

# YEARBOOK

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

VOL. 3

(2020)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO





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

*Vol 3 (2020)*

RAQUEL CARVALHO E CATARINA SANTOS BOTELHO (COORDS.)

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

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

Data da edição · outubro de 2021  
ISBN · 978-989-9058-11-8

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

Assim, desde 2019 e doravante, serão publicadas, a cada ano, as melhores dissertações de mestrado, cujas provas se tenham realizado até ao dia 8 de dezembro do ano civil anterior. Esta divulgação permite partilhar investigação de qualidade com a demais comunidade científica. Para além disso, constitui um incentivo para a qualificação da investigação dos mestrados em Direito e em Direito e Gestão.

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

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

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

Porto, setembro de 2021  
Raquel Carvalho  
Catarina Santos Botelho

## ÍNDICE GERAL

### [Das buscas não domiciliárias e revistas no Código de Processo Penal: Ainda, a questão do consentimento nas buscas não domiciliárias.](#)

*Ana Clara Curval Cruz*

### [A neutralização da construção abusiva: Das questões inerentes ao procedimento de aplicação da cláusula geral antiabuso.](#)

*Ana Isabel Moreira Maia*

### [Planeamento de sucessões transnacionais no direito europeu: A relevância da autonomia da vontade na escolha da lei que regerá a sucessão e suas consequências no planeamento de sucessões transnacionais.](#)

*Ana Luíza Canuto de Figueiredo*

### [Consequências da venda executiva do locado na relação contratual arrendatícia.](#)

*Ana Rita Barbosa Pires*

### [A localização GPS como meio de obtenção de prova no processo penal português.](#)

*António Sousa Novais Saúde Penha*

### [Da liberalização do comércio ao encorajamento da inovação médica pelo Direito da Organização Mundial do Comércio. O acesso a medicamentos e outras tecnologias médicas à luz do Acordo TRIPS.](#)

*Camille de Oliveira Andrade*

### [A sexta alteração à Diretiva de troca de informações: A comunicação obrigatória de esquemas de planeamento fiscal e o seu impacto nos direitos fundamentais.](#)

*Carlos José de Aguiar Moniz Afonso*

### [A natureza jurídica da garantia autónoma “on first demand”.](#)

*Carolina Paula Rocha Carneiro*



**O trabalhador seropositivo. Discriminação e outras questões jurídico-laborais.**

*Catarina Carvalho Oliveira*

**O regime jurídico do maior acompanhado. Prazo e legitimidade para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, à luz do artigo 154.º do Código Civil.**

*Catarina Duarte Marques Pinto*

**A conduta da administração da sociedade visada por OPA. A regra de não frustração.**

*Catarina Isabel de Castilho Brêda*

**O contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico português. O designado “direito ao arrependimento” da mulher gestante.**

*Catarina Sofia Martins de Almeida*

**Auxílios de estado e preços de transferência. Análise crítica na perspetiva do direito europeu.**

*Cláudia Isabel da Costa Mendes*

**A aparente tensão entre o regime de clemência e o private enforcement. A proibição de divulgação das declarações de clemência.**

*Daniel António Neiva da Silva*

**Trabalho por turnos e descanso semanal. A atualidade de uma antiga controvérsia.**

*Diana Maria Bessa Costa*

**Cláusula Geral Anti Abuso: Lei antiga e lei nova, que diferenças?**

*Diana Patrícia Tavares Maia*

**Autonomous weapon systems and international law: Refusing impunity.**

*Ema Margarida Correia Rego*

**O credor financiador como “terceiro poder” na governação societária e a sua eventual responsabilidade. Em especial: A influência resultante da aposição de covenants nos contratos de financiamento bancário.**

*Filipa Ribeiro Gonçalves*

**Por uma aproximação do modelo fiscal de aceitação de perdas por imparidade em créditos ao atual paradigma contabilístico.**

*Francisca Vilhena Mesquita dos Santos Loio*

**Os deveres de controlo do empregador em matéria de tempo de trabalho.**

*Hugo André Alves Vieira Marques*

**Os crimes contra os animais de companhia: Análise crítica da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto.**

*Jéssica Bruna da Silva Mendes*

**Os danos não patrimoniais nas sociedades comerciais: A controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesas.**

*Joana Fontinhas da Silva Aguiar*

**O investimento em capital de risco e as cláusulas de *drag along*.**

*Joana Isabel Dâmaso*

**Pessoas coletivas no órgão de administração: Especificidades. (Des)vantagens da sua designação no modelo clássico de governação das sociedades anónimas.**

*João Marcelo Gomes Brandão*

**Refugiados climáticos: A urgência de um reconhecimento legal.**

*Manuel de Sousa Falcão Crespo Cartaxo*

**O crime de incêndio florestal: A (nova) Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, e as suas repercussões a nível sancionatório.**

*Maria Alexandra Santos Cruz*

**Um direito à desconexão do trabalhador ou um dever de não conexão do empregador?**

*Maria Beatriz Carneiro Lamas*

**Criminalização da recusa de vacinação a filho menor.**

*Mariana da Silva Cunha*

**Coordenação dos sistemas de Segurança Social dos Estados Membros da União Europeia. Coordenação dos sistemas de segurança social dos Estados Membros da EU. O enigma da dimensão externa\***

*Marta Prata Domingos*

**A responsabilidade civil inerente à cartelização mediada por algoritmos.**

*Marta Teixeira Pires*

**Responsibility to protect: Conflict prevention through mediation.**

*Marta Sofia Mayer Rodrigues Vera-Cruz*

**A proteção de dados pessoais no TJ. Entre o direito à privacidade e a retenção de dados de comunicações eletrónicas.**

*Miguel António Faria Mendes de Castro*

**Reflexões críticas acerca do crime de recurso à prostituição de menores.**

*Raquel Simone Pereira Morais*

**Acidentes de trabalho: a reparação segundo a responsabilidade social na legislação portuguesa.**

*Renata Jiquiriçá*

**A mobilidade transfronteiriça das sociedades comerciais na União Europeia. Breve antologia de uma odisseia.**

*Rui Frederico Almeida Santos Pinho Vieira*

**A transmissão da unidade económica: Em torno do direito de oposição do trabalhador.**

*Sofia Garriapa*

**A tutela da parentalidade na caducidade do contrato de trabalho a termo resolutivo certo por iniciativa do empregador.**

*Sofia Martinho dos Santos*

**Reflexões críticas acerca do enquadramento jurídico-penal da prostituição no ordenamento jurídico português.**

*Tatiana Isabel Laranjeira Botelho*

---

\*Dissertação publicada na Revista Questões Laborais n.º 56, Almedina, 2021.

**Das buscas não domiciliárias e revistas no Código de  
Processo Penal**

**Ainda, a questão do consentimento nas buscas não  
domiciliárias**

Ana Clara Curval Cruz

Sob a orientação do Professor  
Doutor José Manuel Damião da Cunha

## **Agradecimentos**

Ao meu Orientador de Dissertação, o Senhor Professor José Manuel Damião da Cunha, por toda a disponibilidade demonstrada, conhecimento transmitido e livros amavelmente cedidos durante este período.

Uma das maiores palavras de agradecimento tem, necessariamente, de ir para os meus pais. Se hoje tenho a possibilidade de problematizar e de refletir acerca de questões desta grandeza intelectual, é pelo seu esforço e trabalho. Nada teria conseguido sem a sua presença fundamental.

Ao meu namorado, família e amigos, pela segurança e estabilidade emocional que me proporcionam e que é fundamental na preparação de um trabalho académico, ainda mais quando essa preparação é conjugada com o início da vida profissional.

Uma última palavra a todos os Docentes da Universidade Católica, Escola de Direito do Porto, que, ao longo de cinco longos anos, me inspiraram com os seus ensinamentos e me fizeram perceber que o Direito é muito mais do que um curso de Faculdade.

## **Resumo**

A presente dissertação deve ser encarada tendo em consideração uma linha mestra. A verdade em Direito não pode ser alcançada de qualquer modo. É certo que, a maior das vezes, a realização de buscas e revistas leva a que seja possível a apreensão de objetos relacionados com a prática de um crime. Ora, a realização destas diligências pode, frequentemente, levar à verdade das coisas, à verdade do que aconteceu factualmente. Para o cidadão comum, entenda-se, medianamente letrado e, sobretudo, não jurista, a chegada a esta verdade pode bastar-lhe. Mas não aos juristas e, sobretudo, não à justiça de um Estado de Direito. Assim, neste projeto, analisaremos criticamente o regime das revistas e buscas, tanto como meios de obtenção de prova, como enquanto medidas cautelares e de polícia, procurando perceber como é que a partir destas diligências é possível chegar a uma verdade material absolutamente compatível com a justiça de um Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Verdade; Estado de Direito; buscas e revistas; justiça; consentimento.

## **Abstract**

The present dissertation must be interpreted considering a main line: In law, truth cannot be achieved in any way. It is true that, most of the time, carrying out searches makes it possible to seize objects related to the commission of a crime and can often lead to the truth of things. For the common citizen – understood as moderately literate and, above all, not a jurist – this may be enough, but not for jurists and, above all, not for the Rule of Law. Thus, in this project, we will critically analyse search and seizure, both as means of obtaining evidence and as precautionary and police measures, to understand how, from these steps, it is possible to achieve a material truth that is absolutely compatible with the Rule of Law.

**Keywords:** Truth; Rule of Law; search and seizure; justice; consent.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|            |                              |
|------------|------------------------------|
| AJ         | Autoridade Judiciária        |
| al./als.   | alínea/ alíneas              |
| art./arts. | artigo/ artigos              |
| Cap.       | Capítulo                     |
| CC         | Código Civil                 |
| CP         | Código Penal                 |
| CPP        | Código de Processo Penal     |
| CRP        | Constituição da República    |
| DL         | Decreto-Lei                  |
| GNR        | Guarda Nacional Republicana  |
| JIC        | Juiz de Instrução Criminal   |
| MP         | Ministério Público           |
| n.º /n.º s | número/ números              |
| OPC        | Órgãos de Polícia Criminal   |
| p./pp.     | Página/ páginas              |
| p. e p.    | previsto e punido            |
| PR         | Presidente da República      |
| Proc.      | Processo                     |
| ss.        | seguintes                    |
| STJ        | Supremo Tribunal de Justiça  |
| TC         | Tribunal Constitucional      |
| TRE        | Tribunal da Relação de Évora |
| TRP        | Tribunal da Relação do Porto |

# **Índice**

Introdução

1. Questão prévia: o vício em causa

2. Delimitação inicial de conceitos

2.1. Meios de prova, meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de polícia

2.2. Revistas e buscas

2.3. Buscas não domiciliárias e buscas domiciliárias

2.4. As revistas e buscas como medidas cautelares e de polícia

3. As revistas e buscas como meios de obtenção de prova

3.1. As revistas como meios de obtenção de prova, ordenadas por despacho de AJ

3.2. As buscas não domiciliárias como meios de obtenção de prova, ordenadas por despacho de AJ

3.3. O regime especial das revistas e buscas não domiciliárias como meios de obtenção de prova, dispensadas de autorização judicial prévia

4. A questão do consentimento nas buscas não domiciliárias

Conclusão

Bibliografia

Lista de jurisprudência



## Introdução

A realização da justiça não pode ser alcançada de qualquer modo.

Qualquer jurista, ao formar-se na vigência contextual de um Estado de Direito, se há de ter, ao longo do seu percurso académico, deparado com esta frase. Ora, porque o Direito só é Direito se for justo. Contudo, ao contrário do que, cega e instintivamente, se pensa popularmente, nós juristas sabemos que nem sempre a justiça é cumprida quando se chega à verdade das coisas.

Atentemos nas sábias palavras contidas no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora<sup>1</sup>, datado de 06-04-2013, que, pensamos, traduzem com mestria o que tentamos enunciar:

O que se deixa escrito causará perplexidade ao cidadão comum, mas ainda que sejamos uma Justiça “hipócrita”, procuraremos ser, sempre, uma Justiça cumpridora da Lei. Ao contrário do que se lê em muito pasquim, o juiz não julga pelo “cheiro”, não se baseia em “palpites”, sem que isto signifique que seja alheio ao que resulta das regras da experiência comum. Ainda que se possa dizer “O rei vai nu”, perfilhamos do entendimento de que a obediência que devemos à Lei nos conduzirá a uma consciência tranquila e à realização da Justiça, tal qual como foi preconizada pelo legislador<sup>2</sup>.

A verdade em Direito não pode ser alcançada de qualquer forma, isto porque o Direito não procura qualquer verdade formal e apenas se contenta com a chegada à verdade material, uma verdade respeitante das liberdades e garantias de todos os intervenientes processuais-penais, desde a vítima ao arguido. Se, por hipótese, findo um processo judicial, se chega à verdade das coisas mas se a alcança por arrepio do consagrado na Lei pelo legislador, é certo que se chegou à realidade, ao que é verdadeiro, mas não podemos, não devemos, considerar que o Direito cumpriu a sua finalidade. Caso contrário, voltaríamos às tradições medievais, em que é certo que à base da tortura, por vezes, no meio de tantos enganos, se alcançava a verdade das coisas, mas em que ninguém duvida, esperamos, que a justiça não era tida em consideração.

A justiça é uma coisa diferente.

Tomando esta linha de pensamento, neste projeto, analisaremos criticamente o regime das buscas não domiciliárias e revistas no Código de Processo Penal, tanto como meios de obtenção de prova, como enquanto medidas cautelares e de polícia.

As revistas e buscas trazem consigo profundos ataques aos direitos fundamentais dos visados pelas diligências, pelo que a interpretação que se faça destes regimes deve

---

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 06-04-2013, Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1, Relator João Gomes de Sousa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2</sup> Sublinhados nossos.

ser exigente e exaustiva. Não se trata de proceder a análises *pro arguido*, mas de procurar entender a *ratio* da criação destes regimes pelo legislador.

Na parte final do trabalho, procuraremos explorar o pressuposto do consentimento, previsto no artigo 174.º, n.º 5 alínea b) do CPP<sup>3</sup>, que faz dispensar as buscas e revistas de autorização judicial prévia.

A chave mestra da dissertação será, de todo o modo, a mesma: procurar contribuir para o entendimento que se há de fazer de certos aspetos do regime das buscas não domiciliárias e revistas, sempre tendo em conta a razão de criação destes regimes e, como nos obriga a lei, a partir do art. 9.º, n.º 1 do Código Civil, procurando reconstruir o pensamento legislativo aquando da construção das normas em causa.

## 1. Questão prévia: o vício em causa

Parece-nos urgir a necessidade de, antes de mais, proceder a uma interpretação da norma do art. 126.º, n.º 3 do CPP de modo a refletir sobre qual será o vício em causa, violadas que sejam as normas relativas a buscas e revistas previstas no art. 174.º do CPP.

Ora, “os princípios constitucionais da busca da verdade material e da realização da justiça, mesmo em matéria de funcionalidade da justiça, penas e da tutela de valores, têm limites, impostos pela dignidade e pelos direitos fundamentais das pessoas, que se traduzem processualmente nas proibições de prova”<sup>4</sup>.

O CPP é muito claro quando, no art. 118.º, refere que “a violação ou a inobservância da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei”. Não sendo cominada a nulidade, à luz do art. 118.º, n.º 2, o vício em causa será o da irregularidade. Por sua vez, o n.º 3 do art. 118.º enuncia que as disposições relativas ao regime das nulidades não “prejudica[m] as normas deste Código relativas a proibições de prova”.

Ora, o legislador diz-nos nesta mesma norma do art. 118.º que existem dois regimes autónomos e independentes: o regime das nulidades e o regime das proibições de prova.

Da mesma forma. o CPP italiano, que estabelece um regime de provas proibidas (*prove illegittimamente acquisite*). Estabelece o art. 191.º do *Codice di procedura penale*<sup>5</sup> que o vício da *inutilizzabilità* destas provas é de conhecimento oficioso, sendo que se prevê, ainda, no n.º 2 da norma, que o vício pode ser conhecido a todo o tempo.

Assim, concordamos em absoluto com Silva Leal<sup>6</sup>, quando argumenta que:

---

<sup>3</sup> Daqui em diante, todas as referências a normas legais, sem indicação expressa do diploma a que se referem, dirão respeito ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

<sup>4</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 03-03-2010, Proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, Relator Santos Cabral, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>5</sup> Pode ser consultado em [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>6</sup> Silva Leal, 2016, página 40.

as regras dos n.ºs 1 e 2 do artigo 118.º não se aplicam nem invalidam as normas que estipularem proibições de prova. Isto é, quando a norma em causa determinar uma proibição de prova, mas não previr a respetiva nulidade, nem por isso estaremos perante uma irregularidade sujeita, nomeadamente, às regras constantes do artigo 123.º. Estaremos sempre perante uma prova proibida, que, por sê-lo, não pode ser utilizada no processo, não se cominando a sua utilização com o vício da nulidade ou o da irregularidade, porque os regimes são absolutamente distintos. A prova proibida nunca pode ser utilizada e, se o for, tudo funcionará como se não o tivesse sido<sup>7</sup>.

Neste sentido, de igual forma, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto<sup>8</sup>, datado de 18-06-2014, acerca do art. 126.º do CPP:

Nas hipóteses previstas do n.º 3, o consentimento afasta a proibição: tanto a proibição de produção como a respectiva consequência. Consequência que continua a mesma – nulidade/proibição de valoração – se não houver consentimento, perante a intromissão e devassa que se configurem em manifestações arbitrárias de investigação e perseguição. (...) Assim, concluindo, no grupo de proibições do n.º 3 do artigo 126.º do Código de Processo Penal só a coerção e o arbítrio, isto é, só a ausência de consentimento, determinam a sanção da proibição de valoração<sup>9</sup>.

Ora, concordamos com Silva Leal, quando considera que quando o legislador utiliza a expressão “não podendo ser utilizadas”, pretende, quer no n.º 1, quer no n.º 3 do art. 126.º, fixar o vício da inexistência, ou seja, tudo se passando como se a prova nunca houvesse existido no processo.

Não concordamos, salvo o melhor respeito, com Autores como Paulo Pinto de Albuquerque<sup>10</sup>, que entendem que existe um regime de nulidade da prova proibida. Este Autor divide ainda este vício, nulidade de prova proibida, que, diga-se, temos dúvidas que efetivamente subsista, em duas categorias: a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral (art. 126.º, n.ºs 1 e 2) e a nulidade de prova proibida que atinge os direitos à privacidade (art. 126.º, n.º 3).

Ora, de acordo com este entendimento, no primeiro caso estará em causa uma nulidade insanável, sendo que, no segundo caso, a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no art. 126.º, n.º 3 é sanável pelo consentimento do

---

<sup>7</sup> Sublinhados nossos.

<sup>8</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 18-06-2014, Proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1, Relator Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>9</sup> Sublinhado nosso.

<sup>10</sup> Pinto de Albuquerque, 2018, p. 335.

titular do direito. Portanto, esta tese, entendida pela maior parte da doutrina penalista, defende que o art. 126.º, n.ºs 1 e 2 prevê nulidades absolutas de prova e o n.º 3 prevê nulidades relativas de prova.

Todavia, não é esta a nossa posição. Repare-se que o legislador utiliza exatamente a mesma expressão para caracterizar o vício presente nos números 1 e 3 do art. 126.º, “nulas, não podendo ser utilizadas”. É certo que no n.º 3 se ressalvam “os casos previstos na lei” onde se incluirá o consentimento. Não obstante, fora estes casos de legitimação, a lei não diferencia o n.º 1 do n.º 3, pelo que consideramos estar em causa o mesmo vício.

No nosso sentido, o citado Acórdão do TRP, ancorando-se na obra de Costa Andrade<sup>11</sup>:

O aditamento ao n.º 3 da explicitação da proibição de valoração (“não podendo ser utilizadas”) com a reforma operada pela lei 48/2007. Com o esclarecimento do legislador “que as provas obtidas fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respectivo titular, mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, não podem ser utilizadas. Supera-se, pois, uma dúvida interpretativa que a actual redacção do n.º 3 do artigo 126.º suscita, por se referir apenas à nulidade.

Não obstante, consideramos, ainda, como expusemos, que nulidade e prova proibida são dois vícios distintos. Isto porque as provas proibidas nunca, em caso algum, são suscetíveis de qualquer sanção em virtude do vício respetivo não ter sido invocado em tempo, como acontece no regime das nulidades relativas ou irregularidades.

Mais,

não é correto afirmar-se que o regime aplicável às provas proibidas é o das nulidades insanáveis, pelo simples motivo de que as nulidades, ainda que insanáveis, acabam por ser sanadas com o trânsito em julgado da decisão final (...) Estamos em crer que ninguém defenderá que um depoimento obtido mediante tortura poderá alguma vez vir a considerar-se válido por não ter sido invocada em tempo a respetiva nulidade. E, ainda que se entenda tratar-se de uma nulidade insanável, estamos também em crer que ninguém defenderá que essa nulidade insanável se considere sanada com o trânsito em julgado da decisão processual final<sup>12</sup>.

Concluindo, ao longo do projeto, consideraremos estar em causa o vício da inexistência, sempre que chegemos ao desfecho de que uma determinada busca e revista se subsuma ao vício de proibição de prova. Isto porque, para nós, quando o

---

<sup>11</sup> Costa Andrade, 2009, pp. 134-139.

<sup>12</sup> Silva Leal, 2016.

legislador constitucional usa, no art. 32.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, a expressão “nulas”, quis não elencar o vício da nulidade, mas da inexistência, por as provas não valerem como tal, não podendo ser utilizadas.

Quanto a nós, nunca tendo existido e feito parte do processo.

## **2. Delimitação inicial de conceitos**

### **2.1. Meios de prova, meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de polícia**

Distingue o CPP no seu Livro III dedicado à matéria da prova: meios de prova, Título II e meios de obtenção de prova, Título III.

Por seu turno, a temática das medidas cautelares e de polícia consta do mesmo Código, embora já na Parte II do diploma, no seu Livro VI, relativo às Fases Preliminares, Título I, Disposições Gerais, Cap. II.

Esta diferenciação sistemática, diga-se, não foi pensada ao acaso pelo legislador processual penal. Note-se que, sendo inseridas no Livro relativo às Fases Preliminares, as medidas cautelares e de polícia revestem natureza pré-processual, sendo conduzidas ainda antes da iniciação do processo penal.

Rege o art. 272.º da nossa Lei Fundamental, em cuja epígrafe se lê “polícia”, que as funções da atividade policial atravessam a defesa da legalidade democrática, a segurança interna e a proteção dos direitos dos cidadãos. Completa o n.º 2 que as medidas de polícia ficam sujeitas ao respeito pelo princípio da legalidade, tipicidade e a exigências de proporcionalidade. Já o n.º 3 vem consagrar, àquela escala, o princípio máximo de um Estado de Direito, em que mesmo a prevenção de delitos criminais não se pode concretizar no livre arbítrio policial, mas sempre em observância às regras gerais e com a máxima do respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Em especial, compete aos Órgãos de Polícia Criminal, à luz do art. 55.º, n.º 2 do CPP, “mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”.

Ora, as medidas cautelares e de polícia são o espelho daquela disposição, podendo ser miradas como um direito de primeira intervenção, uma vez que permitem a atuação dos OPC logo após terem obtido notícia do crime, antecipando, deste modo, a intervenção das autoridades judiciais, sendo, assim, medidas dotadas de urgência. Todavia, não será, de todo modo, este carácter urgente que lhes permite abstraírem-se de que a necessidade de prevenção e repressão de crimes há de ter de vislumbrar os cidadãos como sujeitos de direitos e não como objetos do processo penal.

Quanto à natureza das medidas cautelares e de polícia, para certos Autores, como Eduardo Correia ou Germano Marques da Silva, estas não se incluem formalmente no processo no momento em que são praticadas. Isto porque, apesar de prescindirem de autorização judiciária para a sua prática num primeiro momento, para estes Autores, estas necessitam, num momento posterior, de validação de Autoridade Judiciária, através de um seu ato decisório.

Será naquele momento de validação que a AJ medirá e aferirá das circunstâncias que envolveram a prática das medidas cautelares e de polícia pelos OPC, para que, verificados que cumpridos todos os pressupostos, estas possam, depois, passar a integrar o processo.

Nesta senda, as medidas cautelares e de polícia constituem “uma realidade extraprocessual conexa com a processual”<sup>13</sup>, atos de polícia,

praticados pelos funcionários ou autoridades, subsidiariamente às suas funções precípuas, com vista a informar, permitir ou facilitar o exercício da ação penal pelos seus titulares, têm uma natureza material ou melhor oficiosa que, precisam do ponto de vista do processo penal de ser oficializados ou legalizados<sup>14</sup>.

Por sua vez e noutra senda, os meios de prova e os meios de obtenção de prova surgem não pré-processualmente, à semelhança das medidas cautelares e de polícia, mas já no decorrer do processo, nas fases iniciais de inquérito e de instrução. Quanto aos meios de prova, estes “são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um dado facto”<sup>15</sup>. Quanto aos meios de obtenção de prova, estes serão os instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova<sup>16</sup>. Os meios de obtenção de prova “não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos”<sup>17</sup>.

Assim, os meios de prova têm aptidão para serem por si mesmos fontes de convencimento. Já os meios de obtenção de prova apenas possibilitam a obtenção daqueles meios.

Prossegue Germano Marques da Silva<sup>18</sup>, “É claro que através dos meios de obtenção de prova se podem obter meios de prova de diferentes espécies, v.g.

---

<sup>13</sup> Marques da Silva, 2015, p. 61.

<sup>14</sup> Correia, 1954, pp. 15 e 17.

<sup>15</sup> Antunes Varela & Bezerra & Sampaio e Nora, 2006, p. 452.

<sup>16</sup> Marques da Silva, 2011, p. 209.

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 26-02-2019, Proc. n.º 3/17.6 GASLV.E1, Relator Maria Filomena Soares, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>18</sup> Marques da Silva, 2015, pp. 209 e 210.

documentos, coisas, indicação de testemunhas (...) Assim, por exemplo, enquanto a escuta telefónica é um meio de obtenção de prova, as gravações são já um meio de prova”.

Expliquemo-nos. O meio de obtenção de prova será em si um instrumento, uma ferramenta para se alcançar um dado meio de prova. Ora, os meios de obtenção de prova, “procuram descobrir as provas reais e localizar e contactar as provas pessoais com o intuito de se promover a justiça com a descoberta da verdade”<sup>19</sup>.

Contudo, certos Autores, como Marques da Silva<sup>20</sup>, vêm considerando que a fronteira entre meios de prova e meios de obtenção de prova é ténue, podendo, em alguns casos, o próprio meio de obtenção da prova terminar por ser também um meio de prova, sucedendo que “a distinção resulte apenas de a lei ter dado particular atenção ao modo de obtenção da prova”. O Autor realça o seu entendimento com o exemplo das escutas telefónicas, em que a escuta é um meio de obtenção de prova, todavia, as gravações são já um meio de prova. Como se apreende, não há uma imensa diferença prática entre a escuta em si mesma considerada e a efetiva gravação, a não ser pela exausta atenção e, logo, regulamentação dada pelo legislador às escutas telefónicas (artigos 187.º e 188.º).

## **2.2. Revistas e buscas**

O CPP, sempre que refere no seu conteúdo revistas e buscas, seja como meios de obtenção de prova (Cap. II), seja como medidas cautelares e de polícia (art. 251.º), fá-lo de forma conjunta. É certo que, tanto a revista como a busca, enquanto meios de obtenção de prova, visam a localização e eventual apreensão de objetos relacionados com a prática de crime. Todavia, importa, desde já, esclarecer que revistas e buscas são institutos diferentes e com aplicações distintas.

Segundo o art. 174.º, n.º 1, há lugar a revista quando existem indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova.

Ora, a revista, aproveitando a explanação de Guedes Valente<sup>21</sup>, “consiste no exame ou inspeção minuciosa de uma pessoa, a qualquer hora do dia ou da noite, para verificar se a mesma oculta ou não objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova daquele”.

Uma outra explanação trazida por Duarte Rodrigues Nunes<sup>22</sup>, traduz-se no “inspeccionar minuciosamente uma pessoa (...) com a finalidade de verificar se oculta, ou não, no seu corpo, vestuário ou bagagem de mão (...), objetos relacionados com um crime e/ou que possam servir como prova”.

---

<sup>19</sup> Guedes Valente, 2005, p. 309.

<sup>20</sup> Marques da Silva, 2015, p. 210.

<sup>21</sup> Guedes Valente, 2005, pp. 19 e 20.

<sup>22</sup> Rodrigues Nunes, 2019, p. 07.

Ora, pela própria natureza da diligência, os objetos que se visam obter só podem ser bens móveis.

Por sua vez, o art. 174.º, n.º 2 prevê que seja ordenada busca a local reservado ou não livremente acessível ao público sempre que subsistam indícios de que objetos relacionados com o crime que possam servir de prova, ou que arguido ou outra pessoa que deva ser detida, estejam nesse lugar.

Ademais, assim como nas revistas, os objetos que se visam obter nas buscas só poderão ser bens móveis.

Ora, tanto a busca como a revista, como meios de obtenção de prova, têm como missão final a recolha de informação relativa à prática de delito criminal. Assim, uma busca ou revista bem-sucedida é aquela que tem como consequência a apreensão de objetos encontrados, o que leva também, a maior das vezes, à cessação do próprio crime. Contudo, enquanto a busca visa recolher essa informação num local, a revista fá-lo na própria pessoa, pelo que esta última se realiza e se destina a pessoas, enquanto a busca se reserva a locais.

### **2.3. Buscas não domiciliárias e buscas domiciliárias**

Apesar de o tema das buscas domiciliárias como meios de obtenção de prova<sup>23</sup> sair do escopo do presente projeto, consideramos essencial elaborar uma breve nota de diferença de âmbitos de aplicação dos regimes das buscas domiciliárias e não domiciliárias.

Isto porque as buscas domiciliárias, tendo por objeto espacial o domicílio, o templo da intimidade privada das pessoas, têm, necessariamente, pressupostos mais exigentes do que as buscas não domiciliárias. Assim, torna-se necessário delimitar quando estamos perante o conceito de “domicílio”, caso em que se aplicará o regime das buscas domiciliárias, ou perante um outro espaço fechado que não incluído na noção de “domicílio”.

Vejamos o Acórdão do Tribunal Constitucional<sup>24</sup>, datado de 08-06-2006, particularmente relevante para esta distinção.

No caso da jurisprudência em questão, o Tribunal Judicial da Comarca de Alcobaça decidiu pronunciar o arguido A<sup>25</sup> pela prática, em concurso real, de um crime de lenocínio, previsto e punido, à data, pelo art. 170.º, n.º 1 do Código Penal, de um crime

---

<sup>23</sup> Note-se que as buscas domiciliárias não podem surgir no processo como medidas cautelares e de polícia, mas apenas como meios de obtenção de prova, como surge da norma do art. 251.º, n.º 1 a) do CPP.

<sup>24</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 364/2006, datado de 08-06-2006, Proc. n.º 289/06, Relatora Maria Helena Brito, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>25</sup> Tal como definido no Acórdão.



de associação criminosa, p.e p. pelo art. 299.º do CP e, de um crime de branqueamento de capitais, p. e p. pelo art. 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 325/95.

A veio solicitar a declaração de nulidade das buscas efetuadas por OPC às dependências reservadas, anexas à sua discoteca, onde se praticavam atos sexuais com mulheres, de cariz exclusivamente comercial, em horário noturno, considerando estar em causa uma busca domiciliária. Argumentava que, como tal, não poderia a busca ser levada a cabo entre as 21 e as 7 horas, achando-se, assim, violados os artigos 177.º, n.º 1 do CPP e 34.º da CRP.

Ora, como se percebe, a questão em apreço cinge-se a determinar quais as situações que abrangem os conceitos jurídicos de “domicílio, casa habitada ou uma sua dependência fechada” a que se refere o art. 177.º do CPP.

Pugnava o arguido que

as relações sexuais inserem-se, além do mais, no conceito de domicílio. Nem só a família se visa proteger com a reserva do domicílio, porquanto, muitas vezes, a habitação é ocupada por um só indivíduo e na qual se travam relações sem carácter familiar. A realização da busca aos quartos anexos da discoteca, fora do período compreendido entre as 7 e as 21 horas, é como se as mesmas fossem realizadas sem mandado judicial.

E, prossegue, “As relações sexuais fazem parte do núcleo essencial da intimidade gozando de tutela absoluta tal como se prevê no artigo 26º, n.º 1, da CRP. Ou seja, sendo o direito à intimidade um direito absoluto o mesmo não pode ser derogado, ainda que por ordem judicial”.

Correndo todos os trâmites legais adequados, chegou esta querela ao TC.

Lembrou este que o mesmo Tribunal, por Acórdão n.º 507/94<sup>26</sup>, considerou que o conceito de domicílio constitucional não corresponde ao conceito de domicílio na aceção civilística do termo.

Citando a dita jurisprudência:

Tendo em conta o sentido constitucional deste direito tem de entender-se por domicílio desde logo o local onde se habita, a habitação, seja permanente seja eventual, seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, “roulottes”, embarcações), abrangendo também a residência ocasional (...) ou ainda os locais de trabalho (...).

---

<sup>26</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 507/94, datado de 14-07-1994, Proc. n.º 129/93, Relator Ribeiro Mendes, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Contudo, constata o TC que é verdade que naquele aresto se atribuiu um sentido alargado ao conceito de domicílio, mas não tão alargado assim que faça com que se considere domicílio todo e qualquer lugar “onde se praticam actos que pertencem à esfera da intimidade ou da vida privada do cidadão”, como quer fazer crer o arguido.

Assim, é certo que com a tutela da inviolabilidade do domicílio se pretende, de igual forma, tutelar o direito à reserva da vida privada; contudo, não basta a mera prática de atos de cariz privado ou íntimo num certo local para que se possa considerar aquele um espaço fechado integrante do conceito de domicílio.

Ora, concluiu o Tribunal que o conceito de domicílio não pode, nem deve desapegar-se do conceito de residência, pelo que, no caso em apreço, os anexos reservados de uma discoteca, onde se praticavam atos de cariz sexual, não poderiam ser considerados “domicílio”, tendo sido a busca considerada como não domiciliária.

## **2.4. As revistas e buscas como medidas cautelares e de polícia**

Para além de instrumentos de aquisição de prova, as revistas e buscas surgem, ainda, no art. 251.º do CPP como medidas cautelares e de polícia.

Neste caso, como as medidas se revestem de carácter preventivo e urgente, prescindem-se de requisitos basilares, indispensáveis à admissibilidade das revistas e buscas como meios de obtenção de prova. Falamos, essencialmente, do requisito da autorização prévia de AJ, que apenas é dispensado em casos especiais, as três alíneas do art. 174.º, n.º 5, quando temos as buscas e revistas como meios de obtenção de prova.

Nestes casos não. Nestes casos, quando as revistas e buscas são tidas como medidas cautelares e de polícia, a dispensa de autorização é a regra. Isto porquanto a consagração das medidas cautelares e de polícia visa, essencialmente, acautelar meios de prova, através da tomada de providências por iniciativa dos OPC, sem necessidade de qualquer intervenção de AJ.

Contudo, há apenas três casos no CPP, plenamente previstos no art. 251.º a) e b), em que as revistas e buscas são tidas como medidas de polícia e, logo, em que os OPC podem atuar como de urgência, prescindindo-se de autorização judiciária.

A al. a) descreve o caso das revistas de suspeitos e buscas não domiciliárias<sup>27</sup> ao local onde se encontram aqueles, levadas a cabo por OPC, em caso de fuga iminente ou de detenção do suspeito, desde que subsista fundada razão para crer que, ou no suspeito, ou no local, se ocultam objetos relacionados com o crime, suscetíveis de servirem de prova ao delito criminal, sendo que de outra forma se poderiam perder.

---

<sup>27</sup> As buscas podem classificar-se em buscas domiciliárias e não domiciliárias; contudo, como medida cautelar e de polícia, a busca será sempre não domiciliária.

Explique-se. Estão em causa, nesta primeira alínea, a nosso ver, sete exigências que têm de estar cumpridas para que os OPC possam proceder a uma revista ou busca como medida de polícia.

Em primeiro lugar, parece-nos, com toda a clareza, que são de cumprir os preceitos fundamentais da CRP, nomeada e especialmente o art. 272.º, já por nós analisado previamente.

Assim, hão de se cumprir, desde logo, dois pressupostos gerais, o princípio da necessidade e o da proporcionalidade e urgência, que fundamenta a atuação dos OPC por iniciativa própria<sup>28</sup>, à luz do que dispõe o n.º 2 deste normativo, com a expressão “não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”.

Para além do mais, as revistas e buscas como medidas de polícia, à luz do art. 272.º, n.º 3 da CRP, “só pode(m) fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

Os pressupostos específicos são os contidos na própria al. a) do art. 251.º, o suspeito, a quem se revista ou cujo local onde se encontra se realiza busca, estar em situação de fuga iminente ou de detenção; tratando-se de busca, esta não ser domiciliária; existirem fundadas razões para crer que se ocultam, quer no próprio suspeito, quer no local onde este se encontra, objetos relacionados com o crime; estes objetos necessariamente servirem de prova à prática do crime, e, por último, ser indispensável a medida de polícia, revista ou busca, para conservar a prova, pelo que de outra forma, não se realizando a diligência, a prova ter possibilidade de se perder.

Repare-se, são pressupostos exigentes e exaustivos, o que se compreende, estando em causa uma situação de clara violação de direitos fundamentais, sem prévia interferência de AJ.

Daí que não se concorde com o TRE, quando decide, por Acórdão de 12-10-2009<sup>29</sup>, declarar válida e eficaz a revista efetuada por OPC a indivíduos que transportavam uma mala de computador e um saco debaixo do braço, sabendo os OPC que os visados se encontravam referenciados pela prática de diversos ilícitos criminais, em especial contra o património, e que se lhes não era conhecida qualquer atividade laboral lícita.

Perguntamos nós: onde se encontra aqui a “fundada razão” para crer que os visados ocultam objetos relacionados com um crime?! Mais, mesmo que se considerasse – quanto a nós, repita-se, mal – que apenas pelo facto de não lhes ser conhecida atividade laboral, ou por já estarem indiciados pela prática de delitos criminais passados, se

---

<sup>28</sup> Dá Mesquita, 2003, p. 131.

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 12-10-2009, Proc. n.º 27/09.7PBPTM-A.E1, Relator Martinho Cardoso, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

preenchesse o requisito da “fundada razão”, não há qualquer facto no Acórdão que leve a crer que os indivíduos estão em fuga.

Ora, os OPC presumiram em abstrato que os visados poderiam tentar a fuga a qualquer momento; contudo, há que explicitar que não se basta com isso a lei.

Assim, concordamos com o Juiz de Instrução Criminal, quando conclui no caso em questão que,

(...) a revista não foi efectuada nos termos previstos pelo art.º 251.º, n.º 1 al. a) do CPP, é assim ilegal. A violação dos pressupostos da revista acarreta uma proibição de prova na medida em que traduzem a prática de um acto que se reconduz a uma restrição ilegítima dos direitos de liberdade. Esta restrição é ilegítima justamente porque o acto não foi praticado dentro das condições em que a lei positiva o permite, ou seja, dentro das condições em que a mesma lei entende ser legítima a restrição dos direitos de liberdade. (...) Nesta medida não valido a detenção dos arguidos, e determino que os mesmos sejam restituídos à liberdade<sup>30</sup>.

O TRE, na sua fundamentação de discórdia com o JIC, enuncia que,

(...) se o polícia, com fundada razão para crer que naquele cidadão se ocultam objectos relacionados com um crime, susceptíveis de servirem a prova, não aproveita aquele exacto momento para revistar o suspeito, ele vai sumir-se, desaparecer, escapar – nunca mais o verá, pelo menos com os objectos relacionados com o crime que naquela altura aparentava estar<sup>31</sup>.

Olvida-se o TRE que o legislador não se refere apenas a um estado qualquer de fuga, mas, sim, a uma fugida iminente, em que existam factos e indícios concretos que permitam concluir que o visado está prestes a tentar desaparecer.

A al. b) enuncia o segundo e terceiro casos. Quanto à primeira parte da alínea, a revista como medida de polícia é válida em relação aos cidadãos que necessitem ou pretendam participar ou assistir a qualquer ato processual. Neste caso, estamos perante uma espécie de consentimento tácito dos cidadãos que, ao pretenderem ou terem de assistir a uma diligência processual, sabem que da revista deriva uma *conditio sine qua non*, sem a qual não poderão prosseguir. Apesar da sua localização sistemática, esta al. b) não visa acautelar um meio de prova, mas promover a segurança, sendo, mais das vezes, designada por revista de segurança.

A segunda parte da al. b) enuncia o terceiro caso em que são admitidas revistas como medidas de polícia, explicitando o evento em que os OPC revistam os suspeitos que devem ser conduzidos a um posto policial. Todavia, ao contrário do que possa parecer,

---

<sup>30</sup> Sublinhado nosso.

<sup>31</sup> Sublinhado nosso.

há que perceber que, à luz desta alínea, nem todos os suspeitos podem ser revistados pelos OPC neste domínio. Apenas é possível proceder à revista de suspeitos, “sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objetos com os quais possam praticar actos de violência”.

Contudo, quando é que é possível considerar que existem razões para crer da violência do caso?

Quanto a nós, parece-nos que um dos critérios a utilizar deve ser o do crime suspeito de haver sido praticado. Assim, os OPC devem averiguar se o delito criminal é considerado violento, nomeadamente através dos requisitos que o CPP estabelece para a definição de “criminalidade violenta”<sup>32</sup>.

Para além do mais, é de nossa opinião que, mesmo que o crime não se subsuma à definição enunciada pelo CPP de “criminalidade violenta”, é possível que existam outras situações em que os OPC considerem haver, em relação aos suspeitos, “razões para crer que ocultam armas ou outros objetos com os quais possam praticar atos de violência”, nomeadamente, quando aqueles forem especialmente não colaborantes e evidenciarem, constantemente, um temperamento agressivo.

Nos casos elencados, e concordando com a escrita de Guedes Valente<sup>33</sup>, “A revista deve ser efetuada num local reservado e, sempre que possível, na presença de alguém de sua confiança e evitar que se ofenda o pudor do visado com a diligência”.

O art. 251.º, n.º 2 do CPP elabora uma remissão expressa para o art. 174.º, n.º 6, pelo que a realização destas medidas, bem como o circunstancialismo envolvente, são imediatamente comunicados, sob pena de nulidade, ao JIC, e por este apreciados “em ordem à sua validação”.

Quanto a nós, esta última expressão presente no art. 174.º, n.º 6, “em ordem à sua validação”, aplica-se ao art. 251.º, no sentido em que, e na senda de Germano Marques da Silva e de Eduardo Correia, apenas a partir desta validação as medidas cautelares e de polícia passam a integrar o processo penal.

Contudo, uma nova polémica surge. Como lembra, e bem, Marques da Silva<sup>34</sup>, esta apreciação e validação pelo JIC não deixa de ser quase que anómala ao processo penal. Isto porque é ao Ministério Público, como comandante supremo da fase inicial do inquérito, que cumpre ordenar revistas e buscas não domiciliárias.

---

<sup>32</sup> Recorde-se o art. 1.º al. j) do CPP, enunciando a definição do conceito de criminalidade violenta, “as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”.

<sup>33</sup> Guedes Valente, 2010, p. 299.

<sup>34</sup> Marques da Silva, 1990, p. 120.

Ora, segundo Paulo Pinto de Albuquerque<sup>35</sup>, deve proceder-se a uma interpretação restritiva do art. 251.º, n.º 2, quando remete para a norma do art. 174.º, n.º 6, visto que esta última excede o espírito da lei ao remeter a fiscalização e validação das medidas cautelares e de polícia para o JIC, ao invés de as remeter para o MP. Relembra que é o MP que, à luz do art. 270.º, n.º 2 d), “ordena e autoriza revistas e buscas”, deferindo assim o legislador “ao Ministério Público a competência, na fase de inquérito, para ordenar essas diligências”<sup>36</sup>.

Quanto a nós, parece-nos, salvo o devido respeito, não ser correta a interpretação destes dois ilustres Autores.

Vejamos. Em primeiro lugar, repare-se que a norma do art. 270.º, usada como argumento pelos Autores que defendem uma interpretação restritiva do art. 251.º, n.º 2, diz respeito à fase processual do inquérito. Contudo, recorde-se que as medidas cautelares e de polícia, como bem se explicitou, dizem respeito a uma fase pré-processual, ainda antes sequer de existir qualquer processo judicial, daí que só depois do ato de validação se possam juntar ao processo, aí já existente.

O art. 251.º, n.º 2 determina remissão total, isto é, sem qualquer limitação, para o art. 174.º, n.º 6. Aqui não há, quanto a nós, qualquer margem interpretativa que possa ocupar a doutrina. A lei é clara e exige que a aplicação das revistas e buscas à luz do art. 251.º, como medidas cautelares e de polícia, seja de imediato comunicada e apreciada não por MP, mas por JIC. Se a lei é clara e direta, não lhe bastando que a apreciação da legalidade das medidas seja realizada por MP, então não nos deve bastar a nós, intérpretes desta.

Para além do mais, há que refletir que, nos casos das medidas cautelares e de polícia, a urgência da realização de revista ou buscas é de tal modo determinante, que os próprios OPC são levados a quase que instantânea e automaticamente seguir com as medidas, sem quase hesitarem para avaliar dos requisitos necessários para que estas possam ser levadas a cabo, fazendo um juízo absolutamente abstrato e repentino, como foi possível constatar pelo já citado Acórdão do TRE.

Nesta senda, atente-se, ainda, na Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto<sup>37</sup>, diploma de Segurança Interna.

O capítulo V desta legislação rege as medidas de polícia, tipificando-as nos seus arts. 28.º e 29.º.

O art. 29.º categoriza o que denomina de “medidas especiais de polícia”, onde se inclui a realização de buscas e revistas em viaturas, lugares públicos, abertos ao público

---

<sup>35</sup> Pinto de Albuquerque, 2018, p. 692.

<sup>36</sup> Gaspar, A.H., 2015, p. 894.

<sup>37</sup> Disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).

ou sujeitos a vigilância policial, para “detectar a presença de armas, substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos, objectos proibidos ou susceptíveis de possibilitar actos de violência e pessoas procuradas ou em situação irregular no território nacional ou privadas da sua liberdade”.

Para além de os OPC terem de cumprir os princípios da necessidade e de proporcionalidade<sup>38</sup> (art. 30.º), bem como o dever de identificação (art. 31.º), a aplicação das denominadas “medidas especiais de polícia” tem, sob pena de nulidade, segundo o art. 33.º, de, quando não autorizadas previamente pelo JIC, ser comunicadas ao Tribunal competente no mais curto prazo, não podendo este exceder 48 horas. O objetivo da comunicação será a apreciação pelo Juiz, em ordem à sua posterior validação, o que terá de ser realizado no prazo máximo de oito dias.

Repare-se que, segundo o art. 33.º, n.º 4, “não podem ser utilizadas em processo penal as provas recolhidas no âmbito de medidas especiais de polícia que não tiverem sido objeto de autorização prévia ou validação”.

Assim, quanto a nós, repita-se, a expressão “sob pena de nulidade”, prevista no art. 33.º, n.º 1 deste diploma, pretende referir-se ao vício da proibição de prova, assim se explicando não poder a prova derivante destas buscas e revistas ser utilizada em processo penal.

Mas, voltemos à questão da validação das medidas cautelares e de polícia.

Como se vê, não foi por mero lapso que o legislador, no art. 251.º, n.º 2, determinou remissão expressa e total para o art. 174.º, n.º 6, no sentido de ser o JIC quem tem a competência de validação das revistas e buscas como medidas cautelares e de polícia. Ora, isto porque há um duplicar da mesma solução, tanto no CPP como na Lei de Segurança Interna.

Fica apenas por saber se, em relação às medidas cautelares e de polícia, haverá fundamento para esta proliferação do mesmo regime em dois diplomas diferentes, ou se não deveria ser apenas a Lei de Segurança Interna a tratar de todo o regime referente às mesmas. Isto porque, como vimos, estas medidas não fazem, em rigor, parte do processo penal, pelo que o seu regime, quanto a nós, deveria estar sistematicamente todo localizado não no CPP, mas sim na Lei de Segurança Interna.

Porém, dito tudo isto, parece-nos claríssimo urgir a necessidade de ser o JIC, como juiz das liberdades e garantias, a ter o papel último no sentido de medir se, a partir das circunstâncias em que as medidas foram realizadas, estas se devem ou não juntar ao processo penal.

---

<sup>38</sup> O que, diga-se, bem se percebe, uma vez que seria ilógico que, apenas por constarem deste diploma, as medidas cautelares e de polícia ficassem desoneradas de cumprir o preceituado na Lei Fundamental, especialmente no seu art. 272.º.

### **3. As revistas e buscas como meios de obtenção de prova**

Como fomos examinando, as revistas e buscas podem configurar, em processo penal, duas realidades distintas, meios de obtenção de prova ou medidas cautelares e de polícia que, como analisado previamente, se realizam sem precedência de autorização judicial.

Estas últimas necessitam, ainda, como analisámos, de validação para se integrarem, numa fase posterior, apenas, o processo penal em curso.

No presente capítulo, erguemos compromisso no sentido de aprofundar as revistas e buscas como meios de obtenção de prova.

#### **3.1. As revistas como meios de obtenção de prova, ordenadas por despacho de AJ**

A revista a uma pessoa, como facilmente se apreende, é uma intrusão à esfera privada desta, ao seu corpo, podendo, por diversas vezes, trazer consigo o cariz humilhante característico de uma ingerência deste padrão. Daí que esta intromissão não deva ser encarada de forma leviana pelos OPC.

Naturalmente, a revista não poderá em caso algum ferir a dignidade ou o pudor da pessoa humana, caso contrário poder-se-á verificar uma proibição de prova, prevista no art. 126.º, n.º 3 do CPP.

Há que perceber que as revistas não são automaticamente a regra, e apenas devem ser levadas a cabo cumprindo escrupulosamente os pressupostos previstos no CPP.

Vejamos. Em primeiro lugar, rege o art. 174.º, n.º 1 que apenas poderão ser ordenadas revistas “quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova”.

Ora, é sempre de dificuldade acrescida delimitar o âmbito de autorização de uma diligência quando esta autorização se funda num conceito indeterminado, como o é a noção de “indícios”. Contudo, há sempre, quanto a nós, que ter presente o princípio da mínima restrição de direitos, art. 18.º, n.º 2 da nossa Lei Fundamental, pelo que será essencial que, com base em critérios concretos a concretizar por AJ no despacho de autorização da diligência, seja mais provável do que improvável<sup>39</sup> o visado ocultar na sua pessoa objetos relacionados com o crime ou que possam servir de prova a este.

---

<sup>39</sup> Baseamo-nos, para chegar a esta fórmula, sobretudo, no critério previsto no art. 283º, n.º 2, em que se deve basear o MP para, findo o inquérito, se decidir pela acusação ou arquivamento, “Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. Ou seja, quanto a nós, consideram-se que existem indícios suficientes, quando seja mais provável que, em audiência de julgamento seja aplicada ao arguido uma pena ou medida de segurança do que mais provável que este seja absolvido. É certo que a norma do art. 174º é ligeiramente diferente da do art. 283º, n.º 2, por não se referir a “suficientes indícios”, mas, tão só, a “indícios”. Contudo, parece-nos que, referindo-se o legislador processual penal a “indícios”, é



Ora, não basta que exista uma probabilidade, é necessário, quanto a nós, que esta seja superior a 50%, tendo sempre em conta critérios a desenvolver no despacho de autorização.

As revistas, assim como adiante veremos, as buscas, como meios de obtenção de prova, necessitam, regra geral, ao contrário das medidas cautelares e de polícia, de ordenação ou autorização por despacho de AJ (art. 174.º, n.º 3).

Ora, quando as revistas são efetuadas com base em autorização judiciária, esta autoridade deve, sempre que possível, assistir à diligência, sendo que terá de ser entregue ao visado uma cópia do despacho de autorização da revista, no qual se faz menção, segundo o art. 175.º, n.º 1, de que o suspeito pode indicar pessoa da sua confiança para presenciar a diligência. Se o visado não souber ler, há que adaptar-se o preceito, respeitando-se o princípio basilar da igualdade em sentido material. Assim, aquele que proceder à diligência deverá ler e explicar o conteúdo do despacho ao visado, permitindo-lhe contactar pessoa de sua confiança para estar presente na diligência.

Refira-se que a norma do art. 174.º, n.º 4, que prevê que, sob pena de nulidade, o despacho de autorização judicial das revistas e buscas tem um prazo de validade máxima de 30 dias, é relativamente recente, tendo resultado de alterações operadas pela Lei n.º 48/2007<sup>40</sup>.

Esta alteração deveu-se, sobretudo, a pressões jurisprudenciais e doutrinárias que erguiam dúvidas acerca da constitucionalidade da norma do art. 174.º, n.º 3 por esta não conter em si qualquer limite temporal. Contestavam, sobretudo, que a norma, da forma como era redigida previamente, “punha em causa os direitos, liberdades e garantias do cidadão face à ilimitada temporalidade de actuação autorizada ou ordenada pela autoridade judiciária e violava o princípio da proporcionalidade no sentido da exigibilidade e necessidade de restrição do direito ou liberdade fundamental”<sup>41</sup>.

Vamos no sentido de Guedes Valente, considerando que agiu bem o legislador ao ceder aos argumentos da doutrina e da jurisprudência, consagrando o prazo máximo de 30 dias de validade do despacho e materializando, desta forma, o princípio da segurança jurídica e o controlo jurisdicional da diligência processual penal.

Utilizando-se o despacho de autorização para além do prazo de 30 dias previsto na lei, estará em causa uma nulidade sanável.

Repare-se que, neste caso, não é pelo facto de o despacho de AJ ultrapassar o prazo de 30 dias previsto no n.º 4 do art. 174.º que a prova obtida se insere num atentado

---

claro que estes têm de ser suficientes. Com a insuficiência, será lógico não ser possível proceder-se a diligências que chocam frontalmente com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

<sup>40</sup> Lei n.º 48/2007, de 29-08, 15ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).

<sup>41</sup> Guedes Valente, 2010, p. 367.

contra a vida privada, punido com proibição de prova, à luz do art. 126.º, n.º 3. Aqui não. Aqui, a busca ou revista foi, de facto, ordenada ou autorizada por AJ, depois de avaliados os pressupostos contidos no arts. 174.º, n.ºs 1 e 2, pelo que a partir daí os direitos fundamentais dos visados ficaram assegurados.

Ora, a expressão “sob pena de nulidade” existente na norma em questão diz respeito ao vício da nulidade sanável por aplicação da regra subsidiária prevista no art. 120.º, n.º 1, que deve ser arguida no prazo previsto no art. 120.º, n.º 3 al. c).

### **3.2. As buscas não domiciliárias como meios de obtenção de prova, ordenadas por despacho de AJ**

As buscas, como meios de obtenção de prova, têm, em bastantes aspetos do seu regime, pontos idênticos à regulamentação das revistas, pelo que nestes se remeterá para o que se referiu no ponto anterior.

Em primeiro lugar, e de acordo com a norma do art. 174.º, n.º 2, as buscas são meios de obtenção de prova que se realizam em locais reservados ou não livremente acessíveis ao público, quando sobre esse local existam indícios de que lá se encontram objetos relacionados com a prática de crime que lhe possam servir de prova ou que nele se esconde arguido ou outra pessoa que deva ser detida.

Quanto ao conceito indeterminado de “indícios” em que assenta a norma, remetemos para o que se explanou acerca do regime das revistas no ponto anterior.

Isto é, defendemos que tenha de existir uma probabilidade de no local a realizar a busca se encontrarem objetos ligados ao crime, arguido ou pessoa que deva ser detida, maior do que a probabilidade de aqueles lá não se encontrarem.

Ora, tal diligência processual “encontra-se associada a uma entrada em espaço de acesso restrito ou vedado e a uma atividade direcionada à descoberta de algo (objetos ou indivíduo a deter) que se encontrará tendencialmente escondido ou dissimulado”<sup>42</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça, por Acórdão<sup>43</sup>, entendeu o seguinte: “as buscas realizam-se em lugares reservados ou não livremente acessíveis ao público, pelo que apenas podem ter lugar nas condições previstas na lei”. Ora, quando a norma se refere a “lugar reservado ou não livremente acessível ao público”, isto significa que só podemos falar em buscas se o local é reservado ou não acessível ao público, se não é reservado ou

---

<sup>42</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/2012, datado de 24-04-2012, Proc. n.º 166/12, Relator Catarina Sarmento e Castro, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>43</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 05-06-1991, Proc. n.º 041565, Relator Ferreira Vidigal, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

é livremente acessível, então falamos de uma outra realidade, mas não de buscas no sentido técnico-jurídico que o legislador pretendeu conferir-lhe<sup>44</sup>.

As buscas, como meios de obtenção de prova, “abrangem todos os atos materiais destinados à obtenção de indícios que permitam à AJ formar a sua convicção sobre a existência e relevância criminal de certos factos”<sup>45</sup>.

À semelhança do que se disse acerca das revistas, as buscas são ordenadas, ou autorizadas, regra geral, por AJ.

Quanto às formalidades das buscas, o art. 176.º consagra, à luz do que também o produz o art. 175.º quanto às revistas, a obrigação de entrega de cópia do despacho de autorização a quem tem a disponibilidade do lugar em que se realizará a busca. Nesta cópia deve constar menção de que é possível o proprietário ou possuidor do lugar assistir à busca e de que este pode fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa de sua confiança. Se faltarem aquelas pessoas, segundo o n.º 2, “a cópia é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua”.

Refira-se que os n.ºs 1 e 2 da norma do art. 176.º já viram a questão da sua constitucionalidade apreciada pelo Tribunal Constitucional<sup>46</sup>.

Ora, uma determinada arguida, nas suas alegações em processo penal, ergueu a questão da inconstitucionalidade do art. 176.º, concluindo que:

O artigo 176.º do CPP encontra-se ferido de inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 34.º, n.º 2 e 32.º, n.º 1 da Constituição (...) permite um vazio legislativo que é o de admitir que uma terceira pessoa sentada numa sala possa legitimar a busca na casa que não é sua, tanto bastando para isso que aponha a sua assinatura no auto de busca.

O TC considerou que, como a busca decorreu pelas 19 horas, era autorizada pelo Juiz e, tendo assistido à diligência um vizinho, não era necessária a presença nem o consentimento da visada, não se identificando, assim, qualquer falta geradora de inconstitucionalidade.

Quanto à hipótese de o sujeito com a disponibilidade do local não saber ler, remetemos esclarecimentos para o ponto anterior relativo às revistas.

---

<sup>44</sup> Guedes Valente, 2010, p. 370.

<sup>45</sup> Fidalgo, 2011, p. 165.

<sup>46</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/97, datado de 14-01-1997, Proc. n.º 821/95, Relator Monteiro Diniz, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

### **3.3. O regime especial das revistas e buscas não domiciliárias, como meios de obtenção de prova, dispensadas de autorização judicial prévia**

As revistas e buscas, como meios de obtenção de prova, podem ser repartidas em dois vetores: as autorizadas ou ordenadas por AJ, e as que são realizadas por OPC, atuando com dispensa de autorização prévia de AJ (art. 174.º, n.º 5), à semelhança do que acontece com as medidas cautelares e de polícia (art. 251.º).

Exponha-se que, aquando da aprovação do CPP de 1987, a versão originária do art. 174.º foi enviada por Mário Soares, então Presidente da República, ao TC para aferir da sua constitucionalidade. Isto porque surgiam dúvidas ao PR quanto ao facto de saber se as revistas e buscas levadas a cabo sem autorização prévia do Juiz conflituavam com o disposto no n.º 8 do art. 32.º da CRP, na altura n.º 6, que define a nulidade, quanto a nós proibição de prova, das provas obtidas mediante ofensa à integridade moral das pessoas ou abusiva intromissão na sua vida privada.

O TC, no seu Acórdão n.º 7/87<sup>47</sup>, não considerou inconstitucional o facto de ser possível levar a cabo buscas e revistas unicamente por iniciativa dos OPC e sem prévia autorização judicial. Isto devido a, observou aquele Tribunal, só serem passíveis de ser incluídas no vício maior – quanto a nós, proibição de prova e não nulidade – as diligências levadas a cabo segundo o art. 32.º, n.º 8 da CRP, com abusiva intromissão da vida privada dos visados. Ora, embora dispensadas da autorização do MP, se as buscas e revistas por OPC cumprirem escrupulosamente os requisitos especiais previstos no art. 174.º, n.º 5, então não será possível considerá-las abusivas por se introduzirem na esfera privada dos cidadãos.

Atravessando os enunciados requisitos especiais, vejamos.

O n.º 5 do art. 174.º elenca três situações taxativas em que será possível aos OPC levar a cabo revistas e buscas sem prévia autorização judicial.

Repare-se que, embora subsistam os requisitos específicos previstos nas alíneas do art. 174.º, n.º 5, este tipo de revistas e buscas, diga-se, subsidiárias, têm obrigatoriamente de respeitar os pressupostos gerais dos n.ºs 1 e 2, ficando unicamente isentas do respeito pelo enunciado no n.º 3. Assim, quanto ao respeito pelos requisitos gerais, nomeadamente quanto ao que elencámos no conceito de “indícios”, remetemos esclarecimentos para os pontos prévios.

---

<sup>47</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, datado de 09-01-1987, Proc. n.º 302/86, Relator Mário de Brito, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Voltando aos pressupostos específicos, repare-se que este tipo de revistas e buscas levadas a cabo sem o escopo de AJ pode facilmente colidir com direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Ora, deste modo, há, claramente, que interpretar os pressupostos específicos enunciados pelo legislador nas als. do art. 174.º, n.º 5 de forma exigente.

A al. a) enuncia a revista ou busca nas hipóteses “de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”, desde que haja fundados indícios da prática iminente de crime que exponha a vida ou a integridade dos cidadãos a graves riscos.

Desde já, há que ter em conta, de modo a clarificar conceitos, as definições legais presentes no sítio relativo às “Disposições preliminares e gerais”, art. 1.º do CPP<sup>48</sup>. Assim, os OPC têm necessariamente de conhecer a lei, nomeadamente o que se entende legalmente por cada um dos conceitos existentes na al. a) do art. 174.º, n.º 5, para estarem legitimados a proceder de acordo com a alínea desta norma.

Assim, não basta que, casuisticamente, os OPC considerem que está em causa, por exemplo, um crime violento. Diga-se, salvo o devido respeito, porque para isso não são competentes.

Imagine-se que está em causa o tipo legal de violência doméstica (art. 152.º CP), consumado através não de maus-tratos físicos, mas de maus-tratos psíquicos. Com o devido respeito aos OPC – e salvo, claro está, as devidas exceções – estes podem considerar que, por estar em causa violência psicológica e não física, a conduta, apesar de se integrar no tipo legal de violência doméstica, não se subsume ao conceito de criminalidade violenta.

Contudo, a definição que o legislador processual penal enuncia no art. 1.º f) é clara. A conduta em causa, exercer violência psicológica sobre pessoa elencada nas alíneas do art. 152.º, n.º 1, atentando, nomeadamente, contra a sua liberdade pessoal, sendo punível com pena de prisão de máximo igual a 5 anos, integra-se claramente no art. 1.º f), referente à definição legal de criminalidade violenta.

O mesmo raciocínio deverá, quanto a nós, ser aplicado às definições de terrorismo (art. 1.º, al. i) e de criminalidade altamente organizada (art. 1.º al. m), se bem que nestes casos a interpretação será facilitada pelo facto de as próprias normas indicarem taxativamente os tipos legais que se consideram subsumidos a tais conceitos.

---

<sup>48</sup> Assim, i) “Terrorismo” as condutas que integram os crimes de organização terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; j) “Criminalidade violenta” as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos; m) “Criminalidade altamente organizada” as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.

Quanto ao conceito de “fundados indícios”, remetemos para anteriores considerações. Isto porque, apesar de a norma do art. 174.º, n.º 5 a) se referir no seu conteúdo a “fundados indícios”, e não apenas a “indícios”, como o faz o art. 174.º, n.ºs 1 e 2, olhando para a definição portuguesa da palavra, “aquilo que indica a existência de algo”<sup>49</sup>, “Sinal; aquilo que indica o que, provavelmente, ocorreu ou existiu”<sup>50</sup>, facilmente se percebe que não podem existir indícios se estes não forem fundados. Não se concebem, quanto a nós, sinais infundados.

Por essa razão, apesar de poder fazer parecer que o legislador quis, a partir da palavra “fundados”, criar mais exigência, parece-nos que o critério deve ser o mesmo a usar no art. 174.º, n.ºs 1 e 2, portanto, o de existir uma probabilidade de mais de 50% da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. Assim, haver maior probabilidade de o suspeito estar prestes a praticar os crimes em questão do que a de não estar nessa iminência.

A alusão a “grave risco” faz parecer que o legislador não se quis bastar com um qualquer risco de toda dimensão:

o risco há-de, pois, ser relevante, sério, de dimensão bastante ou suficientemente importante, tendo em conta a pessoa média comum, colocada em condições idênticas e possuindo as mesmas aptidões e capacidades pessoais do órgão de polícia criminal, para justificar a revista sem prévia autorização ou ordem de autoridade judiciária<sup>51</sup>.

Assim, os OPC devem avaliar o caso concreto segundo a sua experiência de vida, pessoal e profissional, e decidir se o risco em causa é suficientemente sério para legitimar o atentado a direitos fundamentais do arguido ou suspeito.

O “grave risco” deve, ainda, referir-se à vida ou integridade de qualquer pessoa, e não a quaisquer outros bens jurídicos, como, por exemplo, o património.

Apesar de a maior parte dos Autores considerarem que o legislador se refere nesta norma ao bem jurídico da integridade física, repare-se que este se refere ao conceito de integridade em geral, não entrando em pormenores. Ora, deveria assim ser de, no mínimo, problematizar a questão. Destarte, a maior parte dos Autores nem chega a colocar a mesma<sup>52</sup>, partindo do princípio que no conceito de integridade se subsume unicamente o aspeto físico.

---

<sup>49</sup> In <https://dicionario.priberam.org/indicios>.

<sup>50</sup> In <https://www.dicio.com.br/indicio/>.

<sup>51</sup> Gonçalves & Alves, 2009, p. 207.

<sup>52</sup> Repare-se que, no seu manual, Fernando Gonçalves e Manuel João Alves não problematizam sequer a questão, considerando que é à integridade física que o legislador se refere.

Repare-se que a hipótese que explanámos mais acima, o crime de violência doméstica praticado através de maus tratos psíquicos, poderia elencar-se, ou não, nesta al. a), consoante o conceito de “integridade” que se resolva defender.

Se considerarmos que o conceito de integridade psicológica e sexual cabe na noção de “integridade” que o legislador quis elencar no art. 174.º, n.º 5 a), então o crime de violência doméstica perpetrado através de violência psíquica seria apto à realização de revistas e buscas sem prévia autorização judicial na presença de fundados indícios da prática iminente do crime. Já para a interpretação de que na noção de “crime que ponha em grave risco a integridade de qualquer pessoa” apenas cabem ataques de teor físico, já o crime anterior, não sendo perpetrado através de maus-tratos físicos, mas psíquicos, não pode, assim, dar origem a revista ou busca levada a cabo por OPC sem autorização judicial.

O segundo caso, previsto na al. b), consiste nas situações em que as pessoas que vão ser alvo da revista ou busca prestem consentimento nesse sentido, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado.

Assim, neste caso, o consentimento não é uma mera formalidade, mas um pressuposto de validade da revista, não se bastando a lei com o consentimento tácito, sendo que faltando este, estaremos perante uma proibição de prova por atentado ilegítimo à reserva da vida privada do visado. Ora, não basta que, como acontece variadas vezes, o sujeito interpelado por OPC se deixe revistar, não se opondo. É necessário que aquele ativamente demonstre, documentalmente, que anui com a realização da diligência.

No caso de a diligência ser a busca e não a revista, o termo “visado” tem já suscitado alguma polémica, pelo que remetemos esclarecimentos para o capítulo seguinte do projeto.

Na al. c) prevê-se a possibilidade de os OPC procederem a buscas e revistas sem autorização prévia em caso de “detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão”.

Repare-se que este pressuposto não se confunde com os previstos na al. a) do art. 251.º do CPP, referente às revistas e buscas como medidas cautelares e de polícia, e já por nós analisados. No âmbito da al. c) do art. 174.º, n.º 5, o *periculum in mora* só será aceitável se existir uma detenção em flagrante delito, não se passando o mesmo nas situações do art. 251.º do CPP, uma vez que as revistas e buscas podem ser efetuadas fora dos casos de flagrante delito.

Ora, à semelhança do que acontece com as medidas cautelares e de polícia, também as buscas e revistas como meios de obtenção de prova, quando levadas a cabo sem autorização judicial prévia e fora dos casos em que existe consentimento do visado

ou situações de flagrante delito, estão sujeitas ao limite da intervenção homologadora de AJ (art. 174.º, n.º 6).

Então, e tal como defendemos em relação às revistas e buscas como medidas cautelares e de polícia, parece-nos que uma interpretação exigente e correta do art. 174.º, n.º 6 passará por considerar que as buscas e revistas levadas a cabo sem autorização judicial prévia só poderão integrar-se no processo depois de confirmação dada pelo JIC.

Ao contrário, como vimos, certos Autores, onde se inclui também Marques Ferreira<sup>53</sup>, defendem que a competência para apreciação e validação deve caber ao MP, argumentando que é este quem tem a competência para autorizar buscas e revistas e que tal ato não consta das normas dos arts. 268.º e 269.º, não cabendo assim no elenco dos atos da competência exclusiva do JIC.

No mesmo sentido destes Autores, também relevante jurisprudência como é o caso do Acórdão<sup>54</sup> do TRP, datado de 21-01-2015, em que se explana que:

Conquanto o texto legal indique como destinatário da comunicação o JIC, sufraga-se o entendimento de que deve interpretar-se em conformidade com as normas que regulam a quem compete ordenar as buscas e revistas, e, consequentemente, deve restringir-se a exigência de intervenção do JIC, na fase do inquérito, às buscas domiciliárias (artigo 269.º, n.º 1, alínea c) do Código Processo Penal), devendo admitir-se que, nessa fase processual, a fiscalização do procedimento levado a cabo pelo OPC, quanto a buscas não domiciliárias, seja realizado pelo Ministério Público.

Contudo, assim como defendemos em relação às medidas cautelares e de polícia, também aqui nos parece, agora sem ser necessária remissão, que a norma é clara, referindo sem margem para dúvidas o JIC como competente para apreciação e validação.

Repare-se, ainda, no que enuncia o legislador quer na al. f) do art. 268.º do CPP, quando atribui a competência ao JIC para, no decurso do inquérito, “praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução”, quer na al. f) do art. 269.º do CPP, ao exigir que seja da ordenação e autorização do JIC “a prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução”.

Quanto a nós, indicando expressamente o art. 174.º, n.º 6 do CPP o JIC como detentor da competência para apreciação e validação das revistas e buscas realizadas sem prévia autorização judicial, esta norma subsume-se claramente às alíneas que atrás

---

<sup>53</sup> Marques Ferreira, 1995, p. 267.

<sup>54</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 21-01-2015, Proc. n.º 27/14.5PEVNG-A.P1, Relator Maria dos Prazeres Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



expusemos, visto que é a própria lei que expressamente reserva os atos de apreciação e validação ao JIC.

É certo, como assenta o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>55</sup>, que

é ao MP que compete determinar quais as diligências que devem ser realizadas em ordem a descobrir e recolher as provas necessárias aos fins do inquérito (...) É o critério da investigação, cujo dominus é o MP, que determina a razoabilidade das buscas e da seleção/escolha dos objetos apreendidos.

Ora, o que está aqui em causa é não a autorização e ordenação das diligências, mas sim a validação posterior a estas já haverem ocorrido.

Para nós, a opção explica-se por referência, nomeadamente, às buscas domiciliárias. Ora, atentando diretamente contra a vertente mais íntima da reserva da vida privada, a ordenação e autorização de buscas domiciliárias entra no escopo de competências do JIC, à luz do art. 269.º, n.º 1 c). Quanto às buscas não domiciliárias em geral, por não estar em causa o tempo da vida familiar, o legislador considerou que o MP seria o titular da competência de autorização.

Contudo, no art. 174.º, n.º 5 a), não estão em causa buscas não domiciliárias ditas normais, mas sim buscas especiais levadas a cabo sem qualquer averiguação por AJ dos seus pressupostos de admissibilidade.

Assim, o ataque a direitos fundamentais acentua-se. Apenas o JIC, como protetor das liberdades e garantias, pode, ao decidir se a diligência se junta ou não ao processo, reestabelecer o equilíbrio, tão necessário num Estado de Direito.

Não se cumprindo os requisitos previstos no art. 174.º, n.º 6, a norma elenca a expressão “sob pena de nulidade”. Contudo, poderá perguntar-se se o vício se referirá apenas à falta de comunicação imediata da realização da diligência ao JIC, se se referirá à não validação da diligência por aquele, ou se a ambas as coisas.

No primeiro dos sentidos, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Guimarães<sup>56</sup>:

Ao usar a expressão “imediatamente” pretende o legislador significar que a busca tem que ser levada ao conhecimento do juiz no mais curto espaço de tempo. A falta de comunicação imediata da busca ao juiz é cominada pela lei com a sua nulidade. Assim, o que constitui nulidade é tão só a falta de comunicação imediata da busca e não também a falta de apreciação ou validação pelo juiz.

---

<sup>55</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 18-05-2006, Proc. n.º 54/2006-9, Relator Ana Brito, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>56</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 01-10-2005, Proc. n.º 2189/04-1, Relator Maria Augusta, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Quanto a nós, assim não nos parece. Consideramos que a expressão “sob pena de nulidade” deve ser aplicada não só à obrigação de comunicação ao JIC, mas, de igual forma, à obrigação de validação daquele.

Para além do mais, é de nossa opinião que deve a expressão ser interpretada no sentido de elencar não uma nulidade *strictu sensu*, mas sim uma proibição de prova. Alicerçamo-nos na norma do art. 33.º, n.º 4 da Lei de Segurança Interna para chegar a tais conclusões. Veja-se a norma em questão: “Não podem ser utilizadas em processo penal as provas recolhidas no âmbito de medidas especiais de polícia que não tiverem sido objecto de autorização prévia ou validação”.

Ora, dizendo a norma respeito ao regime das medidas de polícia, e remetendo o art. 251.º, regime daquelas medidas no CPP, para o art. 174.º, n.º 6, seria ilógico que esta última norma contivesse uma solução materialmente diferente da plasmada na Lei de Segurança Interna. Dito isto, com a expressão “não podem ser utilizadas em processo penal”, quis o legislador, quanto a nós, estabelecer uma proibição de prova concretizada no vício da inexistência, dizendo este respeito não só à falta de imediata comunicação, mas também à falta de validação por JIC.

#### **4. A questão do consentimento nas buscas não domiciliárias**

##### **Artigo 174.º**

“5 – Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:

b) Em que os **visados** consintam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;”

Inexistindo autorização judiciária, e não estando em causa as situações das als. a) e c) do art. 174.º, n.º 5, para que os OPC possam levar a cabo uma busca não domiciliária, a lei exige o consentimento do visado.

Este pressuposto de legitimação aplica-se, da mesma forma, às buscas domiciliárias noturnas, à luz da norma do art. 177.º, n.º 2 b), bem como às buscas domiciliárias, diurnas ou noturnas, nas hipóteses do art. 177.º, n.º 3 a) e b), efetuadas por OPC, mesmo sem autorização de MP, o que decorre ainda de opção legislativa vertida na própria Lei Fundamental, no seu art. 34.º, n.º 3.

Isto porque o direito à reserva da vida privada e familiar, visto tratar-se de um direito disponível,

as pessoas podem consentir em limitações voluntárias do direito à proteção da vida privada. A forma e o grau de satisfação do interesse à

proteção da vida privada não são estabelecidos pela ordem jurídica, previamente e in abstracto, de uma forma imperativa. Aliás, a própria ideia de controlo da informação implica que se reconheça que a satisfação desse interesse permanece dependente de juízos de valor do interessado<sup>57</sup>.

Ora, a norma do art. 174.º, n.º 5 b) torna desnecessária a autorização judicial para a realização de buscas e revistas pelos OPC, desde que os visados consentam na concretização destas diligências. Assim, nestes casos, considera-se que o consentimento do ofendido pela diligência elimina o eventual ilícito<sup>58</sup>. Contudo, como reforça Francisco Marcolino<sup>59</sup>, em relação às buscas, “o conceito de visado não é pacífico”.

Ora, segundo este Autor, é necessário ter em conta a norma do art. 176.º, n.º 1 do CPP, que exige que, na busca ordenada ou autorizada por AJ, “se entregue (...) a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou”.

Portanto, enquanto na busca ordenada ou autorizada o legislador exige a entrega de cópia do despacho que a ordena, na busca realizada sem ordem ou autorização, legitimada pelo consentimento, exige-se que o visado o preste de forma livre e esclarecida, tendo de ficar documentado.

Quanto ao primeiro caso, o das buscas autorizadas ou ordenadas por AJ, tem existido unanimidade quer doutrinal, quer jurisprudencial no sentido de que a expressão prevista no art. 176.º, n.º 1, “entregue a quem tiver a disponibilidade do lugar”, tem por significado qualquer pessoa unida por qualquer título à coisa, incluindo o mero possuidor precário.

Por sua vez, o mesmo não acontece com o conceito de “visado”, vertido na norma do art. 174.º, n.º 5 b), visto a jurisprudência estar bastante dividida a este respeito.

No fundo, é possível delimitar as decisões dos Tribunais em duas orientações. Uma que considera que o conceito de “visado”, referido no art. 174.º, n.º 5 b), deve ser entendido de forma ampla, e outra que considera que deve este ser interpretado de forma restrita.

Vejamos certos exemplos, cronologicamente.

O Acórdão do STJ<sup>60</sup>, datado de 05-06-1991, já citado, no primeiro dos sentidos das posições firmadas, refere que o consentimento pode ser dado por quem tiver a livre disponibilidade dos lugares onde se levam a cabo as buscas. Assim, segundo esta posição, não necessita de ser o visado pela diligência a prestar consentimento, bastando-se com o

---

<sup>57</sup> Mota Pinto, 2000, p. 164.

<sup>58</sup> Maia Gonçalves, 1988, pp. 213 e seguintes.

<sup>59</sup> Jesus, 2015, p. 233.

<sup>60</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

que é exigido pelo art. 176.º, n.º 1, podendo, assim, até o mero possuidor precário consentir na realização da diligência.

Na mesma senda, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>61</sup>, datado de 10-07-1991, afirma-se que “o termo “visado” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo as pessoas de que pode depender a busca, que tanto pode ser o arguido, se tiver os objectos na sua posse ou ocupar certa área, ou qualquer outra pessoa que estiver nessas circunstâncias”.

Da mesma forma, o Acórdão do STJ<sup>62</sup>, de 11-03-1993, onde se refere que é possível que o consentimento para a busca seja prestado pelo “dono da casa”, que, no caso do Acórdão, seria o pai do suspeito.

Noutra senda, estão, por exemplo, os Acórdãos do STJ<sup>63</sup> e do TRE<sup>64</sup> datados, respetivamente, de 08-02-1995 e de 17-09-2009.

O STJ considera, naquele Acórdão, que o consentimento apenas pode ser prestado pelo visado pela diligência, o arguido, sendo este titular do direito à inviolabilidade do domicílio, não bastando assim, em oposição à tese anterior, a mera disponibilidade do lugar. Assim, “a pessoa visada com a diligência era a arguida pelo que só esta poderia dar o consentimento excludente de eventual ilícito (...); ela apresentava-se como única titular do direito à inviolabilidade do domicílio”.

Da mesma forma, o citado Acórdão do TRE, em que se afirma que o consentimento para a busca no quarto onde o visado pernoitava só poderia ser dado pelo próprio, mesmo não sendo ele o titular do direito de propriedade do mesmo.

Nesta matéria, importa olhar, igualmente, ao Acórdão n.º 507/94<sup>65</sup>, emanado pelo TC, que analisa o pressuposto de legitimação do consentimento para a realização de buscas. Apesar de o caso em questão enunciar uma busca domiciliária, o que ali se explana pelo TC é essencial, de igual forma, para chegarmos a uma interpretação da norma do art. 174.º, n.º 5 b) do CPP, referente ao regime jurídico das buscas não domiciliárias.

Expliquemos, sucintamente, o caso plasmado nesta jurisprudência.

---

<sup>61</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 10-07-1991, in CJ, XVI, 4, p. 127, *apud* Francisco Marcolino, *Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, p. 234.

<sup>62</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11-03-1993, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 425, p. 423 *apud* Francisco Marcolino, *Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, p. 234.

<sup>63</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 08-02-1995, Proc. n.º 04784, Relator Vaz dos Santos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>64</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 17-09-2009, Proc. n.º 549/08.7PBBJA-A.E, Relator Martinho Cardoso, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>65</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 507/94, datado de 14-07-1994, Proc. n.º 129/93, Relator Ribeiro Mendes, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

A<sup>66</sup> foi acusado pelo MP da prática, em autoria material e em concurso real, de um crime de rapto de menor<sup>67</sup> e de um crime de violação, tendo, entretanto, sido determinada e executada em relação ao arguido a medida de coação de prisão preventiva.

No decurso do inquérito, a alegada vítima, acompanhada de OPC, deslocou-se à casa onde residia o arguido, onde, “no sentido de lhe serem mostradas as peças de vestuário, aquela quando a mãe do detido lhe exibiu umas calças e um casaco do tipo napa de cor preta, desde logo as reconheceu como sendo as que ele usava quando a interceptou e consumou o delito”.

Ora, o arguido veio interpor recurso do despacho que validou a sua prisão, tendo suscitado a questão da nulidade das apreensões e das buscas realizadas pelos OPC na sua residência, por não terem sido autorizadas pelo arguido, nem sequer por AJ.

O MP alegou que não chegara sequer a existir busca domiciliária, uma vez que os objetos apreendidos resultaram “da apresentação e entrega voluntária dos mesmos pela própria mãe do arguido”.

O TRP rejeitou este primeiro recurso do arguido por extemporaneidade, abstendo-se de conhecer do seu objeto.

Findo o inquérito, o MP acusou o arguido, em autoria material e concurso real, de um crime de rapto de menor e de um crime de violação de menor.

Seguiu-se instrução, tendo o arguido sido pronunciado pela prática daqueles dois crimes. Em julgamento, o arguido foi condenado na pena unitária de 10 anos de prisão e, ainda, no pagamento à ofendida de 2000 contos.

O arguido interpôs recurso desta sentença para o STJ, fundando-se, entre outros, na nulidade das apreensões realizadas em sede de busca domiciliária, considerando que as apreensões consequentes da busca domiciliária seriam nulas,

e de nenhum efeito (...) por violação dos artigos 32.º e 34.º da Constituição da República Portuguesa, artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem [...] e artigos 124.º, 125.º, n.º 3 do artigo 126.º, n.os 2 e 3 do artigo 174.º, n.º 3 do artigo 178.º e 323.º, todos do Código de Processo Penal, considerando-se inválido o acto em que se verificaram, bem como todos os que dele dependeram, nomeadamente o julgamento.

O STJ, por Acórdão, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida. Deste Acórdão, interpôs o arguido recurso para o TC, cuja decisão deu, então, origem ao Acórdão em análise, 507/94.

---

<sup>66</sup> Assim descrito no Acórdão.

<sup>67</sup> O Acórdão analisa a questão de o arguido dever ou não ser punido autonomamente pelo crime de rapto, o que não explicitaremos, por sair do escopo do presente projeto.

Ora, fundando-se em Maia Gonçalves<sup>68</sup>, o TC começa por ensinar que enquanto nas buscas não domiciliárias a regra é a da necessária ordenação/autorização judicial, salvo os três já explicitados casos plasmados no art. 174.º, n.º 5, na busca domiciliária “o regime é mais restritivo, limitando-se tais casos a dois”. Um desses casos, assim como, diga-se, nas buscas não domiciliárias, é o do consentimento do visado, que elimina, portanto, o eventual ilícito.

Como já explicitado, por ocasião da elaboração do CPP de 1987, o TC foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade, sobre várias normas do texto constante de decreto do Governo, enviado para promulgação ao PR.

No tocante às buscas domiciliárias consentidas pelos visados, o TC pronunciou-se no já citado Acórdão n.º 7/87<sup>69</sup>, considerando que a busca domiciliária levada a cabo por OPC, sem autorização do MP, com o consentimento do visado, não seria inconstitucional porque, consentindo os visados, ou, melhor dizendo, não se verificando a entrada no domicílio contra a vontade do visado, não se viola o domicílio.

O TC, nesta sua decisão, deixou assente a sua posição.

Só restariam duas opções: ou os visados pelas buscas domiciliárias não autorizadas por AJ consentiam nas mesmas ou, então, não consentindo, tinha de existir autorização ou mandado judicial. Com a ressalva de que

só nos casos da alínea a) do n.º 4 do artigo 174.º (...) se poderia ter por não inconstitucional a busca domiciliária por órgão de polícia criminal: é que o direito à inviolabilidade do domicílio deveria compatibilizar-se com o direito à vida e com o direito à integridade pessoal, os quais haveriam de entender-se como limites imanescentes do direito em causa.

Lembrou também o TC que, em 28 de junho de 1989<sup>70</sup>, já aquele Tribunal havia declarado inconstitucional a norma do n.º 2 do art. 81.º da Parte III do Regulamento Geral do Serviço da GNR<sup>71</sup>, na parte em que permitia buscas nos segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de pessoas referidas no n.º 1 daquela norma, sem as fazer depender, na ausência de consentimento dos interessados, de determinação de AJ competente, nem as limitar ao período diurno.

Afirmou o TC:

---

<sup>68</sup> Maia Gonçalves, 1988, pp. 213 e ss.

<sup>69</sup> Disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>70</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, datado de 28-06-1989, Proc. n.º 15/87, Relator Raul Mateus, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>71</sup> Era o seguinte o teor do art. 81.º, n.º 2 do Regulamento Geral do Serviço da GNR: “Havendo suspeitas ou queixas de que tais grupos e caravanas, além de se dedicarem a actividades lícitas, intimidam as populações ou praticam regularmente danos nas propriedades, as patrulhas devem, tomadas as devidas medidas de segurança, efectuar buscas e revistas nas caravanas em trânsito ou nos locais onde aqueles permanecem, tendo especialmente em vista a detecção de armas não licenciadas e a recuperação de objectos ou animais furtados, tomando sempre nota da identidade dos principais chefes dos grupos”.

(...) se, em movimento, as auto-vivendas, roulottes, carroções e veículos similares não poderão por-ventura ser havidos como o domicílio, em sentido civilístico, de tais nómadas, isso não significará, necessariamente, que aquelas infra-estruturas móveis não hajam de estar, ao cabo e ao resto, igualmente abrangidas pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio<sup>72</sup>.

Quanto a nós, diga-se, agiu bem o TC ao declarar inconstitucional a norma do art. 81.º, n.º 2 do Regulamento em questão. Seria insustentável que tais grupos tivessem de tolerar atentados aos seus direitos e garantias constitucionais unicamente em razão de queixas. Repare-se que os requisitos de existirem “suspeitas” e “queixas” nem sequer necessitavam de ser cumulativos, pelo que se correria o risco de se estar perante discriminações contra minorias.

Quanto à essencial questão de alcançar a identidade de “visado” a que se referem as normas em questão, conclui o até aqui descrito Acórdão 507/94:

(...)decide o Tribunal Constitucional conceder provimento em parte ao recurso, julgando que violam a Constituição os artigos 174.º, n.º 4, alínea b)<sup>73</sup>, 177.º, n.º 2, e 176.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, na interpretação perfilhada na decisão recorrida, isto é, no sentido de que a busca domiciliária em casa habitada e as subseqüentes apreensões efectuadas durante aquela diligência, podem ser realizadas por órgão de polícia criminal, desde que se verifique o consentimento de quem, não sendo visado por tais diligências, tiver a disponibilidade do lugar de habitação em que a busca seja efectuada, devendo, por isso, o acórdão recorrido ser reformulado em consonância com o decidido em matéria de constitucionalidade<sup>74</sup>.

Para chegar a esta resolução, argumenta o TC que o STJ, ao considerar, no Acórdão recorrido, que o consentimento pode ser prestado por quem tem a disponibilidade do lugar ou é proprietário da habitação, está a esvaziar o conteúdo do direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 34.º da CRP,

e fá-lo com a transposição para o campo constitucional de um conceito processual penal operante num diferente contexto: o artigo 176.º, n.º 1, do Código de Processo Penal estabelece que, antes de se proceder à busca é entregue, salvo nos casos do artigo 174.º, n.º 4, cópia do despacho que a determinou a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza; esta entrega da cópia do despacho que ordenou a busca destina-se a

---

<sup>72</sup> Sublinhado nosso.

<sup>73</sup> Refere-se à norma 174º, n.º 4 b), cuja redação era dada pelo DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Atualmente, a norma em causa refere-se ao art. 174º, n.º 5 b), alteração elencada pela Lei n.º 48/2007, de 29-08.

<sup>74</sup> Sublinhado nosso.

dar conhecimento, a quem eventualmente pode viabilizar o acesso ao local da busca, do despacho que a ordenou enquanto documento comprovativo da sua legalidade. Mas se não há despacho a ordená-la, a legalidade de busca domiciliária depende já do consentimento de quem é visado com tal diligência. O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça tem subjacente a tendência doutrinal que relaciona a protecção constitucional do domicílio com a protecção dos direitos patrimoniais, isto é, com o poder de disposição sobre o lugar de domicílio [...]. Não é este, porém, como referimos, o referente axiológico justificativo da consagração constitucional do direito à inviolabilidade do domicílio<sup>75</sup>.

Considera, assim, o TC que o que se há de considerar é a “reserva de intimidade privada do arguido”, não se podendo permitir que, apenas porque alguém possa vender, doar ou abandonar a habitação deva, por isso, poder autorizar a intromissão de terceiros.

Em síntese, determina o TC que, no caso, sem autorização judicial, não será possível prescindir do consentimento do arguido. Entende, ainda, “que a tal consentimento se tenham de juntar outros actos de consentimento, provenientes de outros co-domiciliados”.

Ora, resta-nos, por último, perceber em que medida esta interpretação se deve aplicar ao regime das buscas não domiciliárias.

O TC dá-nos neste ponto bastante auxílio, uma vez que na sua conclusão integra já a norma do art. 174.º, n.º 4 b), hoje 174.º, n.º 5 b), referente ao regime das buscas não domiciliárias.

Por outro lado, repare-se no que rege o art. 177.º, n.º 3 al. a), “As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal: a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21 horas”.

Um destes casos referidos no art. 174.º, n.º 5 e aplicável às buscas domiciliárias por remissão expressa é o do consentimento do visado. Assim, não haverá dúvidas de que, pelo menos aqui, o termo tem o mesmo significado em ambas as normas: o art. 174.º, n.º 5 b) e o art. 177.º, n.º 3 a).

Ora, não seria lógico, quanto a nós, que o termo “visado” no seio da mesma norma e integrado no mesmo regime pudesse ter significados diferentes. Isto é, não seria sensato e comprometeria fortemente o princípio da segurança jurídica que o termo “visado” pudesse ter um significado diferente consoante estivesse em causa o art. 177.º, n.º 2 b) ou o art. 177.º, n.º 3 a).

---

<sup>75</sup> Sublinhado nosso.



Não obstante, quanto a nós, a resposta à questão elencada passará por refletir acerca da *ratio* da existência das duas normas em questão: o art. 174.º, n.º 5 b), referente às buscas não domiciliárias, e o art. 177.º, n.º 2 b), referente às buscas domiciliárias noturnas.

Vejamos. No caso das buscas domiciliárias, art. 177.º, n.º 2, o consentimento do visado permite que a busca domiciliária seja levada a cabo entre as 21 e as 7 horas.

Note-se que o legislador apenas permite que se levem a cabo buscas domiciliárias neste período em três casos, onde se inclui o consentimento, exatamente porque se entende ser este o período, por excelência, em que se privilegia a intimidade familiar.

Recorde-se que as buscas domiciliárias noturnas eram absolutamente proibidas pela CRP até à sua revisão constitucional de 2001. Até aí consagrava-se, na norma do art. 34.º, que ninguém podia “entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento”.

Em 2001, pelo art. 6.º da Lei Constitucional n.º 1/2001<sup>76</sup>, de 12 de dezembro, a norma passou a possuir a seguinte redação:

Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

Ora, bem se percebe que seja o legislador constitucional absolutamente exigente em relação à admissibilidade das buscas domiciliárias noturnas, uma vez que, salvo certas exceções, este é o período que traduz, na prática, o direito de repouso e descanso dos trabalhadores, previsto no art. 59.º, n.º 1 al. d) da CRP.

Assim, neste sentido, o consentimento do visado permite a realização de buscas domiciliárias no período noturno, o que se compreende, uma vez que, “no caso do consentimento, o lesado prescinde do seu direito (inviolabilidade do domicílio e reserva da vida privada)”<sup>77</sup>.

Ora, assim, a existência do requisito do “consentimento do visado” nas buscas domiciliárias explica-se pelo facto de este ser necessário para sanar o atentado à violação do direito de reserva da vida privada.

Portanto, para perceber a quem se referirá o legislador com o termo “visado” no art. 177.º, n.º 2 b), há que compreender quem será, nestes casos, o titular dos direitos de

---

<sup>76</sup> Disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>77</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 22-01-2015, Proc. n.º 81/14.0PJLRS-A.L1-9, Relator Antero Luís, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

privacidade e intimidade, que terminariam violados pela realização da busca domiciliária, mas cuja violação fica sanada pelo seu consentimento.

Ora, é certo que o direito de privacidade será, em primeira linha, da pessoa que tenha a disponibilidade do lugar, pelo que seria tentador afirmar que o visado pela busca domiciliária seria não o suspeito ou arguido, mas sim o proprietário ou possuidor, uma vez que será este, em primeira linha, quem terá de alterar a sua rotina privada e familiar em virtude da busca.

Não obstante, não nos podemos alhear do objetivo final da busca: a apreensão de objetos que sirvam de prova à prática de crime. Assim, é o suspeito ou arguido o verdadeiro interessado em inteirar-se da realização da busca, pelo que nos parece que o conceito de “visado”, utilizado no art. 177.º, n.º 2 b), 177.º, n.º 3 a), 177.º, n.º 3 b) e 174.º, n.º 5 b) só poderá considerar-se como referindo-se ao suspeito ou arguido.

Isto porque é este que, em última linha, é o verdadeiro afetado pela diligência, pois será a partir desta que se produz, ou não, prova contra si. Repare-se que se assim não se entender, e se considerar o visado como o proprietário/possuidor do espaço, o suspeito/arguido passa a ser tratado não como sujeito, mas sim como objeto do processo penal, alheio à realização de diligências não autorizadas por AJ, que podem levar à sua condenação, tudo isto sustentado num ato de consentimento que não é o seu.

Quanto às buscas domiciliárias, somos pela posição do TC, concordando que é necessário que ao consentimento do suspeito/arguido se juntem, caso existam, atos de consentimento de outros co-domiciliados. Isto porque a realização da busca, mesmo não tendo como objetivo final a aquisição de prova contra aqueles, ofende diretamente o seu direito à reserva da vida privada no seio do domicílio onde habitam.

Nas buscas não domiciliárias, quanto a nós, a questão não se coloca, pelo que o consentimento deve ser prestado apenas pelo suspeito/arguido, uma vez que os espaços em causa já não beneficiam da proteção do domicílio prevista no art. 34.º do CRP. Neste caso, o único titular do direito à reserva da vida privada será o arguido, uma vez que é este o verdadeiro “visado” pela diligência a partir da qual se pretende contra si recolher prova.

Inexistindo um concreto visado pela diligência, por falta de suspeito ou arguido, então a busca não poderá ser legitimada pelo consentimento, tendo, obrigatoriamente, de existir autorização judiciária.

## Conclusão

As revistas e buscas ou outro qualquer meio de obtenção de prova não podem fundar-se no pressuposto do homem “objeto” – mesmo que em determinado acto processual o agente tenha de vestir a capa de objecto do processo, p.e., em um exame ou em uma revista, já se poderá afastar a ideia de que é, também e em primeira linha, “sujeito” processual dotado de direitos e de deveres<sup>78 79</sup>.

Foi esta a linha mestra que tentamos preconizar durante toda a dissertação.

É certo que a missão final das revistas e buscas se prende com a apreensão de objetos relacionados com a prática de crime, o que dá fôlego e alimenta o caminho para a verdade material. Contudo, para a alcançar não é isto, a verdade dos factos, o quanto basta.

Como vimos, e esperamos ter reforçado ao longo do projeto, as revistas e buscas, quer como meios de obtenção de prova, quer como medidas cautelares e de polícia, fazem-se acompanhar por um autêntico atentado aos direitos fundamentais dos visados por estas diligências, pelo que, para minimizar ao máximo o impacto desse atentado, há que cumprir escrupulosamente os requisitos exigidos pelo legislador.

Ora, não nos concebe, deste modo, que certa doutrina ou jurisprudência elabore interpretações corretivas das normas existentes no sentido de lhes retirar exigência acautelada pelo legislador processual-penal. Referimo-nos, por exemplo, e como já explorado ao longo da dissertação, à questão da validação pelo JIC a que se referem os arts. 174.º, n.º 6 e 251.º, n.º 2.

Como refletimos, a maioria dos Autores considera que se há de fazer uma interpretação restritiva de tais normas, considerando que deve ser o MP, como “dono e senhor” da fase de inquérito, a validar estas diligências, já realizadas.

Quanto a nós, repita-se, não se entende como será legítimo sustentar-se que se proceda a leituras restritivas em relação a um regime legal que pretende, exatamente, minimizar impactos aos direitos fundamentais dos visados causados pelas diligências suportadas pelos regimes em causa.

Temos discernimento de que algumas soluções por nós defendidas seguem a minoria da doutrina. Referimo-nos, especialmente, ao tema das proibições de prova, vício da inexistência, que defendemos, à luz do que entende Silva Leal, ser um instituto diferente da nulidade ou da irregularidade.

---

<sup>78</sup> Guedes Valente, 2005, p. 310.

<sup>79</sup> Sublinhado nosso.

Pinto de Albuquerque reparte as imperfeições das provas elencadas pelo art. 126.º em dois vícios diferentes, nulidades sanáveis e insanáveis, conforme esteja em causa um ataque à integridade física ou moral das pessoas ou uma ofensa à reserva da vida privada.

Pelo contrário, do nosso lado consideramos que o legislador apenas procedeu à separação dos dois casos: art. 126.º, n.º 1 para atentados à integridade física e moral, e art. 126.º, n.º 3 para ofensas à reserva à vida privada, devido à expressão utilizada no n.º 3: “Ressalvados os casos previstos na lei”. Ora, como já expusemos, a proibição de prova relativa a ataques à integridade física ou moral não admite ressalvas, isto por se tratar de um direito absolutamente indisponível, não estando ao dispor dos titulares daquele a sua limitação. Já quanto ao direito à reserva da vida privada, por se tratar de um direito disponível, os titulares podem, através do consentimento, anuir em interferências àquele.

Em tudo mais, parecem-nos as normas ter de ser alvo de tratamento igual, tendo o próprio legislador a cautela de utilizar a expressão “igualmente” para reforçar a identidade.

Na parte final do trabalho, ao analisarmos o pressuposto do consentimento, previsto na norma do art. 174.º, n.º 5 b) e que, por existir, faz dispensar as revistas e buscas de autorização judiciária, foi precioso o contributo da jurisprudência do TC, com a qual concordamos por inteiro.

É certo que o caso analisado se remonta a uma busca domiciliária; contudo, como expusemos, consideramos que a interpretação deverá ser a mesma, quer a pessoa seja visada por uma busca não domiciliária ou domiciliária.

Concluindo, defendemos o cumprimento estrito da lei, contudo, sem olvidar a interrogação do ratio de criação do regime das revistas e buscas pelo legislador. É simples aferir. O legislador pensou este regime no sentido de intensificar a proteção dos visados por estas diligências, pelo que não nos concebe que se proceda a qualquer tipo de interpretação restritiva da lei.

Cumpra-se a lei e, como nos obriga esta, a partir do art. 9.º do CC, o pensamento legislativo!

## Bibliografia

ANTUNES VARELA, J.; J.M., BEZERRA; J.J. & SAMPAIO E NORA (2006). *Manual de processo civil de acordo com o decreto-lei 242/85*, 2.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, pp.452.

CORREIA, E. (1954). A instrução preparatória em processo penal. Alguns problemas. *BMJ*, n.º 42, pp. 15-17.

COSTA ANDRADE, M. (2009). *Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 134-139.

DÁ MESQUITA, P. (2003). *Direção do inquérito e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 131.

FIDALGO, A.R. (2011). Autorização judicial e legalidade nas buscas domiciliárias. In Pizarro Beleza, T. & Costa Pinto, L. (coords.). *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, pp. 165.

GASPAR, A.H. (2015). *Código de processo penal comentado*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, pp. 894.

GONÇALVES, F. & ALVES M.J. (2009). *A prova do crime. Meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Almedina, pp.207.

GUEDES VALENTE, M.M. (2005). *Revistas e buscas. I Congresso de processo penal*. Coimbra: Almedina, pp. 309.

GUEDES VALENTE, M.M. (2005). *Revistas e buscas*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, pp. 19-20.

GUEDES VALENTE, M.M. (2010). *Processo penal*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, pp.299- 370.

JESUS, F.M. de (2015). *Meios de obtenção de prova em processo penal*, 2.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão. Coimbra: Almedina, pp.233.

MAIA GONÇALVES, M. (1988). Meios de prova. O novo Código de Processo Penal. In *Jornadas de Direito Processual Penal*. CEJ, Almedina, pp. 213 e ss.

MARQUES DA SILVA, G. (2011). *Curso de processo penal – II*, 5.<sup>a</sup> Edição. Verbo, pp.209.

MARQUES DA SILVA, G. (2015). *Direito processual penal português III. Do procedimento (marcha do processo)*, 4.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.209-210.

MARQUES DA SILVA, G. (1990). *Do processo penal preliminar*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, pp.120.

MARQUES FERREIRA, M. (1988). Meios de prova. O novo Código de Processo Penal. In *Jornadas de Direito Processual Penal*. CEJ, Almedina, pp. 267 e ss.

MOTA PINTO, P. (2000). A proteção da vida privada e a Constituição. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 76, pp. 164.

PINTO DE ALBUQUERQUE, P. (2018). *Comentário do Código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia de direitos do homem*, 4<sup>a</sup> Edição Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 335, 692.

SILVA LEAL, R. (2016). O regime das proibições de prova. Retirado de [www.portal.oa.pt](http://www.portal.oa.pt).

RODRIGUES NUNES, D. (2019). *Revistas e buscas no código do processo penal*. Gestlegal, pp.40.

## **Lista de Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, datado de 09-01-1987, Proc. n.º 302/86, Relator Mário de Brito, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, datado de 28-06-1989, Proc. n.º 15/87, Relator Raul Mateus, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 507/94, datado de 14-07-1994, Proc. n.º 129/93, Relator Ribeiro Mendes, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/97, datado de 14-01-1997, Proc. n.º 821/95, Relator Monteiro Diniz, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 364/2006, datado de 08-06-2006, Proc. n.º 289/06, Relatora Maria Helena Brito, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/2012, datado de 24-04-2012, Proc. n.º 166/12, Relator Catarina Sarmento e Castro, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 05-06-1991, Proc. n.º 041565, Relator Ferreira Vidigal, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11-03-1993, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 425, p. 423 apud Francisco Marcolino, *Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, p. 234.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 08-02-1995, Proc. n.º 04784, Relator Vaz dos Santos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 03-03-2010, Proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, Relator Santos Cabral, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 10-07-1991, in CJ, XVI, 4, p. 127, apud Francisco Marcolino, *Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, p. 234.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 17-09-2009, Proc. n.º 549/08.7PBBA-A.E, Relator Martinho Cardoso, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 12-10-2009, Proc. n.º 27/09.7PBPTM-A.E1, Relator Martinho Cardoso, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 06-04-2013, Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1, Relator João Gomes de Sousa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 26-02-2019, Proc. n.º 3/17.6 GASLV.E1, Relator Maria Filomena Soares, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 01-10-2005, Proc. n.º 2189/04-1, Relator Maria Augusta, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 18-05-2006, Proc. n.º 54/2006-9, Relator Ana Brito, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 22-01-2015, Proc. n.º 81/14.OPJLRS-A.L1-9, Relator Antero Luís, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 18-06-2014, Proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1, Relator Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 21-01-2015, Proc. n.º 27/14.5PEVNG-A.P1, Relator Maria dos Prazeres Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**A neutralização da construção abusiva**

**Das questões inerentes ao procedimento de aplicação  
da Cláusula Geral Antiabuso**

Ana Isabel Moreira Maia

Sob orientação do Professor  
Doutor Rui Duarte Morais



## **Agradecimentos**

Ao meu querido e amado Deus!

Aos meus maravilhosos pais, José e Madalena, que me deram sempre a mão, nunca me deixaram desistir e ajudaram-me a alcançar cada conquista da minha vida, garantindo sempre que cada sonho é realizado.

Ao João, o melhor irmão do mundo.

Aos meus avós maternos, Luciano e Isabel, pelo apoio incondicional.

À família que escolhi, Beatriz, Bernardo, Carolina, Francisca, Maria, Luís e Rafael.

À Família Cunha, que me acolheu de braços abertos e cheios de amor, em especial à melhor patrona que poderia encontrar, a Dr.<sup>a</sup> Isabel Cunha, que constantemente me motiva a amar e a cuidar desta paixão e me auxilia nos primeiros passos no mundo da Advocacia. Ao Dr. Tiago Cunha, pelas palavras de força e incentivo, e à Dr.<sup>a</sup> Diana Seabra, por todos os conselhos, ensinamentos e apoio.

À Universidade Católica do Porto – Escola de Direito, que é, inevitavelmente, a minha segunda casa, e sempre será.

Em especial, ao Professor Doutor Rui Morais, pelo apoio, motivação e paciência que demonstrou ao longo deste projeto.

Obrigada por tudo!

## **Resumo**

O combate à elisão fiscal é um dos desafios enfrentados pelos Estados, que veem a arrecadação de receita por vezes influenciada pela construção de planeamentos fiscais altamente abusivos e prejudiciais. Neste contexto, a missão primordial é o desenvolvimento de mecanismos de reação que assegurem a neutralização desses esquemas. Um dos mecanismos mais utilizados pelos Estados é a introdução no ordenamento jurídico de uma cláusula geral antiabuso, que em Portugal está prevista no artigo 38.º, n.º 2 da LGT. Todavia, a aplicação do referido preceito legal carece de um procedimento especial que garanta a sua coercibilidade.

O presente estudo dedica-se à análise do procedimento de aplicação da cláusula geral antiabuso, abordando questões fundamentais emergentes das alterações implementadas, nomeadamente a sua tramitação, o prazo de caducidade e o momento do início da sua contagem, os destinatários do mesmo e os seus meios de reação.

Finalmente, confrontados com a possibilidade de, em sede de um só esquema abusivo, serem praticados sucessivos atos de liquidação, revelou-se pertinente suscitar a possibilidade de invocar o instituto do caso julgado.

As questões suscitadas ao longo desta dissertação possibilitam a identificação de diversas fragilidades inerentes ao procedimento em análise, mas, acima de tudo, impelem à obtenção de soluções exequíveis e fortalecedoras da norma procedimental.

**Palavras-chave:** Cláusula geral antiabuso; procedimento de aplicação; caducidade; beneficiário efetivo; coligação; caso julgado.

## **Abstract**

The fight against tax avoidance is one of the challenges faced by States, which see revenue collection sometimes influenced by the construction of highly abusive and harmful tax planning. In this context, the primary mission is the development of reaction mechanisms that ensure the neutralization of these schemes. One of the mechanisms most used by States is the introduction of a general anti-abuse clause into the legal system, which in Portugal is provided for in Article 38 n° 2 of the LGT. However, the application of such legal provision requires a special procedure that guarantees its coercibility.

The present study is dedicated to the analysis of the application procedure of the general anti-abuse clause, addressing fundamental issues arising from the changes implemented, namely processing, commencement and expiration, recipients and means of reaction.

Lastly, faced with the possibility that, in the context of a single abusive scheme, successive acts of liquidation could take place, we find it pertinent to raise the possibility of invoking *res judicata*.

The questions raised during this dissertation make it possible to identify several weaknesses inherent to the procedure under analysis, but, above all, and as a consequence thereof, feasible and strengthening solutions for the procedural norm.

**Keywords:** General anti-abuse clause; implementation procedure; expiration; beneficial owner; coalition; *res judicata*.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                                             |
|--------|-------------------------------------------------------------|
| Ac.    | Acórdão                                                     |
| Al.    | Alínea                                                      |
| Art.   | Artigo                                                      |
| AT     | Autoridade Tributária e Aduaneira                           |
| CAAD   | Centro de Arbitragem Administrativa                         |
| CEAA   | Cláusulas Especiais Antiabuso                               |
| CGAA   | Cláusula Geral Antiabuso                                    |
| CIRC   | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas  |
| CIRS   | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares |
| CPA    | Código do Procedimento Administrativo                       |
| CPC    | Código de Processo Civil                                    |
| CPPT   | Código de Procedimento e Processo Tributário                |
| CPT    | Código do Processo Tributário                               |
| CPTA   | Código de Processo nos Tribunais Administrativos            |
| DL     | Decreto-Lei                                                 |
| LGT    | Lei Geral Tributária                                        |
| N.º    | Número                                                      |
| p./pp. | Página/páginas                                              |
| Proc.  | Processo                                                    |
| STA    | Supremo Tribunal Administrativo                             |
| STJ    | Supremo Tribunal de Justiça                                 |
| TCAN   | Tribunal Central Administrativo Norte                       |
| TCAS   | Tribunal Central Administrativo Sul                         |
| UE     | União Europeia                                              |

## **Índice**

I. Considerações introdutórias

II. A gênese do procedimento

1. A neutralização de um polvo abusivo

2. Da operação de resgate da receita fiscal

III. O procedimento e os seus imbróglis

1. A influência do ato administrativo de aplicação da CGAA no ato de liquidação

2. Caducidade do direito de liquidação

3. Da aplicação da lei no tempo

4. O beneficiário efetivo e o seu aliado

5. A novidade: Admissibilidade da coligação

6. A sucessão de atos de liquidação travada pelo caso julgado

IV. Considerações finais

V. Bibliografia

VI. Jurisprudência

## I. Considerações introdutórias

A propagação de fenómenos como a evasão fiscal<sup>80</sup> exige uma rápida e eficiente intervenção de cada ordenamento jurídico. Não é um problema que afeta cada país na sua individualidade, mas sim uma intempérie à escala internacional. Estes fenómenos estão comumente associados a esquemas de planeamento fiscal abusivo<sup>8182</sup>, desenvolvidos com o escopo de obter um tratamento fiscal mais vantajoso<sup>83</sup> contornando as normas de incidência.

A sustentabilidade de um país está alicerçada num sistema tributário saudável, justo e profícuo, pelo que os ordenamentos jurídicos que têm por base sistemas com tais características não podem deixar que se proliferem esquemas abusivos altamente devastadores para as suas receitas fiscais. Esta intempérie ataca os sistemas mais atrativos – compostos por um vasto leque de isenções e/ou benefícios fiscais – explorando e aproveitando minuciosamente as suas lacunas.

É notório que estes esquemas de planeamento afetam vários sistemas tributários e, nesse sentido, a UE revela-se um chamariz para tais práticas, pois reúne os ingredientes perfeitos para o abuso ideal: a livre circulação de pessoas, bens e serviços. Neste sentido, é compreensível que os Estados Membros, vislumbrando a arquitetura engenhosa do contribuinte, que se foi aprimorando ao longo dos anos, tenham iniciado todos os esforços para reprimir e prevenir práticas de evasão fiscal.

Neste contexto, a solução comunitária apresentada, denominada de “Pacote Antielisão Fiscal”<sup>84</sup>, consiste na implementação de medidas capazes de combater estes problemas.

---

<sup>80</sup> A jurisprudência, através do Ac. TCAS, processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro de 2011 entende que a “evasão ou elisão fiscal, dá-se pela prática de actos ou negócios lícitos mas que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhe está subjacente, assim devendo qualificar-se como anómalos, anormais ou abusivos, sendo também caracterizados como comportamentos ‘*extra legem*’, em contraposição com a via da fraude fiscal, caracterizada como ‘*contra legem*’ e dos comportamentos tributários evasivos resulta um sério entrave à concorrência empresarial, uma notória erosão das receitas fiscais, a distorção do princípio da equidade e um claro menosprezo do cumprimento das regras de cidadania, situações que se fundam em causas de carácter político, económico, psicológico e técnico. E as formas utilizadas giram em torno de actos e contratos atípicos ou anormais visando torneir a lei (vg. utilização do regime especial de tributação dos grupos de sociedades – arts. 63 e seg. do C.I.R.C.i – através da produção de menos-valias ou da utilização de benefícios fiscais através da transmissão de prejuízos) ou interpretando-a com fins diversos daqueles que o legislador tinha em mente, designadamente aproveitando-se da existência de jurisdições fiscais diferentes para escolher, apenas por motivações de diminuição do imposto a pagar, a localização mais favorável para a residência de pessoas singulares ou colectivas ou para nelas instalar ‘estruturas’ que não desempenham outra função que não seja permitirem essa diminuição”.

<sup>81</sup> “A evasão fiscal pode também resultar da prática de actos ilícitos. Toda a poupança fiscal realizada através de actos proibidos por lei corresponde à evasão fiscal ilícita, igualmente designada por ‘evasão fiscal fraudulenta’ ou ‘*tax evasion*’, segundo a doutrina anglo-saxónica. A evasão fiscal ilícita resulta do comportamento do contribuinte que pratica actos proibidos por lei, e que se recusa a pagar uma obrigação tributária já constituída. De forma geral, são todos aqueles comportamentos ilícitos dos contribuintes – *contra legem* – sujeitos a sanções criminais e não criminais (ex. contra-ordenações, juros compensatórios, execuções fiscais)”. Cfr. Amorim, 2007. Vide também Sanches, 2006; Nascimento, 2018.

<sup>82</sup> Cfr. Decisão do Tribunal Arbitral n.º 234/2014-T, de 16 de setembro de 2014; Decisão do Tribunal Arbitral n.º 264/2014-T, de 07 de outubro de 2014.

<sup>83</sup> As vantagens fiscais concretizam-se com a isenção, redução ou diferimento do pagamento do imposto.

<sup>84</sup> Informação proveniente do sítio do Conselho Europeu.

No âmbito do presente estudo é pertinente mencionar a Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 16 de julho<sup>85</sup>, que consagra a cláusula geral antiabuso, com a redação acolhida atualmente no ordenamento jurídico português.

A cláusula geral antiabuso, constituindo um mecanismo agressivo de reação às práticas abusivas do contribuinte, carece de um procedimento especial de aplicação que garanta o bom enquadramento da norma nas situações a tratar. Este procedimento não é perfeito, sendo evidentes algumas fragilidades, pelo que a presente dissertação não só tratará de as identificar, como também apresentará possíveis soluções para as suprimir.

## **II. A gênese do procedimento**

### **1. A neutralização de um polvo abusivo**

Em Portugal, a primeira cláusula geral antiabuso (CGAA) surgiu em meados da década de noventa, encontrando-se plasmada no art. 32.º-A do CPT, introduzido pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro. Posteriormente, através da Lei n.º 100/99, de 26 de julho, esta cláusula antiabuso passou a estar prevista no art. 38.º, n.º 2 da LGT, onde permanece atualmente, pese embora tenha sofrido diversas alterações ao longo dos anos.

Atualmente, o art. 38.º, n.º 2 da LGT<sup>86</sup>, onde se encontra plasmada a CGAA, tem a seguinte redação:

“As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”.

A disposição legal supratranscrita só poderá ser aplicada caso se verifique o preenchimento de todos os cinco elementos nela consagrados. Gustavo Lopes Courinha refere que quatro desses cinco elementos correspondem “aos requisitos de aplicação da CGAA e um à respetiva estatuição da norma”; concretizando “a forma utilizada – elemento meio; a vantagem fiscal e a equivalência económica obtidas – elemento resultado; a motivação do contribuinte – elemento intelectual; a reprovação normativo-

---

<sup>85</sup> A Lei n.º 32/2019, de 03 de maio, transpôs, no ordenamento jurídico português, a Diretiva Antielisão.

<sup>86</sup> Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

sistemática da vantagem obtida – elemento normativo; a efetivação da Cláusula – elemento sancionatório”<sup>87</sup>.

Segundo Jónatas Machado e Paulo Nogueira da Costa, “a consagração de uma cláusula anti-abuso é (...) uma medida necessária, adequada e proporcional para salvaguardar, entre outros, os princípios da igualdade e da justiça fiscal”<sup>88</sup>.

A despeito de acompanharmos o entendimento destes últimos autores, acrescentaríamos que a consagração de uma cláusula geral antiabuso é fundamental, não só para reprimir planeamentos fiscais abusivos, mas também para prevenir a construção dos mesmos. É essencial que o contribuinte seja dissuadido apenas com a previsão destas normas, sem que haja necessidade de as fazer operar. Porém, salogue-se que tais normas não se podem sustentar absolutamente em conceitos indeterminados, sob pena de violação do princípio da legalidade fiscal<sup>89</sup>, da segurança jurídica e da proteção da confiança<sup>90</sup>.

Paralelamente a este mecanismo de repressão existe um outro, também constituído por cláusulas antiabuso, porém de cariz especial. Estas cláusulas especiais antiabuso (CEAA), ao contrário da cláusula geral, aplicam-se a situações concretas, destinam-se a obstar comportamentos reveladores de práticas abusivas, encontram-se expressamente previstas na lei e apenas poderão ser invocadas de acordo com o seu âmbito de aplicação e no limite das suas finalidades<sup>91</sup>.

O esquema astutamente desenvolvido pelo contribuinte é, pois, um polvo, bom predador que, composto por uma só cabeça, mas detentor de oito braços, grangeia o universo alvo.

---

<sup>87</sup> Courinha, 2009.

<sup>88</sup> Machado & Costa, 2012.

<sup>89</sup> “Mas o princípio da legalidade fiscal, no seu aspecto intensivo ou vertical, não se esgota no aspecto referido, pois implica que seja uma lei ou um decreto-lei autorizado a conter a disciplina dos elementos essenciais dos impostos. Com efeito, ele exige também que essa lei ou decreto-lei autorizado leve a disciplina dos referidos elementos essenciais, ou seja, a *disciplina essencial* de cada imposto, tão longe quanto lhe seja possível. O que à semelhança do que ocorre noutros domínios objeto de uma legalidade qualificada (como é o caso dos direitos fundamentais), não impede em absoluto o recurso a conceitos indeterminados ou se socorra mesmo da atribuição de discricionariedade à administração fiscal, ou que, por interferência de outros princípios constitucionais, como os da praticabilidade, da autonomia local ou da igualdade fiscal, delegue certos aspectos dos elementos essenciais dos impostos no poder normativo das autarquias locais ou admita mesmo o recurso à analogia” (Nabais, 2016).

<sup>90</sup> “O princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos cruza-se com a exigência da legalidade tributária no princípio da **precisão, clareza e determinabilidade das normas e actos tributários**, com especial relevo para aqueles que se referem aos elementos essenciais dos impostos, mas não só. (...) Este princípio assenta no reconhecimento de que um sistema fiscal composto por normas demasiado imprecisas, vagas ou complexas é dificilmente administrável e facilmente manipulável, abrindo portas para a desigualdade, o arbítrio, a irracionalidade e a ineficácia, dando azo à instabilidade e imprevisibilidade. (...) No entanto, um sistema fiscal constituído por normas demasiado precisas, nítidas e determinadas (*bright line rules*), também pode gerar uma previsibilidade excessiva, facilitando a alteração da natureza dos rendimentos, através da sua requalificação e recategorização. Além disso, ele pode tornar-se demasiado complexo e impenetrável, aumentando as possibilidades de manipulação. De ambos os modos abrem-se as portas para a evasão fiscal (*tax avoidance*) e para a fraude fiscal (*tax evasion*), com o agravamento da posição relativa dos restantes contribuintes. O segredo está na moderação e no meio termo” (Machado & Costa, 2012).

<sup>91</sup> A título de exemplo, temos o artigo 63.º do CIRC, referente aos preços de transferência, entre muitos outros artigos.



## **2. Da operação de resgate da receita fiscal**

A cláusula antiabuso é composta por um elenco de pressupostos que, quando verificados, implicam a desconsideração jurídica de construções desenvolvidas no âmbito do planeamento fiscal abusivo. Em conformidade com o acima descrito, a previsão desta operação de neutralização de esquemas abusivos não se basta, carecendo de um procedimento especial de aplicação da aludida disposição legal.

O procedimento especial de aplicação das cláusulas antiabuso, introduzido em 1999 através do DL n.º 499/19, de 26 de outubro, pelo art. 63.º do CPPT, destinava-se à liquidação de um tributo, com base numa disposição antiabuso, fosse ela geral ou especial. A atual redação desta norma encontra-se profundamente modificada em face da versão originária. As alterações profundas a este preceito legal<sup>92</sup> afetaram o âmbito de aplicação do procedimento, o prazo de caducidade para a sua prática, entre muitos outros aspetos que, adiante-se desde já, trouxeram problemas de enorme relevo que, a seu tempo, serão devidamente tratados. É assim pertinente enunciar as várias versões deste preceito legal e, conseqüentemente, identificar as grandes alterações verificadas ao longo dos tempos.

Da primeira versão do artigo que consagrou o procedimento especial resultava que este seria aplicado sempre que a liquidação de um tributo tivesse por base uma disposição antiabuso, expressão essa definida por lei. O prazo para iniciar o procedimento era de três anos a contar da prática do ato ou da celebração do negócio jurídico que sustentava o esquema abusivo que se pretendia desconsiderar. Embora estivesse em causa um mecanismo inovador, desde cedo se procurou garantir a intervenção do contribuinte em tal procedimento. Desta feita, a lei contemplava – e ainda contempla – uma verdadeira garantia para o contribuinte, o direito a audição. Não pode haver lugar à tributação com base numa disposição antiabuso sem que o contribuinte seja ouvido previamente, melhor, lhe seja concedida essa possibilidade, deixando a seu cargo a liberdade de usufruir, ou não, desse direito.

Para além deste requisito, é obrigatória uma autorização prévia do dirigente máximo do serviço ou funcionário em que este tivesse delegado essa competência, por forma a legitimar a aplicação da cláusula para efeitos de tributação. Esta autorização era, inicialmente, passível de recurso autónomo, nos termos do revogado n.º 10 do art. 63.º do CPPT.

Acresce que, se no âmbito do procedimento desencadeado houvesse lugar a tributação, tendo por base a aplicação da disposição antiabuso, era necessária – e ainda continua a

---

<sup>92</sup> Concretamente, ao art. 63.º do CPPT.

ser – uma fundamentação exaustiva que legitimasse – que legitime – a desconsideração jurídica e consequente tributação.

Importa salientar que a versão inicial da lei previa um procedimento especial autónomo que desconsiderava a construção desenvolvida pelo contribuinte. Significa isto que a desconsideração do esquema – para efeitos tributários – não operava através do ato de liquidação. A característica mais forte deste procedimento era a sua autonomia, pois a efetivação da eliminação da vantagem fiscal acontecia de forma global, abrangendo o esquema como um todo, não havendo uma limitação de efeitos em função da vantagem fiscal efetivamente produzida. Contudo, após a introdução da norma no ordenamento jurídico português, constatou-se que a aplicação do procedimento às cláusulas especiais não era viável, devido às grandes especificidades inerentes a cláusulas desta natureza.

Desta forma, o legislador procedeu à alteração do art. 63.º do CPPT<sup>93</sup>, através da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro. Esta lei trouxe uma substancial modificação do procedimento de aplicação das normas antiabuso. Desde logo, verificou-se uma restrição no campo de atuação do procedimento, limitando-o a operar apenas no âmbito da cláusula geral. A verdade é que esta alteração, relativa ao âmbito de aplicação do procedimento, veio apenas concretizar legalmente o que já era havido como prática normal.

Mais se diga que, a supramencionada lei não se bastou com a alteração do âmbito de aplicação do procedimento, mas antes terá extravasado o que seria necessário. Na versão originária deste preceito encontrava-se previsto um prazo de caducidade de três anos, a contar da prática de um ato ou da celebração do negócio jurídico que sustentava o esquema abusivo, para se iniciar o procedimento especial. Porém, este prazo foi revogado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro. Esta revogação trouxe consigo enormes problemas, desde logo quanto ao prazo de caducidade a aplicar e ao momento do início da contagem do mesmo. Como se isso não bastasse, o legislador também decidiu extinguir a característica primordial e essencial deste procedimento, a sua autonomia.

Portanto, o âmbito de aplicação da norma foi alterado, o prazo de caducidade desapareceu e, para piorar, deixou de existir um procedimento autónomo, passando a vigorar um sistema refém da verificação de uma vantagem fiscal<sup>94</sup>. Entendemos que estas alterações são responsáveis por grandes fragilidades no procedimento e que deverão ser solucionadas o mais rapidamente possível.

---

<sup>93</sup> Anteriormente, este artigo sofreu uma pequena alteração introduzida pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, especificamente, no seu n.º 8, que respeitava ao prazo de resposta ao pedido de informação vinculativa solicitada pelo contribuinte, tendo este sido diminuído de 150 para 90 dias.

<sup>94</sup> Esta conclusão configura uma antecipação do vertido nos pontos 1 e 2 do capítulo seguinte.

No que concerne à atual redação da norma procedimental, esta contempla as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, a qual transpõe a Diretiva UE 2016/1164 do Conselho, de 16 de julho, criada com a finalidade de reforçar o combate à elisão fiscal. Assim, o âmbito de aplicação do procedimento permaneceu inalterado em face da versão anterior, isto é, apenas é aplicado quando se pretenda liquidar um tributo recorrendo à aplicação da cláusula geral. Também no que diz respeito à fundamentação, esta deverá conter a verificação concreta de todos os elementos que compõem a CGAA e demais obrigações impostas pelo n.º 3 do art. 63.º do CPPT. Relativamente às garantias do sujeito passivo, este continua a poder exercer o direito de audição, bem como a produzir a prova que considerar pertinente para o procedimento.

Deverá considerar-se também como uma garantia o plasmado no n.º 8 do art. 63.º do CPPT, pois sempre que o contribuinte tenha solicitado uma informação vinculativa à AT sobre os factos que estão a ser objeto do procedimento, não poderá ser aplicada a cláusula geral antiabuso. À semelhança da versão anterior, a disposição antiabuso só poderá ser aplicada após prévia autorização do dirigente máximo dos serviços, sendo certo que esta autorização terá que ser posterior à audição do contribuinte.

Se o contribuinte não concordar com a liquidação notificada pela AT em resultado do procedimento desencadeado, terá em primeira linha de apresentar a reclamação graciosa e só depois poderá avançar para a impugnação judicial, caso a decisão se mantenha desfavorável.

### **III. O procedimento e os seus imbróglis**

#### **1. A influência do ato administrativo de aplicação da CGAA no ato de liquidação**

A neutralização do esquema abusivo desenvolvido pelo contribuinte efetua-se através da aplicação da cláusula geral antiabuso. Conforme já aludido, para que a disposição antiabuso seja aplicada, é necessário que se cumpram os trâmites impostos pelo art. 63.º do CPPT. Há, assim, um procedimento especial de aplicação desta norma.

Este procedimento consagra uma particularidade muito importante, pois a liquidação do tributo que elimina a vantagem fiscal – através da aplicação da disposição antiabuso – está dependente de uma prévia e obrigatória autorização do dirigente dos serviços para aplicação dessa norma. Ora, estamos perante a exigibilidade da prática de um ato administrativo, que não se confunde com a liquidação em que culmina o procedimento. Nas palavras de Diogo Freitas do Amaral, o ato administrativo é:

“o ato jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta. Ou seja, para nós, os elementos do conceito de ato administrativo fazem dele: um ato jurídico; um ato unilateral; um ato praticado no exercício do poder administrativo; um ato de um órgão administrativo; um ato decisório; um ato que versa sobre uma situação individualizada e concreta”<sup>95</sup>.

A definição legal constante no artigo 148.º do CPA, de forma muito sucinta, transporta o entendimento do autor, estabelecendo que os atos administrativos são “as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

A este propósito, importa referir que os atos administrativos devem ser divididos em dois grandes grupos, especificamente, os atos primários e os atos secundários. A grande diferença está no facto de os primeiros estarem associados à prática de um ato pela primeira vez em relação a uma determinada situação, enquanto os segundos versam sobre uma matéria que já foi alvo de um ato primário.

Por sua vez, os atos primários encontram-se subdivididos em atos impositivos, que determinam a adoção de um comportamento ou que têm em vista a sujeição do seu destinatário de efeitos jurídicos e atos permissivos, que permitem a adoção de uma conduta ou a omissão da prática de um ato ou comportamento.

No âmbito da questão apreciada, a concessão da autorização enquadra-se no grupo dos atos administrativos permissivos. Tal entendimento tem como fundamento as palavras de Diogo Freitas do Amaral, que considera que, no âmbito dos atos permissivos, “há a considerar seis espécies principais: a autorização; a licença; a concessão; a delegação; a admissão; a subvenção”<sup>96</sup>.

A respeito da autorização, o autor refere que:

“alguém é titular de um direito subjetivo, mas a lei estabelece que esse direito só pode ser exercido mediante autorização prévia, dada caso a caso pela autoridade administrativa competente, pelo que o particular, se pretender exercer o seu direito, tem de dirigir-se à Administração Pública, requerendo que lhe seja conferida autorização para esse fim. O direito pertence ao titular, não é a autorização que lho confere: ele já é titular do direito, mas o respetivo exercício está condicionado pela necessidade de obter uma autorização prévia da Administração Pública. **O que se diz acerca do exercício de**

---

<sup>95</sup> Amaral, 2016.

<sup>96</sup> Amaral, 2016.

**direitos por particulares vale também, mutatis mutandis, para o exercício de competências por autoridades administrativas, o qual também pode ser condicionado a uma autorização de um órgão administrativo de categoria mais elevada”** (realçado por nós).

Do exposto resulta que o ato de autorização exigido no art. 63.º, n.º 7 do CPPT é um ato administrativo, primário, permissivo e, mais importante, “é uma condição de validade da prática do ato”<sup>97</sup>, no caso, do ato de liquidação.

É, pois, pertinente interrogar se este ato administrativo autoriza apenas a liquidação na medida do benefício da vantagem fiscal detetada ou se opera em relação a todo o esquema. Esta questão assume particular relevância, uma vez que, estando em causa um ato administrativo, entendemos que poderá ser impugnado nos termos do disposto nos arts. 50.º e seguintes do CPTA.

Nas palavras de José Vieira de Andrade, “a função da impugnação de actos administrativos é, nos termos mais amplos, a do controlo da sua invalidade. Por isso, a lei continua a prever a utilização deste meio para obter a declaração de nulidade ou de inexistência de actos administrativos, embora o pedido continue a ser, em regra, dirigido a obter a anulação de actos. As sentenças de provimento serão, conforme o caso, constitutivas (sentença de anulação) ou declarativas (declaração de nulidade ou da inexistência)”<sup>98</sup>.

Para que haja lugar a impugnação do ato administrativo, é necessário ter em consideração essencialmente os seguintes elementos: a impugnabilidade do ato, a legitimidade e o prazo para intentar a ação.

No que concerne à impugnabilidade do ato administrativo, refere o art. 51.º, n.º 1 do CPTA que as decisões que impliquem a produção de efeitos jurídicos<sup>99</sup>, numa determinada situação, são atos impugnáveis. A este propósito, o Ac. do TCAN, processo n.º 01810/16.2BEPRT, de 13 de março de 2019 entende que: “Os atos administrativos impugnáveis **consubstanciam-se em atos com efeitos externos, lesivos de direitos ou interesses legítimos dos interessados**, com exclusão daqueles que sejam meramente instrumentais, como serão os atos preparatórios, complementares, operações materiais ou jurídicas de execução de atos administrativos” (realçado por nós).

---

<sup>97</sup> Amaral, 2016.

<sup>98</sup> Andrade, 2017.

<sup>99</sup> Ac. STJ, processo n.º 128/15.2YFLSB, de 31-03-2016: “O acto administrativo (art. 120.º do CPA pré-vigente e art. 148.º do actual CPA) é definível como um acto proferido por um órgão da Administração pública, no exercício de um poder de autoridade regulado por normas de direito público, de natureza reguladora, que visa a criação, modificação ou extinção de um direito ou de um dever, ou seja, a criação, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica, com eficácia externa, isto é, produtor de efeitos jurídicos externos, atingindo a esfera jurídica de terceiros. O acto destina-se a regular um caso ou situação concreta através da aplicação do ordenamento jurídico”.

Por conseguinte, o ato de autorização – de aplicação da cláusula geral antiabuso – é um ato administrativo suscetível de produzir efeitos externos, uma vez que a aplicação da cláusula antiabuso legitimará uma desconsideração do esquema desenvolvido e, consequentemente, conduzirá à prática do ato de liquidação. Portanto, a aplicação da cláusula geral decorrente da autorização é, em nosso entender, um efeito jurídico externo – lesivo dos legítimos interesses dos interessados – e, nessa medida, é possível concluir que o aludido ato é impugnável<sup>100</sup>.

Já no que diz respeito à legitimidade ativa, estabelece o normativo legal que a parte legítima é titular de um interesse pessoal e direto<sup>101</sup>, tendo um prazo de 3 meses para intentar a ação de impugnação<sup>102</sup>. De ressaltar que só haverá lugar a impugnação do ato administrativo quando este produza os seus efeitos.

Ainda a respeito da ação de impugnação, deverão ser mencionadas duas especificidades, enquadradas na matéria dos incidentes. A primeira, a possibilidade de requerer a coligação das impugnações, desde logo porque a legitimidade ativa pode ser detida por mais do que uma pessoa. Assim, caso exista mais do que um titular de interesses e direitos a proceder à impugnação da mesma autorização, estas deverão ser coligadas, nos termos e para os efeitos do art. 12.º do CPTA. A segunda especificidade prende-se com os efeitos retroativos da anulação do ato de liquidação, previstos no art. 64.º do CPTA, matéria esta muito importante, como mais adiante se verá.

Analisada a tramitação da impugnação do ato administrativo, é necessário averiguar se tal ação tem efeito suspensivo, uma vez que é através deste ato – autorização – que a cláusula antiabuso é aplicada e se procede à liquidação do tributo devido. A este propósito, é importante recordar as palavras de José de Andrade, que afirma que:

“A impugnação de um acto administrativo, em regra, não suspende automaticamente a eficácia do ato, o qual, se não for nulo, continua a produzir os seus efeitos e a obrigar os respetivos destinatários, sendo inclusivamente, se for caso disso, suscetível de execução coactiva, pela Administração – o interessado, se já o tiver feito antes, terá de pedir ao tribunal a suspensão da eficácia do acto no âmbito de um processo cautelar.

---

<sup>100</sup> A Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro alterou a redação do art. 63.º do CPPT, revogando o seu n.º 10 que previa um meio de reação – recurso contencioso – contra o ato administrativo de autorização. A revogação do meio de reação – em nosso entender – não diminuiu a relevância do ato, nem os seus efeitos se modificaram. Apenas deixou de ser possível recorrer (através do recurso contencioso) da decisão proferida. A questão que se coloca é a seguinte: se a *ratio* do ato de autorização não modificou e os seus efeitos se projetam da mesma forma, a ausência de um mecanismo de reação específico não determina a impossibilidade de recurso. Pelo que a impugnação deste ato administrativo é a solução mais adequada – em nosso entender – para a defesa dos interesses dos lesados e interessados. Há, no entanto, entendimento divergente que considera que a verificação dos fundamentos do ato de autorização, se ocorrer em sede de impugnação judicial (após liquidação), estão salvaguardados os legítimos interesses e direitos dos interessados (cfr. Ac. do STA, proc. n.º 01088/13, de 26 de fevereiro de 2014).

<sup>101</sup> Art. 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA.

<sup>102</sup> Art. 58.º, n.º 1, al. b) do CPTA.

A suspensão da eficácia como efeito automático da impugnação judicial só se verifica nos casos excepcionais previstos na lei e, em geral, por força do n.º 2 do art. 50.º do CPTA, quando o acto determine apenas o pagamento de uma quantia certa, sem natureza sancionatória, desde que seja prestada caução pelas formas previstas na lei tributária”<sup>103</sup>.

Resulta do entendimento supra explicitado que o efeito suspensivo é afastado sempre que se verifique a ausência da condição prevista no art. 50.º, n.º 2 do CPTA. A este propósito surge uma questão relacionada com o efeito útil da decisão da ação de impugnação deste ato administrativo. Isto porque, não havendo efeito suspensivo, o procedimento prosseguirá, culminando na prática do ato de liquidação.

Pois bem, a solução mais eficaz passará pela instauração de um procedimento cautelar<sup>104</sup> para suspensão da eficácia do ato administrativo, através do qual o autor requer a suspensão da eficácia da autorização, impedindo a consumação da aplicação da norma antiabuso através da liquidação.

Convém, contudo, desenvolver breves considerações finais. A primeira reporta-se ao meio de reação contra o ato administrativo (autorização), uma vez que a versão originária da norma que contempla o procedimento consagrava um meio de reação contra a autorização<sup>105</sup>. Pelo que, parece-nos que o legislador entendia que estava em causa um ato administrativo passível de recurso. Com a alteração da norma<sup>106</sup>, houve uma revogação da previsão deste meio de reação, porém, o ato administrativo continuou a ser exigido como pressuposto obrigatório para aplicação da disposição antiabuso. Desta forma, a ação de impugnação comum parece-nos ser o meio de reação mais apropriado – na ausência de melhor solução – à prática deste ato.

A segunda e última consideração prende-se com a publicidade deste ato. Desde já se diga que a norma procedimental é omissa em relação a este facto; contudo, é compreensível e lógico que só haverá impugnação na medida em que o próprio ato seja devidamente comunicado aos interessados. Este fator é deveras importante, pois, se o ato foi proferido de forma ilegal, a autorização não poderia ter valido e, conseqüentemente, não poderia ser aplicada a cláusula antiabuso, tendo havido uma tributação indevida<sup>107</sup>. Também por este facto é que se revela necessário salvaguardar o efeito útil da ação de impugnação,

---

<sup>103</sup> Andrade, 2017.

<sup>104</sup> Art. 112.º, n.º 1 e n.º 2, al. a) do CPTA.

<sup>105</sup> O Recurso Contencioso Autónomo, nos termos do art. 63.º, n.º 10 do CPPT, na versão do DL n.º 499/19, de 26 de outubro, e da Lei n.º 64-A/2008, de dezembro.

<sup>106</sup> Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

<sup>107</sup> A redação do n.º 7, do art. 63.º do CPPT refere que a aplicação da cláusula geral é prévia e obrigatoriamente autorizada, **posteriormente à audição do prévia do contribuinte**. Da análise da redação deste preceito legal parece-nos que após a audição prévia do contribuinte, é praticado o ato administrativo e aplicada a CGAA, sendo que, não havendo menção a qualquer comunicação da prática deste ato, no limite, o contribuinte só terá conhecimento da prática do mesmo aquando do relatório da ação inspetiva – o que em nosso entender é inaceitável.

pois é a autorização que legitima a liquidação. Se esta não estiver em conformidade com a lei, a liquidação também não estará. Portanto, ultrapassada a questão do ato administrativo, segue-se o ato de liquidação.

A este propósito importa recuperar a seguinte ideia: a aplicação da cláusula geral através do procedimento em análise tem como finalidade eliminar toda e qualquer vantagem fiscal oriunda da construção do esquema abusivo, pelo que a liquidação terá que contemplar a eliminação total dessa mesma vantagem.

Ora, partindo da análise da norma objeto do procedimento – cláusula geral antiabuso<sup>108</sup> – é inteligível que, para haver uma desconsideração (para efeitos tributários) das construções ou séries de construções realizadas com abuso de formas jurídicas ou não genuínas com o intuito de obter uma vantagem fiscal, não é necessário que haja uma produção efetiva dessas vantagens na esfera do beneficiário. Ou seja, a norma só exige que se verifique a existência destas construções passíveis de produzirem vantagens fiscais na esfera do beneficiário.

Da letra da lei não resulta a necessidade de verificação da vantagem fiscal, consumada pelo aumento do rendimento do contribuinte. Pelo que tal requisito não pode ser levado em consideração. Assim, haverá lugar à aplicação da norma através do procedimento sempre que, no âmbito de uma ação inspetiva desencadeada pela AT, esta tenha conhecimento das construções abusivas e verifique que as mesmas produzirão vantagens fiscais no futuro. Sucede que a norma procedimental não acompanha a redação da cláusula geral; antes, impõe um outro requisito, isto é, a produção da vantagem fiscal. Senão vejamos.

Analisando o n.º 1 da norma procedimental, verificamos a seguinte expressão: “a liquidação de tributos (...) segue os termos previstos neste artigo”<sup>109</sup>. Significa, portanto, que o procedimento conduzirá a uma liquidação, naturalmente. Todavia, e sendo certo que o procedimento especial autónomo foi revogado<sup>110</sup>, tornando impossível a neutralização do esquema abusivo como um todo, importa questionar o tipo de liquidação em causa.

Existem duas soluções possíveis, a saber: (a) ou a liquidação é feita com base na vantagem fiscal que se pretende atingir com a construção abusiva<sup>111</sup>, o que desde já se diga que colocaria em causa o princípio da capacidade contributiva; (b) ou então terá que haver uma liquidação apenas na medida da verificação da vantagem fiscal. Isto é, na segunda opção, se a vantagem fiscal se verificar de uma só vez, haverá uma só liquidação; caso se verifique de uma forma faseada, então haverá uma liquidação sempre que se

---

<sup>108</sup> Art. 38.º, n.º 2 da LGT.

<sup>109</sup> Art. 63.º, n.º 1 do CPPT.

<sup>110</sup> Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

<sup>111</sup> Ou seja, seriam produzidos os efeitos da aplicação do procedimento autónomo revogado.



verifique a produção parcial dessa vantagem. Parece-nos que o legislador, revogando o procedimento autónomo, ditou a impossibilidade de liquidar de uma só vez a vantagem fiscal obtida através da construção<sup>112</sup>, limitando a atuação da AT, obrigando-a a liquidar o tributo na proporção da vantagem usufruída.

Do exposto é possível desvendar duas conclusões. A primeira, relacionada com a exigibilidade, constante da norma procedimental, da verificação do requisito material extraordinário face à norma antiabuso a aplicar<sup>113</sup>. A segunda prende-se com o facto de o ato de liquidação ser um ato meramente instrumental, na medida em que só através dele é possível eliminar a vantagem fiscal adquirida com a construção abusiva.

## **2. Caducidade do direito de liquidação**

O procedimento conheceu uma alteração de enorme relevo associada à revogação do prazo de caducidade. Além de, atualmente, e a norma ser omissa em relação ao prazo de caducidade, também o é em relação ao início da sua contagem.

Como ponto de partida, diga-se que, estando em causa uma liquidação e não havendo uma norma que estipule um prazo especial, deverá aplicar-se, subsidiariamente, o art. 45.º da LGT<sup>114</sup>. Posto isto, cumpre averiguar a partir de que momento se inicia a contagem de tal prazo.

O prazo de caducidade subsidiário tem como ponto de partida o facto tributário, e este será também o nosso ponto de partida. Conforme descreve o Ac. do TCAS, no âmbito do processo n.º 237/05.6BEALM, de 30 de novembro de 2017:

“O acto tributário tem sempre na sua base uma situação de facto concreta, a qual se encontra prevista abstracta e tipicamente na lei fiscal como geradora do direito ao imposto. Essa situação factual e concreta define-se como facto tributário, o qual só existe desde que se verifiquem todos os pressupostos legalmente previstos para tal. As normas tributárias que contemplam o facto tributário são as relativas à incidência real, as quais definem os seus elementos objectivos. Só com a prática do facto tributário nasce a obrigação de imposto. A existência do facto tributário constitui, pois, uma condição “sine qua non” da fixação da matéria tributável e da liquidação efectuada”.

---

<sup>112</sup> No âmbito de pagamentos faseados.

<sup>113</sup> Verificação da produção total ou parcial da vantagem fiscal.

<sup>114</sup> A propósito do momento em que se inicia a contagem do prazo, convém atender ao n.º 4 do art. 45.º da LGT: “4 - O prazo de caducidade conta-se, nos impostos periódicos, a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário e, nos impostos de obrigação única, a partir da data em que o facto tributário ocorreu, excepto no imposto sobre o valor acrescentado e nos impostos sobre o rendimento quando a tributação seja efectuada por retenção na fonte a título definitivo, caso em que aquele prazo se conta a partir do início do ano civil seguinte àquele em que se verificou, respectivamente, a exigibilidade do imposto ou o facto tributário”.

Posto isto, resta averiguar o que é que configurará o facto tributário no âmbito de aplicação da norma geral antiabuso. É evidente que *in casu* ocorrerá o facto tributário quando os pressupostos do art. 38.º, n.º 2 da LGT estiverem preenchidos. É exatamente este o núcleo da questão, pois, de acordo com o já versado, não faz parte do elenco dos requisitos a preencher a verificação da vantagem jurídica.

No âmbito da decisão do Tribunal Arbitral, sob o processo n.º 420/2014-T, ficou expresso que:

“se o legislador, mantendo-se na terminologia do artigo 38.º, n.º 2 da LGT, pretendesse que o prazo em questão tivesse como referência a consumação da vantagem fiscal almejada com o acto ou negócio jurídico cuja ineficácia é visada pela aplicação da cláusula antiabuso, tê-lo-ia dito. A referir-se ao negócio jurídico, e não à vantagem fiscal, fica claro, crê-se, que o legislador pretendeu – bem ou mal – reportar-se àquele, e não a esta, para determinar o início do prazo que consagrou no artigo 63.º, n.º 3 do CPPT, através da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro. Esta terá sido, de resto, a motivação da alteração legislativa introduzida nesta matéria pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, objecto de crítica, por exemplo, de Gustavo Lopes Courinha[2]. Com efeito, e como explica João Paulo Simões (...): “Na realidade, a anterior redação remetia a abertura do procedimento para os ‘(...) três anos a contar do início do ano civil seguinte à realização do negócio jurídico objeto das disposições anti-abuso’ condicionando, desta forma, a determinação daquele prazo em razão do momento da realização do negócio jurídico. Ora, esta realidade, não raras vezes, terá sido motivo suficiente para que o início do procedimento próprio se afigurasse como extemporâneo, tendo como consequência a invocação da respetiva caducidade por parte dos contribuintes”<sup>115116</sup>.

Acontece que o legislador nunca optou por incluir como pressuposto de aplicação da norma a verificação da vantagem fiscal em sede do art. 38.º, n.º 2 da LGT, o que determinaria o afastamento desse mesmo pressuposto para efeitos de verificação do facto tributário. Todavia, já ficou assente o abismo existente entre a norma a aplicar<sup>117</sup> e o procedimento<sup>118</sup> a desencadear para a sua aplicação. Isto porque a norma

---

<sup>115</sup> Decisão do Tribunal Arbitral n.º 420/2014-T, de 31 de dezembro de 2014.

<sup>116</sup> Advirta-se, desde já, que a decisão do Tribunal Arbitral transcrita analisa a situação anterior a 2011; contudo, a argumentação constante da mesma poderá ser aplicada – ainda que necessite de ajustes – a situação posterior a 2011, pois, à semelhança do explicitado, entendemos que se o legislador pretendesse que do facto tributário se incluísse a verificação de uma vantagem fiscal, tê-lo-ia mencionado expressamente – o que nunca fez.

<sup>117</sup> Art. 38.º, n.º 2 da LGT.

<sup>118</sup> Art. 63.º do CPPT.

procedimental exige a verificação da vantagem fiscal ou, pelo menos, parte dela, para conseguir proceder à liquidação<sup>119</sup>.

Neste sentido, embora consideremos que o preenchimento de todos os requisitos impostos pela cláusula geral antiabuso constituem o facto tributário e determinam, por consequência, o início da contagem do prazo – não sendo exigida a verificação da vantagem fiscal – na verdade, não poderá ser este o entendimento a adotar. Desde logo, porque o próprio preceito aplicado que estipula o prazo de caducidade diz respeito à caducidade do direito de liquidação<sup>120</sup>. Logo, a verificação do facto tributário não poderá considerar-se consumado enquanto o rendimento não for colocado à disposição – originando a produção da vantagem fiscal – o que possibilitará a liquidação. Significa, portanto, que a revogação do prazo de caducidade prevista no art. 63.º do CPPT decretou, ainda que indiretamente, a incrementação da verificação da vantagem fiscal nos pressupostos do facto tributário, pois só aí se encontrarão os requisitos necessários para a instauração do procedimento.

Assim, consideramos que, atendendo ao procedimento de aplicação da cláusula geral, o prazo de caducidade deverá ser aplicado quando haja efetivamente lugar a uma liquidação, isto é, quando haja a produção parcial ou total da vantagem fiscal.

A este propósito revela-se pertinente atender à seguinte hipótese: no âmbito do procedimento desencadeado no ano de 2019, verifica-se que a construção abusiva ocorreu no ano de 2012 e a vantagem fiscal de forma diferida no tempo, nos anos de 2013 e 2014. Nesta hipótese entender-se-á que o direito à liquidação de cada vantagem parcial caducou, pois, tendo o prazo de caducidade de quatro anos iniciado nos referidos anos, conheceu o seu termo nos anos de 2017 e 2018, respetivamente<sup>121</sup>.

Salvagarde-se o seguinte: a solução apresentada não está em conformidade com o estipulado pela cláusula geral antiabuso; contudo, perante as exigências do procedimento, não poderá aplicar-se o prazo de outra forma<sup>122</sup>.

A obscuridade da incerteza refletida nas normas analisadas é reveladora da falta de coerência e determinação do legislador fiscal, que, amedrontado com o contribuinte astuto, tenta criar escapes e armadilhas que garantam a atuação do Estado.

---

<sup>119</sup> O ato instrumental necessário para proceder à desconsideração das construções ou séries de construções e arrecadar o imposto devido e não pago.

<sup>120</sup> A este propósito, João Catarino e Vasco Guimarães entendem que “O direito à liquidação traduz-se no direito ou dever que o Estado tem de liquidar impostos, quando constata que o contribuinte o não fez ou que o fez do ponto de vista da administração em quantia insuficiente, face ao valor que seria correto” (Catarino & Guimarães, 2017).

<sup>121</sup> Contagem de prazos meramente exemplificativa.

<sup>122</sup> De ressaltar que o prazo se conta a partir do termo do ano em que se verificou a vantagem fiscal (total ou parcialmente), momento em que o facto tributário se encontra consumado.

### 3. Da aplicação da lei no tempo

O ponto de partida da presente dissertação assenta na evolução normativa do disposto no art. 63.º do CPPT. Havendo uma sucessão de leis, é incontornável suscitar a questão da aplicação da lei no tempo, pois é natural que hoje se discutam factos reportados a anos em que a lei procedimental continha outros elementos de tramitação.

Esta questão torna-se relevante, essencialmente, em relação a dois aspetos.

O primeiro prende-se com o prazo de caducidade, uma vez que a primeira versão contemplava um prazo de 3 anos, a contar da prática do ato jurídico ou da celebração do negócio jurídico, para a AT instaurar o procedimento, enquanto a atual versão é omissa não só em relação ao prazo como, consequentemente, ao momento em que se inicia a contagem do mesmo, sendo aplicado, subsidiariamente, o art. 45.º da LGT. Assim, o prazo de caducidade é de 4 anos, a contar do termo do ano em que se verificou o facto tributário<sup>123</sup>, no caso de estar em causa a liquidação de um tributo periódico, ou a contar da data em que se verificou o facto tributário, quando esteja em causa a liquidação de um tributo de obrigação única<sup>124</sup>.

Já o segundo diz respeito ao próprio procedimento, uma vez que, a partir de 2012, deixou de haver um procedimento autónomo especial desencadeado no âmbito da aplicação da CGAA – que permitia a desconsideração total do esquema – e passou a desencadear-se um procedimento – ainda que especial – que apenas se efetiva com a emissão de um ato de liquidação, ato esse que permite a eliminação de uma vantagem fiscal.

No que diz respeito ao prazo de caducidade, assume enorme relevância atender ao estabelecido no Ac. do STA, sob o proc. n.º 0931/11, de 8 de fevereiro de 2012:

“Ora, na lição de Baptista Machado (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 13.ª reimpress., Coimbra, Almedina, 2002, p. 235), ‘(...) nada impede que a lei nova se aplique a factos passados que ela assume como pressupostos impeditivos ou desimpeditivos (isto é, como pressupostos negativos ou positivos) relativamente à questão da validade ou admissibilidade da situação jurídica, questão essa que é da sua exclusiva competência’”. E continua o insigne Mestre, a páginas 242/243, ‘tendo o decurso global do prazo o valor de um facto constitutivo (ou extintivo) de um direito ou situação jurídica, se tal prazo ainda se encontrava em curso no momento do início de vigência da lei nova, é porque tal situação jurídica ainda não se encontrava constituída (ou extinta) neste momento. Logo, cabe à lei nova a competência para determinar os requisitos da constituição da

---

<sup>123</sup> Conforme analisado no ponto anterior, entendemos que o facto tributário só se encontra consumado quando os requisitos da norma a aplicar – art. 38.º, n.º 2 da LGT – se verificarem preenchidos e (em nosso entender) se produzir a vantagem fiscal (total ou parcialmente).

<sup>124</sup> Nos termos do n.º 4 do art. 45.º da LGT.

mesma situação jurídica. Achando-se uma situação jurídica em curso de constituição, passa o respectivo processo constitutivo a ficar imediatamente subordinado à lei nova'. Assim, aceite o pressuposto de que não é o início do prazo de caducidade, mas o seu integral decurso, o facto extintivo do direito à liquidação do tributo por parte da administração fiscal, pressuposto que nos parece inquestionável, impõe-se a conclusão, por aplicação da regra contida na parte final do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil e no artigo 12.º n.º 1 da Lei Geral Tributária, de que a nova redacção do preceito é aplicável aos casos dos autos (prazos de caducidade do IVA relativo a Fevereiro e Junho de 2002)".

Do entendimento jurisprudencial supratranscrito é possível concluir que, estando em causa uma nova redacção de uma norma processual, deverá aplicar-se o disposto no art. 12.º da LGT<sup>125</sup> e, conseqüentemente, a nova redacção assumirá eficácia em relação aos factos que não conheceram a extinção do prazo de caducidade anteriormente estipulado. Convém, contudo, lembrar que o prazo de caducidade revogado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro dizia respeito ao prazo para instaurar o procedimento de aplicação da norma, enquanto atualmente o prazo subsidiariamente aplicável é referente ao direito a liquidar<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> "1 - As normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroactivos.

2 - Se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor.

3 - As normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes.

4 - Não são abrangidas pelo disposto no número anterior as normas que, embora integradas no processo de determinação da matéria tributável, tenham por função o desenvolvimento das normas de incidência tributária."

<sup>126</sup> "Reportando-nos à situação do caso, não basta, por conseguinte, para se iniciar a contagem do prazo de caducidade do direito à liquidação que for devida, tomar como ponto de referência a data em que foram efectuadas as alienações das participações sociais já que estas operações não consubstanciam em si mesmo um meio artificioso ou fraudulento ou um abuso de formas jurídicas. O que poderá ter justificado a aplicação da cláusula geral anti-abuso – na perspectiva da Autoridade Tributária – é o facto de o retorno do crédito gerado pela venda de acções vir a ocorrer através de pagamentos que dissimulam uma distribuição de dividendos, e, por isso mesmo, o esquema negocial que é objecto da cláusula geral anti-abuso apenas se completa com o acréscimo patrimonial que é obtido indevidamente por esse meio. O artigo 63.º, n.º 3, do CPPT determinava, na sua redacção originária, que o procedimento de aplicação da cláusula anti-abuso poderia ser aberto no prazo de três anos a contar do início do ano civil seguinte à realização do negócio objecto das disposições anti-abuso, configurando-se como um prazo especial referente a esse específico procedimento tributário. Essa norma foi entretanto revogada pela nova redacção introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, pelo que deverá entender-se que o prazo de caducidade do direito à liquidação, mesmo nesse caso, é agora o prazo geral de quatro anos constante do n.º 1 do artigo 45.º da LGT, que o n.º 4 explicita contar-se, nos impostos periódicos, a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário".

Considerando o já anteriormente exposto, o facto tributário a ser tido em atenção para efeito da contagem do prazo de caducidade, no caso de aplicação da cláusula geral anti-abuso, é o dito facto complexo, que não se reduz à mera operação de alienação de participações sociais, mas culmina com o rendimento auferido e o modo como foi auferido.

Sendo assim – como é bom de ver –, o prazo de caducidade não se conta a partir do início do ano civil seguinte àquele em que ocorreram as alienações das participações sociais (2005), nem da data em que as alienações foram declaradas à Autoridade Tributária (10 de março de 2006), nem da data em que foram efectuados os primeiros pagamentos (2006). (Decisão do Tribunal Arbitral, processo n.º 317/2019-T, de 15 de janeiro de 2020).

Ora, no que respeita concretamente ao prazo de caducidade, é perfeitamente compreensível este entendimento, pois se o direito ainda não foi extinto pelo decurso do prazo de caducidade, fará todo o sentido que seja aplicado o princípio da aplicação imediata. Contudo, importa salientar que não está em causa apenas a revogação do prazo de caducidade, pois este prazo conheceu também uma alteração quanto ao seu objeto, isto é, o prazo revogado dizia respeito ao procedimento e o atual diz respeito à liquidação – não é, de todo, o mesmo objeto de aplicação; e a mesma lei decretou, ainda, o desaparecimento do procedimento autónomo.

No âmbito do princípio de aplicação imediata cumpre conhecer duas exceções, nomeadamente, a afetação de “garantias, direitos ou interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes” e as “normas que, embora respeitantes ao procedimento de determinação da matéria coletável, tenham por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária”<sup>127128</sup>.

Reveste enorme importância a averiguação da exceção relativa às “normas que, embora respeitantes ao procedimento de determinação da matéria coletável, tenham por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária.” Desde já, embora pareça que este requisito apenas diz respeito às normas procedimentais de determinação da matéria coletável, o sentido da norma não parece permitir tal conclusão. A expressão “embora integradas” transmite a ideia de que até mesmo estas normas deverão ser excecionadas do princípio de aplicabilidade imediata caso digam respeito ao desenvolvimento de normas de incidência tributária. Ou seja, todas as normas procedimentais que desenvolvam normas de incidência, incluindo as de determinação da matéria coletável, não poderão ser aplicadas imediatamente a factos anteriores à sua introdução no ordenamento jurídico.

Posto isto, torna-se relevante apurar se o artigo 63.º do CPPT é uma norma de desenvolvimento de incidência. Ora, conforme aludido, este preceito tem em vista a concretização da aplicação da CGAA. A disposição antiabuso não opera por si só, carecendo de uma norma procedimental que a concretize na prática. Assim, torna-se fundamental saber se esta dependência entre as normas, *in casu*, se enquadra na exceção identificada.

Caso se entenda que o desenvolvimento de incidência apenas se relaciona com o âmbito de aplicação da norma, nomeadamente às situações de facto aplicada e os seus intervenientes, então as alterações introduzidas no procedimento não poderão ser

---

<sup>127</sup> Nabais, 2016.

<sup>128</sup> No que concerne à salvaguarda das garantias, direitos e interesses legítimos dos contribuintes, “está em causa uma vez mais o princípio da segurança jurídica, isto é, a proteção da confiança, que resulta da própria ideia de Estado de direito democrático, o que é garantido na parte final do n.º 3 do artigo 12.º da LGT” (AA. VV., 2019).

enquadradas no âmbito desta exceção<sup>129</sup>, havendo, consequentemente, a aplicação do princípio da aplicabilidade imediata. Pelo contrário, caso se entenda que o desenvolvimento de incidência abrange questões mais amplas, como a tramitação de um determinado procedimento, a verificação de requisitos obrigatórios para a sua aplicação e a previsão de prazos para prática de certos atos, então esta norma teria que ser enquadrada no âmbito da referida exceção.

Esta divergência interpretativa do conceito é determinante na matéria em causa, pois havendo lugar ao acolhimento da exceção, a nova redação do procedimento, introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro só poderá ser aplicada a factos ocorridos depois da sua publicação e consequente entrada no nosso ordenamento jurídico. O que significa que, em termos práticos, caso estivesse em causa a averiguação de factos ocorridos antes de 2011, o procedimento a aplicar seria o revogado.

Pelo contrário, caso não haja lugar à admissibilidade da exceção, a partir do momento da sua introdução no ordenamento jurídico, esta atuaria em relação a factos ocorridos antes do seu início de vigência, contudo, dentro do prazo do direito a liquidar.

Repare-se que, embora esteja em causa uma norma procedimental, certo é que foi extinto o procedimento especial autónomo, revogado o prazo de caducidade para iniciar o processo, bem como o meio de reação contra a autorização proferida pelo dirigente dos serviços competentes. Ou seja, houve uma alteração significativa do processo a adotar<sup>130</sup>.

#### **4. O beneficiário efetivo e o seu aliado**

A eliminação da vantagem fiscal através do ato de liquidação carece de destinatário. Neste sentido, parece claro e evidente que o destinatário da aplicação da norma seria o beneficiário da vantagem fiscal usufruída indevidamente. Contudo, na prática, a concretização deste entendimento comporta algumas dificuldades. Para melhor compreensão, imagine-se o seguinte esquema abusivo:

A sociedade Mente Brilhante S.A é detida por dois acionistas, Duarte e Leonor. Os acionistas da Mente Brilhante S.A são casados e fundaram, juntos, esta empresa no ano de 2012. No ano de 2015, a empresa registou um grande crescimento, gerando um lucro significativo. Aquando da tomada de decisão acerca da distribuição de dividendos desse ano, o casal verificou que, caso optasse pela distribuição de dividendos, teria que declarar o rendimento para efeitos de IRS, ficando sujeito à tributação prevista no art. 71.º do CIRS. Foi então que decidiram que a distribuição de dividendos não era o melhor

---

<sup>129</sup> Uma vez que as alterações introduzidas na norma procedimental não dizem respeito a estas matérias.

<sup>130</sup> A propósito do ponto tratado, poderia surgir a questão de saber o que acontece aos factos que, pela aplicação do prazo de caducidade revogado conheceram a sua extinção, porém, se aplicada a norma subsidiária (art. 45.º da LGT) esta ainda se encontra em prazo para liquidar. É evidente que esta situação retrata a hipótese de aquando da introdução da nova redação da norma, o direito a liquidar se encontrar extinto e, consequentemente, não lhe possa ser aplicado o novo prazo. Havendo uma extinção, o direito não poderá renascer com a lei nova, sob pena de violar o princípio da segurança e confiança jurídica.

caminho para obter aqueles rendimentos. Por isso, criaram uma holding, a Génio Luminoso SGPS, Lda. Posteriormente, venderam as ações que detinham na Mente Brilhante S.A. à Génio Luminoso SGPS, Lda.

Acontece que a Génio Luminoso SGPS, Lda. não possuía os meios necessários para proceder ao pronto pagamento do valor das ações. Desta forma, contraiu uma dívida para com os acionistas, ficando obrigada a pagar o preço da compra das ações de forma faseada nos anos subsequentes. No ano x, a sociedade Mente Brilhante, S.A. distribuiu os dividendos à SGPS e, após a referida distribuição, procedeu ao pagamento de uma pequena parte do empréstimo aos acionistas (credores). No ano seguinte, voltou a manobrar o mesmo ciclo de transações. Primeiro, procedeu à distribuição de dividendos da Mente Brilhante S.A. para a SGPS e, posteriormente, procedeu ao pagamento parcial do empréstimo contraído junto dos acionistas. Tal ciclo de distribuição de dividendos, mascarado de pagamento do empréstimo, foi se repetindo em anos seguintes. Através desta transação (venda de ações), os acionistas passaram a deter um crédito em relação à SGPS, obtendo o rendimento pretendido – dividendos – embora revestindo uma natureza diferente e, conseqüentemente, afastando a tributação devida.

O esquema supra apresentado corresponde, ainda que descrito de uma forma muitíssimo simples, à construção mais usual levada a cabo pelo contribuinte que pretende distribuir os dividendos sem que tal implique uma tributação.

Perante este caso prático, diremos que os beneficiários da vantagem fiscal serão os acionistas, concretamente o Duarte e a Leonor. Portanto, o processo de aplicação da CGAA seria dirigido a estes intervenientes e, conseqüentemente, seriam praticados dois atos de liquidação, cada um dirigido a um beneficiário.

Conforme já mencionado, a tributação de dividendos está sujeita ao regime previsto no art. 71.º do CIRS, a uma taxa liberatória, sujeita a retenção na fonte a título definitivo. Através da aplicação da CGAA, esta transação deixaria de ser tratada como um empréstimo – apenas para efeitos fiscais – e passaria a consistir em distribuição de dividendos. A desconsideração da construção implica a restituição do valor do imposto que deveria ter sido retido na fonte, antes da distribuição. E é justamente neste ponto que surge o primeiro conflito.

A entidade obrigada a reter o imposto devido na fonte é a sociedade Génio Luminoso SGPS, Lda., uma vez que esta não está, realmente, a proceder ao pagamento de uma dívida, mas sim à distribuição de dividendos. Ora, como é sabido, sempre que esteja em causa a retenção na fonte a título definitivo, são aplicadas as regras da responsabilidade em caso de substituição tributária, nos termos do art. 28.º da LGT.

No âmbito deste regime, a entidade está obrigada a reter o imposto – in casu, a Génio Luminoso SGPS, Lda. – e a posteriormente, entregar ao Estado esse montante. Ora, na



eventualidade de incumprir tal obrigação, responderá pelo seu pagamento, ficando os substituídos – Duarte e Leonor – desonerados deste encargo. Acontece que tal só fará sentido caso haja verdadeiramente uma retenção, o que, nestas situações, não acontece. Os acionistas recebem o valor integral, não havendo qualquer acréscimo patrimonial indevido na esfera do substituto. Perante tal facto, o legislador contemplou<sup>131</sup> uma solução bastante inovadora e benéfica para a entidade obrigada à retenção, desonerando-a de qualquer responsabilidade quando se verifique que o substituto não reteve qualquer valor, não tendo em sua posse qualquer valor que não lhe pertence. Esta solução veio determinar a responsabilização total do beneficiário da vantagem fiscal, pois foi este que tomou indevidamente o valor integral, incluindo o valor que deveria ter sido retido.

Porém, na mesma altura, surgiu o n.º 5 do art. 38.º da LGT, que, dada a sua pertinência, cumpre transcrever: “Sem prejuízo do número anterior, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, devem aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária”.

Ora, esta disposição vem desfazer a solução constante do n.º 4, pois, se estamos perante um negócio abusivo, construído no abuso de normas jurídicas e com intenção (sublinhe-se intenção) de beneficiar de uma vantagem fiscal, desvirtuando a situação de facto, é claro e evidente que o substituto sabe que se está a distribuir dividendos – ainda que revestindo outra natureza – tem que proceder à retenção na fonte.

Por outras palavras, não obstante a iniciativa do legislador em responsabilizar apenas o beneficiário no que concerne ao pagamento do imposto, a verdade é que o n.º 5 do mesmo preceito legal veio desconstruir este caminho. Assim, a janela inovadora aberta pelo n.º 4 foi obstruída pela n.º 5, sendo praticamente inutilizada em termos práticos.

Esta questão transporta-nos a um outro ponto crítico. Imagine-se que após se consumir a total distribuição de dividendos, o beneficiário da vantagem fiscal e também titular da entidade obrigada a reter na fonte decide alienar a dita entidade a um terceiro. Após a referida alienação é desencadeada uma ação inspetiva e a transação tida como empréstimo passa a ser considerada como distribuição de dividendos. Ou seja, através da desconsideração, a AT exige o imposto não retido efetivamente ao substituto, por força do 38.º, n.º 5 da LGT.

Aliás, o contribuinte experiente e altamente conhecedor das normas fiscais pode prever exatamente esta questão. Distribui os dividendos e depois desfaz-se da sociedade para que, caso haja uma ação inspetiva, o valor não retido não lhe seja exigido por intermédio da sociedade. É um problema real e para a qual não há solução.

Embora a lei consagre o direito de regresso neste caso, nos termos do art. 63.º, n.º 12, al. a) do CPPT, a verdade é que a entidade obrigada a reter o imposto terá que

---

<sup>131</sup> No n.º 4 do art. 38.º da LGT.

adiantar o dinheiro, procedendo à sua entrega, e só depois poderá fazer valer o seu direito junto do beneficiário efetivo da vantagem, sabendo que correrá sempre o risco de nunca ver o seu direito ressarcido, caso o beneficiário não possua dinheiro ou bens para satisfazer a sua pretensão. Há aqui uma clara violação do princípio da capacidade contributiva<sup>132</sup> e do princípio da tributação com respeito pela justiça material<sup>133</sup>.

## **5. A novidade: Admissibilidade da coligação**

A temática relacionada com o destinatário da aplicação da cláusula geral não se esgota no seu apuramento. Como vimos, em sede do mesmo esquema abusivo podemos ter vários destinatários de aplicação da norma, nomeadamente, o(s) beneficiário(s) efetivo(s) da vantagem fiscal, bem como o(s) responsável(eis) substituto(s). Ou seja, perante a mesma ação inspetiva e a adoção do mesmo procedimento, poderão ser emanados vários atos de liquidação dirigidos aos intervenientes passivos do procedimento em causa.

Esta eventualidade evidencia a possibilidade de, através de uma só construção abusiva e no âmbito da mesma ação inspetiva, serem praticados atos de liquidação em relação a destinatários diferentes. Isto releva não só relativamente aos vários atos de liquidação, como também relativamente ao ato administrativo que legitima a prática desses atos de liquidação.

Começaremos pelo ato legitimador – ato administrativo. Perante o enquadramento da presente temática, cumpre questionar se nestas situações haverá um ato de administrativo em relação a cada ato de liquidação ou se o mesmo ato vale para todas as liquidações. Ora, estando em causa um ato que visa autorizar a aplicação da cláusula geral no âmbito de um esquema abusivo, parece-nos até mesmo pela própria redação da norma que haverá apenas uma autorização que legitima essa aplicação e, consequentemente, origina a prática de vários atos de liquidação. Significa, portanto, que quando for dada publicidade do ato administrativo aos titulares de interesses diretos e pessoais da prática do mesmo, estes terão legitimidade para impugnar judicialmente o ato administrativo.

Nestes termos, poderá existir mais do que uma impugnação em relação ao mesmo ato administrativo. Caso tal aconteça, estaremos perante a apreciação do ato que autoriza a aplicação da cláusula geral antiabuso, tendo em vista a desconsideração de um determinado esquema (denominador comum a todas as possíveis ações de impugnação). Estas ações correrão termos, possivelmente, em tribunais diferentes, existindo o risco de serem proferidas decisões contrárias em relação aos mesmo factos. Tal hipótese coloca,

---

<sup>132</sup> Art. 104.º, n.º 2 da CRP.

<sup>133</sup> Art. 5.º, n.º 2 da LGT.

evidentemente, em risco a segurança e confiança jurídica. Para além disso, a economia processual é completamente abandonada, com todas as consequências associadas.

A este propósito surge um mecanismo legal de enorme relevância para a problemática apresentada: **a Coligação**, prevista no artigo 12.º do CPTA. Através deste mecanismo legal podem vários autores coligar-se na mesma ação, caso “a causa de pedir seja a mesma e única ou os pedidos estejam entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência, nomeadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica material”<sup>134</sup> ou, “sendo diferente a causa de pedir, a procedência dos pedidos principais depende essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito”<sup>135</sup>. Embora o artigo comece por afirmar que os autores “podem”, transmitindo a ideia que este instituto é apenas uma faculdade, a verdade é que em sede do procedimento especial de aplicação da CGAA este instituto deveria ser obrigatório, pois, caso as partes não usufruam desta faculdade, existe o risco de, em relação os mesmos factos, serem proferidas decisões completamente contraditórias.

Ultrapassada a questão relativa à impugnação do ato administrativo, surge agora uma das questões fulcrais da presente dissertação, concretamente, a impugnação de todos os atos de liquidação emitidos, em relação aos sujeitos passivos identificados na mesma ação inspetiva, que tem por base um só esquema abusivo.

Recuperando o caso prático acima exposto, os sujeitos passivos da relação tributária em causa eram o Duarte, a Leonor e a sociedade Génio Luminoso SGPS, Lda. Através da desconsideração do esquema abusivo, o Duarte e a Leonor responderiam como beneficiários efetivos da vantagem fiscal e a sociedade Génio Luminoso SGPS, Lda. como entidade substituta. Em termos práticos, o processo de aplicação da cláusula geral culminaria numa de duas situações: a) prática de dois atos de liquidação diferentes, relativamente ao Duarte e à Leonor, beneficiários efetivos da vantagem fiscal; b) a prática de um ato de liquidação contra a entidade substituta, que deveria ter retido o imposto e não o fez.

De referir que, em qualquer solução, é conferida a possibilidade de proceder ao pagamento voluntário da quantia peticionada dentro de um determinado prazo ou optar pela reclamação graciosa desse ato. Note-se que, por imposição normativa<sup>136</sup>, só haverá lugar a impugnação da liquidação quando previamente se formule reclamação graciosa. Após verificação destes requisitos e confirmada a manutenção do ato de liquidação, as partes poderão impugnar judicialmente. O que significa que na hipótese a), se os sujeitos passivos optarem pela impugnação, existirão duas impugnações judiciais – existindo a

---

<sup>134</sup> Art. 12.º, n.º 1, al. a) do CPTA.

<sup>135</sup> Art. 12.º, n.º 1, al. b) do CPTA.

<sup>136</sup> Art. 63.º, n.º 11 do CPPT.

probabilidade de correr termos em tribunais diferentes – com a particularidade de a fundamentação factual ser exatamente a mesma, uma vez que foi através da desconsideração do mesmo esquema abusivo que nasceram as liquidações ora impugnadas.

Claro que o pedido será diferente, pois estarão em causa atos de liquidação diferentes, contudo, o facto gerador é exatamente o mesmo. Ora, tal enquadramento leva-nos exatamente para a mesma questão apreciada no âmbito do ato administrativo, pois correndo duas ações sobre os mesmos factos, em tribunais diferentes, haverá o risco de serem proferidas decisões diferentes. Isto é, pode acontecer que um tribunal opte por considerar o esquema abusivo e, conseqüentemente, julgar improcedente a impugnação intentada, originando a obrigação de pagar o imposto por forma a eliminar a produção da vantagem fiscal indevida, e outro tribunal, em relação a um sujeito passivo distinto, considerar que o esquema que sustenta a liquidação não é abusivo julgando procedente a ação de impugnação e, conseqüentemente, absolver o autor do pagamento do imposto liquidado. É claro e evidente que isto não pode ocorrer, sob pena, uma vez mais, de violar princípios basilares como a segurança e a confiança jurídica.

A solução apresentada é, novamente, a coligação. Todavia, no âmbito da problemática apresentada, este mecanismo tem que ser obrigatório. É fundamental que a decisão acerca de um esquema abusivo, legitimador de vários atos de liquidação, seja discutida em sede da mesma ação, garantindo dessa forma que a mesma sentença produz os mesmos efeitos em relação a todos os intervenientes passivos da relação jurídica tributária.

## **6. A sucessão de atos de liquidação travada pelo caso julgado**

A primeira versão do procedimento de aplicação da CGAA contemplava um procedimento autónomo especial que tinha por finalidade neutralizar o esquema abusivo, desconsiderando, apenas para efeitos fiscais, os negócios e atos celebrados pelo contribuinte. Desta forma, a vantagem fiscal conseguida através desse esquema era anulada, sendo exigida ao beneficiário dessa vantagem a restituição do imposto devido. Na verdade, a revogação do procedimento autónomo acarretou graves consequências, pois, não sendo possível proceder à neutralização total do esquema, a única forma que a AT tem de eliminar a vantagem fiscal produzida consiste na emissão sucessiva de atos de liquidação. Significa, portanto, que tais atos serão instrumentais no âmbito de aplicação da cláusula geral antiabuso. Sucede que, como já mencionado, é frequente que a vantagem fiscal se verifique de forma faseada, isto é, a sua produção se prolongue no tempo.

Neste sentido, caso a vantagem fiscal não seja adquirida de uma só vez, a AT não poderá neutralizar através de um só ato o esquema abusivo. Terá que eliminar a produção da

vantagem na medida em que esta é produzida ou verificada. Portanto, em sede de um único esquema abusivo e tendo como destinatário um só sujeito passivo, é possível ter mais do que uma liquidação. Ora, conforme evidenciado no ponto anterior, o sujeito passivo poderá impugnar judicialmente cada ato de liquidação. É exatamente em relação a esta possibilidade que surge um dos problemas mais complexos.

Imagine-se que o mesmo sujeito passivo é notificado de vários atos de liquidação referentes às alegadas vantagens fiscais insurgentes do esquema desenvolvido pelo mesmo. Na verdade, embora existam vários atos de liquidação, a sua fundamentação parte dos mesmos factos, isto é, do mesmo esquema considerado abusivo. Ora, caso o sujeito passivo recorra aos meios de reação judicial – impugnação judicial – existirão tantas ações de impugnação quantos atos de liquidação<sup>137</sup>.

Esta conjuntura reúne os ingredientes perfeitos para a verificação de sentenças contraditórias em relação ao mesmo esquema, implicando necessariamente um cenário de desigualdade inerente à mesma situação controvertida. Por forma a solucionar esta questão, cumpre analisar o instituto do caso julgado, que, embora seja uma figura típica do Direito Civil, poderá em muito beneficiar o procedimento tributário, fundamentalmente no que concerne à problemática em análise.

Ora, por força dos artigos 619.º, n.º 1 e 628.º do CPC, haverá caso julgado sempre que se verifique a preclusão dos meios de impugnação da decisão proferida. Por outras palavras, haverá caso julgado sempre que a sentença transite em julgado. Todavia, este instituto subdivide-se em duas vertentes: a positiva, designada por “autoridade do caso julgado”<sup>138</sup>, e a negativa, enquadrada no âmbito da exceção do caso julgado.

Para que se possa invocar a exceção do caso julgado é necessário que se verifique a tríplice identidade<sup>139</sup>, que consiste na identidade quanto aos sujeitos, pedido e causa de

---

<sup>137</sup> A este propósito, e apenas como um breve apontamento, carece de particular atenção a hipótese de existirem várias ações de impugnação sem que haja uma sentença proferida. Nessa medida, enquanto não houver uma decisão que transite em julgado, não haverá caso julgado. Todavia, parece fundamental que, após a impugnação da primeira liquidação, as restantes (caso existam) sejam suspensas, uma vez que existe uma relação de prejudicialidade entre as ações. O direito civil contém um instituto a aplicar nestas situações, nomeadamente a litispendência, contudo, para que possa ser aplicada, tem de haver “repetição da mesma ação em dois processos, depende, pois, da verificação cumulativa da identidade de sujeitos, do pedido e da causa de pedir” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1220/15.9T8STR.E1.S1, de 6 de Julho de 2017), o que *in casu* não poderá ser aplicado, pois as ações partem de atos de liquidação diferentes. Esta questão necessita de intervenção urgente, sob pena de serem proferidas sentenças contraditórias entre si em relação à mesma questão prejudicial. Admitindo que este problema não é de fácil resolução, dada a necessidade de resposta legal deverá aplicar-se subsidiariamente o direito civil, no que respeita à suspensão da instância nos termos do art. 272.º do CPC. Desta forma, havendo a mesma causa prejudicial no âmbito da primeira e da segunda ação, este instituto determinará a suspensão da instância da segunda ação enquanto não for proferida sentença relativa à primeira ação. Assim que for conhecida a sentença da primeira ação, a questão deixa de estar inserida na suspensão da instância e passa a haver caso julgado. É ainda de considerar a apensação, nos termos do art. 28.º do CPTA; contudo, esta solução poderá ser mais onerosa, uma vez que pressupõe sempre uma reação aos atos de liquidação sucessivos e requerimento para apensar todos os processos relativos aquele esquema abusivo. Todavia, é uma solução válida e viável.

<sup>138</sup> Cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 644/08.2TBVFR.P1.S1, de 23 de novembro de 2011. Vd. Ac. do STJ, processo n.º 4043/10.8TBVLG.P1.S1, de 26 de fevereiro de 2019.

<sup>139</sup> Art. 581.º, n.º 1 do CPC.

pedir, no âmbito da segunda ação. Contudo, uma vez que as ações têm por base atos de liquidação distintos, não se verificarão estes pressupostos e, por consequência, não haverá lugar à invocação da exceção. A inadmissibilidade da exceção do caso julgado perante a existência de vários atos de liquidação baseados na desconsideração do mesmo esquema não impede a aplicação deste instituto na sua vertente positiva, concretizada na autoridade do caso julgado.

A este propósito, José Lebre de Freitas entende que “o **efeito positivo** do caso julgado, pressupondo igualmente a **identidade das partes**, assenta **sempre** na existência duma relação de prejudicialidade entre a primeira e a segunda ação: na primeira terá de ser decidido **questão jurídica** cuja resolução constitua pressuposto necessário da decisão de mérito a proferir na segunda, nomeadamente por respeitar a causa de pedir ou uma exceção perentória”<sup>140141</sup>.

Este entendimento é seguido pelo STJ, no âmbito do proc. n.º 1565/15.8T8VFR-A.P1.S1, de 5 de Dezembro de 2017, acórdão esse que estabelece que “A função positiva opera por via de ‘autoridade de caso julgado’, que pressupõe que a decisão de determinada questão – proferida em ação anterior e que se inscreve, quanto ao seu objeto, no objeto da segunda – não possa voltar a ser discutida”.

A autoridade do caso julgado<sup>142</sup> reveste uma particularidade muito interessante: a possibilidade de invocar o caso julgado perante a ausência da tríplice identidade. A este propósito, refira-se que se este instituto apenas se efetivasse no âmbito da tríplice identidade, estaria a abrir-se a porta à repetibilidade de discussão de matérias e factos já julgados e alvos de sentença. Neste sentido, a vertente positiva abrange estas situações, garantindo a vinculatividade da decisão proferida pelo Tribunal, sendo esse o seu pressuposto essencial. A autoridade do caso julgado vincula, assim, todas as questões diretas e essenciais que compõem a decisão da causa<sup>143</sup>.

Transportando para a situação em análise, entre todas as ações de impugnação referente aos diversos atos de liquidação haverá não só identidade das partes, pois os autores das impugnações serão sempre os sujeitos passivos constituídos no âmbito do procedimento desencadeado pela AT e a ré será sempre a própria AT, como também haverá uma relação de prejudicialidade entre as ações em curso. Saliente-se que, caso a coligação entre os autores das impugnações seja obrigatória, a sentença será a mesma para todos os intervenientes e fará caso julgado na sua plenitude, tornando a questão da identidade das partes um dado praticamente adquirido. Assim, reunidas as condições de

---

<sup>140</sup> Freitas, 2019.

<sup>141</sup> Cfr. Ac. do STJ, proc. n.º 4148/16.1T8BRG.G1.S1, de 09 de abril de 2019.

<sup>142</sup> Cfr. Pinto, 2018. Vide também Barreira, 2017.

<sup>143</sup> A este propósito importa considerar o exposto no Ac. do STJ, sob o proc. n.º 478/08.4TBASL.E1.S1, de 8 de novembro de 2018.

admissibilidade do chamamento do caso julgado na sua vertente positiva, deverá este ser um recurso conferido às partes por forma a evitar a repetição de discussão de factos já julgados em sentença anterior e afastando uma eventual contradição.

Concluindo, na eventualidade de uma ação de impugnação ser julgada procedente, sendo o esquema considerado lícito e conforme às normas de direito aplicável, os autores serão absolvidos do pagamento do ato de liquidação, não podendo desencadear qualquer ação inspetiva posterior que tenha por base o esquema de planeamento alvo de sentença. Acresce ainda que, na hipótese de existirem outras ações de impugnação referentes a outros atos de liquidação posteriores<sup>144</sup>, com o trânsito em julgado da decisão da primeira ação, as posteriores deverão ser extintas. Já na eventualidade de a ação ser julgada improcedente, por provado o caráter abusivo do esquema desenvolvido pelos sujeitos passivos, o caso julgado produzirá os seus efeitos, dispensando a discussão da mesma matéria que sustenta a primeira ação, apenas havendo lugar a discussão nas possíveis ações posteriores dos montantes a liquidar.

A solução apresentada tem como principal objetivo garantir a vinculatividade das decisões judiciais, conferindo-lhes autoridade e salvaguardando a segurança jurídica de todos os intervenientes. Desta forma, é colmatado um dos principais problemas associados à aplicação da norma geral antiabuso, originado pela revogação do procedimento autónomo especial.

---

<sup>144</sup> Suspensas até trânsito em julgado da primeira ação, em concordância com o descrito na nota de rodapé n.º 123.

#### **IV. Considerações finais**

Após esta breve viagem pelo procedimento de aplicação da cláusula geral antiabuso, cumpre-nos destacar os pontos chave da presente dissertação.

Primeiramente, importa salientar que, embora a norma antiabuso que o procedimento em análise visa aplicar revista uma enorme e indiscutível importância, a verdade é que esta carece de uma forma procedimental especial que a torne eficaz. Se, por um lado, é evidente a enorme preocupação em tornar a norma antiabuso perfeita e capaz de reprimir as práticas de evasão e fraude fiscal, o mesmo cuidado não é evidenciado no que concerne à sua norma de aplicação.

O nosso estudo identificou fragilidades de enorme relevo.

A primeira, relacionada com a impugnação do ato administrativo de autorização de aplicação do procedimento. Este ato é fundamental para que se proceda à liquidação. Não se entende como é que um ato de tamanha importância consta do artigo de forma leviana, sem que haja qualquer menção à sua publicidade e eventual impugnação. Tal omissão leva-nos a aplicar os mecanismos gerais previstos no processo administrativo, não só a ação de impugnação de atos administrativos, como também o procedimento cautelar de suspensão da eficácia do ato administrativo, tendo como finalidade salvaguardar o efeito útil da decisão.

Solucionada a questão relativa à impugnabilidade do ato legitimador do ato de liquidação, revelou-se necessário averiguar em que medida seria liquidado o valor do tributo. A este respeito, constatou-se que o procedimento apenas poderá levar à eliminação da vantagem fiscal efetivamente produzida. Esta solução não é a desejável, pois, nos casos em que há um diferimento temporal da vantagem fiscal, e perante a impossibilidade de liquidar tudo de uma só vez, o mesmo sujeito passivo será notificado de diversos atos de liquidação que correspondem ao mesmo esquema por si construído. Todavia, as alterações introduzidas não afetam apenas a autonomia do procedimento e os seus requisitos de tramitação. Na verdade, a revogação do prazo de caducidade revelou-se um dos núcleos essenciais da dissertação. Na ausência de estipulação expressa de um prazo de caducidade, terá que se aplicar o prazo previsto no art. 45.º da LGT.

Porém, a sua contagem evidenciou-se uma tarefa delicada e complexa. Foi possível concluir que, existindo um abismo entre a norma antiabuso a aplicar e o seu procedimento, a solução que nos parece mais lógica passa por contar o prazo a partir do momento da verificação parcial ou total da vantagem fiscal.

Diga-se, uma vez mais, que este entendimento não é o que resulta da norma antiabuso a aplicar. Contudo, se o procedimento carece do ato de liquidação para se efetivar e o próprio prazo aplicado subsidiariamente diz respeito ao direito de liquidação, não resta



alternativa em considerar o momento da verificação da vantagem como o momento inicial para a contagem do prazo.

Conforme ficou evidenciado, o procedimento sofreu grandes alterações, legitimando a apreciação da questão da aplicação da lei no tempo. Ora, a este propósito entende-se que, no âmbito de alterações introduzidas nas normas procedimentais, é aplicável o princípio da aplicabilidade imediata. Porém, tal princípio conhece duas exceções, a primeira relacionada com a afetação de garantias, direitos ou interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes, e a segunda com a alteração de normas que tenham por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária. A segunda exceção mereceu especial atenção, tendo sido levantada uma questão muito pertinente. Caso se entenda que a norma procedimental alvo de alterações está incluída nas normas que têm por função o desenvolvimento de normas de incidência tributária, então aplicar-se-á a exceção e, conseqüentemente, a nova redação da norma procedimental apenas produzirá os seus efeitos em relação aos factos que se produzirão após a sua vigência; caso se entenda que a norma procedimental não integra a exceção, então aplicar-se-á o princípio da aplicabilidade imediata e os novos trâmites do procedimento serão aplicados a factos que ocorreram antes da sua vigência, mas que ainda são suscetíveis da sua aplicação.

De seguida, procedeu-se ao apuramento do destinatário de aplicação da norma antiabuso, constatando-se que será todo aquele que beneficiar da vantagem produzida. É evidente que a matéria respeitante ao apuramento do destinatário de aplicação não se esgota nesta questão. Revelou-se fundamental analisar criticamente o n.º 4 do art. 38.º da LGT, que parece excluir a responsabilidade dos substitutos. Todavia, o n.º 5 do mesmo preceito legal inutiliza, em larga medida, o efeito prático da norma anterior.

Para terminar, a análise das fragilidades evidentes neste procedimento suscitou uma outra questão de enorme relevo, e para a qual ainda não existe uma solução evidente. Conforme foi referido ao longo da dissertação, o procedimento culminará na prática de um ato de liquidação, que tem por finalidade eliminar a vantagem fiscal produzida. Neste âmbito, surge desde logo a questão inerente à existência de várias impugnações judiciais desses atos de liquidação, intentadas por vários sujeitos passivos, tendo por base o mesmo esquema abusivo. A este propósito analisou-se o instituto da coligação, que vem permitir que, no âmbito de uma só ação, sejam discutidas as diversas liquidações, vinculando a pluralidade de sujeitos passivos à sentença proferida. Desta forma, elimina-se o risco de contradição das decisões proferidas no âmbito do mesmo esquema abusivo e assegura-se a segurança e confiança jurídica.

A existência de várias ações de impugnação de atos de liquidação não conhece a sua resolução apenas através da coligação. Existindo uma sentença que se pronuncie acerca da aplicação da cláusula geral a uma determinada construção desenvolvida pelo

contribuinte, deverá invocar-se a autoridade do caso julgado, por forma a garantir que, no âmbito da mesma relação de prejudicialidade, não são proferidas sentenças contraditórias.

Estas soluções comportam em si um carácter de inovação, contudo, não deverão ser desconsideradas, pois são mecanismos importantes no âmbito de resolução de problemas nucleares do procedimento de aplicação da cláusula geral antiabuso.

## V. Bibliografia

AA. VV. (2019). *Códigos anotados & comentados: Justiça tributária (LGT/CPPT/RGIT/RCPITA/RAT/LPFA). O Informador Fiscal.*

ALMEIDA, M.A. (2016). *Teoria geral do direito administrativo: O novo regime do Código do Procedimento Administrativo.* Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, M.A. & CADILHA, C.A.F. (2010). *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos.* Coimbra: Almedina.

AMARAL, D.F. (2016). *Curso de direito administrativo, Vol. II.* Coimbra: Almedina.

AMORIM, J.C. (2007). Algumas medidas de combate à evasão fiscal. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 12.

ANDRADE, J.C.V. (2017). *A justiça administrativa, Lições.* Coimbra: Almedina.

BARREIRA, G.S. (2017). *A aplicação judicial do conceito do caso julgado: análise crítica.* Dissertação de mestrado em direito judiciário: Direitos processuais e organização judiciária. Universidade do Minho.

CATARINO, J.R. & GUIMARÃES, V. (2017). *Lições de fiscalidade.* Coimbra: Almedina.

COURINHA, G.L. (2009). *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário.* Coimbra: Almedina.

FREITAS, J.L. (2019). Um polvo chamado autoridade do caso julgado. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º III-IV, pp. 691-722.

MACHADO, J.E.M & COSTA, P.N. (2012). *Curso de direito tributário.* Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, J.E.M & COSTA, P.N (2016). *Manual de direito fiscal, Perspetiva multinível.* Coimbra: Almedina.

MORAIS, R.D. (2016). *Manual de procedimento e processo tributário.* Coimbra: Almedina.

NABAIS, J.C.N. (2016). *Direito fiscal.* Coimbra: Almedina.

NASCIMENTO, H. (2018). *O planeamento fiscal abusivo.* Mestrado em Fiscalidade, Instituto Superior de Ciências Económicas e Empresariais.

OLIVEIRA, F.P & FIGUEIREDO DIAS, J.E. (2013). *Noções fundamentais de direito administrativo.* Coimbra: Almedina.

PINTO, R. (2018). Exceção e autoridade do caso julgado – algumas notas provisórias, *Revista Julgar.*

SANCHES, J.L.S (2006). *Os limites do planeamento fiscal: Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional.* Coimbra: Coimbra Editora.

## **VI. Jurisprudência**

### **Supremo Tribunal Administrativo**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 01088/13, de 26 de fevereiro de 2014.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 0931/11, de 8 de fevereiro de 2012.

### **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 4148/16.1T8BRG.G1.S1, de 09 de abril de 2019.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 4043/10.8TBVLG.P1.S1, de 26 de fevereiro de 2019.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 478/08.4TBASL.E1.S1, de 8 de novembro de 2018.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1565/15.8T8VFR-A.P1.S1, de 5 de dezembro de 2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1220/15.9T8STR.E1.S1, de 6 de julho de 2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 128/15.2YFLSB, de 31 de março de 2016.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 177/04.6TBRMZ.E1.S1, de 4 de junho de 2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 209/09.1TBPTL.G1.S1, de 18 de junho de 2014.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 644/08.2TBVFR.P1.S1, de 23 de novembro de 2011.

### **Tribunal Central Administrativo Norte**

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo n.º 01810/16.2BEPRT, de 15 de março de 2019.

### **Tribunal Central Administrativo Sul**

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 237/05.6BEALM, de 30 de novembro de 2017.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro de 2011.

### **CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA**

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 317/2019-T, de 15 de janeiro de 2020

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 235/2018 – T, de 03 de janeiro de 2019.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 363/2016-T, de 14 de dezembro de 2016.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 377/2014-T, de 22 de maio de 2015.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 420/2014-T, de 31 de dezembro de 2014.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 264/2014-T, de 31 de outubro de 2014.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 234/2014-T, de 16 de setembro de 2014.

Decisão do Tribunal Arbitral n.º 123/2012-T, de 9 de maio de 2013.

**Planeamento de sucessões transnacionais no direito europeu**

**A relevância da autonomia da vontade na escolha da lei que  
regerá a sucessão e suas consequências no planeamento de  
sucessões transnacionais**

Ana Luiza Canuto de Figueiredo

Sob a orientação do  
Professor Doutor António Frada de Sousa

## **Agradecimentos**

À minha família, pelo amor e apoio incondicional.

Ao Professor Doutor António Frada de Sousa, a quem expresso minha enorme admiração, pelos grandes ensinamentos e orientação.

À Professora Doutora Rita Lobo Xavier, de quem tive a honra de ser aluna durante o curso de mestrado, e cujas lições instigantes me levaram a escrever sobre o presente tema.

À Universidade Católica Portuguesa e seus exímios professores.

## **Resumo**

O Regulamento Europeu das Sucessões conferiu enorme relevância à autonomia da vontade do autor de sucessão, o que garantiu não só maior segurança jurídica na determinação da lei aplicável a sucessões plurilocalizadas como também a possibilidade de o autor do planeamento optar pela lei que melhor se adegue às suas pretensões.

Por meio de uma revisão doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho analisa a importância e os eventuais limites impostos à liberdade de escolha do autor da sucessão. Examina-se, também, o impacto da escolha da lei para fins de planeamento sucessório em um contexto de direito comparado.

A partir da investigação, concluiu-se que embora a autonomia da vontade e a possibilidade de escolha da lei sejam elementos essenciais para a realização do planeamento de sucessões transnacionais, não são os únicos componentes a influenciar na eficácia do planeamento. A autonomia da vontade do autor pode ser afastada em função de determinadas limitações plasmadas no Regulamento. Tais limitações podem causar grande insegurança jurídica na realização de planeamentos sucessórios, colocando em risco sua eficácia em sede de processo sucessório.

**Palavras-chave:** Regulamento (UE) n.º 650/2012, de 04 de julho de 2012; planeamento de sucessões transnacionais; autonomia da vontade; escolha de lei; residência habitual; ordem pública internacional.



## **Abstract**

The EU Succession Regulation has granted great relevance to the freedom of choice when it comes to cross-border estate planning, which has promoted not only greater legal certainty in determining the law applicable to the cross-border successions but also the possibility of to choose the law which best suits the author's demands.

The present work used doctrine and case law to analyse the importance of the choice of law in cross-border estate planning and also the limitations imposed to the freedom of choice. It also examines the impact of the choice of law for succession planning purposes in a comparative law context.

Although the freedom of choice and the choice of law are essential elements for carrying out cross-border estate planning, the conclusion was that they are not the only components to affect the effectiveness of the planning. The author's will can be ruled out by certain limitations established by the Regulation. Such limitations may cause great legal uncertainty in the carrying out of estate planning, jeopardizing its effectiveness in judicial proceedings.

**Keywords:** Regulation (UE) n.º 650/2012, of 4 July 2012; cross-border estate planning; freedom of choice; choice of law; habitual residence; international public policy.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|       |                                       |
|-------|---------------------------------------|
| Arts. | Artigos                               |
| CC    | Código Civil Português                |
| CE    | Comissão Europeia                     |
| Cf.   | Conforme                              |
| N.º   | Número                                |
| P.    | Página                                |
| Pp.   | Páginas                               |
| RES   | Regulamento Europeu das Sucessões     |
| Ss.   | Seguintes                             |
| TGI   | Tribunal de Grande Instance           |
| TJUE  | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| UE    | União Europeia                        |
| V.    | Vide                                  |

# Índice

Introdução

1. A relevância da autonomia da vontade na determinação da lei que regerá a sucessão

1.1. A escolha da lei aplicável à sucessão e a definição de residência habitual

1.2. Caso Johnny Hallyday

1.2.1. O planeamento sucessório de Hallyday

1.2.2. Decisão proferida pelo Tribunal de Grande Instância de Nanterre

1.3. A limitação dos efeitos da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável à sucessão

2. A importância da determinação da lei que regerá a sucessão para a realização de planeamento sucessório eficaz e satisfatório

2.1. A escolha da lei como mecanismo de contornar normas indesejáveis de direito sucessório

2.1.1. Reserva da legítima e a defesa da ordem pública internacional

2.1.2. Efeitos da aceitação da herança

2.1.3. Impostos sucessórios

3. Instrumentos de planeamento sucessório e o Regulamento Europeu das Sucessões

Conclusão

Referências bibliográficas

Fontes eletrónicas

Jurisprudência

## Introdução

Em geral, a realização de um planeamento sucessório busca dar maior segurança jurídica ao interessado que deseja controlar a repartição de seu património entre seus herdeiros. Inicialmente, para a realização de um planeamento sucessório válido e eficaz, é preciso tomar conhecimento sobre a situação familiar, patrimonial, profissional e jurídico-sucessória do autor do pretendido planeamento. A existência de filhos, casamentos, bens ou até dívidas deve ser informada porque pode influenciar diretamente nas alternativas de planeamento a serem adotadas.

Em um segundo momento, busca-se identificar e definir os objetivos do interessado para seu planeamento sucessório. O autor do planeamento pode ter como objetivo a proteção específica de um ou mais beneficiários de sua herança, a definição antecipada das quotas ou dos bens a serem distribuídos pelos herdeiros, etc. Com base nos objetivos pretendidos, deve-se identificar os eventuais constrangimentos previstos na legislação sucessória que poderiam impedir que o desejo do autor da futura sucessão fosse cumprido. Por fim, após definir os objetivos e identificar os constrangimentos, fixa-se uma estratégia de planeamento sucessório que satisfaça ao máximo a pretensão do autor<sup>145</sup>.

Contudo, em se tratando de sucessões transfronteiriças, a existência de conexão com mais de um país e, consequentemente, com mais de uma legislação sucessória faz com que a determinação da lei aplicável à sucessão seja uma condição elementar para a realização do planeamento sucessório. Isto porque o direito interno de cada país permanece divergente. Assim sendo, a existência e definição de herdeiros legítimos ou legítima, os efeitos sucessórios da união de facto e a cobrança de imposto sucessório, por exemplo, são apreciados de modo diverso, a depender da legislação do país sob exame. Em razão disso, no planeamento de sucessão transfronteiriça, faz-se imprescindível a definição prévia de qual será a legislação aplicável ao caso concreto.

Até o ano de 2012, inexistia consenso na legislação europeia relativamente às regras de direito internacional privado sobre a regulação de sucessões transnacionais. Em Portugal, o art. 62.º do Código Civil determinava a aplicação da lei da nacionalidade do autor para regular sua respetiva sucessão, independentemente do local de situação dos bens do *de cuius*<sup>146</sup>, bem como aplicava a lei portuguesa para todos os processos sucessórios de nacionais portugueses, ainda que estes não mais residissem em Portugal. Tal como Portugal, os demais países da Europa possuíam sua fonte interna de direito de conflitos.

---

<sup>145</sup> Xavier, 2016.

<sup>146</sup> Ferreira, 2016, p. 45.

Em um cenário de intensificação do fluxo migratório e crescente mobilidade de cidadãos dentro e fora da Europa, e de modo a “assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição”<sup>147</sup> e permitir maior integração entre os países, foi elaborado o Regulamento UE n.º 650/2012, de 04/07, também chamado de Regulamento Europeu das Sucessões (RES) ou Bruxelas IV, cuja aplicação se destinava aos casos de sucessões plurilocalizadas.

Sabe-se que o direito europeu é elaborado com intuito de diminuir ou até eliminar os obstáculos à livre circulação de pessoas, bens e serviços dentro da União Europeia<sup>148</sup>. Com vistas a isso, o supracitado Regulamento buscou homogeneizar a aplicação do direito sucessório em âmbito europeu, implementando um sistema que garantisse a resolução dos conflitos de lei.

Destarte, o presente trabalho visa analisar o panorama português e europeu sobre o direito sucessório internacional, utilizando-se principalmente do RES. Num momento inicial, o trabalho analisará a possibilidade de escolha e determinação da lei aplicável a sucessões transnacionais, levando em consideração a relevância da autonomia da vontade do futuro autor da sucessão na escolha da lei e também eventuais limitações que impediriam a aplicação da lei escolhida pelo mesmo.

Em um segundo momento, será feito um breve estudo de direito comparado com vistas a avaliar o impacto da escolha da lei na realização de um planejamento sucessório, fundamentando esta percepção nas diferenças entre as regras nacionais na temática das sucessões.

Por fim, ainda sobre a temática de planejamentos sucessórios, explorar-se-á o regime relativo à lei aplicável às disposições sucessórias e o entendimento da doutrina internacional sobre a abrangência do âmbito de aplicação do Regulamento. Consequentemente, serão analisados três diferentes tipos de instrumentos parassucessórios usados para fins de planejamento sucessório e cuja inclusão dentro do âmbito de aplicação do RES é controvertida.

O objetivo do estudo é tornar claro que a autonomia da vontade do autor de um planejamento sucessório possui grande relevância para a determinação da lei aplicável à sua sucessão, o que pode afetar direta e positivamente as decisões a serem tomadas em sede de planejamento sucessório. Todavia, busca-se compreender até que ponto há real liberdade de escolha e segurança jurídica na determinação prévia da lei aplicável.

Para mais, levando em consideração o cenário atual, em que se utilizam diferentes instrumentos parassucessórios em alternativa ao testamento e aos instrumentos mais tradicionais do direito das sucessões, também é importante descobrir se tais

---

<sup>147</sup> Cf. Considerando n.º 2 do RES.

<sup>148</sup> Ferreira, 2016, p. 1.

instrumentos estão efetivamente inseridos dentro do âmbito de aplicação do RES e quais as possíveis interações que existirão entre os referidos instrumentos e as regras plasmadas no Regulamento.

Cumpre, todavia, informar que o Regulamento UE 650/2012, de 04/07 é extenso e aborda diversos aspetos relativamente aos processos sucessórios plurilocalizados. Para restringir a abordagem do presente trabalho, haverá um maior enfoque na análise do exercício da autonomia da vontade e da liberdade de escolha por parte do autor para escolher a lei que regerá sua sucessão e suas disposições sucessórias, examinando igualmente os efeitos que estas determinações provocam na realização de planeamentos sucessórios transnacionais.

## **1. A relevância da autonomia da vontade na determinação da lei que regerá a sucessão**

Com vistas a viabilizar o planeamento sucessório eficaz de cidadãos no espaço europeu, o RES aplica-se às sucessões de pessoas falecidas a partir de 17 de agosto de 2015<sup>149</sup> e altera o panorama jurídico da UE, estabelecendo que, dentro do âmbito da União Europeia e sem afetar as leis materiais de cada Estado-Membro<sup>150</sup>, “a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito”<sup>151</sup>.

No que se refere à determinação da lei aplicável ao caso concreto, a regra geral do artigo 21.º estabelece como sendo aplicável a lei do Estado onde o falecido tinha sua residência habitual, ainda que este Estado não seja um Estado-Membro. Esta disposição reflete o empenho do Legislador europeu em adequar a legislação europeia ao atual contexto socioeconómico, tendo em vista o intenso fluxo migratório e a mobilidade das fronteiras, uma vez que estimula a integração e o senso de pertencimento dos imigrantes ao país em que residem habitualmente<sup>152</sup>.

Para mais, de forma inovadora, o Regulamento confere, no artigo 22.º, a possibilidade de se escolher como lei reguladora de sua sucessão a lei do Estado de que se é nacional, sendo ainda permitido a pessoas com nacionalidade múltipla escolher a lei de qualquer um dos Estados de suas nacionalidades. Deste modo, os cidadãos cujas futuras sucessões terão conexão com mais de um país podem, por meio de uma declaração de vontade ou de um planeamento sucessório, decidir previamente se será

---

<sup>149</sup> Cf. Art. 83.º, n.º 1, do RES.

<sup>150</sup> V. Ferreira, 2016, p. 10.

<sup>151</sup> Cf. Art. 21.º, n.º 1, do RES.

<sup>152</sup> Para melhor entender a opção do Legislador europeu em estabelecer como regra geral a aplicação da lei de residência habitual, ver Feraci, 2019, pp. 278-279 e Martone, 2019, pp. 406-411.

aplicada a lei do país onde estejam residindo habitualmente (regra geral) ou a lei do país de suas nacionalidades.

Sob a perspectiva da internacionalização e da multiculturalidade dentro na UE, esta disposição assegura o respeito à identidade cultural dos imigrantes e permite que os cidadãos que, apesar de viverem no exterior, ainda mantêm proximidade com sua terra natal adotem a lei de seu país de origem em seu processo sucessório<sup>153</sup>. Ademais, este poder atribuído aos futuros autores de sucessões é consequência da tentativa de proporcionar segurança jurídica aos planejamentos sucessórios plurilocalizados, de modo a garantir igualmente o direito de herdeiros, legatários, familiares e demais pessoas relacionadas à sucessão<sup>154</sup>.

Também é consagrado o princípio da unidade da sucessão, determinando que o direito aplicar-se-á ao conjunto da sucessão, de modo a não gerar distinções entre as leis aplicadas aos bens móveis e imóveis englobados no processo sucessório<sup>155</sup>, e com vistas a permitir a aplicação uniforme de uma única legislação a todos os aspetos da sucessão, tal como a capacidade sucessória dos herdeiros, a transmissão dos bens, a responsabilidade pelas dívidas da sucessão e a partilha da herança<sup>156</sup>.

Relativamente à determinação da lei que regerá a sucessão, é de extrema relevância colocar em evidência a determinação do n.º 2 do art. 21.º. Tal dispositivo, denominado pela doutrina como cláusula de exceção<sup>157</sup> ou cláusula de escape<sup>158</sup>, estabelece a possibilidade de a autoridade jurisdicional, ao analisar o caso concreto e inexistindo declaração válida de escolha pela aplicação da lei da nacionalidade do autor, determinar a aplicação da lei de outro país com que o autor da sucessão tenha uma “relação manifestamente mais estreita”, segundo o averiguado no exame das circunstâncias do caso.

Por fim, em se tratando de disposições por morte e de pactos sucessórios, os arts. 24.º e 25.º estabelecem que a admissibilidade e validade de ambos se regem pela lei que seria aplicável à sucessão se o autor tivesse falecido no mesmo dia em que as realizou, sendo ainda cabível que o autor escolha como lei reguladora a lei de sua nacionalidade, nos mesmos termos do artigo 22.º do Regulamento.

Percebe-se, assim, que as modificações apresentadas pelo RES foram muito positivas e, sobretudo, permitiram um mais acertado e seguro planeamento de sucessões transnacionais. Decerto, a possibilidade de escolha prévia da lei que regerá a sucessão demonstra a grande relevância conferida ao princípio da autonomia da vontade das

---

<sup>153</sup> Benot, 2010, p. 189.

<sup>154</sup> Cf. Considerando 7 do RES.

<sup>155</sup> V. Ferreira, 2016, pp. 27-28.

<sup>156</sup> Cf. Art. 23.º do RES.

<sup>157</sup> Patrão, 2019, pp. 35-41.

<sup>158</sup> Ferreira, 2016, p. 48.

partes em sucessões plurilocalizadas<sup>159</sup>. Contudo, resta entender até que ponto a vontade do autor é efetivamente determinante na escolha da lei que regerá sua sucessão futura e quais disposições podem obstaculizar a execução segura do planejamento sucessório por ele realizado.

### **1.1. A escolha da lei aplicável à sucessão e a definição de residência habitual**

À frente de tudo, deve-se ressaltar que o RES apenas permite ao autor de uma futura sucessão optar pela lei de sua nacionalidade para reger seu processo sucessório. A escolha direta de lei, portanto, é autorizada apenas quando o autor da sucessão pretende que seja aplicada a lei de sua nacionalidade em lugar da regra geral do Regulamento. Assim sendo, apenas se permite a escolha da lei da nacionalidade, que deve ser realizada por meio de declaração expressa da vontade do autor.

Sem embargo, é cabível afirmar que o autor de um planejamento sucessório, caso não emita qualquer declaração de vontade e permita a aplicação da lei de sua residência habitual, estará realizando uma escolha indireta de lei. Por meio desta interpretação, a escolha para definir a lei de sua sucessão pode ser direta, por meio de uma declaração expressa da vontade do autor pela aplicação da lei de sua nacionalidade, ou indireta, quando o autor não faz qualquer declaração de vontade e permite a aplicação da lei de sua residência habitual.

Note-se que a escolha indireta pela aplicação da lei da residência habitual do autor pode ser consciente ou inconsciente. A escolha consciente, por um lado, refere-se aos casos em que o autor deseja e pretende que à sua sucessão seja aplicada a lei de sua residência habitual em detrimento da lei de sua nacionalidade. Por outro lado, a escolha inconsciente diz respeito aos casos em que o autor ignora este aspecto de seu planejamento sucessório e, inconscientemente, permite a aplicação da lei de sua residência ao omitir qualquer declaração de vontade<sup>160</sup>.

Em um primeiro momento, ao analisar sob o ponto de vista da escolha da lei da nacionalidade para reger a sucessão, não se encontram grandes obstáculos para interpretar e aplicar o referido Regulamento. Nos casos em que o autor apresente mais de uma nacionalidade, a própria norma permite a aplicação da lei de qualquer uma das nacionalidades, à escolha do autor. A existência de uma declaração de vontade válida e eficaz por parte do autor garantiria a aplicação da lei de sua nacionalidade em seu

---

<sup>159</sup> Ferreira, 2016, p. 35.

<sup>160</sup> Wautelet, Successions..., 2016.



processo de sucessão, o que promoveria maior segurança no planeamento sucessório de pessoas cujas sucessões são plurilocalizadas<sup>161</sup>.

Entretanto, relativamente à escolha indireta pela lei da residência habitual, desde logo enfrenta-se uma questão muito suscitada pelos autores que abordam a temática do Regulamento: a indeterminação do conceito jurídico de residência habitual.

Certo é que a residência habitual de um cidadão é um elemento facilmente mutável, ao contrário da nacionalidade. Soma-se a isto o fato de que inexiste no RES qualquer definição ou parâmetro temporal que permita um entendimento exato do que seria o tempo mínimo para um cidadão ser considerado residente habitual de um determinado país. Para mais, segundo o Considerando 23, em um processo sucessório, a determinação da residência habitual do inventariado deverá ser fundada em uma “avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito”.

Ou seja, caberá à autoridade jurisdicional apreciar diversos elementos da vida do autor da sucessão e suas relações com países onde vivia ou já tenha vivido, de modo a determinar qual localidade deverá ser considerada sua residência habitual, sendo considerada sem efeito mera declaração em que o autor afirme residir em determinado local. Assim sendo, resta a cargo da autoridade competente definir em qual localidade o autor da sucessão mantinha residência habitual com base no exame circunstancial do caso, sendo certo que o conceito de residência habitual é absolutamente vago e impreciso.

Sabe-se, entretanto, que a opção do Legislador europeu por não pré-definir o conceito de residência habitual foi proposital e coerente. Há um entendimento de que o referido conceito indeterminado deve ser interpretado de forma autónoma<sup>162</sup> e com base na ideia de que há residência habitual quando existe um vínculo forte, estável e duradouro entre a pessoa e a jurisdição de um país. Deste modo, permite-se que a análise sobre a configuração de uma residência habitual seja baseada nos aspetos relevantes do caso concreto, e não apenas baseada em um limite temporal<sup>163</sup> geral e abstrato definido pelo Legislador<sup>164</sup>.

Assim, o próprio Legislador aponta a necessidade da análise casuística por parte do Tribunal para verificar a existência de vínculos estreitos entre o autor da sucessão e o

---

<sup>161</sup> Essencial apontar que em alguns casos específicos, como em razão da defesa da ordem pública internacional, podem aplicar-se restrições à lei diretamente escolhida. Este assunto será abordado em momento oportuno no presente estudo.

<sup>162</sup> Importante referir que o conceito de residência habitual se apresenta em diferentes Regulamentos europeus relacionados ao direito de família e sucessões. Assim, a conceituação genérica de residência habitual permite que tal elemento de conexão tenha seu sentido concretizado a depender da matéria de direito a que se refere (Martín, 2018, p. 471). Ver também Díaz, 2019, pp. 466 e ss. e Benot, 2010.

<sup>163</sup> Ferreira, 2016, p. 46.

<sup>164</sup> Feraci, 2019, p. 280.

país cuja legislação será aplicada, necessidade esta que foi também materializada por meio da cláusula de exceção constante do n.º 2 do art. 21.º.

Embora o emprego de conceitos indeterminados pudesse, ainda, resultar no surgimento de interpretações divergentes em cada país acerca da real noção de residência habitual<sup>165</sup>, a jurisprudência do TJUE é pacífica em afirmar que a determinação do conceito de residência habitual não poderá depender do entendimento do direito interno de cada um dos Estados-Membros da UE<sup>166</sup>.

Mais recentemente, em 17 de outubro de 2018, o conceito de residência habitual foi novamente objeto de análise em acórdão do TJUE, que tratava da competência em matéria de responsabilidade parental e tinha por base o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de novembro de 2003 (também conhecido como Bruxelas II Bis). O referido acórdão contém algumas condições fundamentais que devem ser verificadas para que se caracterize uma localidade como residência habitual de certa pessoa. Esse modelo foi transposto para o guia sobre sucessões transnacionais de autoria da Comissão Europeia, que auxilia os cidadãos na compreensão do tema.

Ao decidir qual o país da última residência habitual do falecido, a autoridade que trata da sucessão analisará todos os factos do caso, incluindo:

- a duração e a regularidade da permanência do falecido num determinado país;
- as condições e as razões da permanência do falecido num determinado país;
- o país no qual se situam a família e a vida social do falecido;
- o país no qual o falecido tinha a maior parte de seus bens;
- a nacionalidade do falecido<sup>167</sup>.

Institui-se, assim, a necessidade de o Tribunal analisar elementos objetivos e elementos subjetivos de cada caso, de modo a averiguar qual seria a localidade com que o sujeito mantinha relação estreita<sup>168</sup>.

De todo modo, por mais que o TJUE e a própria Comissão Europeia tenham tentado delimitar o conceito de residência habitual e impedir interpretações divergentes dadas por cada Estado-Membro, ainda assim resta uma certa insegurança no momento de executar um planeamento sucessório. Isto porque a autoridade judiciária competente pode, utilizando-se da sua discricionariedade e analisando o caso concreto, dar um peso

---

<sup>165</sup> Buonavita, 2008, p. 10 e González, 2016, pp. 61-62.

<sup>166</sup> Acórdão de 17 de outubro de 2018 do TJUE, C-393/18 PPU. Ver também Acórdão de 22 de dezembro de 2010 do TJUE, C-497/10 PPU e Acórdão de 19 de novembro de 2019 do Tribunal da Relação de Lisboa, 28325/17.9T8LSB.L1-7.

<sup>167</sup> Diretório Geral de Justiça e Consumidores: Comissão Europeia, 2018, pp. 8-9.

<sup>168</sup> Martone, 2019, pp. 412-413.

maior a certas circunstâncias da vida do *de cuius* que indiquem uma relação mais estreita com um país ou com outro<sup>169</sup>.

Ainda sobre este tema, insta também explorar a cláusula de exceção prevista no RES. Assente no entendimento dos Considerandos 23 a 25, a referida cláusula refere-se a hipóteses em que a autoridade jurisdicional constata que, embora o autor da sucessão tenha sua residência habitual estabelecida em um determinado país, o conjunto da sucessão apresenta maior proximidade com outro Estado. Importante ainda observar que a redação da cláusula de exceção e dos Considerandos 23 a 25 também apresenta expressões cujos conceitos são indeterminados, tais como “relação manifestamente mais estreita” e “conexão real”.

Assim sendo, de forma excecional, valendo-se da cláusula de exceção e de conceitos juridicamente indeterminados, a autoridade competente poderá decidir pela aplicação de lei de outro Estado, ainda que não seja o país de residência habitual do autor<sup>170</sup>. Deste modo, a cláusula de exceção traduz-se na busca da autoridade jurisdicional para descobrir qual país e, conseqüentemente, qual legislação apresenta real proximidade com o falecido e sua sucessão.

Apesar da previsão de aplicação apenas em casos excepcionais e quando há opção indireta pela lei da residência habitual do autor, certo é que a instrumentalização da cláusula de escape pelas autoridades jurisdicionais ainda suscita certos questionamentos, uma vez que inexiste jurisprudência vasta que pacifique o tema. O autor de um planejamento sucessório que opta, proposital e conscientemente, pela aplicação da lei de sua residência habitual à sua sucessão poderia ter seu planejamento frustrado em razão da aplicação da cláusula de escape em sede do processo sucessório.

A utilização desta cláusula poderia acarretar insegurança jurídica, uma vez que permite ao Tribunal, com base em conceitos jurídicos indeterminados, decidir pela aplicação de lei de local diferente do local de residência habitual do autor. Esta indeterminação poderia abrir espaço para interpretações muitas vezes discricionárias por parte da autoridade competente. Um Tribunal poderia, por exemplo, entender que, apesar de viver habitualmente em outro país, o autor mantém relação estreita com o país de sua nacionalidade, decidindo então pela aplicação da lei da nacionalidade do autor à sua sucessão.

Como crítica à cláusula de exceção, Caravaca, Davì e Mansel afirmam que sua previsão é controversa, uma vez que o próprio elemento de conexão admite uma interpretação demasiadamente ampla e está sujeito à análise casuística realizada pela autoridade jurisdicional competente. Assim sendo, é desnecessária a existência de uma

---

<sup>169</sup> Pfeiffer, 2016, pp. 573-574, *apud* Feraci, 2019, p. 292.

<sup>170</sup> Feraci, 2019, pp. 285-289.

cláusula de exceção, tendo em conta que, por via da interpretação do próprio conceito de residência habitual, seria possível determinar com exatidão qual é a localidade que mantém verdadeiro vínculo com o autor da sucessão e qual é a legislação que deverá ser aplicada no caso concreto<sup>171</sup>.

De todo modo, segundo estudos de Patrão, a operacionalização da referida cláusula pode seguir duas interpretações, sendo a segunda interpretação mais acertada no âmbito de aplicação do Regulamento<sup>172</sup>.

A primeira interpretação origina-se da ideia de que “apenas pode invocar a cláusula de exceção quando a residência habitual não espelhe a ligação social e pessoal ao Estado que o legislador presumiu na definição do critério conflitual”<sup>173</sup>. Isto significaria que, quando é comprovado no processo sucessório que o autor da sucessão preencheu todas as condições para caracterização de residência habitual no país de sua última residência, não poderia o Tribunal servir-se da cláusula para impor a aplicação da lei da nacionalidade ou da lei de outro país com que o autor também mantenha algum vínculo.

De maneira oposta, a segunda interpretação afirma que, ainda que o autor da sucessão comprove ser residente habitual em determinado país, demonstrando a presença de elementos objetivos e subjetivos que confirmem sua residência, caso exista outro país com que o mesmo autor também mantenha vínculo estreito, caberá ao Tribunal, por meio da utilização da cláusula de escape, realizar “um juízo comparativo entre o vínculo existente com o país da residência habitual e outras ligações apresentadas com um diferente país”<sup>174</sup>. Esta última interpretação é a mais acertada ao considerar-se a intenção do Legislador europeu, devendo este ser o *modus operandi* da autoridade jurisdicional na utilização da cláusula de escape.

O autor conclui asseverando que a aplicação da cláusula não deve apresentar grande obstáculo para a realização de planeamentos sucessórios seguros e eficazes, uma vez que, do ponto de vista prático, a hipótese de sua aplicação seja rara e restrita a casos complexos<sup>175</sup>. Portanto, entende-se que o recurso à cláusula de exceção deve obedecer a característica de excecionalidade, sendo certo que o juízo comparativo realizado pelo Tribunal deve demonstrar a existência clara de ligação manifestamente mais estreita que seja “visível aos olhos de um observador comum de mediano senso”<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> Caravaca, Davì, & Mansel, 2016, pp. 298-322.

<sup>172</sup> Patrão, “Problemas...”, 2019, pp. 35-37.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>174</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>175</sup> Patrão, 2019, p. 41. No mesmo sentido, sobre as condições de aplicação da cláusula de exceção, ver Bonomi & Wautelet, 2016. Davì e Zanobetti também concordam com sua utilização em casos excepcionais, mas afirmam ser este um mecanismo que permite ampliar ainda mais a margem de discricionariedade das autoridades jurisdicionais no momento de determinação da lei aplicável ao caso concreto, o que gera menor previsibilidade da lei que regerá a sucessão e o planeamento sucessório (Davì & Zanobetti, 2013, p. 35 e 42). Importante relembrar que a cláusula de exceção não poderá ser invocada em caso de escolha pela aplicação da lei da nacionalidade.

<sup>176</sup> Ferreira, 2016, p. 73 e Feraci, 2019, pp. 285-286.

Em suma, a caracterização de uma localidade como residência habitual de uma pessoa depende essencialmente do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos que demonstrem não só a duração e permanência da residência, como também a real intenção do sujeito em ali se estabelecer e os laços pessoais que foram criados no local. Deste modo, o autor de um planeamento de sucessão transnacional que opta, de forma indireta, pela aplicação da lei de sua residência habitual deve atentar-se para os requisitos que serão analisados pela autoridade jurisdicional, uma vez que a aplicação da lei pretendida depende de, por meio de uma avaliação de todas as circunstâncias do caso, ser confirmado que a localidade em que o *de cuius* habitava cumpria todas as condições para ser considerada a real residência habitual do autor.

Por fim, muito embora a redação da cláusula de exceção possa gerar incertezas quanto à eficácia e segurança jurídica de um planeamento sucessório, a doutrina aponta para a ideia de que a operacionalização da referida cláusula é realizada de forma absolutamente excepcional, nos casos raros e complexos em que reste demonstrado com clareza que, embora o autor da sucessão resida habitualmente em determinado lugar, a legislação de outro país apresenta maiores relações com a globalidade da sucessão.

Com objetivo de exemplificar a difícil interpretação do conceito indeterminado de residência habitual, passa-se agora para a análise da decisão proferida pelo *Tribunal de Grande Instance de Nanterre* no processo sucessório do cantor francês Johnny Hallyday, n.º 19-119, datada de 28 de maio de 2019.

Nesta decisão, será possível observar o trabalho do Tribunal em analisar aspetos da vida pública e privada, profissional e pessoal, do autor da sucessão para fins de determinação da lei aplicável, bem como perceber que a autoridade jurisdicional pode dar maior importância para determinadas circunstâncias que se tornarão decisivas para o caso.

## **1.2. Caso Johnny Hallyday<sup>177</sup>**

Em cinco de dezembro de 2017, em França, faleceu Jean-Philippe Smet, cantor de rock francês popularmente conhecido como Johnny Hallyday. Em razão de seu enorme sucesso em França e dos inúmeros prêmios colecionados durante a carreira, Hallyday era tido como o “Elvis francês” para seu público.

O cantor faleceu deixando a esposa Laetitia Smet e quatro filhos – sendo dois filhos biológicos frutos de seu primeiro e segundo casamentos e duas filhas adotivas frutos de seu casamento com Laetitia.

---

<sup>177</sup> TGI Nanterre, 28 mai 2019, n.º 19/119.

### **1.2.1. O planejamento sucessório de Hallyday**

Durante o processo sucessório do Johnny Hallyday, foram analisados cinco testamentos deixados pelo cantor, datados de junho de 1997, janeiro de 2006, maio de 2007, abril de 2014 e julho de 2014.

As disposições testamentárias datadas de 1997, 2006 e 2007 previam expressamente a limitação dos direitos de herança dos dois filhos mais velhos, frutos do primeiro e do segundo casamento do Hallyday, atribuindo-lhes somente a parcela referente à legítima prevista pela lei francesa (conforme o testamento de 1997 e 2006) ou pela lei suíça (conforme o testamento de 2007).

Também foi anexado aos autos do processo um “contrato de casamento e pacto sucessório” firmado entre Hallyday e Laetitia em 2011. O cantor era casado desde 1996 com Laetitia em terceiras núpcias sob o regime de separação de bens e o referido pacto afirmava que ambos os cônjuges eram residentes na Suíça e que suas sucessões deveriam ser submetidas à lei suíça.

O quarto testamento analisado, datado de abril de 2014, revogava todas as disposições anteriores e declarava a vontade de Hallyday de que todo o seu patrimônio fosse herdado por sua esposa Laetitia, sendo ressalvada as hipóteses de comoriência ou de morte anterior de sua esposa, situações estas em que suas duas filhas adotivas frutos de seu casamento com Laetitia tornar-se-iam as únicas herdeiras da integralidade de seu patrimônio.

Ressalta-se ainda que, neste testamento, o próprio cantor declarava-se residente na Califórnia, e submetia expressamente seu testamento à lei do referido estado norte-americano.

Por fim, o último testamento, deixado por Hallyday em julho de 2014, dispunha expressamente que o cantor não tencionava incluir seus dois filhos mais velhos, frutos de seus primeiros dois casamentos, em seu planejamento sucessório, uma vez que ambos os filhos já haviam sido beneficiados no passado com diversas doações. Ademais, confirmando a disposição testamentária anterior, o cantor declarou-se novamente residente em Califórnia, nos Estados-Unidos.

Por meio da análise dos testamentos deixados pelo autor da herança, resta clara a intenção de Hallyday de excluir de sua sucessão seus filhos do primeiro e segundo casamentos. Utilizando-se de declarações constantes dos testamentos, o falecido cantor objetivava a aplicação da legislação californiana para reger sua sucessão em lugar da legislação francesa. Deste modo, seria permitido ao autor a livre disposição de seus bens e a exclusão de parte de seus filhos de sua sucessão, uma vez que inexiste no ordenamento jurídico da Califórnia a obrigatoriedade da observação da quota legítima

de herdeiros legítimos<sup>178</sup> – instituto este presente no direito francês e que restringe a liberdade do testador<sup>179</sup>.

### **1.2.2. Decisão proferida pelo Tribunal de Grande Instância de Nanterre**

Sendo certo que ambas as partes concordavam que o processo sucessório de Hallyday estava sujeito à aplicação do RES, a fundamentação feita pelo Tribunal teve como enfoque a análise e determinação da residência habitual de Hallyday e, consequentemente, da lei aplicável a sucessão. A decisão analisou elementos objetivos e subjetivos que colaboraram para esclarecer qual deveria ser considerado o país de residência do falecido cantor.

Como elementos objetivos, relacionados à duração e a regularidade da presença do falecido em ambos os países, foram analisadas inicialmente as declarações escritas pelo cantor relativas ao seu local de residência. O Tribunal aponta a contradição existente entre as declarações firmadas pelo cantor em 2007 e 2011, em que afirmava ser residente na Suíça e submetia sua sucessão à lei suíça, e as afirmações feitas por parte da defesa de que o cantor estaria estabelecido nos Estados Unidos de forma definitiva desde 2007.

Também foram analisados dados de geolocalizadores fornecidos pela plataforma da rede social Instagram desde o ano de 2012. Através das postagens analisadas, pode-se observar uma presença mais regular e duradoura em solo francês, opondo-se a uma presença pouco documentada na Califórnia.

Ainda, ressalta-se que, embora tenham sido apresentados dois certificados escolares norte-americanos referentes à inscrição de ambas as filhas do casal no ano letivo de 2017/2018, dada a inexistência de tutores responsáveis pelas duas menores de idade, é correto afirmar que ambas as filhas apenas estudam na referida escola situada na Califórnia durante uma parte do ano letivo, haja vista o casal ter passado extensos períodos em França, incluindo os últimos meses de vida do cantor.

Por fim, foi considerada relevante a análise dos extratos das contas bancárias existentes na França e nos Estados-Unidos. Verificou-se que os pagamentos e as transferências efetuadas em euros ultrapassavam em muito todas as movimentações que haviam sido efetuadas em dólares americanos.

Como elementos subjetivos, referentes às condições e aos motivos da presença do cantor em ambos os países, foram levadas em consideração a preferência do cantor pelo acompanhamento médico em hospitais e clínicas francesas, a decisão de criar em França

---

<sup>178</sup> Glover, 2017, pp. 285-286.

<sup>179</sup> Allegranti, et al., 2019, pp. 234 e ss.

a associação *La Bonne Étoile*, que atua contribuindo para a escolarização de crianças e adolescentes órfãos, e a existência de diversos amigos e familiares em solo francês com quem o cantor mantinha forte vínculo.

Em contrapartida, a insuficiência da demonstração de criação de círculo social em solo norte-americano também foi levada em consideração, uma vez que apenas foram indicados seis testemunhos de amigos do cantor, sendo certo que tais relações de amizade poderiam ser consideradas controversas, tais como o testemunho do vendedor de uma loja de automóveis em que o cantor era comprador habitual e o testemunho de funcionários domésticos com quem o cantor mantinha um vínculo de subordinação.

Igualmente, foram analisadas a rede social Instagram do cantor, em que se verificou a presença de inúmeras postagens em homenagens a amigos franceses e à própria França, bem como fotos tiradas na residência francesa do casal legendadas com o termo “casa”. Existem, ainda, várias outras postagens de apoio à França que reiteram o patriotismo e amor do cantor por seu país.

Finalmente, exploraram-se as entrevistas concedidas pelo cantor nos anos prévios a seu falecimento, em que Hallyday afirma ter encontrado nos Estados Unidos um refúgio de paz e sossego por não ser figura pública conhecida pelos americanos, porém confirma jamais ter conseguido perder seu estilo de vida francês.

Após a avaliação global das circunstâncias de vida do cantor em seus últimos anos, a decisão conclui que sua última residência habitual deveria ser considerada a França, país onde o cantor nasceu e com o qual ele manteve laços profissionais, familiares e pessoais estreitos até seu último dia de vida. Assim, o processo sucessório do cantor francês Johnny Hallyday passou a ser submetido à legislação francesa.

### **1.3. A limitação dos efeitos da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável à sucessão**

Como foi possível perceber, diferentemente do que atestava o autor em suas disposições testamentárias, a análise casuística realizada pelo Tribunal francês concluiu que sua residência habitual deveria ser considerada em França. As declarações de vontade do autor requerendo a aplicação da legislação do estado da Califórnia foram consideradas sem efeito pelo Tribunal, uma vez que apenas existe previsão no RES de escolha pela lei da nacionalidade.

Foi considerada pouco relevante para o Tribunal a existência de visto de residência nos Estados Unidos e outros documentos e certidões que comprovariam uma rotina de vida em solo americano. Elementos como as relações de amizade com cidadãos franceses, o estilo de vida francês que o cantor levou durante toda a sua vida e seu enorme sucesso profissional em solo francês ganharam grande peso na referida decisão. A análise da



Corte ultrapassa a mera revisão documental e burocrática, de modo a tentar perceber as reais intenções do autor da sucessão ao estabelecer-se em outro país e quais vínculos profissionais, pessoais e familiares que o autor mantém<sup>180</sup>.

Note-se, ainda, que a nacionalidade é um dos elementos subjetivos a serem analisados pela autoridade competente para fim de determinação do local de residência habitual do autor da sucessão. Certo é que Hallyday conservou, até o fim de sua vida, intensa relação com seu país natal e o estilo de vida francês. O minucioso exame do contexto do processo sucessório e da vida do autor da sucessão, seguindo as instruções da Comissão Europeia e do próprio Regulamento, permitiram concluir que a deslocalização para os Estados Unidos realizada por Hallyday não significou um efetivo rompimento dos vínculos que o cantor mantinha com seu país de origem. Neste caso, julgou-se mais coerente aplicar a lei francesa, por ser esta a lei do país que apresenta maior conexão com a vida do *de cuius*.

Restou clara para a Corte a intenção do autor em realizar um planeamento sucessório que lhe permitisse contornar determinadas regras da legislação francesa que constroem e limitam a liberdade do testador de dispor de seus bens. O desejo de Hallyday de que fosse aplicada a lei norte-americana e a existência de testamentos anteriores em que o cantor afirmava falsamente ser residente na Suíça podem ser entendidos como uma tentativa de realizar uma espécie de *law shopping*. Após estabelecer-se nos Estados Unidos, muito embora mantivesse uma vida ativa também em França, o cantor buscou tirar proveito da legislação norte-americana, que concede maior liberdade na disposição dos bens, com objetivo de frustrar os direitos hereditários de seus demais filhos que seriam excluídos de sua sucessão.

Em suma, é importante ressaltar que, embora a realização de planeamento sucessório eficiente permita muitas vezes evitar certos constrangimentos legais à liberdade de disposição de bens pelo autor da sucessão, é preciso observar as regras do Regulamento e o entendimento doutrinário e jurisprudencial europeu sobre a determinação e configuração da residência habitual de uma pessoa em outro país. A mera deslocalização não constitui, por si só, elemento relevante para a determinação da residência habitual. A concessão de vistos de residência e a emissão de documentos estrangeiros tampouco são capazes de determinar, por si só, a residência habitual de um migrante. E ainda, a autonomia da vontade do autor da sucessão, apesar de relevante, também não será o único elemento a ser levado em consideração para fins de determinação da lei da residência habitual.

---

<sup>180</sup> Conforme afirma Carrascosa González, “la residencia habitual es un ‘concepto fáctico y no jurídico formal’. La residencia habitual debe concretarse mediante datos de hecho y no mediante datos jurídicos, formalidades legales, o ficciones de Derecho” (González, 2016, p. 64).

Assim sendo, embora o autor da sucessão possa fazer uso de sua autonomia da vontade para escolher, de forma direta ou indireta, a lei que será aplicada à sua sucessão, certo é que esta autonomia, embora relevante, possui limitações.

Como já explicado, a primeira limitação corresponde à obrigatoriedade do preenchimento de certas condições para a concretização e determinação da residência habitual. Destarte, é essencial que o autor de um planeamento sucessório que, utilizando-se de sua autonomia da vontade, opte pela aplicação da lei de sua residência habitual esteja ciente da necessidade de demonstrar em juízo que o local que pretende que seja considerado como sua residência habitual efetivamente preenche os requisitos exigidos pelo Legislador europeu e pelo TJUE. Reitera-se que, conforme exemplificado no caso analisado anteriormente, a mera declaração de residência do autor da sucessão não tem qualquer efeito perante a autoridade jurisdicional, uma vez que a determinação da residência habitual está sujeita à verificação por parte do Tribunal.

Em segundo lugar, outra forma de limitação da autonomia da vontade do autor que opte pela aplicação da lei da residência habitual corresponde à possibilidade de aplicação da cláusula de exceção no caso em concreto. Embora prevista para uso excecional, a referida cláusula obriga ao autor da sucessão, que deseja que seu planeamento sucessório seja cumprido de forma segura e eficaz, demonstrar a existência de relações estreitas com o país de sua residência habitual e empenhar-se a diminuir progressivamente eventuais vínculos com o país de sua nacionalidade ou com países em que residiu anteriormente.

Percebe-se que houve uma enorme preocupação por parte do Legislador europeu em certificar, no caso concreto, que o autor da sucessão guarda real vínculo com o local de sua residência habitual. Isto ocorre porque, dentre suas finalidades, o Regulamento visa evitar a prática do *forum shopping* e *law shopping*, expressões que se referem à busca por jurisdição e legislação mais favoráveis para processar e julgar o processo sucessório e que muitas vezes não correspondem às do país da nacionalidade ou da residência habitual<sup>181</sup>. Portanto, houve uma enorme preocupação por parte do Legislador europeu em impedir a utilização fraudulenta e abusiva da regra geral do Regulamento, como em casos de declarações falsa de residência habitual com objetivos de fraude à lei, evasão fiscal ou lesão de direitos hereditários.

Como anteriormente explicado, ao estabelecer como regra geral a aplicação da lei da residência habitual, o Legislador europeu objetivou permitir a aplicação da legislação que guardasse relação mais estreita com a globalidade da sucessão. Jamais foi intenção do Regulamento criar um mecanismo para viabilizar a escolha de legislação mais

---

<sup>181</sup> Com vista a evitar a prática de *forum shopping*, a uniformização das regras de conflito de leis nos países que compõem a União Europeia garantiu que a litigância em qualquer dos Estados-Membros vinculados ao referido Regulamento resultará na aplicação da mesma lei à sucessão. V. Ferreira, 2016, p. 38; Camargo, 2017; e Alapont, 2017.

favorável por meio da mera deslocalização. Em razão disso, o Considerando 26 do RES concede aos órgãos jurisdicionais poderes para impedir a fraude à lei.

Todavia, a problemática explorada pela doutrina diz respeito aos limites da invocação da fraude à lei. Isto porque, com vistas a garantir a segurança jurídica na realização de planeamentos sucessórios transnacionais, há de se esclarecer quais situações de mudança do elemento de conexão podem ser consideradas abusivas e quais serão tidas como genuínas<sup>182</sup>.

A fraude à lei diz respeito aos casos em que o autor da sucessão muda, propositalmente, o elemento de conexão com objetivo de evitar ou defraudar a lei. Para se configurar uma situação de fraude à lei, deve-se necessariamente verificar, no caso concreto, um elemento subjetivo e um elemento objetivo, respetivamente, a intenção de fraudar a lei e a mudança proposital do elemento de conexão<sup>183</sup>.

Por certo, a nacionalidade é um elemento de conexão de caráter mais estável, uma vez que a mudança de nacionalidade não é um procedimento simples. Nos casos de nacionalidade múltipla, o art. 22.º do RES estabelece a possibilidade de optar pela lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que se faz a escolha.

Font i Segura esclarece que o vínculo da nacionalidade, por si só, demonstra a conexão do autor do planeamento com o país de que é nacional. Assim sendo, não seria possível afastar, com base na fraude à lei, a aplicação da lei da nacionalidade escolhida sob a justificativa de que não há nacionalidade efetiva ou não há real vínculo do autor com o país de uma de suas nacionalidades<sup>184</sup>. O autor também aponta que “para a aplicação do direito da UE, o TJUE rejeitou tanto o conceito de nacionalidade efetiva quanto a prioridade dada à nacionalidade do Estado do foro”<sup>185</sup>. Deste modo, não seria possível invocar a fraude à lei com vistas a obstar à aplicação da lei do país de nacionalidade do autor do planeamento sucessório.

A residência habitual, por sua vez, corresponde a um elemento de conexão facilmente mutável e cuja determinação depende de análise casuística<sup>186</sup>. É justamente esta intensa e descomplicada mobilidade de pessoas que gera implicações para a análise da fraude à lei.

Embora a possibilidade de escolha da lei facultada pelo RES pareça ser incompatível com uma análise baseada em fraude à lei, Wautelet esclarece que a matéria sucessória, assim como matérias de direito patrimonial e de família, está sujeita a

---

<sup>182</sup> Wautelet, 2019.

<sup>183</sup> Sobre fraude à lei, ver Kao, 2011; Wautelet, 2019; Ionescu, 2008; Wautelet, “L’exercice de...”, 2016; e Acórdão de 18 de junho de 2013 do STJ, 832/07.9TBVVD.L2.S2.

<sup>184</sup> Segura, 2016, pp. 214-217.

<sup>185</sup> *Ibid.*, pp. 214-215, nota de rodapé 111 [tradução livre do espanhol]. Ver também Acórdão de 07 de julho de 1992 do TJUE, *Micheletti*, C-369/90.

<sup>186</sup> Ramos, 2018 e González, 2016, p. 65.

políticas legislativas imperativas que não podem ser obliteradas por meio da contratualização e da escolha de lei. O autor ainda explica que a fraude à lei só poderá ser configurada caso esteja patente a intenção fraudulenta do autor da sucessão na escolha da lei. Portanto, deve estar claro e comprovado que eventual deslocalização não foi genuína nem efetiva e visava apenas a alteração da lei que seria aplicada à sucessão<sup>187</sup>.

Como explicado, não é intenção do Regulamento permitir que, em razão da regra geral que determina a aplicação da lei da residência habitual, os autores de planeamentos sucessórios transnacionais se utilizem da possibilidade de deslocalização para buscar legislações mais permissivas. Todavia, tampouco é intenção do RES obstar a livre circulação e estabelecimento dentro da UE. Portanto, a fraude à lei não pode ser utilizada como mecanismo de restrição à possibilidade de deslocalização. É essencial analisar o referido instrumento sob o prisma das liberdades de circulação<sup>188</sup>. É sob esta perspectiva que a fraude à lei se apresenta como limitação à autonomia da vontade.

Importante, ainda, mencionar que a mesma análise feita por Caravaca, Davì e Mansel<sup>189</sup> à cláusula de exceção pode ser igualmente dirigida à fraude à lei. Isto porque, assim como a cláusula de exceção, a aplicação da exceção à fraude à lei torna-se redundante diante do amplo e indeterminado conceito de residência habitual. Em verdade, por meio da própria interpretação do conceito de residência habitual, seguindo as condições objetivas e subjetivas estabelecidas pelo TJUE<sup>190</sup>, é perfeitamente possível determinar o real local de residência habitual do *de cuius* e o país com que o autor possuía mais vínculos. Assim sendo, por meio da mera interpretação do conceito de residência habitual, seria plenamente possível descartar os casos em que a deslocalização tem caráter fraudulento. À medida em que há uma boa definição da residência habitual do autor, tendo em conta os elementos subjetivos e objetivos que integram este conceito, haverá uma percepção clara da intenção do autor da sucessão ao realizar uma deslocalização.

Ainda sob a ótica das limitações à autonomia da vontade, deve-se explorar a ferramenta prevista no Considerando 58 e do artigo 35.º do RES: à autoridade jurisdicional é permitido, em casos excepcionais, recusar-se à aplicação de certas normas da lei estrangeira que sejam “manifestamente [incompatíveis] com a ordem pública do Estado-Membro em causa”. Destarte, a autonomia da vontade do autor da sucessão e a eficácia de seu planeamento sucessório também podem sofrer limitações em razão da alegada defesa da ordem pública de determinado país.

---

<sup>187</sup> Wautelet, “L’exercice de...”, 2016.

<sup>188</sup> Sousa, 2012, pp. 39, 236-237 e 834.

<sup>189</sup> Caravaca, Davì, & Mansel, 2016, pp. 298-322.

<sup>190</sup> Acórdão de 17 de outubro de 2018 do TJUE, C-393/18 PPU.

Entretanto, importante esclarecer que a exceção prevista pelo RES deverá ser interpretada de modo a compreender no conteúdo da expressão “ordem pública” apenas os princípios e direitos fundamentais do Estado-Membro que possuam caráter constitucional<sup>191</sup>. A arguição da exceção do art. 35.º do RES deverá pretender a defesa do que se entende como ordem pública internacional do país, ou seja, de direitos e princípios fundamentais com status e relevância constitucional. Esta delimitação da interpretação de ordem pública internacional impede que os Estados-Membros se utilizem desta exceção com vistas a “concede[r] protecção a qualquer tipo de ‘particularismos’ normativos nacionais, vertidos em preceitos imperativos e rotulados de fundamentais, mesmo que desprovidos de dignidade constitucional”<sup>192</sup>.

Embora não exista delimitação europeia homogénea que circunscreva e clarifique com exatidão quais são os limites da ordem pública internacional a nível europeu, certo é que, conforme se depreende do acórdão *Krombach*, de 28 de março de 2000 do TJUE, a jurisprudência do Tribunal entende que a ordem pública internacional deve englobar direitos e princípios comuns à tradição constitucional dos Estados-Membros<sup>193</sup>. Assim sendo, para garantir a aplicabilidade do art. 35.º do RES, os princípios ou direitos de ordem pública que se pretende defender deverão, como explica Frada de Sousa, “passar [pelo] ‘filtro’ imposto pelo Direito da União”<sup>194</sup>.

Contudo, apesar dos esforços do TJUE em restringir a possibilidade de aplicação da exceção de ordem pública internacional, ressalta-se que os princípios e direitos de relevância constitucional que se incluem no conceito de ordem pública internacional são diferentes para a jurisdição de cada país, o que pode resultar em insegurança jurídica e ineficácia do planeamento sucessório em um plano transnacional.

Alguns autores concordam, por exemplo, que a ordem pública internacional de um país deve ser defendida frente a direitos estrangeiros que permitam a discriminação em razão de gênero, religião, nacionalidade e opção sexual. Este princípio advém do art. 10.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que institui o dever dos Estados-Membros de lutar contra todos os tipos de discriminação. Todavia, conforme explica Rodrigo, não se poderia alegar a defesa da ordem pública frente a legislação sabidamente discriminatória caso, em concreto, tanto a aplicação do direito do foro quanto a aplicação do direito estrangeiro discriminatório possam culminar no mesmo resultado prático<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> Sousa, 2012, pp. 319-322. Relevante mencionar que esta interpretação também é baseada no art. 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia, em que se estabelece o respeito da UE pela identidade nacional refletida nas estruturas constitucionais fundamentais de cada Estado.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 740.

<sup>193</sup> Acórdão de 28 de março de 2000 do TJUE, *Krombach*, C-7/98, 2000.

<sup>194</sup> Sousa, 2012, p. 744.

<sup>195</sup> Rodrigo, 2019, pp. 502-503 e Quintero, 2018, p. 183.

Em verdade, é preciso haver diálogo entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais com vistas a pacificar o entendimento e delimitar a interpretação acerca da exceção da ordem pública internacional, diálogo este que poderia ocorrer, por exemplo, em sede de um reenvio prejudicial, instrumento que visa “contribuir para a criação de legislação, mais especificamente para o estabelecimento de alguns princípios do direito da UE”<sup>196</sup>. Destarte, caberá ao TJUE pronunciar-se oportunamente sobre a questão para que seja garantida a aplicação uniforme do direito da União.

Enquanto não houver uma harmonização do entendimento acerca do tema, “a definição de ordem pública neste âmbito [será] realizada pelos Tribunais nacionais competentes de cada Estado”<sup>197</sup>, o que poderá gerar divergências de entendimentos entre os países da UE e incertezas na realização de planeamentos sucessórios transnacionais, uma vez que a invocação da defesa da ordem pública internacional por parte do Tribunal do foro poderá obstar a aplicação da lei estrangeira escolhida pelo autor da sucessão<sup>198</sup>.

A conclusão a que se chega é que, embora o Regulamento tenha dado relevância à autonomia da vontade do autor da sucessão, de modo a garantir maior proximidade da sucessão à lei a ela aplicada, esta autonomia da vontade não é ilimitada.

Deve-se lembrar que a escolha da lei não deve funcionar como um *law shopping*, devendo eventual escolha pela lei da residência habitual caminhar conjuntamente com a deslocalização genuína e a intensificação de laços comprovados com o novo país de residência. O RES autoriza expressamente o combate a casos de fraude à lei pelas autoridades jurisdicionais, de modo a impedir e a desestimular o *law shopping* e a utilização abusiva do RES com vistas a lesar direitos hereditários.

Também é permitida a defesa da ordem pública internacional por parte do Estado do foro, muito embora não haja no direito da UE uma limitação concreta acerca dos princípios que podem compor a ordem pública internacional dos Estados-Membros.

Certo é que tais limitações podem, em muitos casos, gerar insegurança jurídica à execução eficaz de planeamentos sucessórios transnacionais, uma vez que permitem que a autoridade jurisdicional altere a lei a ser aplicada ao caso concreto.

Seria, ainda, possível afirmar que a escolha pela aplicação da lei da nacionalidade poderia ser considerada uma opção mais segura para a realização de um planeamento sucessório, uma vez que tal escolha não se sujeita a conceitos jurídicos indeterminados, nem à cláusula de exceção e não é muito relacionada a hipóteses de fraude à lei, muito embora sua aplicação possa ser limitada em razão da proteção da ordem pública internacional do Estado em que se tramita o processo.

---

<sup>196</sup> Correia, 2014, p. 69. Sobre reenvio prejudicial, ver também Câmara, 2012.

<sup>197</sup> Rodrigo, 2019, p. 506. Tradução livre do espanhol.

<sup>198</sup> Rodrigo, 2019, p. 502.

Entretanto, uma vez que a realização de um planejamento sucessório tem como objetivo satisfazer as vontades do autor da futura sucessão em relação à repartição de seu patrimônio entre seus possíveis herdeiros, e sendo certo que muitas vezes a intenção do autor é ter a máxima liberdade para dispor de seus bens e evitar limitações impostas por certas legislações, em muitos momentos a opção pela lei da nacionalidade – tida como uma escolha mais segura – não será a opção de lei mais benéfica para o autor da sucessão.

Havendo preferência por parte do autor do planejamento sucessório pela aplicação da lei do local de residência habitual, e com vistas a garantir que tal escolha seja eficazmente cumprida pelo Tribunal, a realização do planejamento deverá empenhar-se em estabelecer vínculo estreito, intenso e comprovável entre o autor da futura sucessão e o local de residência habitual.

Simultaneamente, também será uma das funções do planejamento diminuir os laços do autor com seu país de nacionalidade ou com outros países em que já tenha residido habitualmente em momento anterior. A adoção destas medidas visa evitar possível questionamento por parte da autoridade jurisdicional acerca do real local de residência habitual do autor da sucessão, de eventual existência de vínculos com outros países que não o país da última residência do autor, ou de potencial fraude à lei.

Por fim, o planejamento de sucessões transnacionais também deverá preocupar-se em analisar as regras específicas de direito interno de cada país, de modo a fazer uso da ferramenta de escolha de lei em benefício do autor da sucessão, como será visto no capítulo a seguir.

## **2. A importância da determinação da lei que regerá a sucessão para a realização de planejamento sucessório eficaz e satisfatório**

O planejamento de sucessão transfronteiriça deverá não só atentar-se para a definição prévia de qual legislação será aplicada ao caso concreto, como também deverá analisar qual das leis melhor satisfaz os desejos do autor<sup>199</sup>. Para a realização de um planejamento que satisfaça os objetivos do autor da futura sucessão é preciso, muitas vezes, examinar a existência de eventuais constrangimentos presentes no direito sucessório que limitam ou até mesmo impedem a disposição dos bens conforme pretendido.

---

<sup>199</sup> A opção pela lei mais benéfica, neste caso, refere-se à escolha entre as legislações autorizadas pelo Regulamento, não se tratando de hipótese de fraude à lei. Refere-se à delimitação, por parte do autor do planejamento sucessório, dos objetivos de seu planejamento e da verificação de qual legislação melhor atende suas pretensões: a lei de sua verdadeira residência habitual ou a lei de sua nacionalidade.

## **2.1. A escolha da lei como mecanismo de contornar normas indesejáveis de direito sucessório**

Em Portugal, há diversas limitações e constrangimentos que podem, ou não, se repetir na legislação de outros países europeus. Uma análise de direito comparado acerca da existência de limitações à realização do planeamento sucessório torna-se ainda mais relevante em se tratando do planeamento de sucessões transnacionais, em que é facultado ao autor da sucessão escolher entre a aplicação da lei de países diferentes.

Assim sendo, com vistas a atender os objetivos pretendidos, o exame da legislação dos países permitirá ao autor optar pela lei que considere mais benéfica para a realização de seu planeamento.

É evidente que a temática dos constrangimentos à liberdade de dispor de bens no direito civil é extensa. No entanto, não se pretende, na presente dissertação, abordar a totalidade da matéria.

Para fins deste estudo, será feita uma breve análise sobre alguns dos constrangimentos mais recorrentes na realização de um planeamento sucessório com base no direito português e, valendo-se da possibilidade de escolha da lei aplicável à sucessão, serão explorados alguns meios para ultrapassar as referidas limitações com base em possíveis diferenças existentes na legislação de outros países.

### **2.1.1. Reserva da legítima e a defesa da ordem pública internacional**

Dentre os constrangimentos existentes no direito sucessório e patrimonial, a obrigatoriedade da observação da legítima e a existência dos herdeiros legitimários é, sem dúvida, a que recebe maior destaque. A reserva da legítima impede a livre disposição por parte do autor da herança de seus bens. Assim sendo, ainda que o autor seja proprietário de todos os bens que formarão o espólio, o direito sucessório de diversos países que seguem o sistema *Civil Law*<sup>200</sup>, incluindo Portugal<sup>201</sup> e outros países europeus, protege o direito futuro dos herdeiros legitimários à herança do autor da sucessão, mesmo que ele ainda esteja em vida.

Em contrapartida, países que seguem o sistema da *Common Law* tendem a conceder ao testador plena liberdade para dispor de seus bens. Esse é o caso da Inglaterra e do País de Gales, onde inexiste o instituto da *forced heirship*, sendo apenas facultada a alguns sujeitos específicos, como certos familiares e pessoas sustentadas pelo *de cuius*, a possibilidade de requerer em Tribunal uma provisão financeira proveniente da herança

---

<sup>200</sup> Rodrigo, 2019, p. 505.

<sup>201</sup> Em Portugal, os herdeiros legitimários são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, e a porção reservada para a legítima varia de acordo com a existência dos herdeiros legitimários. Cf. arts. 2157.º e seguintes do Código Civil português.



em caso de comprovada necessidade<sup>202</sup>. Os Estados Unidos, com exceção do estado da Louisiana<sup>203</sup>, também preveem *testamentary freedom*, que se refere à plena liberdade de disposição de bens por parte do autor da sucessão<sup>204</sup>.

Por certo, as restrições à livre disposição de bens pelo autor da herança variam de acordo com a lei escolhida por ele para reger sua sucessão. Contudo, relativamente à reserva da legítima, deve-se levar em consideração que há países que consideram este instituto um princípio de ordem pública internacional, recusando-se à aplicação de legislação estrangeira em que se permite a livre disposição dos bens pelo autor da sucessão, como no caso da Alemanha, Luxemburgo e Bélgica<sup>205</sup>. Por outro lado, países como Espanha<sup>206</sup>, Suíça, Itália e França não consideram a legítima como um princípio de ordem pública internacional<sup>207</sup>.

A reserva da ordem pública internacional portuguesa no âmbito de processos sucessórios transnacionais já foi objeto de algumas decisões judiciais. Na maioria dos casos, os questionamentos centravam-se na possibilidade de aplicação de lei estrangeira em que não se prevê a sucessão legitimária dentro da jurisdição portuguesa. Segundo a interpretação mais recente dos Tribunais, “o princípio da lei sucessória portuguesa que pretende salvaguardar para os filhos ao menos uma parte da herança dos seus pais é um princípio da ordem pública internacional do Estado português”<sup>208</sup>. Todavia, importante ressaltar que o Tribunal da Relação de Lisboa já posicionou recentemente no sentido de não incluir dentre os princípios de ordem pública internacional portuguesa o direito do cônjuge sobrevivente à legítima<sup>209</sup>.

Em França, esta questão também já foi alvo de análise em sede do processo sucessório do compositor Maurice Jarre, em que foi designada a lei do estado da Califórnia (local de residência do *de cuius*) para reger a sucessão. Contrariamente ao entendimento português, o Tribunal de Cassação francês afirmou que a reserva da

---

<sup>202</sup> Ver *Ilott v. The Blue Cross and others* (2017), Supreme Court of the United Kingdom, EWCA Civ 797, 2017.

<sup>203</sup> “Inheritance law in the United States is not federal law. Rather, each state has its own inheritance law (...). The inheritance law of Louisiana is an obvious exception. Because of its history as a French colony, Louisiana has a civil law code (Louisiana Code) that was developed on the basis of the French Code Civil” (Beckert, 2018, p. 310).

<sup>204</sup> Glover, 2017, pp. 285-286.

<sup>205</sup> Rodrigo, 2019, p. 505.

<sup>206</sup> “En el Derecho español, debido a la diversidad legislativa de derecho interno sobre el régimen de la legítima, legal, doctrinal y jurisprudencialmente, las legítimas no constituyen una cuestión de orden público internacional” (Estivill, 2016, p. 172).

<sup>207</sup> Rodrigo, 2019, pp. 505 e ss.

<sup>208</sup> Acórdão de 16 de maio de 2018 do STJ, 2341/13.8TBFUN.L1.S1, 2018. No mesmo sentido, ver também Acórdão de 23 de outubro de 2008 do STJ, 7B4545; e Acórdão de 07 de março de 2017 do Tribunal da Relação de Lisboa, 2341/13.8TFUN.L1-7.

<sup>209</sup> Acórdão de 19 de novembro de 2019 do Tribunal da Relação de Lisboa, 28325/17.9T8LSB.L1-7. Ainda sobre a temática da reserva de ordem pública, Passinhas se posiciona em sentido contrário à jurisprