶⁷ Secção 255.004, <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/EL/htm/EL.255.htm#255.005>, traduzido por nós.

⁶⁸ Kirchengast, 2000, p. 309.

⁶⁹ Idem, p. 308.

e manipulação política e engano dos eleitores⁷⁰, correspondendo, portanto, aos danos associados à desinformação em sentido lato.

É neste âmbito, de uso errado desta tecnologia, que urge a necessidade de regulamentação da mesma, especialmente, quando é suscetível de contribuir para a proliferação da desinformação⁷¹.

4. O enquadramento legal em Portugal

Atualmente, não há no enquadramento legal português nenhuma norma que preveja especificamente o tipo de atuação que a desinformação pode suscitar ou abarcar, nem tão pouco a respetiva sanção.

No que toca à atividade da comunicação social, existe a ERC, entidade dotada de autonomia administrativa e financeira, a quem cabe exercer poderes de regulação e de supervisão.

Quanto a esta intervenção, subsistem algumas dificuldades no domínio da internet, uma vez que, por um lado, o artigo que define o âmbito subjetivo de intervenção não abrange de forma clara e inequívoca o ambiente digital em que, com cada vez mais frequência, se produz conteúdos que, assemelhando-se a conteúdos disponibilizados por órgãos de comunicação social, não o são e cujas finalidades não são claras, podendo mesmo ser ilícitas e, por outro, ainda que se diga que as disposições constantes nos diplomas sectoriais aplicáveis aos meios clássicos de comunicação social são passíveis de aplicação analógica aos órgãos de comunicação digitais, subsiste a reserva de que o regulador poderá carecer dos meios adequados para uma intervenção célere na defesa do cidadão, sobretudo no que respeita aos seus poderes sancionatórios, que dependem de previsão expressa⁷². Trata-se, portanto, de diplomas cuja aplicabilidade pressupõe que esteja em causa um órgão de comunicação social, o que nem sempre será o caso em situações de desinformação.

Outro problema que se coloca é o de saber se deve competir a um regulador da comunicação social a supervisão de tais serviços, uma vez que, como referido, estão em causa “conteúdos que não provêm de um órgão de comunicação social, mas antes de sítios que, sem o serem, se assemelham a órgãos de comunicação social, de redes sociais, de aplicações de comunicação para difusão de mensagens, entre outros”⁷³.

⁷⁰ Idem, p. 312.

⁷¹ Reilly & Kovach, 2018.

⁷² ERC. “Desinformação – contexto europeu e nacional”, 2019, p. 31.

⁷³ Idem, p. 32.

4.1. A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

Neste quadro, surge o Projeto de Lei n.º 473/XIV, que, posteriormente, dá origem à Lei n.º 7/2021, intitulada de Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (doravante designada de “Carta”), aprovada na AR e publicada a 17 de maio de 2021.

A Carta visa elencar um conjunto de princípios que consagram e tutelam os direitos, liberdades e garantias no ambiente digital, nos quais se destaca a inclusão digital através do direito ao acesso à internet e às tecnologias digitais, bem como a proteção individual contra os riscos inerentes à utilização das mesmas, em especial, a desinformação.

Neste sentido, dos direitos consagrados, destaca-se o direito à proteção contra a desinformação, previsto no art. 6.º, considerando-se desinformação “toda a narrativa comprovadamente falsa ou enganadora criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público, e que seja suscetível de causar um prejuízo público, nomeadamente ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas e a bens públicos”, adotando a definição original alcançada pela Comunicação de 2018 sobre “Combater a desinformação: uma abordagem europeia”, seguindo de perto a sua redação, excluindo, de igual forma, meros erros na comunicação de informações, bem como as sátiras ou paródias.

O artigo prevê, ainda, apoio do Estado à “criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados” e “incentiva a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública”.

Este artigo em particular esteve no centro de intenso debate público, com críticas centradas não na definição de desinformação, mas sim na disposição que incentiva a criação de entidades, dotadas com *status* de utilidade pública, que atribuem selos de qualidade aos veículos de comunicação. Considerando que cabe ao Poder Público atribuir o *status* de utilidade pública, as preocupações centraram-se no risco de uma eventual propriedade do Estado sobre a verdade⁷⁴, sobretudo, se se atender ao facto de não terem sido expressamente excluídos do conceito as notícias e comentários claramente identificados como partidários, ao contrário do que sucede na Comunicação que serviu de base à Carta.

Por outro lado, surgiram acusações de se tratar de uma tentativa de censura, podendo levar, de facto, a uma restrição da liberdade de expressão, uma vez que se quer

⁷⁴ “IL quer acabar com a “censura” em artigos da carta de direitos da era digital”, <https://www.publico.pt/2021/05/31/politica/noticia/il-quer-acabar-censura-artigos-carta-direitos-digital-1964803>.

discriminar o que é fidedigno do que não é, numa espécie de juiz do que é informação ou não⁷⁵.

O Presidente da República Portuguesa, face às preocupações levantadas e ao potencial impacto nos direitos fundamentais, requereu ao TC a revisão da constitucionalidade da norma.

O pedido⁷⁶ evidencia a preocupação com a imprecisão dos conceitos utilizados para definir a desinformação, nomeadamente com a expressão “narrativa comprovadamente falsa ou enganosa”, questionando, também, a inconstitucionalidade da disposição que prevê a criação de estruturas de verificação de factos, uma vez que, dado os conceitos indeterminados já referidos, o âmbito de atuação também seria desconhecido.

A revisão está ainda pendente no TC e poderá constituir uma das primeiras provas de resistência ao conceito de desinformação da UE, que serviu de base à Carta.

Além disso, nos vários Pareceres sobre o Projeto, surgem outras críticas de um ponto de vista geral da Carta, associadas a questões materiais da mesma.

Evidencia-se, desde logo, o facto de a Carta se limitar a descrever direitos fundamentais já consagrados, embora adaptando o texto ao contexto das redes de comunicações, mas de forma, muitas das vezes, ainda mais restritiva⁷⁷, pondo em causa a segurança jurídica ao instituir direitos apelidados de “fundamentais” fora do quadro constitucional, ao mesmo tempo que parece atribuir um alcance e sentido diferente no ambiente digital a um conjunto de princípios constitucionalmente consagrados, “absolutizando” tais direitos no quadro digital⁷⁸, tal como, a título de exemplo, o direito a ser esquecido (art. 12.º).

Outra das preocupações levantadas relaciona-se com a atribuição à ERC de competências sobre matérias que estão fora da sua especialidade, através de uma errada equiparação entre toda e qualquer “narrativa” online à atividade jornalística, contradizendo todas as normas e princípios em vigor sobre a especificidade do setor da comunicação social ao aplicar regras exclusivas a esta atividade, como são os direitos de resposta e retificação, o que poderá conduzir a um esvaziamento da especialidade legal do setor⁷⁹.

Ainda neste âmbito, levanta-se a questão da dificuldade de compatibilização com os instrumentos legais a que a ERC se encontra subordinada, uma vez que as entidades sujeitas a supervisão e intervenção da ERC se encontram taxativamente elencadas no art. 6.º da Lei n.º 53/2005, pelo que a sua atuação sobre pessoas singulares ou coletivas que

⁷⁵ “Críticas aumentam de tom à volta da Carta dos Direitos Digitais”, <http://www.clubedeimprensa.pt/Artigo/6075>.

⁷⁶ <https://www.presidencia.pt/media/ugdlaui2f/requerimento-tc-sucessiva-carta-direitos-era-digital.pdf>.

⁷⁷ Parecer – Conselho Superior do MP, pp. 5-6.

⁷⁸ Parecer – Sociedade Portuguesa de Autores, pp. 2-4.

⁷⁹ Parecer – Associação Nacional de Imprensa, p. 1.

não se enquadrem no referido preceito incorre no risco de violar o princípio da legalidade a que está vinculada⁸⁰.

Por outro lado, é invocado que a atribuição de selos de qualidade, além de se aplicar a conteúdos que já são protegidos por códigos de conduta e autorregulação⁸¹, pode dar azo a discriminação indevida, uma vez que, dada a existência atual de inúmeros *sites online*, não é plausível a existência de capacidade para proceder de forma célere à respetiva avaliação e atribuição, prejudicando sites que ainda não têm o dito selo, mas por ainda não o terem recebido e não por não o merecerem⁸².

De um ponto de vista formal, alerta-se para a importância da utilização de uma terminologia comum e que se mantenha homogênea, de modo a garantir a segurança e certeza jurídica, quer de interpretação, quer de aplicação da lei⁸³.

Ao longo do Projeto (e da própria Carta), são utilizados conceitos abstratos e indefinidos, sem clarificação do âmbito de aplicação do diploma, os seus destinatários, definição clara do nível de proteção que se pretende conferir, consagrando-se mesmo restrições e limitações para as quais não se preveem consequências ou sanções, nem tão pouco as entidades responsáveis pela sua fiscalização, salvo exceções de questionável correspondência com as leis orgânicas das instituições a que se destinam⁸⁴.

4.2. O Código Penal

No âmbito penal, a desinformação pode constituir a violação de uma norma incriminadora.

O CP prevê a punição de crimes contra a honra e bom nome das pessoas, bem como crimes contra a segurança do Estado e realização do Estado de Direito, limitando, assim, a liberdade de expressão quando estão em causa situações suscetíveis de pôr em causa o respeito por outros direitos fundamentais, incluindo a própria democracia constitucionalmente consagrada.

Nos crimes contra a honra, neste âmbito importa, especialmente, a difamação, prevista no art. 180.º CP, que implica a violação do bem jurídico da honra e consideração de forma indireta: o autor dirige-se a terceiro, imputando, a outra pessoa, factos ou juízos desonrosos, sendo agravado nas circunstâncias referidas no art. 183.º.

A honra é considerada através de um conceito dualístico, protegendo-se a chamada honra externa, que abrange o bom nome e a reputação de que uma pessoa goza no seio

⁸⁰ Parecer – ERC, p. 8.

⁸¹ Idem.

⁸² Parecer – Associação Nacional de Comunicações, p. 9.

⁸³ Parecer – ERC, p. 2.

⁸⁴ Idem, p. 3.

da comunidade; e a honra subjetiva, que se reporta à dignidade inerente a qualquer pessoa independentemente do seu estatuto social⁸⁵.

A ofensa pode consistir na imputação de facto ou na formulação de juízo de valor, podendo surgir dificuldades na distinção entre um e outro, sendo a liberdade mais ampla no segundo e, quando se trata de uma afirmação de facto, não se exige como elemento típico que esta seja verdadeira ou falsa, sendo, contudo, necessário “o conhecimento da falsidade da imputação, que constitui calúnia ou impede a prova da verdade”⁸⁶.

No âmbito da comunicação social, no qual muitas vezes se confundem artigos de opinião com notícias, consideram-se crimes de abuso de liberdade de imprensa “os atos ou comportamentos lesivos de interesse jurídico penalmente protegido que se consomem pela publicação de textos ou imagens através da imprensa, sendo-lhes aplicável a legislação penal comum (art. 30.º/1 e 2, da Lei da Imprensa)”⁸⁷, podendo tal conduta não ser punível quando esta vise prosseguir interesses públicos e, cumulativamente, se prove verdadeira ou houver fundamento sério para, em boa fé, a reputar como verdadeira.

O que aqui releva não é a verdade absoluta de um determinado facto, mas sim que a imprensa, no exercício da sua função pública, não divulgue imputações conscientemente inexatas e lesivas da honra das pessoas.

Assim, quando a desinformação representar uma ameaça, difamação ou provocação de atos de violência contra pessoa ou grupos de pessoas em razão da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género ou constituir uma instigação ou apologia pública de um crime, tal conduta está prevista e punida nos tipos legais correspondentes, apesar de haver sempre a hipótese de os elementos do tipo do crime não abrangerem necessariamente o que se considera como desinformação.

Por outra via, nas situações em que há uma aparência de órgão de comunicação social e os seus produtores fazem passar a imagem para o público em geral de serem jornalistas, poderá estar em causa o crime de usurpação de funções, expressamente consagrado no art. 358.º, alínea b), do CP, cujo preceito visa proteger a autoridade do Estado e dos seus funcionários, como fundamento do exercício efetivo de atos de soberania, sendo o bem jurídico protegido a integridade ou intangibilidade do sistema oficial de provimento em funções públicas ou profissões de especial interesse⁸⁸, podendo

⁸⁵ Figueiredo Dias, 2000, p. 603.

⁸⁶ Garcia & Rio, 2018, p. 851.

⁸⁷ *Idem*, p. 856.

⁸⁸ *Idem*, p. 1372.

esta ser suscetível de conduzir à responsabilização dos produtores de conteúdos de informação, nas circunstâncias descritas⁸⁹.

Sem regulação específica, há situações de desinformação suscetíveis de integrar tipos legais de crime já existentes e anteriormente referidos.

O problema surge quando o tipo ou conteúdo de desinformação não é enquadrável na legislação vigente.

Posto isto, impõe-se, em primeiro lugar, a consagração legal do conceito de desinformação e, posteriormente, as respetivas consequências sancionatórias da sua prática.

Neste sentido, os apelos à regulação por meio da criminalização requerem ponderação quanto à teoria específica da criminalização a ser adotada, enquadrando a estrutura teórica de um eventual tipo legal de crime e os seus elementos nos princípios que regem o Direito Penal, sem nunca descurar o princípio fundamental da *ultima ratio* e a natureza fragmentária deste ramo do Direito.

Cabe-nos, então, e por mera hipótese académica, elaborar uma proposta de regulamentação legislativa.

No fundo, qualquer tipo legal de crime deve identificar quem pode ser autor desse crime, deve descrever a conduta em que o crime se consubstancia e deve referir-se a um certo bem jurídico, um certo valor, um certo interesse, que está relacionado com a conduta que deve constituir um tipo de ofensa ao bem jurídico, seja uma lesão, seja uma colocação em perigo desse bem jurídico.

Assim sendo, para tal, podemos considerar a criminalização e tipos legais já existentes e confiar nas categorias tradicionais de responsabilidade criminal, conduta, culpa ou negligência, para desenvolver um regime jurídico adequado à temática que proteja, em simultâneo e de forma efetiva, liberdades e garantias fundamentais.

A manipulação de informação traz não só consequências a nível individual, causando danos ao indivíduo, incluindo a integridade pessoal, a reputação e a segurança, como provoca também danos coletivos e à própria sociedade, colocando em causa o comércio livre, o processo democrático e a própria paz ou saúde pública⁹⁰.

Seja através da criminalização, seja através de múltiplas abordagens, incluindo a auto e hetero-regulação em todas as esferas público-privadas, por parte do Estado e demais organizações, das plataformas de redes sociais e através de uma maior sensibilização para os riscos de tal tecnologia a nível individual, impõe-se uma necessidade de atuação para travar a eclosão desta problemática.

⁸⁹ ERC. “Desinformação – contexto europeu e nacional”, 2019, p. 34.

⁹⁰ Citron & Chesney, 2019, p. 1776.

A questão que se coloca é a de saber se só a criminalização, *per si*, conseguirá limitar os danos da produção e distribuição de desinformação, tendo em conta a rapidez com que a tecnologia se expande através das plataformas e dos meios de comunicação social e o impacto que as mesmas possuem no nosso quotidiano.

A ambiguidade desta questão reside no confronto entre a desinformação e a liberdade de expressão, uma vez que a desinformação pode cruzar factos com juízos de valor, podendo mesmo colocar-se em causa o valor da própria verdade, questionando-se se existem verdades absolutas, dado o contexto suprarreferido do *pós-verdade*.

Não obstante, partindo da via da criminalização, esta deve reservar-se para os casos de desinformação intencionalmente fraudulenta e enganadora, uma vez que, sob pena de se cair num regime de censura ao restringir-se em demasia a liberdade de expressão e de imprensa, nem toda a informação falsa pode ou deve ser objeto da atenção do legislador ou do juiz: apenas aquelas que são fabricadas com o objetivo de prejudicar, perturbar a ordem pública, manipular a opinião pública ou desestabilizar as instituições democráticas devem ser objeto de regulação por parte do poder público. Por outro lado, as informações falsas divulgadas por engano, as que tenham um objeto puramente humorístico ou satírico, bem como as que digam respeito à expressão de uma opinião, obviamente não deverão ser abrangidas por eventuais projetos de lei.

Na cadeia que caracteriza a criação e disseminação da desinformação nas redes sociais e plataformas online existem diversos intervenientes. Cada um deles apresenta uma atuação diferente neste fenómeno, pelo que se entende fundamental analisar o papel de cada um e em que medida este poderia ou não ser responsabilizado penalmente, sobretudo de um ponto de vista do tipo subjetivo.

A generalidade das leis enunciadas a nível mundial refere-se expressamente a quem produz e divulga ou distribui, pelo que há dois tipos de agente a considerar.

Em primeiro lugar, o agente que cria a desinformação, sendo que este, indubitavelmente, conhece a sua falsidade e, seja para adquirir vantagem económica com anúncios publicitários, seja por quaisquer outros motivos pessoais ou políticos, é certo que veicula essa informação intencionalmente. Em função disso, e salvaguardando-se eventuais erros de comunicação, teriam de ser crimes necessariamente dolosos, agindo com intenção de obter um determinado resultado, financeiro, pessoal ou ideológico, admitindo-se qualquer modalidade de dolo.

Quanto ao agente que as divulga, há que distinguir entre aquele que as partilha consciente da sua falsidade e o que as partilha por não duvidar da sua veracidade, sem ter, portanto, uma intenção específica, tendo sempre em conta que o mapeamento de todas as partilhas e responsabilização pelas mesmas é impraticável, questionando-se, igualmente, a sua legitimidade, dada a banalização e frequência de tais partilhas, de

forma, muitas vezes, inconsciente, rejeitando-se, assim, uma hipótese de responsabilidade por parte destes agentes que divulgam desinformação criada por outros.

O tipo legal deve também descrever a chamada conduta típica, isto é, o comportamento que pode ofender o bem jurídico nos termos que se pretende proibir ou impor. O problema, neste âmbito, relaciona-se, como referido, com a dificuldade de desenvolver critérios para avaliar o que deve ou não ser considerado desinformação e de que forma se pode criar um conceito suficientemente abrangente para envolver as diversas formas de desinformação (incluindo-se, em particular, aquilo que se entende por *fake news*), mas que seja específico o suficiente para evitar cair na alçada de uma (pseudo) censura.

Neste sentido, deve abranger somente a desinformação que representar o mais grave nível de deturpação da verdade, sem qualquer base factual ou indiciária, inventada e partilhada intencionalmente para manipular o recetor e com maior grau de impacto danoso. Esta avaliação passa por perceber qual o conteúdo da informação, averiguando se esta ameaça ou não os valores que gozam de proteção legal, tais como a ordem, segurança, democracia e saúde pública, tendo em conta os efeitos que podem causar.

Como exemplo, seria de incluir a alteração, manipulação, falsificação de factos históricos indiscutíveis, deturpando, ridicularizando ou desacreditando verdades históricas, ou o decorrer de eventos atuais com impacto social⁹¹, ou criação e divulgação de tais informações que ponham em perigo a segurança ou a saúde pública⁹², adequadas a provocar alarme ou inquietação na população, não devendo ser exigível que esse alarme ou inquietação se verifiquem, bastando que a conduta seja apta para esse efeito, sendo que essa aptidão se refere numa perspetiva *ex ante*, de prognose póstuma⁹³.

Seria um crime de execução vinculada, uma vez que se trata de uma legislação adaptada aos dias de hoje e às lacunas que surgiram com a transformação dos meios de comunicação com prevalência no ambiente digital e na internet, devendo a conduta em causa ter lugar por qualquer meio de comunicação com o público, ou seja, os meios teriam de ser apropriados para que a divulgação em massa se alcançasse.

Quanto ao bem jurídico em causa, quando este diz respeito ao nível pessoal, afetando, portanto, a honra de alguém, a desinformação é abrangida pelos tipos legais tradicionais dos crimes contra a honra. Já quando o bem jurídico é coletivo, o tipo legal de crime deve ser enquadrado nos crimes contra a vida em sociedade ou contra a realização do Estado de Direito, uma vez que, como já foi referido, a desinformação é

⁹¹ Citron & Chesney, 2019, p. 1776.

⁹² Sendo um exemplo bem recente a desinformação recorrente a respeito da pandemia do vírus SARS-CoV-2.

⁹³ Albuquerque, 2015, p. 802.

suscetível de causar danos ao interesse, paz e saúde pública, aos processos eleitorais e, consequentemente, à própria democracia.

Uma alternativa passaria por restringir o tipo legal a temáticas específicas, nomeadamente, quando relativas à saúde pública, exigindo-se uma intenção específica de produzir e divulgar informação que contradiz ou já foi refutada pelo conhecimento médico já estabelecido e largamente consensual (por exemplo, no caso amplamente conhecido em que se alega que vacinas causam autismo, levando, assim, à não vacinação das crianças, associada ao surgimento de novas epidemias⁹⁴); ou seguir o exemplo da França e restringir a lei ao período eleitoral, adaptando-a respetivamente, procurando salvaguardar eventuais perigos para o respetivo processo democrático.

Seja qual for a solução a adotar, seguindo a criminalização, esta deve reconhecer a complexidade deste fenómeno, tendo em conta, sobretudo, as vicissitudes tecnológicas associadas ao mesmo e a sua abrangência, de forma a dar uma resposta adequada do Direito Penal, mas reconhecendo os perigos e riscos que pode causar a direitos constitucionalmente consagrados, nomeadamente a liberdade de expressão e de informação.

Não obstante o exposto, cabe referir a problemática da eficácia do direito penal no combate à desinformação.

A maior vantagem que a criminalização poderá trazer é o efeito inibidor que poderá ter, numa tentativa de coibir tais condutas por parte dos cidadãos. Mas, num mundo do pós-verdade e perante a desconfiança que cada vez mais se faz sentir no Estado e demais instituições públicas, poderá ter um efeito contrário, levando os cidadãos a crer que o que se pretende é uma censura, aumentando a descredibilização do poder público, contribuindo para a manipulação pública daqueles que se aproveitam do populismo para deformar a opinião pública sobre questões de interesse.

⁹⁴ Mamak, 2021, p. 241.

Conclusão

Efetivamente e conforme já explanado, são múltiplas as potencialidades de dano que a desinformação contempla, desde logo, a criação de riscos para o desenvolvimento de uma democracia plena, informada e pluralista.

Nessa medida, o combate à desinformação, ainda que passe por uma limitação da liberdade de expressão enquanto direito constitucionalmente consagrado, não poderá deixar de ser realizado. Porém, atualmente, no quadro jurídico português não se conhece norma que preveja especificamente o tipo de atuação que a desinformação pode suscitar (quando esta não se enquadra nos tipos legais de crime tradicionais), nem tão pouco, obviamente, a respetiva sanção.

Combater a desinformação no sentido da *misinformation* acaba por ser, essencialmente, um exercício de promoção da leitura crítica e literacia mediática, de forma a que as pessoas questionem aquilo que leem online e as fontes dos diversos artigos e notícias que possam surgir nas plataformas online, sobretudo antes de os partilhar, evitando contribuir eles mesmos para este fenómeno. No entanto, no âmbito da *disinformation* em sentido estrito, esta pode exigir mecanismos sociais ainda mais complexos, podendo as medidas tecnológicas e educativas tornar-se insuficientes para impedir a sua propagação, que envolve, sobretudo, motivações políticas e financeiras.

A questão que se coloca é a de saber se a criminalização é uma via a seguir e como (ou se) consegue, *per si*, dar resposta ao problema.

Para que a desinformação seja abrangida pela lei penal, é preciso começar por estabelecer um catálogo específico dos tipos de condutas e comportamentos que podem compor o respetivo tipo legal, sendo esta tarefa extremamente difícil pela complexidade inerente a este fenómeno que vai além-fronteiras, não existindo sequer um consenso geral em torno do próprio conceito e definição do mesmo.

A responsabilidade penal é a forma mais grave de responsabilidade existente no ordenamento jurídico, uma vez que envolve sanções que podem configurar uma forte restrição dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, pelo que a CRP impõe o carácter subsidiário do direito penal perante outros ramos do direito.

Posto isto, não obstante considerar-se que a desinformação não é, nem deve ser, abrangida pela liberdade de expressão, mas considerando os riscos que uma criminalização pode significar não só para esta, mas para a própria liberdade de imprensa, perante eventuais abusos de direito, não nos parece que a solução passe por penalizar penalmente este comportamento, sendo, antes, necessário encontrar outras alavancas de ação – como a literacia mediática, o desenvolvimento de *fact-checking* ou a autorregulação das plataformas – para limitar a disseminação de informações falsas

quando estas tenham por efeito ou propósito perturbar a ordem pública ou minar o bom funcionamento das instituições democráticas.

Bibliografia

- “A multi-dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation dimensional approach to disinformation – Report of the independent High-Level Group on Fake News and Online Disinformation”. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2015). *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens*, 4.^a ed. Universidade Católica Portuguesa.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2019). *Comentário da CEDH e dos Protocolos Adicionais*, vol. II. Universidade Católica Portuguesa.
- Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação (APSDI). Glossário da Sociedade de Informação. <https://apdsi.pt/glossario/e/era-digital/>.
- BRAUCHER, D. (2026). Fake news: Why we fall for it. <https://www.psychologytoday.com/us/blog/contemporary-psychoanalysis-in-action/201612/fake-news-why-we-fall-it>.
- BRAVO, J.R.B. (2019). Liberdade de expressão na era digital: O resgate de um direito humano? *Revista do Ministério Público*, n.º 160, pp. 9-58.
- BRISOLA, A. & BEZERRA, A. C. (2018). Desinformação e circulação de fake news: Distinções, diagnóstico e reação. In *Encontro Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Ciência da Informação*, no. XIX. <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/102819>.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed. Coimbra Editora.
- CHENG, J.W., MITOMO, H., SEO, Y. & KAMPLEAN, A. (2020). The lesser evil? Public opinion towards regulating fake news in three Asian countries. ITS Online Event, 14-17 June 2020, International Telecommunications Society (ITS), Calgary. <http://hdl.handle.net/10419/224849>.
- CHIMA, R. & SINGH, A. Malaysia’s dangerous “fake news” law is still on the books. It must be repealed. <https://www.accessnow.org/malaysias-dangerous-fake-news-law-is-still-on-the-books-it-must-be-repealed/>.
- CITRON, D.K. & CHESNEY, R. (2019). Deep fakes: A looming challenge for privacy, democracy, and national security. *California Law Review*, vol. 107, pp. 1753-1820.
- Código de Conduta da UE sobre Desinformação. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.
- Committee of the British House of Commons. Disinformation and ‘fake news’: Final Report”. Eighth Report of Session 2017-19. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1791/1791.pdf>.
- Comunicação da Comissão Europeia. Combater a desinformação em linha: Uma estratégia europeia., COM (2018) 236. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/action-plan-against-disinformation>.

- Comunicação da Comissão Europeia. Uma abordagem europeia da literacia mediática no ambiente digital, de 20 de dezembro de 2007.
- ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social (2019). Desinformação – contexto europeu e nacional. Lisboa.
https://www.parlamento.pt/Documents/2019/abril/desinformacao_contextoeuroeunacional-ERC-abril2019.pdf.
- FERREIRA FILHO, J.B. A verdade sob suspeita: Fake news e conduta epistémica na política da desinformação”.
https://www.academia.edu/38074713/A_verdade_sob_suspeita_fake_news_e_conduta_epist%C3%AAmica_na_pol%C3%ADtica_da_desinforma%C3%A7%C3%A3o.
- Fighting Fake News, Workshop Report.
https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/isp/documents/fighting_fake_news_-_workshop_report.pdf.
- FIGUEIREDO DIAS (2000). *Comentário conimbricense do Código Penal*, Tomo I. Coimbra: COIMBRA Editora, 2000.
- FIGUEIREDO DIAS (2019). *Direito penal, Parte geral*, Tomo I. Coimbra: GestLegal.
- GARCIA, M.M. & RIO, J.M.C. (2018). *Código Penal – Parte geral e especial (com notas e comentários)*, 3.^a ed. Almedina.
- GELFERT, A. (2018). Fake news: A definition. *Informal Logic*, vol. 38, no. 1, pp. 84-117.
- HACIYAKUPOGLU, G. (2018). Countering fake news: A survey of recent global initiatives. Policy Report. <https://think-asia.org/handle/11540/8063>.
- REILLY, K. & KOVACH, S. (2018). Face-swapping videos could lead to more 'fake news' (Business Insider, 14 April). <https://www.businessinsider.com/fakeapp-lets-people-make-fake-videos-deepfakes-2018-4?r=US&IR=T>.
- KIRCHENGAST, T. (2000). Deepfakes and image manipulation: Criminalisation and control. *Information & Communications Technology Law*, vol. 29, pp. 308-323.
- LEITE, A.C.L. (2020). Fake news em tempos de pós-verdade. Uma introdução. *Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança*, Curitiba, vol. 3, n.º 1, pp. 70-91.
- LEITE, L.R.T. & CANTO, F.L. (2019). Fake news e “viralização”: Responsabilidade legal na disseminação de desinformação. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*, São Paulo.
- MACHADO, J.E.M. & BRITO, I.A.S.R. (2019). Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas: o perigo de manipulação da esfera do discurso público. *Boletim da Faculdade de Direito*, Tomo I, vol. XCV, pp. 43-96, Coimbra Editora.
- MAMAK, K. (2021). Do we need the criminalization of medical fake news? *Med Health Care and Philos*, vol. 24, pp. 235–245.
- MARTENS, B., AGUIAR, L., GOMEZ-HERRERA, E. & MUELLER-LANGER, F. The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news – An economic perspective. JRC Technical Reports, Digital Economy Working Paper.
<https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/jrc111529.pdf>.

- NEVES, J.F.M. (2016). A tutela da honra frente à liberdade de expressão numa sociedade democrática. *DataVenía*, n.º 5.
- PAMMENT, J. (2020). The EU's Role in fighting disinformation: Taking back the initiative, p. 16. https://carnegieendowment.org/files/Pamment_-_Future_Threats.pdf.
- SILVA, A.M. da & RIBEIRO, F. (2010). *Recursos de informação. Serviços e utilizadores. Temas Universitários*. Lisboa: Universidade Aberta.
- VALENTE, J.C.L. (2018). Regulando desinformação e fake news: Um panorama internacional das respostas ao problema. *Comunicação Pública* [Online], vol. 14, n.º 27. <http://journals.openedition.org/cp/5262>.
- WARDLE, C. & DERAKHSHAN, H. (2018). Thinking about 'disinformation disorder': Formats of misinformation, disinformation and mal-information. In *Handbook for Journalism Education and Training*, pp. 43-53. UNESCO. https://en.unesco.org/sites/default/files/journalism_fake_news_disinformation_print_friendly_o.pdf.
- WARDLE, C. & DERAKHSHAN, H. (2017). *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Strasbourg: Council of Europe. <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>.

**Indemnização por ilegalidades cometidas em
procedimentos pré-contratuais**

**O enigmático artigo 7.º n.º 2 do Regime da Responsabilidade Civil
Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**

Sandra Daniela da Rocha Gaspar

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Agradecimentos

À minha família, pelo apoio incessante, sem o qual jamais conseguiria levar este desafio a bom porto.

Às minhas filhas, Constança e Carlota, pelo tempo de convivência e dedicação que lhes roubei.

Ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, pela disponibilidade, pertinência e utilidade das sugestões e ainda pela simpatia com que ouviu as minhas dúvidas.

À Bárbara, minha colega de curso e amiga, pelo encorajamento, partilha de ideias e permanente entreaajuda.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a obrigação de indemnização das entidades adjudicantes por violação de normas no âmbito do procedimento de formação dos seus contratos, prevista no n.º 2 do art. 7.º do Regime Geral da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, aprovado em anexo à Lei 67/2007, de 31/12.

O preceito em apreço é o resultado das imposições do Direito da União Europeia no campo da política da contratação pública, com o fito de alcançar um mercado comum, aberto e de livre concorrência.

Deste modo, embora o artigo citado esteja inserido no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, a verdade é que o mesmo, por influência do Direito da União Europeia, contém um regime próprio que se distancia do Regime Geral da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

Assim, procedemos à sua interpretação à luz do regime previsto nas denominadas Diretivas Recursos, ou seja, a Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12/1989, e a Diretiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25/02/1992. Concomitantemente, é analisado o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas as por violação do Direito da União Europeia, seguindo-se a vasta jurisprudência emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por fim, é analisada a indemnização a conceder ao lesado, o tipo de danos e respetiva ressarcibilidade enquanto interesse contratual positivo ou negativo e, ainda, a perda de chance.

Palavras-chave: Indemnização por ilegalidades pré-contratuais; Administração Pública; culpa; responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia; Diretivas-Recursos; interesse contratual positivo e negativo; perda de chance.

Abstract

The purpose of this work is to analyse the obligation of indemnity of contracting entities for the violation of rules established in the procedure for the formation of their contracts, in accordance with no. 2 of art. 7 of the General Regime of Extra-Contractual Civil Liability of the State, approved in annex to Law 67/2007 of 12/31.

The aforementioned no. 2 of art. 7 is the result of impositions from European Union Law in the field of public procurement with the objective of achieving a common and open market with free competition.

Although the aforementioned article is included in the State's Extra-Contractual Civil Liability Regime, due to the influence of European Union Law it contains its own regime, which distances itself from the General Regime of the State's Extra-Contractual Civil Liability.

Therefore, we proceed to its interpretation in the light of the regime established in the Remedies Directives, that is, Directive no. 89/665/EEC, of the Council, of 21/12/1989, and Directive no. 92/13/EEC, of the Council, of 25/02/1992. Simultaneously, the Regime of Non-Contractual Civil Liability of the State is analysed, due to violation of European Union Law, in accordance with the vast jurisprudence issued by the Court of Justice of the European Union.

Finally, we also analyse the compensation to be granted to the injured party, the type of damages and respective reimbursement as a positive or negative contractual interest, and the loss of chance.

Keywords: Compensation for pre-contractual illegalities; Public Administration; fault; non-contractual liability of Member States for breach of European Union law; Remedies Directives; positive and negative contractual interest; loss of chance.

Lista de siglas e abreviaturas

A.	Autor(a)
Ac.(s)	Acórdão(s)
art.(s)	artigo(s)
al.	alínea
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cfr.	confrontar
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
EA	Entidade(s) Adjudicante(s)
EM	Estado-Membro
p.	página
pp.	páginas
ss.	seguintes
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas
RP	República Portuguesa
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
v.g.	<i>verbi gratia</i>

Índice

Introdução	7
1. Fontes normativas da responsabilidade civil extracontratual do Estado	8
2. Influência do DUE no novo RRCEE	10
2.1. As Diretivas Recursos e o caso C-275 Comissão/Portugal	11
3. O art. 7.º n.º 2 do RRCEE	14
3.1. Violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no art. 100.º do CPTA	14
3.1.1. Tipologia de atos que podem gerar responsabilidade civil extracontratual	15
3.1.2. Procedimentos pré-contratuais	15
3.1.3. Contratos de valor inferior aos limiares europeus e/ou sem interesse transfronteiriço certo	17
3.2. Requisitos do RRCEE definidos pelo Direito europeu	20
3.2.1. Responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE	20
A. Que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares	22
B. Violação suficientemente caracterizada	22
C. Nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido	24
3.2.2. As Diretivas Recursos – indemnização e condições	25
A. Violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõe	27
B. Inexigência de juízo de culpa	28
C. Possibilidade real	29
4. Dano	30
4.1. Categorias de danos	31
4.2. O regime da culpa <i>in contrahendo</i> e a indemnização nos termos gerais	32
4.3. Perda de chance	34
Conclusão	38
Bibliografia	39
Jurisprudência	42

Introdução

O objeto deste trabalho versa sobre a obrigação de indemnização das EA por violação de normas ocorridas no procedimento de formação dos seus contratos, prevista no art. 7.º n.º 2 do RRCEE, aprovado em anexo à Lei 67/2007, de 31/12. Este preceito, por sua vez, estabelece uma articulação com o DUE, o CCP, o CPTA e, como não poderia deixar de ser, com o CPA. Recorrendo às palavras expressivas do conceituado Professor Sêrvulo Correia, “[N]ão parece exagerada a afirmação de que o Código do Procedimento Administrativo, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Código dos Contratos Públicos constituem os quatro pilares infraconstitucionais do Direito Administrativo português. Implícitos, ou explícitos de modo mais ou menos discreto, são múltiplos os veios de comunicação e interação entre os quatro subsistemas normativos codificados”¹. No presente, será abordado o art. 7.º n.º 2 do RRCEE, à luz da influência exercida pelo Direito europeu e não tanto no seu veio da contratação pública. Assim, iniciaremos o nosso labor pela apresentação das fontes normativas nacionais e europeias de onde decorre o dever de indemnizar. De seguida serão abordadas a ação condenatória Comissão Europeia/ Portugal e as Diretivas Recursos. Daí seguiremos até ao n.º 2 do art. 7.º do RRCEE, procedendo ao seu recorte normativo e densificação dos requisitos de que depende a obrigação de indemnizar das EA. Por fim, dedicaremos a nossa atenção à indemnização a arbitrar e se a mesma concebe, ou não, a figura da perda de chance. Para podermos avançar na análise a que nos propusemos, cumpre esclarecer que no presente não serão abordadas as hipóteses em que o próprio CCP determina a obrigação de indemnizar por parte da EA, nomeadamente nos seguintes âmbitos: (i) na decisão de escolha do procedimento (art. 27.º n.º 5 e 6); (ii) na decisão de adjudicação (art.(s) 76.º n.º 2 e 3 e 79.º n.º 4); e ainda (iii) decorrente da não outorga do contrato (art. 105.º n.ºs 3 e 4). Nestas situações, o legislador consagrou na letra da lei a obrigação de indemnização por parte da EA não por ato ilícito, mas, outrossim, por ato lícito, o qual não será objeto de tratamento.

¹ Correia, 2017 (itálico do A.).

1. Fontes normativas da responsabilidade civil extracontratual do Estado

A primeira fonte normativa incontornável no desenho de todo o edifício jurídico da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público tem assento constitucional no art. 22.º da nossa Lei Fundamental. É relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência que é este o comando constitucional² que consagra o princípio da responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas pelas ações e omissões cometidas no exercício das suas diversas funções, sejam a administrativa, legislativa, política e jurisdicional³. Como reconhece Rui Medeiros, a principal função deste princípio é reparadora, assegurando aos lesados o ressarcimento dos danos que lhes sejam causados⁴.

Concomitantemente, além de consagrar um direito fundamental dos particulares à reparação dos danos, o preceito citado configura uma manifestação do princípio do Estado de Direito⁵, estabelecendo um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II, da Parte I, por força da remissão operada pelo art. 17.º da CRP⁶. Relativamente aos destinatários da norma – Estado e demais entidades públicas –, do amplo teor textual decorre que se pretende abranger todas as entidades públicas, inclusive as que atuam nas formas de direito privado. De notar ainda, como sublinha a doutrina autorizada na matéria, que a interpretação do art. 22.º da CRP deve alinhar-se com a jurisprudência e o DUE, nomeadamente com o princípio da responsabilidade da União previsto no art. 340.º do TFUE, e ainda com o princípio da responsabilidade dos EM por violação do direito europeu⁷. Quanto a esta última, a jusante dedicaremos maior desenvolvimento.

A densificação e concretização substantiva do princípio da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas é operada através da Lei n.º 67/2007, de 31/12, que aprovou o RRCEE⁸, alterada pela Lei n.º 32/2008, de 17/7/2008, a qual sucedeu e

² Além do art. 22.º da CRP a responsabilidade estadual é ainda referida nos art.(s) 27.º n.º 5; 29.º n.º 6; 62.º n.º 2; 83.º; 117.º n.º 1 e 271.º n.º 1, todos da CRP.

³ Neste sentido Sampaio, 2018 e Mesquita M. J., (s.d.).

⁴ Medeiros, 2010.

⁵ Cfr. Canotilho & Moreira, 2007, p. 425, onde os Autores referem que a responsabilidade civil prevista no preceito se conexiona com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes como o princípio do Estado de direito (art. 1.º e 2.º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4.º) e o princípio da igualdade (art. 13.º). Acrescentando que o preceito visa ainda garantir substantividade jurídico-constitucional como um direito de defesa, legitimado de pretensões indemnizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

⁶ Cfr. Sousa & Matos, 2008.

⁷ Cfr. Canotilho & Moreira, 2007, pp. 264-265, onde os autores afirmam tratar-se de “uma das mais importantes alterações alguma vez introduzidas no sistema das fontes de direito do ordenamento jurídico-constitucional português e, mesmo, uma das mais importantes alterações constitucionais desde a origem da CRP” e significa que “as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, *prevalecem sobre as normas de direito interno*, incluindo as normas da própria Constituição (pois a norma de direito constitucional não distingue e a referida jurisprudência comunitária sempre se pronunciou nesse sentido)”.

⁸ Para Gomes, 2019, “[O] regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro (=RRCEE), concretizando o artigo 22.º da CRP, aponta para um modelo misto de responsabilidade da função administrativa, o qual, mantendo embora a

revogou o D.L. n.º 48051, de 21/11/1967. O D.L. n.º 48051 foi o diploma que durante décadas regulou na nossa ordem jurídica a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública, estando apenas aí abrangidos os atos integrados na função administrativa do Estado. Face à ausência de normação quanto às demais funções, a jurisprudência, sob impulso da doutrina, foi paulatina e reiteradamente ancorando no art. 22.º da CRP a faculdade de exigir uma indemnização por prejuízos causados por qualquer ação funcional do Estado, designadamente, por atos relativos à função jurisdicional e à função legislativa⁹.

A Lei 67/2007 veio dar voz àquele comando constitucional, constituindo, nas palavras de Mário Aroso de Almeida, “o primeiro ato legislativo que, no ordenamento jurídico português, define, não apenas o regime da responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas também o regime da responsabilidade emergente do exercício das demais funções do Estado”¹⁰.

O surgimento do novo RRCEE no nosso ordenamento jurídico foi também imposto pela necessidade de conformar a legislação portuguesa com o DUE¹¹. De facto, a RP foi condenada pelo TJ¹² devido à incorreta transposição da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21/12/1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimento, em particular da norma respeitante à indemnização das EA (art. 2.º n.º 1 al. c) e art. 1.º al. d) da Diretiva 92/13/CEE). A alteração imposta materializou-se no art. 7.º n.º 2 do novo RRCEE, que determina a obrigação por parte das EA de indemnizar pelos danos causados no âmbito do procedimento de formação dos seus contratos. Para que se possa apreender e interpretar adequadamente o conteúdo normativo do preceito em análise, é fundamental perscrutar-se o direito da UE e os motivos jacentes não só à aprovação do novo RRCEE, mas também à alteração promovida pela Lei n.º 32/2008, bem como à ação interposta pela Comissão contra Portugal. É o que nos propomos realizar nas próximas linhas.

via de responsabilização subjectiva, alarga consideravelmente a responsabilização objectiva e matiza bastante a primeira. De algum modo, esta bipolaridade vai ao encontro da — por alguma doutrina defendida — dupla valência do artigo 22.º da CRP, que acolheria tanto a via de responsabilização objectiva (pelo risco) como a subjectiva (pela culpa)”.

⁹ Cfr. Parecer da Procuradoria-Geral Distrital, Tribunal da Relação de Lisboa, http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/tex_0040.pdf.

¹⁰ Almeida, 2021, p. 623; Arrowsmith, s.d.

¹¹ Neste sentido, Duarte, 2018 e Eiró & Mealha, 2010.

¹² Ac. do TJ *Comissão/ Portugal* de 14/10/2004, proc. C-275/03, no qual o TJ determinou o incumprimento do Estado Português por não transposição correta da Diretiva 89/665/CEE; e proc. C-70/06, ac. do TJ de 10/01/2008, que tinha por objeto o incumprimento do acórdão de 14/10/2004, e a consequente não transposição da Diretiva 89/665/CEE, na qual a RP foi condenada no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por violação do art. 260.º, n.º 1 do TFUE.

2. Influência do DUE no novo RRCEE

Por via da integração europeia, os EM deparam-se com a obrigação de harmonizar a legislação nacional com as Diretivas que são emanadas pela UE¹³. Com vista a tal desiderato, os EM têm a obrigação de proceder à sua transposição e garantir a sua efetiva aplicação no ordenamento jurídico nacional, eliminando os dispositivos nacionais que impeçam essa aplicação¹⁴. Porém, devido à heterogeneidade concetual e legislativa de cada ordenamento, a transposição das Diretivas e respetiva harmonização com a legislação nacional de cada EM mostrou-se uma tarefa de exímia dificuldade, que resultou, em alguns EM, na falta de transposição das Diretivas ou na sua transposição desconforme. O TJ, confrontado com essas contrariedades, foi gizando um conjunto de regras e princípios destinados a superar essas deficiências, como o princípio do primado do DUE¹⁵, o princípio do efeito direto e o princípio da interpretação conforme com o DUE¹⁶⁻¹⁷. Este último, conjugado com a teoria do efeito direto vertical das Diretivas, foi o *leitmotif* para a construção, pelo TJ, do princípio da responsabilidade dos EM por violação do direito europeu¹⁸. Dito isto, no presente capítulo iremos fazer uma breve análise da transposição das Diretivas Recursos (Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12/1989¹⁹ e a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25/02/1992²⁰) pelo Estado Português, que culminou na sua condenação e esteve na origem da aprovação do novo RRCEE e, em especial, do regime insito no n.º 2 do art. 7.º daquele diploma.

¹³ Veja-se o ac. do TJ *Simmenthal* de 9/03/1978, proc. n.º 106/77, que determinou que as regras de aplicabilidade direta do direito comunitário devem produzir todos os seus efeitos uniformemente em todos os EM e que por força do princípio do primado do DUE, as disposições internas que lhes sejam contrárias devem automaticamente tornar-se inaplicáveis.

¹⁴ Neste sentido Eiró, 2013, p. 88 e art. 288.º § 3 do TFUE.

¹⁵ Plasmado nos art. 7.º n.º 6 e 8.º n.º 4 da CRP, que impõe a prevalência do DUE sobre o direito nacional que lhe seja desconforme, visando impedir a formação de novos atos legislativos nacionais que lhe sejam contrários. Cfr. a título exemplificativo, os acórdãos do TJ *Costa/Enel* de 15/07/1964, proc. 6/64, *Simmenthal* de 9/03/78, proc. n.º 106/77 e *Factortame* de 19/06/1990, proc. n.º C-213/89.

¹⁶ O princípio da interpretação conforme com o DUE decorre da interpretação do TJ acerca das disposições conjugadas dos art(s) 4.º n.º 3 e 288.º n.º 3 do TFUE. Este determina que o intérprete ou aplicador do direito confira às disposições nacionais um sentido conforme com as disposições do DUE. Quanto ao sentido e alcance deste princípio veja-se o ac. do TJ *Von Colson* de 10/04/1984, proc. 14/83.

¹⁷ Não sendo pretensão do presente abordar estes princípios, permitimo-nos, tão só, nomeá-los, de forma a enquadrar o ponto que vamos analisar de seguida. Para mais desenvolvimentos veja-se, por exemplo, Quadros, 2008.

¹⁸ Neste sentido, Eiró, 2013, p. 92 e Quadros, 2008, p. 438.

¹⁹ Alterada pela Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de junho de 1992, Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁰ Alterada pela Diretiva 2006/97/CE do Conselho de 20 de novembro de 2006, Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

2.1. As Diretivas Recursos e o caso C-275 Comissão/Portugal

A política de contratação pública constitui um instrumento essencial para a realização de um mercado comum²¹, aberto e de livre concorrência²²⁻²³. Para a prossecução e alcance desse objetivo, a UE entendeu que devia impor regras e princípios iguais destinados a alinhar o regime aplicável a este tipo de contratos em todos os EM. Os princípios gerais constam do Tratado da UE e do TFUE, bem como da abundante jurisprudência do TJ²⁴. Já as regras aplicáveis constam das atuais Diretivas n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro²⁵, relativa aos contratos públicos, Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de concessão, Diretiva n.º 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014²⁶, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, cuja transposição para o ordenamento jurídico nacional de cada EM é obrigatória. Estas Diretivas apenas são aplicáveis aos tipos contratuais abrangidos pelas mesmas e desde que tenham um valor estimado igual ou superior aos limiares estabelecidos em cada uma delas²⁷. Quanto ao objetivo, as Diretivas visam garantir a abertura do mercado a outros EM²⁸, promover a eficiência e transparência nos procedimentos de contratação pública, bem como a igualdade de oportunidades e de tratamento dos potenciais concorrentes, e ainda a otimização dos dinheiros públicos.

A europeização do direito da contratação pública e a consequente abertura concorrencial do mercado à concorrência europeia também reclamaram a imposição de

²¹ Para Arrowsmith, s.d., p. 44 na Europa a criação de um “single market” e o investimento na prosperidade económica também foi visto como o principal meio para alcançar a paz.

²² Mealha, 2018.

²³ Para Arrowsmith, s.d., o regime imposto na UE para desenvolver o mercado interno procura quatro resultados: 1.º proibir a discriminação na contratação pública; 2.º impor aos EM procedimentos de adjudicação transparentes; 3.º eliminar restrições de acesso ao mercado; 4.º assegurar que os EM obtêm “value for money”.

²⁴ Como é consabido os acórdãos prejudiciais têm efeito vinculativo, obrigam não só o tribunal que suscitou a questão prejudicial, bem como os demais, constituindo uma das principais formas de interpretar o DUE.

²⁵ Que sucedeu e revogou a Diretiva 2004/18/CE, esta última revogou as Diretivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

²⁶ Que revogou a Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, que havia sucedido à Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

²⁷ Cfr. art. 4.º da Diretiva 2014/24; art. 8.º da Diretiva 2014/23; art. 15.º da Diretiva 2014/25 e art. 8.º da Diretiva 2009/81.

²⁸ Arrowsmith, 2006.

um conjunto de garantias destinadas a reforçar o princípio da transparência e não discriminação e a tutelar as posições dos concorrentes no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos de direito público, visando a aplicação efetiva e em tempo “útil” das diretivas da contratação pública²⁹. Como refere P. Cerqueira Gomes, “o legislador europeu, movido pela necessidade de dar cumprimento ao princípio da efetividade decidiu restringir a autonomia dos EM, por via legislativa” “através de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/ concorrentes”³⁰. Prosseguindo esse desiderato foi aprovada a Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12/1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, e a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25/02/1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras do DUE em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores especiais, ou seja, água, energia, transportes e telecomunicações. São estas Diretivas que, juntas, representam as comumente denominadas “Diretivas Recursos”³¹.

O escopo destas Diretivas foi habilitar as instâncias de recurso competentes a adotar medidas: i) para suspender ou mandar suspender um procedimento de adjudicação do contrato público ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante³²; ii) anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo mandar suprimir especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, caderno de encargos ou outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação³³; e iii) a concessão de indemnizações aos lesados por uma violação³⁴.

A transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva 89/665/CEE foi levada a cabo pela aprovação do D.L. n.º 134/98, de 15 de maio³⁵⁻³⁶, que estabeleceu uma forma de recurso urgente contra todos os atos administrativos ofensivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados no âmbito da formação dos

²⁹ Para uma análise pormenorizada das Diretivas *vide* Gomes, P.C., 2014; Cadilha & Cadilha, 2013; Cabral, 2017; Shebesta, 2016, pp. 22-28 e Arrowsmith, 2006, pp. 337-384.

³⁰ Gomes P.C., 2014, p. 295.

³¹ No presente iremos abordar as Diretivas Recursos na sua versão atual, não apreciando os motivos e alterações que sucederam à versão inicial, quanto a estes veja-se a bibliografia citada na nota 49.

³² Al. a) do n.º 1 do art. 2.º da Diretiva 89/665/CEE.

³³ Al. b) do n.º 1 do art. 2.º da Diretiva 89/665/CEE.

³⁴ Al. c) do n.º 1 do art. 2.º da Diretiva 89/665/CEE.

³⁵ O qual foi estendido aos setores especiais pelo art. 48.º do DL 223/2001, de 9/08, assim se transpondo a Diretiva 92/13/CEE.

³⁶ Revogado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro que aprovou o CPTA, o qual implementou uma ação autónoma aplicável aos tipos contratuais abrangidos pelas Diretivas Europeias da Contratação Pública.

contratos públicos abrangidos. Porém, quanto à possibilidade de se acionar o Estado em sede de responsabilidade civil a fim de ser arbitrada indemnização aos concorrentes lesados pelos atos ilegais, tal matéria estava sujeita ao RRCEE, à data regulado pelo D.L. n.º 48051.

Foi perante este quadro jurídico que a Comissão Europeia desencadeou a via pré-contenciosa prevista no art. 258.º do TFUE, que culminou com a apresentação pela Comissão junto do TJ de uma ação de incumprimento³⁷⁻³⁸ contra a RP, e com a posterior condenação em sanção pecuniária compulsória³⁹.

Em suma, a Comissão argumentava que a RP não deu cumprimento ao art. 2.º n.º 1, al. c) da Diretiva Recurso⁴⁰, que prevê a atribuição de uma indemnização às pessoas lesadas por qualquer violação do DUE aplicável à celebração de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem, na medida em que o D.L. n.º 48051 subordinava “a atribuição de uma indemnização à produção de prova, por parte dos lesados, de que os atos ilegais do Estado ou das pessoas coletivas de direito público foram cometidos com culpa ou dolo”⁴¹, o que era incompatível com o que se encontrava previsto na disposição *supra* citada.

De facto, visto que na maioria das situações não é possível, ou é extremamente difícil determinar de quem foi a culpa, tal acarreta que o lesado não consiga obter a indemnização peticionada e a que teria direito, ou, pelo menos, essa dificuldade leva a que a ação interposta seja morosa e provavelmente ineficaz⁴². Para além disso, o TJ concluiu que o facto de o juiz nacional não aplicar as disposições restritivas daquele diploma por força do disposto no art. 22.º da CRP não tinha qualquer efeito sobre o incumprimento, violando ainda a exigência de segurança jurídica expectável perante os órgãos jurisdicionais nacionais, tendo assim declarado o incumprimento por parte da RP.

Em 31/12/2007 foi aprovado o novo RRCEE. Não obstante, após a Comissão ter procedido à análise deste diploma, concluiu que não satisfazia a adequada e completa execução do Ac. Comissão/Portugal. Assim era porque a redação inicial do n.º 2 do artigo 7.º determinava que “é concedida indemnização (...) nos termos da presente lei”, o que perpetuava a difícil prova de culpa por parte do lesado e consequentemente não estava alinhado com o regime constante da Diretiva 89/665/CEE.

³⁷ Ac. do TJ *Comissão/Portugal* de 14/10/2004, proc. C-275/03.

³⁸ Para mais desenvolvimentos acerca do processo contencioso *vide* Mesquita M. J., 2009 e Medeiros & Martins, 2013.

³⁹ Proc. n.º C-70/06, que originou o ac. 10/01/2008, no qual o TJ para além de declarar o incumprimento da RP por não ter revogado o D.L. n.º 48051 no prazo concedido para o efeito, procedeu à sua condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória no montante de €19.392,00 por cada dia de atraso.

⁴⁰ Referimo-nos à Diretiva 89/665.

⁴¹ Cfr. n.º 20 do ac. do TJ de 14/10/2004, já citado.

⁴² *Lanceiro*, 2018, p. 493.

Com vista a colocar um fim no diferendo, a RP procedeu à aprovação da Lei n.º 31/2008, que veio alterar cirurgicamente a parte final daquele n.º 2 do art. 7.º, o qual passou a remeter a definição das condições necessárias para verificação da obrigação de indemnizar para o direito comunitário⁴³, cujos efeitos retroagiram a 30/01/2008, data de entrada em vigor da Lei n.º 67/2007.

Feita esta breve resenha, sem a qual não poderíamos compreender a matéria em análise, debruçar-nos-emos de seguida sobre o art. 7.º n.º 2 do RRCEE, articulando-o com as Diretivas Recursos e com o DUE.

3. O art. 7.º n.º 2 do RRCEE

Como deixámos dito, a concretização da transposição das Diretivas Recursos na ordem jurídica interna operou-se através do n.º 2 do art. 7.º do novo RRCEE, que reza o seguinte: “É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”.

Para a cabal compreensão desta norma de cariz marcadamente remissivo, que estabelece e exige uma articulação entre o CCP, o CPA, o CPTA e ainda o DUE, decidimos dividir a sua apreciação em dois momentos. Num primeiro momento, atentaremos no seguinte trecho: “violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”; num segundo momento, a nossa atenção dirigir-se-á na perscrutação dos “requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”.

a. Violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do CPTA

Como decorre do teor do preceito, a sua aplicação está circunscrita à violação de uma norma ocorrida no âmbito de um procedimento adjudicatório quanto aos contratos elencados no art. 100.º do CPTA, constantes da Secção III do Título III, inseridos no contencioso urgente pré-contratual⁴⁴. Principiemos pelo recorte do âmbito de aplicação da primeira parte da norma. Para tal, primeiro serão aferidos os atos que podem desencadear responsabilidade e, de seguida, quais os contratos abrangidos.

⁴³ Leia-se DUE, por força da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

⁴⁴ Cadilha C. A., 2011.

Tipologia de atos que podem gerar responsabilidade civil extracontratual

Relativamente ao conjunto de atos que podem gerar responsabilidade, da jurisprudência do TJ decorre que estão abrangidas todas as decisões tomadas pelas EA⁴⁵ que violem as Diretivas da contratação pública ou os princípios gerais do DUE constantes dos Tratados⁴⁷. No direito nacional devem considerar-se abrangidos todos os atos administrativos relativos à formação dos contratos pelas EA, sejam os atos de conteúdo normativo (art. 100.º n.º 2 CPTA), sejam os documentos do procedimento, como o programa do concurso ou o caderno de encargos, conforme o que se encontra disposto no art. 103.º do CPTA⁴⁸.

Quanto ao momento temporal, a violação pode ocorrer na fase pré ou pós-adjudicatória e até à celebração do contrato⁴⁹.

Determinados que estão os tipos de atos cuja violação pode gerar responsabilidade e o momento temporal, importa ainda determinar quais são os procedimentos pré-contratuais abrangidos, ou seja, quais são, afinal, os procedimentos a que o n.º 2 do art. 7.º do RRCEE se encontra votado.

Procedimentos pré-contratuais

Já deixámos dito que a norma em apreço foi desenhada para satisfazer as imposições do legislador europeu no que toca aos “remédios” constantes das Diretivas Recursos, nomeadamente quanto à obrigação de indemnização por parte das EA no âmbito dos procedimentos de formação dos seus contratos. É também pacífico que o âmbito de aplicação do preceito em análise está, pelo menos, circunscrito aos tipos contratuais abrangidos pelas Diretivas da contratação pública (Diretivas 2014/24/EU, 2014/23/EU e 2014/25/EU). Porém, confrontando o preceito em apreço, constatamos que o seu teor literal remete laconicamente para os contratos referidos no art. 100.º do CPTA. Este último, por sua vez, é aplicável independentemente do valor do contrato⁵⁰.

⁴⁵ Neste sentido cfr. os acórdãos do TJ *Alcatel/Austria* de 28/10/1999, proc. C-92/00; *Hospital Ingenieure*, de 18/06/2002, proc. C-92/00 (n.º 53 e 53) e GAT de 19/06/2003, proc. C-315/01 (n.º 52). Nos quais o TJ esclarece que o conceito deve ser interpretado em sentido amplo e que a não ser assim o efeito útil das Diretivas seria posto em causa.

⁴⁶ No ac. do TJ *Stadt Hale* de 11/01/2005, proc. C-26/03, o TJ afirmou que a decisão de não abertura de um procedimento de adjudicação também está igualmente sujeita a impugnação e fiscalização jurisdicional, tendo delimitado pela negativa o conjunto de atos que estão excluídos desse escrutínio: “as actuações que constituem um mero estudo preliminar do contrato ou que são simplesmente preparatórias e se inserem no âmbito de uma reflexão interna da entidade adjudicante” (n.º 35).

⁴⁷ Cfr. ac. *Makedoniko Metro e Michaniki*, de 23/01/2003, proc. C-57/01, no qual, a propósito do conceito de atos impugnáveis das EA, o TJ esclarece que, mesmo na ausência de disposições especificamente aplicáveis nas diretivas europeias em matéria de concursos públicos, serão de aplicar os princípios gerais de DUE, especialmente o princípio da igualdade de tratamento.

⁴⁸ Cfr. Lanceiro, 2018, p. 502 e Cabral, 2017, p. 55.

⁴⁹ Neste sentido Estorninho, 2011 e Cadilha & Cadilha, 2013, p. 188.

⁵⁰ Medeiros & Martins, 2013, p. 190.

Destarte, urge questionar se o regime insito no n.º 2 do art. 7.º é também aplicável aos contratos excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas, seja àqueles cujos valores se situam abaixo dos limiares aí referidos, seja aos que não fazem parte do leque enunciado por aquelas.

A resposta a esta questão já foi em parte oferecida pela fértil jurisprudência produzida pelo TJ e, ainda, pela Comissão, na sua Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02. Quanto à jurisprudência, referimo-nos, a título meramente exemplificativo, aos acórdãos Teleaustria e Telefonadress⁵¹, Coname/Pandamia⁵², Parking Brixen⁵³, Comissão/Irlanda⁵⁴ e Tecnoed Construzioni Srl⁵⁵. Segundo esta orientação jurisprudencial, foi reconhecido que, embora certos contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas da contratação pública, “as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação da nacionalidade em particular”⁵⁶⁻⁵⁷. E que o princípio da não discriminação “implica, nomeadamente uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se que o referido princípio é respeitado”⁵⁸.

Conhecedora desta orientação jurisprudencial e a fim de amenizar as dificuldades sentidas pelos EM, a Comissão emitiu a Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02, dirigida a dois grupos de contratos públicos excluídos: i) aos contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos; e ii) aos contratos de serviços que constam do anexo II B da Diretiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Diretiva 2004/17/CE e que excedam os limiares para a aplicação destas diretivas. A este grupo de contratos, quando apresente uma “relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno”, também serão aplicáveis, pelas EA, as regras fundamentais e os princípios gerais do TFUE, em particular os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e, ainda, a obrigação de transparência e imparcialidade deles decorrente⁵⁹.

A extensão destas regras e princípios fundamentais visa garantir um grau de publicidade adequado, que tem por finalidade última a abertura do mercado à concorrência e o controlo da imparcialidade das decisões alcançadas no processo de

⁵¹ Ac. de 7/12/200, proc. C-324/98, n.ºs 60 e 61.

⁵² Ac. de 21/7/2005, proc. n.º C-231/03.

⁵³ Ac. de 13/10/2005, proc. C-458/03.

⁵⁴ Ac. de 13/11/2007, proc. n.º C-507/03, nesta decisão o TJ identifica os contratos excluídos como “contratos com interesse transfronteiriço certo” (n.º 29).

⁵⁵ Ac. de 6/10/2015, proc. C-318/15.

⁵⁶ Cfr. n.º 60 Ac. Teleaustria e Telefonadress.

⁵⁷ Caranta, 2011, p. 57.

⁵⁸ Cfr. n.º 61 Ac. Teleaustria e Telefonadress.

⁵⁹ Veja-se a este propósito Caranta, 2015 e Arrowsmith, 2006.

adjudicação. Desta feita, a Comissão recomenda que os EM procedam a uma apreciação circunstanciada de todos os elementos respeitantes ao contrato, a fim de averiguar se o mesmo apresenta “uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno” ou “com interesse transfronteiriço certo”. Para o efeito, naquele documento são fornecidos, de modo exemplificativo, os seguintes critérios, a serem apurados pelos EM: “o objeto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também a localização geográfica do lugar de execução”⁶⁰.

Deste modo, podemos concluir que é reconhecida pelo DUE a existência de um leque de contratos públicos com interesse transfronteiriço certo que se situam numa zona cinzenta, ou seja, não são abrangidos pelas Diretivas, mas não deixam de estar sujeitos aos princípios fundamentais do TFUE⁶¹, cujo enquadramento circunstanciado e casuístico será aferido, em primeira mão, pelos EM e pode ser escrutinado pelo TJ⁶². Destarte, por força do princípio da interpretação da lei em conformidade com o DUE, somos a concluir que este leque de contratos, não obstante não se encontrar elencado no art. 100.º do CPTA ou nas Diretivas da contratação pública, também se encontra abrangido pelo n.º 2 do art. 7.º⁶³.

3.1.3 Contratos de valor inferior aos limiares europeus e/ou sem interesse transfronteiriço certo

A conclusão a que chegámos no ponto antecedente marginaliza os contratos cujo valor seja inferior aos limiares previstos nas diretivas e/ou que não tenham interesse transfronteiriço certo. Quanto a estes, importa questionar se serão aplicáveis os requisitos determinados pelo direito nacional para aferição da obrigação de indemnizar. A resposta a esta questão não deixa de ser fulcral, primeiro porque haverá um grande volume de contratos que se poderão enquadrar neste limbo, segundo porque os critérios determinados pelo legislador pátrio para aferição da responsabilidade civil extracontratual do Estado não são, de todo, mais favoráveis, especialmente no que respeita ao requisito da culpa (n.º 2, art. 10.º do RRCEE). Portanto, não será de todo indiferente para um lesado ver aplicável à sua petição os requisitos determinados pelo DUE ou os requisitos fixados pelo direito nacional.

Julgamos que a questão apontada pode ser suprida por recurso à interpretação da lei, cotejada com os princípios constitucionais. Interpretar a lei é atribuir-lhe um

⁶⁰ Cfr. § 3 do ponto 1.3 da Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02.

⁶¹ Neste sentido veja-se Mealha, 2008 e Mesquita M. J., 2006.

⁶² Neste sentido, Bovis, 2012.

⁶³ Medeiros & Martins, 2013, p. 191.

significado, é determinar o seu sentido para a final obter a sua correta aplicação a um caso concreto⁶⁴. A este propósito, o art. 9.º do CC representa uma matriz quanto à interpretação da lei. De acordo com este preceito, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei; no entanto, é o seu ponto de partida e de chegada, já que “não deve ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”⁶⁵. Destarte, a interpretação jurídica processa-se através do elemento literal ou gramatical, conjugado com os elementos lógicos (histórico, racional e teológico) – são estes ingredientes que permitem obter o espírito da lei⁶⁶.

Descendo ao n.º 2 do art. 7.º, não podemos obliterar o teor literal da norma, que sem qualquer restrição determina que: “[É] concedida indemnização (...) por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no art. 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”. Igualmente, não se pode obliterar o elemento histórico, ou seja, os motivos subjacentes à aprovação da Lei 67/2007 e a subsequente alteração promovida pela Lei 31/2008, nomeadamente a ação condenatória Comissão/Portugal. Contudo, a verdade é que o legislador apenas restringiu a norma em apreço aos contratos constantes do art. 100.º do CPTA – estes não são exclusivos do DUE, nem das Diretivas aplicáveis, também gravitam no universo nacional. Além disso, o intérprete não pode fazer tábua rasa de princípios fundamentais que coabitam no nosso ordenamento. Referimo-nos ao princípio constitucional da segurança jurídica e ao princípio da igualdade do cidadão perante a lei⁶⁷. O primeiro assenta no pressuposto de que o princípio do Estado de Direito contido no art. 2.º da CRP exige “um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”. Neste sentido, “a norma que, por sua natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva àqueles mínimos de certeza e segurança (...), terá de ser entendida como não consentida pela lei básica”⁶⁸. O segundo representa um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e do sistema constitucional global. Este princípio de conteúdo pluridimensional postula várias exigências, nomeadamente, determina um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento desigual de situações de facto

⁶⁴ Cfr. ac. do STA de 29/11/2011, proc. n.º 0701/10.

⁶⁵ Cfr. n.º 2, art. 9.º CC.

⁶⁶ Justo, 2006, p. 326

⁶⁷ Cfr. art. 13.º da CRP.

⁶⁸ Cfr. ac. do TC n.º 556/03.

desiguais⁶⁹. Na sua dimensão material ou substancial vincula, desde logo, o legislador ordinário.

No entanto, o princípio da igualdade não pode ser entendido de forma absoluta, representando um obstáculo ao estabelecimento pelo legislador de disciplinas diferentes quando diversas forem as situações que as normas pretendam regular. Embora o princípio da igualdade, enquanto limite objetivo da discricionariedade legislativa, não impeça o legislador de proceder a distinções, “[o] que se exige é que essas medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade”⁷⁰.

Vertendo estas considerações à norma em apreço, é determinante questionar se existe fundamento material para diferenciações de tratamento jurídico onde o legislador não as materializou.

Na nossa modesta opinião entendemos que não. Interpretar a remissão operada na parte final do n.º 2 do art. 7.º como apenas aplicável aos contratos a que se dirigem as Diretivas e àqueles que tenham um interesse transfronteiriço certo representaria uma clara afetação de expectativas dos lesados cujos contratos, embora constantes no art. 100.º do CPTA, devido ao seu valor residual não ficassem abrangidos pelas diretivas da contratação pública e, por via disso, vissem ser-lhes aplicáveis os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual definidos pela lei nacional.

Tal discriminação, para além de não resultar da letra da lei, seria inadmissível por arbitrária, já que não foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que no caso devam considerar-se prevalecentes⁷¹⁻⁷².

À guisa de conclusão, entendemos que a norma em apreço se aplica a dois conjuntos de situações distintas: uma primeira que se refere aos contratos abrangidos pelas Diretivas e cujos montantes sejam superiores aos limiares definidos nas mesmas, aos quais serão aplicáveis os requisitos da responsabilidade civil constantes das Diretivas Recursos; e uma segunda que abraça os contratos com interesse transfronteiriço certo na aceção do TJ e, ainda, aqueles que tenham um reduzido valor mas que pertençam ao leque de contratos enunciados no art. 100.º do CPTA, aos quais serão aplicáveis os

⁶⁹ Canotilho & Moreira, 2007, p. 339.

⁷⁰ Canotilho & Moreira, 2007, p. 340

⁷¹ Cfr. ac. do TC n.º 287/90 de 30/11/1990, proc. n.º 309/88.

⁷² Mesquita M.L., 2011 questiona a razão da consagração de um tratamento diferente dos contratos sujeitos às Diretivas da contratação pública e outros contratos excluídos. Por sua vez, Oliveira R. E., 2009, p. 3, a propósito do art. 100.º do CPTA e dos contratos abrangidos pelo contencioso pré-contratual escreve que “embora seja claro o domínio das situações da vida a que vai nuclearmente votado, o facto de os interesses que subjazem a este meio processual saírem em larga medida sacrificados se se excluir do seu âmbito de aplicação algumas hipóteses menos típicas ou menos comuns, pode levar a que afinal se alargue o seu domínio natural de abrangência, passando assim a incidir também sobre outros casos que, à partida, se diria não corresponderem às razões originárias do contencioso pré-contratual, acabando portanto por se lhe reconhecer uma capacidade de atração de litígios que giram na sua órbita de influência”.

requisitos da responsabilidade do Estado por violação do DUE⁷³. Todavia, a certeza e a segurança jurídica sairiam beneficiadas se o n.º 2 do art. 7.º abrangesse todos os tipos de procedimentos contratuais referidos no n.º 1 do art. 16.º do CCP.

3.2 Requisitos do RRCEE definidos pelo direito europeu

Como referimos no ponto precedente, a remissão constante da parte final do n.º 2 do art. 7.º impõe que se procure no DUE os requisitos de que depende a verificação da responsabilidade civil extracontratual. É reconhecido pela doutrina mais autorizada que a remissão operada não é feliz⁷⁴, primeiro pela incerteza jurídica daí decorrente, segundo porque o legislador nacional devolve ao legislador europeu uma tarefa que aquele lhe confiou: a de densificar as condições que têm de estar preenchidas para que uma EA possa ser responsabilizada. Dada a remissão em bloco para o DUE não se trata de aplicar apenas o regime específico constante das Diretivas Recursos, mas também, impõe que se atenda, em certos casos, ao regime geral da responsabilidade do Estado por violação do DUE, tal como tem sido entendido pela jurisprudência do TJ⁷⁵.

Começaremos então por perscrutar a jurisprudência firmada pelo TJ relativamente à responsabilidade dos EM por violação do DUE, apontando as condições aí gizadas. Após esta delimitação, serão perscrutadas as Diretivas Recursos, analisando o tipo de indemnização e condições aí estabelecidas para a sua efetivação.

3.2.1. Responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE

Como vimos, aos contratos com interesse transfronteiriço certo e àqueles que constam do art. 100.º do CPTA, mas que estão excluídos das Diretivas da contratação pública em função do valor, serão aplicáveis as regras fundamentais dos Tratados, cuja transgressão é suscetível de gerar responsabilidade dos EM por violação do DUE. Desta feita, torna-se necessário determinar as condições necessárias para a sua efetivação.

⁷³ Em sentido similar, cfr. Medeiros & Martins, 2013, p. 192, onde os A.(s) referem que o n.º 2 do art. 7.º compreende três situações distintas, uma primeira que se refere aos contratos enunciados e abrangidos pelas Diretivas, correspondentes aos contratos elencados no art. 100.º do CPTA, e cujos limiares estejam acima dos limiares Europeus, em que é aplicável a remissão para o regime da responsabilidade civil constante das Diretivas Recursos; uma segunda situação referente à formação dos contratos públicos que tenham relevância para o mercado interno, mas cujos valores se situem abaixo dos limiares definidos pelas Diretivas ou que não se encontrem previstos nas mesmas, caso em que a remissão do n.º 2 do art. 7.º refere-se às normas e princípios gerais do DUE em matéria de contratação pública (v.g. princípio da transparência, não discriminação, etc); uma terceira e última hipótese referente aos contratos típicos das diretivas mas que não tenham interesse transfronteiriço certo e consequentemente não representam um interesse potencial para os operadores situados noutros EM, caso em que, aos litígios daí decorrentes não se aplica o DUE em matéria de responsabilidade civil, ficando sujeitos ao direito nacional.

⁷⁴ Neste sentido Oliveira H. , 2010; Eiró & Mealha, 2010; Eiró, 2013 e Gomes C. A., 2009.

⁷⁵ Medeiros & Martins, 2013, p. 193.

De origem pretoriana e com berço no tribunal do Luxemburgo nasceu o princípio da responsabilidade dos EM por violação do DUE, o qual visa garantir a plena efetividade da norma europeia⁷⁶. De facto, embora o TFUE consagre, no seu art. 340.º, a responsabilidade extracontratual da União pelos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, não é reconhecido, literal e expressamente, igual direito no caso de violação do direito da UE pelos EM⁷⁷. Não obstante, é precisamente a partir deste preceito que o TJ fundamenta e constrói o princípio em análise, e fá-lo partindo da interpretação segundo a qual o preceito citado remete para os princípios gerais de direito dos EM em cujo ordenamento uma ação ou omissão ilegal origina a obrigação de reparar o prejuízo causado. Acresce que, num número elevado de sistemas jurídicos nacionais, o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi determinantemente estabelecido pela via jurisdicional⁷⁸. Ou seja, o TJ obtém pela via jurisdicional o que a União não logrou pela via normativa⁷⁹. Dito isto, não podíamos deixar de trazer à colação alguns dos acórdãos⁸⁰ que representam verdadeiros marcos decisores e que contribuíram para o atual estado da arte.

Importa recordar que foi no famoso ac. Francovich⁸¹ que o TJ lançou as premissas do regime da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violação do direito europeu. Neste aresto, o TJ evidenciou que este princípio é inerente ao sistema do Tratado, válido para qualquer violação, e abrange qualquer órgão do Estado de onde decorra a ação ou omissão fundadora do incumprimento, representando um corolário da plena execução e eficácia das normas europeias. Trata-se, no fundo, de assegurar quer o princípio da efetividade do direito europeu na ordem interna dos EM, quer a garantia de tutela jurisdicional efetiva do DUE pelos tribunais nacionais⁸². Contudo, foi em *Bresserie du pêcheur/ Factortame*⁸³ que o TJ confirmou e robusteceu esta jurisprudência, esclarecendo que o princípio da responsabilidade da União por danos causados pelos seus agentes e instituições previsto no atual art. 340.º do TFUE remete para os princípios gerais comuns aos direitos dos EM e que, por força da remissão operada, é expressão do princípio geral de direito reconhecido pelas ordens jurídicas dos EM (v. n.ºs 28 e 29). Neste caso, o TJ clarificou as condições traçadas em Francovich que

⁷⁶ Eiró, 2013, p. 101.

⁷⁷ Neste sentido, Oliveira H., 2010; Eiró, 2013 e Mesquita M. J., 2011.

⁷⁸ Cfr. *Bresserie du pêcheur/ Factortame*, proc. n.º C-46/93 e C-48/93 de 5/03/96.

⁷⁹ Neste sentido, Duarte, 2018, p. 78, onde a A. refere terem sido avançadas várias propostas a fim de incluir-se o dever de indemnizar por parte dos EM no texto do tratado, porém nenhuma foi acolhida.

⁸⁰ Ressalvando-se que não se tratará de uma análise exaustiva, mas meramente exemplificativa de alguns acórdãos que, do nosso ponto de vista, merecem citação para o ponto em apreço.

⁸¹ Ac. do TJUE de 19/11/1991, proc. n.º C-6/90 e 9/90.

⁸² Como refere Quadros, 2008, p. 509, “constitui um dever dos poderes públicos do Estado assegurarem a plena eficácia da norma comunitária, bem como o seu efeito útil, na ordem interna”. Este princípio tem igual valor quer para as normas e atos com aplicabilidade direta, como para aqueles que dependem de transposição pelo EM.

⁸³ Ac. do TJ de 05/03/96, proc. n.º C-46/93 e C-48/93.

devem estar cumulativamente satisfeitas para que se reconheça um direito à reparação: i) que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; ii) que a violação seja suficientemente caracterizada; iii) que exista nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas⁸⁴. No entanto, o ac. Hedley Lomas⁸⁵ foi a primeira decisão em que o TJ se debruçou especificamente sobre a responsabilidade civil extracontratual de um EM por violação do DUE pela administração, afirmando que as três condições estabelecidas no ac. *Brasserie du pêcheur* / *Factortame* são plenamente aplicáveis. Depuremos então essas condições.

A. Que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares

O primeiro pressuposto que tem de estar verificado é que a norma violada confira direitos aos particulares e que o conteúdo desse direito possa ser determinado por recurso à mesma norma⁸⁶. Segundo Eiró, o termo “direito” pretende operacionalizar a teoria do efeito direto, sendo o termo que se convoca para orientar a conduta dos EM quanto à transposição das diretivas, sendo ainda o conceito chave para o preenchimento desta primeira condição⁸⁷. A este respeito, em *Francovich*, o TJ determinou que “o resultado prescrito pela diretiva implique a atribuição de direitos a favor dos particulares”⁸⁸ e que essa atribuição seja “do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas”⁸⁹. Verificados estes requisitos, as disposições da Diretiva podem ser invocadas, não obstante a sua falta de transposição no prazo legal ou contra qualquer disposição nacional que se mostre desconforme. Ora, o ato ou omissão tem de ser analisado casuisticamente em função do concreto procedimento de formação do contrato em que se insere e cujas regras específicas deve respeitar. Todavia, para que mereça a tutela indemnizatória, não basta que a atuação viole normas e princípios jurídicos. É ainda necessário que dessa ilicitude resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos⁹⁰.

⁸⁴ V. n.º 51.

⁸⁵ Ac. do TJ de 23/05/1996, proc. C-5/94.

⁸⁶ Eiró, 2013, p. 111.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Cfr. ac. *Francovich* já citado, n.º 40.

⁸⁹ Cfr. ac. *Francovich* já citado, n.º 11.

⁹⁰ Mealha, 2008, p. 107.

B. Violação suficientemente caracterizada

O segundo pressuposto de que depende a responsabilidade do EM é que a violação da norma seja “suficientemente caracterizada”. Ou seja, importa, nesta sede, determinar se o comportamento reprovado da EA deve revestir-se de alguma característica especial a fim de ser imposta a obrigação de indemnizar.

- Inexigibilidade do juízo de culpa

A culpa é o juízo de censura através do qual se imputa o facto ao lesante (art. 483.º n.º 1 do CC). É o juízo subjetivo, ou seja, a “preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”⁹¹. Neste âmbito, o DUE repugna que a violação suficientemente caracterizada seja decalcada do conceito da culpa, pois tal colocaria em causa o direito à reparação, cujo fundamento redunda na ordem jurídica europeia⁹².

- Violação suficientemente caracterizada

Concatenadas as várias decisões em que o tribunal do Luxemburgo escalpelizou esta condição, constatamos que os critérios utilizados têm oscilado e são modelados conforme o tipo de responsabilidade em apreço: legislativa, administrativa ou judicial⁹³.

Concretizando. No caso *Köbler*, em que se discutia a responsabilidade pela função jurisdicional, o TJ entende que aquela só se verificará “no caso excepcional de o juiz ter ignorado de modo manifesto o direito aplicável”⁹⁴⁻⁹⁵, explicando que tal exigência decorre da especificidade da função jurisdicional e da necessidade de segurança jurídica. Em *Hedley Lomas*, no qual se discutia a responsabilidade administrativa, o TJ decidiu que o preenchimento da segunda condição deve considerar quais as condições normativas e margem de apreciação aquando da prática da infração, se estas eram reduzidas ou inexistentes então a simples infração ao DUE pode bastar para preencher a segunda condição. No entanto, o TJ admite que alguns elementos objetivos e subjetivos que podem estar associados ao conceito de culpa podem ser relevantes para aferir se a violação do DUE é ou não caracterizada, ressalvando que os prejuízos causados aos

⁹¹ Sousa & Matos, 2008, p. 25.

⁹² Cfr. ac. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., n.ºs 78 e 79.

⁹³ Cfr. ac. *Köbler* de 30/09/2003, proc. C-224/01; e *Traghetti* de 13/06/2006, proc. C-173/03.

⁹⁴ Cfr. ac. *Köbler*, cit., n.º 53.

⁹⁵ No ac. *Traghetti* o TJ esclarece que: “Para determinar se esta condição se encontra preenchida, o juiz nacional a quem caiba conhecer de um pedido de indemnização deve, a este respeito, ter em consideração todos os elementos que caracterizam a situação que lhe é submetida, designadamente, o grau de clareza e de precisão da regra violada, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito, a atitude eventualmente adoptada por uma instituição comunitária, bem como o não cumprimento, pelo órgão jurisdicional em causa, da sua obrigação de reenvio prejudicial por força do artigo 234.º, terceiro parágrafo, CE” (n.º 32).

particulares não podem ficar subordinados a uma condição extraída do conceito de culpa, por tal poder perigar o direito à indemnização.

Relativamente à densificação do conceito de “violação suficientemente caracterizada”, cotejados os diversos arestos produzidos pelo TJ constatamos que são fornecidas algumas concretizações do conceito. Assim, verifica-se uma “violação suficientemente caracterizada” quando a norma ou regra violada for suficientemente clara e precisa; quando a margem de discricionariedade for reduzida; o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado e do prejuízo; a falta de transposição de uma Diretiva quando o prazo para o efeito já tenha terminado; ou quando após uma decisão de incumprimento proferida pelo TJ o EM perpetua a conduta condenada. Porém, quanto à responsabilidade das EA, face ao entendimento propugnado em Hedley Lomas, somos a concluir que o pressuposto em análise é apreciado de forma aligeirada, em que o preenchimento do segundo requisito se basta com a violação do DUE ou nacional, independente de culpa ou dolo por parte daquelas, aproximando-se do regime da responsabilidade objetiva⁹⁶.

C. Nexos de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido

Aqui chegados, importa determinar como se processa a reparação dos danos compreendidos na obrigação de indemnização, sendo doutrina assente que nessa obrigação não cabem todos os danos sobrevindos ao facto constitutivo da responsabilidade⁹⁷. Desta feita, entre o facto e o dano exige-se um nexo causal que não se reduz à simples coincidência ou sucessão cronológica⁹⁸. A este respeito, o TJ determinou que deve existir um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao EM e o prejuízo sofrido pelo lesado, porém a sua concretização é remetida para os órgãos jurisdicionais de acordo com a legislação nacional aplicável⁹⁹. Dito isto, caberá procurar na nossa legislação nacional a densificação desta última condição. As regras da causalidade encontram-se vertidas no art. 563.º do CC, não existindo no direito administrativo norma equivalente.

A norma citada reza o seguinte: “[A] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

⁹⁶ Em sentido divergente, EIRÓ, 2013, p. 516, que defende que “o TJ rejeita expressamente esta condição adicional da obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes”.

⁹⁷ Varela, 2010, p. 879.

⁹⁸ Varela, 2010, p. 879.

⁹⁹ Cfr. Shebesta, 2016, p. 47, onde a A. refere que algumas das decisões prejudiciais apreciadas pelo TJ acerca das condições da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares em consequência da violação do direito comunitário, quando apreciados pelos respetivos tribunais nacionais improcederam precisamente com base na falta de causalidade.

É relativamente pacífico que, dentre as várias teorias normativas da causalidade¹⁰⁰, o preceito citado consagra a teoria da causalidade adequada, devendo adotar-se a sua formulação negativa, correspondente aos ensinamentos de Ennecerus-Lehmann¹⁰¹. De acordo com esta teoria, a condição deixará de ser causa do dano sempre que seja de todo indiferente para a produção do mesmo e só se tenha tornado condição dele em virtude de circunstâncias excepcionais.

Por outras palavras, para que haja responsabilidade civil, é necessário que o dano possa ser objetivamente imputado ao facto voluntário; portanto, tem de se verificar o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática desse, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do dano¹⁰². A avaliação da previsibilidade é efetuada mediante um juízo virtual de prognose realizado após a ocorrência do facto voluntário e do resultado.

Na responsabilidade pré-contratual ter-se-á de proceder a um juízo de prognose póstuma, determinando-se qual a probabilidade de os danos não terem ocorrido se não tivesse sido praticado o ato ilícito. A propósito da legislação nacional aplicável, o TJ esclareceu no caso *Rechberger*¹⁰³ que, estando provada a existência de nexo de causalidade direto, a responsabilidade do Estado não pode ser afastada pela ocorrência de acontecimentos excepcionais ou imprevisíveis.

Escalpelizadas as condições que devem estar reunidas para que se verifique responsabilidade civil extracontratual dos EM por violação do DUE, abordaremos, de seguida, o tipo de indemnização prevista nas Diretivas Recursos.

3.2.2. As Diretivas Recursos – indemnização e condições

Na análise efetuada no capítulo precedente concluímos que as Diretivas Recursos pretenderam implementar um conjunto de “remédios” vocacionados exclusivamente para os contratos públicos abrangidos pelas Diretivas da contratação pública, cujo objetivo último é “garantir a aplicação efectiva do bloco legal comunitário de contratação pública”¹⁰⁴. Entre o leque de remédios aí previstos encontra-se a concessão de indemnização, a qual, embora seja “um processo principal e autónomo”, também representa um mecanismo de “garantia a jusante dos outros recursos, previstos nas diretivas”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Referimo-nos à teoria da *conditio sine qua non*; à teoria do escopo da norma violada e à teoria das esferas do risco, porém no presente não nos é possível discurrir sobre as mesmas. Para melhor compreensão do problema veja-se, por exemplo, Varela, 2010, Costa M. J., 2000 e Barbosa, 2018.

¹⁰¹ Varela, 2010, p. 900.

¹⁰² Varela, 2010, p. 900.

¹⁰³ Cfr. ac. *Rechberger* de 15/06/1999, Proc. n.º C-140/97, cit., n.º 77.

¹⁰⁴ Eiró, 2013, p. 486.

¹⁰⁵ Mealha, 2008, p. 106.

Relativamente à obrigação de indemnizar, a Diretiva 89/665, no seu art. 2.º n.º 1, al. c), apenas dispõe que, em caso de violação das regras de adjudicação de contratos públicos, os EM devem prever a possibilidade de ser concedida indemnização. No entanto, esta norma não concretiza quais as condições que devem estar verificadas para que a EA possa ser responsabilizada, nem contém qualquer indicação quanto à determinação do montante da indemnização¹⁰⁶.

Por sua vez, a Diretiva 92/13, no art. 2.º n.º 7, contém indicações mais precisas, dispondo que:

“Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”.

Note-se que, apesar da importante revisão operada pela Diretiva 2007/66/CEE, do Parlamento e do Conselho, de 11/12/2007¹⁰⁷, estas disposições não foram alteradas¹⁰⁸.

Analizada a letra da lei, parece-nos que esta indemnização se vocaciona ao dano objetivo, materializado nos “custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato”. Destarte, a disposição citada limita-se a estabelecer um limiar mínimo de ressarcibilidade, mas sem subtrair aos EM a liberdade de definir quais os critérios para que seja concedida indemnização por outro tipo de danos¹⁰⁹, desta forma se respeitando o princípio da autonomia processual daqueles. A este respeito, Vera Eiró, na sua dissertação de Doutoramento, defende que os danos prescritos no n.º 7, art. 2.º da Diretiva 92/13 correspondem aos “danos de mercado”¹¹⁰, cujo fundamento reside na necessidade de “tutela do mercado

¹⁰⁶ Em *Combinatie Spijker Infrabouw*, o TJ reconheceu que a Diretiva 89/665 não enumera os pressupostos de que depende a verificação de responsabilidade por parte da entidade adjudicante, nem esclarece a forma de determinação do montante de indemnização que pode ser condenada a pagar, n.º 86.

¹⁰⁷ Transposta para o direito nacional pelo D.L. n.º 131/2010, de 14/12.

¹⁰⁸ A este propósito e referindo-se à alteração promovida pela revisão de 2007 das Diretivas Recursos e a omissão do legislador quanto às condições da indemnização veja-se (Shebesta, 2016). Onde a A. escreve que a omissão do legislador pode ser interpretada como uma opção política dos EM. (tradução da responsabilidade da signatária) [“The omission can be interpreted as a perceived lack of political will on behalf of the Member States, competence or need”].

¹⁰⁹ Em *Brasserie du Pêcheur e Factortame* o TJ é esclarecedor quanto à questão dos danos afirmando no § 88 que o direito da união não fornece critérios específicos quantos aos diferentes tipos de danos, os quais devem ser determinados em conformidade com o direito nacional, ressalvando que os critérios nacionais fixados não podem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a sua reparação.

¹¹⁰ Para Eiró, 2013, pp. 451-452, “a obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes é um conceito autónomo de direito da União Europeia, compreendido em função de um *sistema de remédios de contratação pública*” (itálico da A.). Cujo objetivo é garantir a aplicação efetiva das diretivas da contratação pública. Quanto ao fundamento desta obrigação, a A. defende que visa incentivar os concorrentes lesados por uma violação procedimental a reagir perante os órgãos de recurso nacionais. Já quanto à finalidade, a obrigação de indemnizar pretende tutelar o interesse público decorrente da construção do mercado interno.

interno”¹¹¹ prosseguida pelas Diretivas Recursos¹¹². Desta feita, a indemnização tutelada pelas Diretivas Recursos tem “uma finalidade garantística, ou ampliativa, do âmbito da responsabilidade das entidades adjudicantes e não uma finalidade restritiva”¹¹³.

Face à concretização oferecida por este preceito, parte da doutrina tende a considerar que os pressupostos aí definidos são aplicáveis *tout court* aos contratos abrangidos pela Diretiva 89/665¹¹⁴. Em abono desse entendimento é dito que a “tutela acrescida [oferecida pela Diretiva 92/13] não encontra justificação na natureza jurídica da entidade adjudicante nem no sector em que opera”¹¹⁵, o que torna injustificável a aplicação de diferentes regimes entre os setores abrangidos por cada uma das Diretivas¹¹⁶.

Isto posto, face ao objetivo prosseguido pelas Diretivas Recursos, v.g. *enforcement* das Diretivas da Contratação Pública, de facto não se compreende qual a intenção do legislador na diferenciação textual, mas acreditamos que, certamente, não terá sido a de criar maior tutela nos setores especiais¹¹⁷⁻¹¹⁸.

A atribuição desta indemnização, que, no fundo, corresponde ao interesse contratual negativo, depende da verificação de duas condições: *primo*, prova da violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõem; *secundo*, que o concorrente teria tido uma possibilidade real de o contrato lhe ser adjudicado, a qual foi prejudicada por essa violação.

A. Violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõem

A primeira condição para verificação desta indemnização decorre da violação das regras constantes nas diretivas da contratação pública, das regras ou princípios previstos

¹¹¹ Eiró, 2013, p. 451.

¹¹² Neste sentido ver ainda Gomes, P.C., 2012, p. 161, embora o A. não recuse “uma possível identidade denexo causal entre o dano da perda de lucro e os danos com os custos de apresentação da proposta e participação no procedimento”.

¹¹³ Ferreira, 2018, p. 83.

¹¹⁴ Cfr. Mealha, 2008 e Eiró, 2013, pp. 404-408.

¹¹⁵ Eiró, 2013, p. 407.

¹¹⁶ Porém, a contribuição da jurisprudência do TJ não é clara. Veja-se que, no ac. *Combinatie Spijker* o TJ teve oportunidade de esclarecer se as condições estabelecidas na Diretiva 92/13 eram extensíveis à Diretiva 89/665 e não se pronunciou. Neste aresto o TJ escreveu que a disposição constante do art. 2.º n.º 1 al. c) é uma concretização do princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por violação do DUE. Uma vez que a jurisprudência europeia não determinou, relativamente aos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos, critérios mais detalhados, deve atentar-se nos requisitos definidos, nomeadamente, nos casos *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur*/ *Factortame* e *Hedley Lomas*. Julgamos, de acordo com alguma doutrina, que a omissão de tomada de posição por parte do TJ deveu-se mais ao princípio do respeito da autonomia processual dos EM.

¹¹⁷ Neste sentido Caranta, 2011, Eiró, 2013 e Mealha, 2008, p. 111.

¹¹⁸ A respeito da extensão da aplicação das condições estabelecidas na Diretiva 92/13 à Diretiva 89/665 veja-se as conclusões do Advogado-Geral em *Combinatie Spijker* (n.º 96), onde escreve que “considero que nem a segurança jurídica nem o equilíbrio institucional seriam alterados por se incluir na Directiva 89/665, para efeitos hermenêuticos, os aspectos que abrange em matéria de causalidade e de prova relativamente ao dano objectivo, ou seja, os custos incorridos para participação no concurso”.

nos Tratados ou resultantes da abundante jurisprudência do TJ, ou ainda da violação das normas nacionais que o transpõem.

A respeito deste primeiro requisito é ainda discutido se o seu preenchimento se basta com a simples violação de uma norma, independentemente de esta conferir, ou não, direitos aos particulares, ou se, pelo contrário, terá de se tratar da violação de uma norma que confira direitos aos particulares no sentido estabelecido na doutrina Francovich¹¹⁹.

A este propósito, Steen Treumer sugere uma aproximação, por analogia, entre a lei da contratação pública e a lei da discriminação de género, em que esta última se basta com a mera violação do bloco legal para poder haver lugar à aplicação de uma sanção¹²⁰. De facto, a letra do preceito aponta no sentido de o preenchimento desta condição se bastar com a mera violação de uma norma, mas “ainda que se considere que a mera ilegalidade não basta para acionar esta obrigação de indemnizar, deve entender-se que as especiais características do bloco legal comunitário de contratação pública preenchem, de forma adequada, este primeiro pressuposto”¹²¹.

Vertendo estas considerações no regime constante do RRCEE, nomeadamente no que se encontra disposto no seu art. 9.º, resulta que o mesmo será inaplicável às situações compreendidas no tipo de indemnização em apreço, na medida em que aquele preceito determina que a violação da norma deverá traduzir-se na ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos¹²²⁻¹²³.

B. Inexigência de juízo de culpa

No que respeita ao juízo de culpa, o TJ, nos ac.(s) Strabag¹²⁴ e Stadt Graz¹²⁵, debruçando-se sobre a interpretação da redação dos arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, 5 e 6 e do considerando sexto da Diretiva 89/665, clarificou que tais preceitos não determinam que a violação da legislação relativa aos contratos públicos deva revestir características especiais, como a culpa provada ou presumida da EA, ou a de não estar abrangida por nenhuma causa de isenção da responsabilidade. Nestes arestos, o TJ recorda e robustece a jurisprudência resultante do ac. Comissão/ Portugal, ou seja, que a Diretiva 89/665 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que faz

¹¹⁹ Eiró, 2013, p. 484.

¹²⁰ Treumer, 2011, p. 156.

¹²¹ Eiró, 2013, p. 484.

¹²² Neste sentido veja-se Eiró, 2013, pp. 501-502 e a jurisprudência aí citada na nota de rodapé n.º 1267.

¹²³ Em sentido contrário Mealha, 2008, p. 107, para quem “não basta caracterizar a actuação como violadora de normas ou princípios jurídicos. Exige-se também a *ilicitude* desse facto, ou seja, que dessa actuação anti-jurídica resulte a *ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*” (itálico da A.).

¹²⁴ Ac. Strabag de 30/09/2010, proc. C-134/09, cit., n.º 35.

¹²⁵ Ac. do TJ de 30/09/2010, proc. C-314/09.

depende o direito de indemnização ao carácter culposo dessa violação, mesmo que a legislação interna assente na presunção de culpa.

C. Possibilidade real

Resulta do n.º 7, do art. 2.º da Diretiva 92/13/CEE que, para que seja atribuída indemnização dos “danos de mercado”, o concorrente lesado tem de provar que teria tido uma “possibilidade real” de aquele contrato lhe ser atribuído. Como reconhece a doutrina autorizada¹²⁶, as condições que vão determinar a atribuição desta indemnização afastam-se da teoria da causalidade adequada e de dano indemnizável, antes se tratando de “uma pretensão indemnizatória autónoma, cuja aplicação depende da verificação de pressupostos que não se confundem com os pressupostos da responsabilidade civil”¹²⁷.

A possibilidade real terá de demonstrar um grau de probabilidade por recurso a um juízo de prognose póstuma aferido casuisticamente em função “do teor do ato em causa, do momento do procedimento em que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de danos invocados”¹²⁸. Recorrendo às palavras expressivas de Esperança Mealha, “[A] possibilidade real será menos do que a demonstração de que o lesado seria o efectivo selecionado no final do procedimento adjudicatório, mas é mais do que a possibilidade meramente hipotética de ganhar”¹²⁹. A este propósito, no ac. do TCAN¹³⁰ sumariou-se que, em matéria de responsabilidade civil pré-contratual, o nexo de causalidade deve ser apurado por referência ao que se encontra disposto no n.º 7, art. 2.º da Diretiva 92/13/CEE, ficando subordinado à demonstração e prova da “possibilidade real” do contrato ser adjudicado ao contraente preterido, defendendo-se que o comando ínsito naquela diretiva deve considerar-se aplicável a todos os procedimentos da contratação pública. Neste aresto, o TCAN esclarece que, na terminologia legal, trata-se de uma possibilidade e não de uma efetiva atribuição real do contrato ao lesado, devendo tratar-se de uma possibilidade real e não hipotética, o que sucederia, por exemplo, na situação hipotética em que, embora a proposta do lesado tenha sido admitida, foi graduada numa posição que torna praticamente improvável a sua vitória no concurso.

Em jeito de conclusão, podemos avançar que o âmbito da indemnização constante das Diretivas Recursos pode ser vista como uma “teoria de dois passos”¹³¹, em que primeiro visa reembolsar os chamados “danos de mercado”, e os demais danos,

¹²⁶ Como salienta Gomes, P.C., 2012, p. 160, neste tipo de indemnização, “o busílis para estabelecer um nexo de causalidade é o conceito de possibilidade real”.

¹²⁷ Eiró, 2013, p. 537.

¹²⁸ Mealha, 2008, p. 112.

¹²⁹ Mealha, 2008, p. 112.

¹³⁰ Ac. de 04/11/2011, proc. 213/06.1BELLE.

¹³¹ Eiró, 2013, p. 544.

correspondentes ao dano emergente ou lucro cessante¹³², serão apurados num segundo passo, por recurso às condições fixadas no regime da responsabilidade civil extracontratual dos EM por violação do DUE acima indicados. Não se olvidando que, como é apontado pela doutrina autorizada, quando sejam indemnizados os danos correspondentes ao dano emergente ou ao lucro cessante, já não são indemnizáveis os custos com a participação no procedimento, por corresponderem a despesas que o lesado sempre teria de ter suportado¹³³.

Sem dúvida que melhor teria andado o legislador pátrio se tivesse optado, à semelhança do legislador alemão, por criar uma norma específica para este tipo de indemnização, alargando o seu âmbito de aplicação a todos os setores da contratação pública¹³⁴.

4. Dano

Para que haja obrigação de indemnizar, não basta que estejam verificados os requisitos atrás apontados. É ainda necessário que se tenha verificado um dano ou prejuízo que mereça tutela jurídica. O escopo desta obrigação é tornar indemne, ou seja, sem dano, o lesado, colocando-o na situação em que estaria na ausência do facto danoso¹³⁵.

No que respeita à determinação e extensão dos danos indemnizáveis ou do prejuízo, o DUE não oferece critérios específicos para a sua determinação. A este respeito, recorde-se que, no ac. Rewe, o TJ afirma que “compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro fixar os critérios com base nos quais o prejuízo resultante de uma violação do direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos deve ser determinado e avaliado”¹³⁶.

Deste modo, o TJ, ancorando-se no princípio da autonomia processual dos EM, tem mantido o entendimento constante de que cabe a cada EM proceder à materialização dos critérios e tipos de danos indemnizáveis. Mais, dando nota que esses critérios não podem ser menos favoráveis do que os estabelecidos para pretensões semelhantes baseadas no direito interno e não podem ser determinados de modo a impossibilitar ou tornar excessivamente difícil a reparação¹³⁷, ou seja, devem ser respeitados os princípios da equivalência e da efetividade¹³⁸. O TJ também já se pronunciou no sentido de que, a título do prejuízo reparável, o afastamento total do lucro cessante não pode ser aceite,

¹³² Neste sentido, Eiró, 2013, pp. 537-538.

¹³³ Cadilha C. F., 2017, p. 94.

¹³⁴ Veja-se Ferreira, 2017, p. 79; Burgi, 2011, pp. 143-147 e Pinto P. M., 2010, pp. 279-283.

¹³⁵ Pinto C. A., 2005, p. 128.

¹³⁶ Ac. do TJ de 16/12/1976, proc. 33/76.

¹³⁷ Cfr. Brasserie du Pêcheur e Factortame, cit., n.º 83.

¹³⁸ Cfr. Combinatie Spijker Infrabouw, cit., n.º 92.

por se mostrar suscetível de tornar impossível ou muito difícil a reparação do prejuízo¹³⁹⁻¹⁴⁰.

No âmbito do RRCEE, o art. 3.º é a norma que nos fornece as condições gerais para a determinação da responsabilidade, bem como para a determinação das suas consequências e fixação do objeto da prestação indemnizatória ou compensatória¹⁴¹. Da leitura do preceito constatámos que a lei privilegia que a reconstituição da situação em que o lesado estaria sem a infração seja operada mediante a reconstituição natural (art. 3.º n.º 1 do RRCEE).

Como assinala Nuno Trigo Reis, do art. 3.º “podemos retirar três significados fundamentais: a afirmação do princípio do ressarcimento integral dos danos; o apuramento do dano segundo um juízo comparativo entre uma situação real, fáctica, e uma outra situação, hipotética ou idealizada (a consagração da teoria da diferença); a prioridade da reconstituição natural como forma de remoção do dano”¹⁴². Por sua vez, o n.º 3 determina que a responsabilidade em causa “compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito”. A este respeito, é reconhecido que a referência aos termos gerais de direito “parece remeter-nos para os artigos do Código Civil que definem um conjunto de regras de aplicação geral a toda a responsabilidade civil, por ser aí que o instituto está mais e há mais tempo regulado”¹⁴³.

4.1 Categorias de danos

As categorias de danos ressarcíveis podem abranger situações de danos reais e danos patrimoniais, danos presentes e danos futuros, bem como danos não patrimoniais.

Os danos reais correspondem à “perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”¹⁴⁴.

Já os danos patrimoniais consistem nos prejuízos que são suscetíveis de avaliação pecuniária e podem ser reparados ou indemnizados, quer por via da reparação específica, quer por via de indemnização por equivalente. Estes são o “reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”¹⁴⁵, determinado de acordo com a teoria da diferença refletida no art. 566.º n.º 2 do CC. O dano patrimonial compreende o dano emergente e

¹³⁹ Cfr. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., n.º 87.

¹⁴⁰ Como refere Shebesta, 2016, p. 27, a temática dos danos mostra-se uma área difícil de legislar onde existe muita tensão entre os EM, em que a omissão constatada nas Diretivas-Recursos são uma opção legislativa.

¹⁴¹ Reis, 2018, p. 312.

¹⁴² Reis, 2018, p. 312.

¹⁴³ Calvão, 2013, p. 92.

¹⁴⁴ Varela, 2010, p. 598.

¹⁴⁵ Varela, 2010, p. 598.

o lucro cessante ou lucro frustrado, na medida em que o art. 564.º n.º 1 do CC diz que deve atender-se “não só ao prejuízo causado, como aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”. Desta feita, o dano emergente corresponde à privação de vantagens que já existiam na esfera jurídica do lesado à data da lesão e os lucros cessantes correspondem aos benefícios que o lesado deixou de obter em virtude do facto ilícito, mas que à data da lesão ainda não tinha direito (art. 564.º, n.º 1 do CC)¹⁴⁶.

Os danos presentes são aqueles que já ocorreram no momento da determinação da indemnização; por contraposição a estes existem os danos futuros, que ainda não ocorreram no momento de fixação da indemnização (art. 564.º n.º 2 CC).

Por último, os danos não patrimoniais (ou danos morais) são os prejuízos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária e não são separáveis da própria pessoa e das suas concepções de valor¹⁴⁷.

Uma vez que o n.º 2, do art. 3.º do RRCEE prioriza a reparação do dano através da reconstituição natural, esta só será afastada perante a verificação de impossibilidade de cumprimento, o que determinará a modificação do seu objeto, ou seja, a prestação será substituída ou complementada pela indemnização pecuniária. No caso de a compensação ser prestada por um equivalente pecuniário, terá que se recorrer ao regime ínsito no art. 496.º do CC, de onde decorre que “(n)a fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Desta feita, o montante da indemnização será equitativamente fixado pelo tribunal, nos termos dos artigos 496.º n.º 3 e 494.º do CC, atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica e a do lesado, bem como demais circunstâncias do caso¹⁴⁸.

Identificadas que estão as classes de danos indemnizáveis, no próximo ponto propomo-nos abordar o tipo de indemnização a arbitrar pela prática de ilegalidades pré-contratuais.

4.2 O regime da culpa *in contrahendo* e a indemnização nos termos gerais

Para uma parte da doutrina¹⁴⁹ e da jurisprudência¹⁵⁰, a responsabilidade resultante de ilegalidades cometidas no procedimento adjudicatório deve ser aproximada ao instituto da culpa *in contrahendo* constante do art. 227.º do CC. Tal enquadramento é justificado pelo facto de esses atos ilegais serem praticados na fase de formação do

¹⁴⁶ Varela, 2010, pp. 598-599.

¹⁴⁷ Reis, 2018, p. 354.

¹⁴⁸ Ferreira, 2018, p. 30.

¹⁴⁹ Ver, por exemplo, Cadilha C. F., 2017, p. 91 e Ferreira, 2017.

¹⁵⁰ Cfr. ac.(s) do STA de 14/01/2016, proc. n.º 01403/12; de 07/03/2006, proc. n.º 0965/03 e de 31/10/2006, proc. n.º 0875/05.

contrato, respeitante às negociações preliminares, e como tal correspondentes ao regime regulado pelo art. 227.º do CC. Dado esse enquadramento normativo, na maioria dos casos, a pretensão indemnizatória do lesado fica reduzida à exiguidade dos danos associados ao interesse contratual negativo¹⁵¹, correspondentes às despesas e encargos suportados com a apresentação da proposta e participação no procedimento, só excecionalmente se admitindo a indemnização pelos danos associados ao interesse contratual positivo ou dano de confiança¹⁵².

Todavia, esta tendência tem vindo a esvanecer-se, verificando-se uma evolução doutrinária e jurisprudencial¹⁵³ no sentido de considerar que o problema da medida do dano deve ser apurado por recurso às regras gerais da responsabilidade civil presentes no art. 562.º do CC, entendimento que se mostra consentâneo com o art. 3.º n.º 3.º do RRCEE¹⁵⁴.

De facto, as especiais características que gravitam no âmbito do procedimento de adjudicação dos contratos públicos, as obrigações e deveres a que as partes se encontram vinculadas, como seja a existência do dever de contratar (art. 76.º do CCP) e a obrigação de manutenção das propostas por parte dos concorrentes (art. 68.º CCP), não têm correspondência no direito privado, pelo que não lhes poderá ser extensível tal regime. Aliás, a propósito do direito privado, refere Galvão Telles¹⁵⁵ que as negociações, pela sua própria natureza, não são vinculativas e qualquer dos interessados tem, em princípio, o direito de as romper. Na esfera jurídica da Administração, não se constata a existência de faculdade semelhante, inexistindo poder discricionário na emissão do ato de adjudicação. Como refere Pedro Sánchez, “a conclusão do procedimento com um ato de adjudicação é uma obrigação com força normativa real, e não uma mera declaração de princípios (...), a prática desse acto administrativo constitui um dever jurídico”¹⁵⁶. Defendemos, outrossim, que a indemnização a arbitrar deve ser apurada por recurso ao art. 3.º do RRCEE, conjugado com o que se encontra disposto nos arts. 562.º e ss. do CC.

Desta feita, resulta que não é relevante a distinção entre interesse contratual negativo e positivo, devendo atender-se, sim, aos factos em discussão e à prova carreada

¹⁵¹ A indemnização pelo interesse contratual negativo (ou dano de confiança) visa repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respetiva conclusão. Por sua vez, a indemnização pelo interesse contratual positivo (ou dano de cumprimento) destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse cumprido. Neste sentido, Costa M. J., 2000, p. 598.

¹⁵² Cfr. Pinto P. M., 2010, pp. 284-287, onde o A. admite a indemnização pelo interesse contratual negativo ou positivo, cuja medida deverá ser aferida a partir da “exacta identificação da violação de deveres pré-contratuais de que se queixa o demandante”.

¹⁵³ Vide, por exemplo, ac. do TCAS de 24-11-2016, proc. n.º 13745/16; e ac. do TCAN de 04-11-2011, proc. n.º 00213/06.1BELLE.

¹⁵⁴ Neste sentido, Mealha, 2008, p. 114; Eiró, 2013, pp. 617-622; Sánchez, 2015 e Pinto P. M., 2010, pp. 279-283, onde este último refere que “[N]a doutrina [Alemã] já se autonomizou o regime de indemnização no caso de concursos públicos do da *culpa in contrahendo*” (itálico do A.).

¹⁵⁵ Telles, 2010.

¹⁵⁶ Sánchez, 2021, pp. 369-370.

para os autos, sendo esta que irá determinar o quantum indemnizatório que, nalgumas situações, poderá corresponder ao interesse contratual negativo, mas noutras poderá corresponder ao interesse contratual positivo e até à perda de chance.

3.3 Perda de chance

A perda de chance¹⁵⁷ é uma figura de construção pretoriana, sem respaldo legal, que teve origem e desenvolvimento noutros ordenamentos jurídicos¹⁵⁸, tendo vindo a penetrar de forma progressiva, mas não controversa, o nosso ordenamento nacional.

Historicamente, a perda de chance, ou perda de oportunidade¹⁵⁹, começou por surgir no âmbito da responsabilidade civil obrigacional, decorrente da dificuldade de verificação do nexo de causalidade entre um determinado ato que demonstra ser fundamento da responsabilidade do seu autor e a consequente frustração da concretização de um determinado resultado futuro em prejuízo do lesado¹⁶⁰. Uma vez que o resultado está investido de uma álea, não se consegue afirmar que, sem aquele ato, esse resultado se teria efetivamente produzido. Não se conseguindo demonstrar que o ato é consequência necessária da produção do dano – perda do resultado final – e dada a exigência de verificação do nexo de causalidade, a reparação do dano é afastada¹⁶¹. A virtude da teoria da perda de chance é a de permitir ultrapassar a lógica do tudo ou nada que está agregada à responsabilidade civil, permitindo a atribuição de uma indemnização naquelas hipóteses em que não se consegue provar que o comportamento do lesante foi a causa adequada do dano final¹⁶².

No entanto, o modo como esta doutrina é acolhida e aplicada nos diversos ordenamentos jurídicos é divergente, podendo identificar-se três entendimentos diferentes acerca da perda de chance: há quem entenda tratar-se de um dano em si mesmo¹⁶³; outros que defendem que a perda de chance atenua a causalidade¹⁶⁴, não

¹⁵⁷ A figura será abordada de forma sucinta, para maiores considerações, veja-se, por exemplo, Ferreira, 2018; Ferreira, 2011; Eiró, 2013; Gomes J. V., 2005; Gomes J. V., 2012; e Alcoz, 2009.

¹⁵⁸ Designadamente em França com a prolação do ac. da Cour de Cassation de 17/07/1889, tendo penetrado noutros ordenamentos nacionais como Estado Unidos, Canadá, Austrália, Bélgica, Holanda, Itália, entre outros. Alcoz, 2009.

¹⁵⁹ Como refere Eiró, 2012, p. 50 a designação portuguesa lexicalmente mais correta é perda de oportunidade.

¹⁶⁰ Pedro, 2018, p. 189.

¹⁶¹ Pedro, 2018, p. 190.

¹⁶² Eiró, 2012, p. 51.

¹⁶³ Neste sentido ver Cadilha C. F., 2017, p. 98 e Pedro, 2018. Ver ainda Costa P. C., pp. 159-160, onde a A. procede a uma breve abordagem do juízo de causalidade, concluindo que em sistemas como o nosso, que não prescindem do juízo de condicionalidade como pressuposto mínimo da causalidade e face à falta de prova de causalidade entre o facto e o dano final, de forma a que não seja totalmente negada indemnização ao lesado, a solução passará por autonomizar o dano da perda de chance como dano autónomo.

¹⁶⁴ Ver Ferreira, 2017, pp. 76-77, onde o A. defende a fungibilidade entre a conceção da perda de chance como dano autónomo, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade. Escrevendo que “a aplicação da teoria da perda de chance, na indemnização por danos patrimoniais, só é dogmaticamente explicável através da rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar, admissível quando existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva *fasquia*, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*” (itálico do A.).

podendo ser vista como dano autónomo; e outros, ainda, que a enquadram como responsabilidade proporcional¹⁶⁵.

Não obstante ser no plano privatístico que as suas raízes estão mais consolidadas¹⁶⁶, a sua prestabilidade e potencialidades estendem-se ao direito público, sobretudo no contexto da contratação pública, “onde a atribuição de iguais oportunidades a todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração aumenta a incerteza, consoante as circunstâncias e o estado mais ou menos avançado em que se encontra o procedimento, sobre o quão forte seria a expectativa de cada autor de uma proposta”¹⁶⁷.

No campo da responsabilidade pré-contratual, que é o tema que nos ocupa, há ainda quem entenda que a perda de chance foi consagrada pelo legislador no n.º 2, art. 7.º do RRCEE, por via da remissão operada para as Diretivas Recursos, em especial para o art. 2.º, n.º 7 al. c), da Diretiva 92/13/CEE¹⁶⁸, por decorrência de nessa norma se exigir, para que seja atribuída indemnização, que o lesado demonstre que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”.

Não podemos concordar com tal entendimento, primeiro porque, como já dissemos, o n.º 2 do art. 7.º, ao remeter para o DUE, não está a referir-se apenas às Diretivas Recursos, mas também, em certas situações, ao regime da responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE.

Segundo, porque defendemos que as condições estabelecidas na al. c), n.º 7, do art. 2.º da Diretiva 92/13/CEE apenas são aplicáveis para aferição dos danos de mercado, sendo os demais danos apurados por recurso às condições estabelecidas no regime da responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE, segundo o qual o nexo de causalidade deve ser apurado de acordo com a lei nacional de cada EM.

No quadro da jurisprudência nacional¹⁶⁹, em especial na área da contratação pública, verificámos que a figura tem obtido aceitação e densificação “na hipótese de a execução de um acto administrativo ilegal ter dado origem a uma situação de facto consumado que torna impossível extrair as devidas consequências da anulação desse acto”¹⁷⁰. Tais hipóteses redundam numa situação de indemnização por impossibilidade legal de execução de sentença¹⁷¹, cujo regime consta dos art.(s) 45.º, 166.º e 178.º do CPTA, aplicável ao contencioso pré-contratual por força do n.º 8 do art. 102.º do CPTA.

¹⁶⁵ Shebesta, 2016, p. 219, que refere que assim é, na maioria dos casos, decididos em França.

¹⁶⁶ Cfr. o ac. uniformizador de jurisprudência do STJ n.º 2/2022, publicado no Diário da República n.º 18/2022, série I de 2022/1/26, pp. 20-42.

¹⁶⁷ Sánchez, 2015, p. 863.

¹⁶⁸ Alcoz, 2009, p. 33, Pinto, 2010, p. 293, e o Ac. do TCAN de 4/11/2011, proc. 00213/06.1BELLE.

¹⁶⁹ Embora nem sempre se utilize a terminologia de perda de chance.

¹⁷⁰ Almeida, 2013, p. 664.

¹⁷¹ Para uma abordagem pormenorizada deste ponto veja-se, por exemplo, Almeida, 2013.

Assim, quando, por ilegalidades cometidas durante o procedimento pré-contratual, seja por preterição ilícita de concorrente, seja por exclusão ou adjudicação ilegal, se torna impossível a execução da sentença por o contrato já se encontrar integralmente cumprido, tal redunda numa causa legítima de inexecução de sentença. Nessas situações, sendo impossível retomar o procedimento concursal, a jurisprudência maioritária tem entendido que se verifica a perda de oportunidade de o concorrente poder obter no concurso um resultado favorável, sendo que essa perda em si mesma constitui um dano gerador de responsabilidade. São várias as decisões, quer do STA¹⁷², quer do TCA¹⁷³, que têm acompanhado e sustentado este entendimento¹⁷⁴.

No STA, veja-se o recente ac. de 13/07/2021, proc. n.º 01676/14.7BEPRT-A. Este caso vem estribado numa situação de adjudicação ilegal a um concorrente cuja proposta deveria ter sido excluída, tendo sido determinada a anulação da deliberação de adjudicação do contrato e ordenada a repetição dos procedimentos devidos. No âmbito da execução da sentença anulatória foi reconhecida a ocorrência de causa legítima de inexecução por o contrato já se mostrar integralmente concluído. O fundamento do recurso cingia-se ao montante da indemnização atribuída, uma vez que ambas as instâncias inferiores haviam concedido uma indemnização que englobava os custos com a apresentação da proposta e os lucros cessantes. O STA determinou que a indemnização devida pela inexecução da sentença visa ressarcir um dano autónomo e que é relativamente a este que deve ser efetuado o juízo de causalidade quanto aos prejuízos que o devem densificar. Assim, a indemnização a arbitrar é sucedânea da reconstituição em espécie que seria aplicável não fora a causa legítima de inexecução. Quanto ao quantum indemnizatório¹⁷⁵, decidiu-se que o mesmo deve ser apurado de acordo com a prova carreada para os autos pelas partes, procedendo-se a uma ponderação da situação jurídica que o exequente perdeu pelo facto da inexecução, sendo que o montante da indemnização visa compensar o dano da inexecução e não os prejuízos individualizados, concluindo-se que, por regra, são ponderados os danos integradores do interesse contratual negativo, mas se a reconstituição da situação conduzir a uma forte probabilidade, ou até certeza, de que a adjudicação teria sido feita ao exequente, nesse caso, podem e devem ser ponderados os danos integradores do interesse contratual positivo. Também neste caso, o STA recordou que determinou que, quando seja arbitrada

¹⁷² Por exemplo, ac.(s) do STA de 20/11/2012, proc. n.º 0949/12; de 30/09/2009, proc. 634/09; e 29/11/2005, proc. n.º 041321.

¹⁷³ Por exemplo, ac.(s) do TCAS de 23/11/2017, proc. n.º 13023/16 e proc. n.º 10999/14, de 16/12/2015.

¹⁷⁴ Na impossibilidade de procedermos a uma citação exaustiva e completa das mesmas, propomo-nos citar apenas alguns exemplos.

¹⁷⁵ A propósito da graduação da indemnização cfr. Almeida, 2013, pp. 678-680.

indenização pelo interesse contratual positivo, está excluída a possibilidade de compensação pelo interesse contratual positivo.

Em suma, a jurisprudência tem entendido que a perda da possibilidade de discutir no concurso a bondade da proposta, ou de proceder à execução da decisão de anulação, constitui um dano. Este dano representa uma oportunidade real, que é um bem em si mesmo, um valor autónomo e atual, distinto da utilidade final que potencia, por isso a perda da oportunidade de conseguir um ganho não é uma mera expectativa, mas um dano certo e causalmente ligado à conduta ilícita.

Relativamente à fixação do respetivo quantum indemnizatório, cotejada a jurisprudência, constatamos que o valor da indemnização depende da posição que o concorrente tinha no concurso gorado. Se ficar demonstrado que o concorrente preterido seria efetivamente o adjudicatário, a indemnização a arbitrar será o resultado da diferença entre o lucro esperado, o preço que o concorrente teria efetivamente de pagar aos seus fornecedores e o preço indicado na proposta. Ao resultado obtido tem ainda de ser descontado o valor das despesas inerentes à execução da proposta e encargos com a participação no concurso. Outras vezes, o tribunal procede à fixação de uma percentagem, por recurso a um juízo de equidade. Note-se ainda que o TCAS esclareceu que o recurso a um juízo de equidade, de acordo com o disposto no art. 566.º, n.º 3 do CC, está reservado para aquelas situações em que não seja possível proceder à quantificação exata dessa perda por recurso aos dados constantes dos autos.

Compaginando a jurisprudência analisada com o DUE, nomeadamente com as Diretivas Recursos, certos de que estas não excluem a indemnização pelo interesse contratual negativo ou positivo, nem pela perda de chance, independentemente da posição que se adote acerca da quantificação do dano, parece-nos que o fundamental é garantir a tutela efetiva do lesado e que a sua pretensão receba tutela indemnizatória condigna. Assim, o quantum da indemnização a conceder deve ser apurado casuisticamente perante o evento que obriga à reparação e mediante a prova efetuada pelo lesado, designadamente a demonstração do nexo causal entre a ilicitude e o prejuízo reclamado.

Conclusão

Ao longo do presente, concluímos que a remissão operada pela parte final do n.º 2 do art. 7.º do RRCEE para o DUE é complexa e convoca um regime dualista. Dualista porque, dependendo da situação a tratar, poderemos ter de avocar o regime constante das Diretivas Recursos ou/e o regime da responsabilidade extracontratual por violação do DUE, tal como construído pelo TJ.

Perante a complexidade e dificuldade prática que o preceito comporta, parece-nos que a solução passaria pela intervenção legislativa. Deste modo, julgamos que se deveria individualizar a indemnização postulada pelas Diretivas Recursos daquela que se destina a tutelar os restantes danos e, quiçá, alargar o seu âmbito de aplicação a todos os procedimentos contratuais, à semelhança do que acontece no ordenamento alemão (v.g. art. 181.º do BGW).

Além disso, sugere-se a reformulação do n.º 2 do art. 7.º do RRCEE, eliminando-se a remissão para o DUE e procedendo-se à identificação das condições determinadas pelo regime da responsabilidade do Estado por violação do DUE que têm de estar preenchidas para que haja lugar à obrigação de indemnização por ilegalidades pré-contratuais.

A par desta alteração, deveria ser ponderado o alargamento da aplicação do preceito a todos os procedimentos contratuais e não apenas aos referidos no art. 100.º do CPTA, assim se harmonizando e alinhando o direito nacional com o direito europeu. Sugerimos a seguinte redação:

“É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos constantes do n.º 1 do art. 16.º do Código dos Contratos Públicos, desde que a regra violada vise conferir direitos aos concorrentes, essa violação seja suficientemente caracterizada e se verifique um nexo de causalidade direto entre aquela violação e o prejuízo sofrido”.

Quanto à indemnização a arbitrar, face às especificidades dos procedimentos da contratação pública, a mesma deve ser apurada de acordo com os factos carreados pelas partes para o processo e a prova produzida, afastando-se a tendência apriorística de cingir os danos a indemnizar ao interesse contratual negativo por recurso ao regime insito no art. 227.º n.º 1 do CC.

Bibliografia

- ALCOZ, L. M. (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, n.º 47, pp. 107-157.
- ALMEIDA, M. A. (2013). Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida. In *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, pp. 663-686. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, M. A. (2021). *Teoria geral do direito administrativo*, 7.ª ed. atual. e ampl. Almedina.
- ARROWSMITH, S. (2006). The paste and the future evolution of EC procurement law: From framework to common code? *Public Contract Law Journal*, vol. 35, no. 3.
- ARROWSMITH, S. (s.d.). *EU public procurement law: An introduction*. University of Nottingham: Asia Link.
- BARBOSA, M. M. (2018). *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, pp. 41-79 (e-book). Revista do Centro de Estudos Judiciários.
- BOVIS, C. H. (2012). Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions. *Common Market Law Review*, pp. 247-290. <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17838/BOVIS%20CMLRev.pdf>.
- BURGI, M. (2011). EU procurement rules – A report about the German remedies system. In S. Treumer, & F. Lichère. *Enforcement of the EU public procurement rules*. European Procurement Law Series, vol. 3, pp. 105-153. Dinamarca: DJOF Publishing Copenhagen.
- CABRAL, M. O. (2017). O contencioso pré-contratual no CPTA revisto: Algumas notas. In *Contencioso pré-contratual*, pp. 53-65 (e-book). Centro de Estudos Judiciários
- CADILHA, C. A. (2011). *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra Editora.
- CADILHA, C. F. (2017). Responsabilidade pré-contratual de entidades públicas. In *Contencioso pré-contratual*, pp. 91-104 (e-book). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- CADILHA, C. F., & CADILHA, A. (2013). *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*. Almedina.
- CALVÃO, F. (2013). Anotação ao artigo 3.º. In *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, pp. 92 e ss. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- CANOTILHO, J. G., & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada: Artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARANTA, R. (2011). Damages: Causation and recoverable losses. In D. Fairgrieve & F. Lichère (eds). *Public procurement law: Damages as an effective remedy*, pp. 167-184. Hart Publishing.
- CARANTA, R. (2011). Many different paths, but are they all leading to effectiveness? In S. Treumer, & F. Lichère, *Enforcement of the EU public procurement rules*, vol. 3, pp. 53-93. Copenhagen: DJOF Publishing Copenhagen.

- CARANTA, R. (2015-1). Remedies in EU public contract law: The proceduralisation of EU public procurement legislation. *Review of European Administrative Law*, vol. 8, pp. 75-98.
- CORREIA, J. M. (2017). A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos Contratos públicos. *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2.
- COSTA, M. J. (2000). *Direito das obrigações*, 8.ª ed. Coimbra: Almedina.
- COSTA, P. C. (2020). A perda de chance – Dez anos depois. *Julgar*, n.º 42, pp. 151-190.
- DUARTE, M. L. (2018). O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – Breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. In C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª ed., pp. 77-101. Lisboa: AAFDL.
- EIRÓ, V. (2012). Responsabilidade civil extracontratual e perda de chance. In C. A. Gomes, & M. A. Raimundo. *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, pp. 49 e ss. Lisboa: ICJP.
- EIRÓ, V. (2013). *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes, Fundamento e pressupostos*. Almedina.
- EIRÓ, V., & MEALHA, E. (2010). Damages under public procurement: The Portuguese case. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, pp. 1231-1251. Coimbra Editora.
- ESTORNINHO, M. J. (2011). Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: Tópicos de reflexão, em tempos de crise. *Justiça Administrativa*, n.º 88, pp. 37-42.
- FERREIRA, R. C. (2011). *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, R. C. (2017). Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas e perda de chance. In *Contencioso pré-contratual*, pp. 69-88 (e-book). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- FERREIRA, R. C. (2018). A responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes. Lisboa: Almedina.
- GOMES, C. A. (2009). O livro das ilusões: A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de dezembro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, E-Book, n.º 11, pp. 296 e ss.
- GOMES, C. A. (2019). *Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?* Lisboa: AAFDL.
- GOMES, J. V. (2005). Sobre o dano da perda de chance. *Direito e Justiça*, vol. XIX, Tomo II, pp. 9-47.
- GOMES, J. V. (2012). Ainda sobre o dano da perda de oportunidade ou da perda de chance. *Cadernos de Direito Privado*, número especial 02, pp. 17-29.
- GOMES, P. C. (2012). *O conceito de possibilidade real no regime da responsabilidade extracontratual do Estado*. Instituto Politécnico do Porto.

- GOMES, P. C. (2014). O contencioso pré-contratual público português – Proposta de revisão à luz do direito da União Europeia. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 291-342.
- JUSTO, A. S. (2006). *Introdução ao estudo do direito*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- LANCEIRO, R. T. (2018). Art. 7.^o n.^o 2. In C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.^a ed., pp. 491-515. Lisboa: AAFDL.
- LICHÈRE, F., & GABAYET, N. (2011). Enforcement of the EU public procurement rules in France. In S. Treumer, & F. Lichère, *Enforcement of the EU public procurement rules*, vol. 3, pp. 299-330. Copenhagen: DJOF Publishing Copenhagen.
- MEALHA, E. (2008). Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao Artigo 7.^o/2 da Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro). *Revista Julgar*, n.^o 5, pp. 99-120.
- MEALHA, E. (2018). Jurisprudência recente do TJUE sobre contratação pública. *Revista Julgar*, n.^o 35.
- MEDEIROS, R. (2010). Anotação ao artigo 22.^o. In J. Miranda, & R. Medeiros, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.^a ed., pp. 472-473. Coimbra Editora.
- MEDEIROS, R., & MARTINS, P. F. (2013). Anotação ao artigo 7.^o, n.^o 2. In *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, pp. 181 e ss. Universidade Católica Editora.
- MESQUITA, M. J. (s.d.). *A responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional: Âmbito e pressupostos*. Centro de Investigação de Direito Público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.
- MESQUITA, M. J. (2006). A proposta de Lei n.^o 56/X em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Notas breves à luz do direito da União Europeia. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II. Coimbra Editora.
- MESQUITA, M. J. (2009). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o direito da União Europeia*. Almedina.
- MESQUITA, M. J. (2011). Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública. *Revista de Justiça Administrativa*, n.^o 88.
- OLIVEIRA, H. (2010). Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Influência, omissão e desconformidades. In *Estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, pp. 619-638. Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, R. E. (2009). O contencioso urgente da contratação pública. *Revista Justiça Administrativa*, pp. 3-16.
- PEDRO, R. T. (2018). Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência. In *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, pp. 183-210. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- PINTO, C. A. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.

- PINTO, P. M. (2010). Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo de indemnização). In P. G. (org.). *Estudos de contratação pública – II* (pp. 273-295). Coimbra: Coimbra Editora (CEDIPRE).
- QUADROS, F. d. (2008). *Direito da União Europeia*. Almedina.
- REIS, N. T. (2018). Artigo 3.º – Obrigação de indemnizar. In C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, pp. 311-368. Lisboa: AAFDL.
- SAMPAIO, J. S. (2018). A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional. In C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª ed., pp. 39-75. AAFDL.
- SÁNCHEZ, P. F. (2015). A tutela ressarcitória no direito dos contratos públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance. *O Direito*, n.º 147, pp. 853-895.
- SÁNCHEZ, P. F. (2021). *Direito da contratação pública*, vol. II. Lisboa: AAFDL.
- SHEBESTA, H. (2016). *Damages in EU public procurement law*. Spring.
- SOUSA, M. R., & MATOS, A. S. (2008). Responsabilidade civil administrativa. In *Direito administrativo geral*, Tomo III. Dom Quixote.
- TELLES, I. G. (2010). *Direito das obrigações*, reimp. da 7.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- TREUMER, S. (2011). Basis and conditions for damages claims. *Public Procurement Law*, pp. 149-166.
- VARELA, J. A. (2010). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed. Lisboa: Almedina.

Jurisprudência

1 - Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (disponível para consulta em www.curia.pt)

- Costa/Enel, proc. 6/64, de 15/07/1964;
- Rewe, proc. 33/76, de 16/12/1976;
- Simmenthal, proc. 106/77, de 9/03/1978;
- Von Colson, proc. 14/83, de 10/04/1984;
- Factortame, proc. n.º C-213/89, de 19/06/1990;
- Francovich, proc. n.º C-6/90 e 9/90, de 19/11/1991;
- Bresserie du pêcheur/ Factortame, proc. n.º C46/93 e C-48/93 de 05/03/96;
- Hedley Lomas, proc. C-5/94, do TJ de 23/05/1996;
- Rechberger, proc. n.º C-140/97, de 15/06/1999;
- Alcatel/Austria, proc. C-92/00, de 28/10/1999;
- Teleaustria e Telefonadress, proc. C-324/98, de 7/12/2000;
- Hospital Ingenieure, proc. C-92/00, de 18/06/2002;

Makedoniko Metro e Michaniki, proc. C-57/01, de 23/01/2003;
GAT, proc. C-315/01, de 19/06/2003;
Köbler, proc. C-224/01, de 30/09/2003;
Comissão/ Portugal, proc. C-275/03, de 14/10/2004;
Stadt Hale, proc. C-26/03, de 11/01/2005;
Coname/Pandamia, proc. n.º C-231/03, de 21/7/2005;
Parking Brixen, proc. C-458/03, de 13/10/2005;
Traghetti, proc. C-173/03, de 13/06/2006;
Comissão/Irlanda, proc. n.º C-507/03, de 13/11/2007;
Comissão/ Portugal, proc. C-70/06, de 10/01/2008;
Strabag, proc. C-134/09, de 30/09/2010;
Stadt Graz, proc. C-314/09, de 30/09/2010;
Combinatie Spijker Infrabouw, proc. C- 568/08, de 09/12/2010;
Tecnoed Construzioni Srl, proc. C-318/15, de 6/10/2015;

2 - Jurisprudência Nacional (disponível para consulta em www.dgsi.pt)

Tribunal Constitucional

Ac. n.º 287/90 de 30/11/1990;
Ac. n.º 556/03, de 12/11/2003.

Supremo Tribunal Administrativo

Proc. n.º 041321, de 29/11/2005;
Proc. n.º 0965/03, de 07/03/2006;
Proc. n.º 0875/05, de 31/10/2006;
Proc. 634/09, de 30/09/2009;
Proc. n.º 0701/10, de 29/11/2011;
Proc. n.º 0949/12, de 20/11/2012;
Proc. n.º 01403/12, de 14/01/2016.

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. uniformizador de jurisprudência n.º 2/2022, publicado no Diário da República n.º 18/2022, série I de 2022/1/26, pp. 20-42.

Tribunal Central Administrativo

Proc. n.º 213/06.1BELLE, de 04/11/2011;
Proc. n.º 13745/16, de 24-11-2016;
Proc. n.º 13023/16, de 23-11-2017;
Proc. n.º 10999/14, de 16/12/2015.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt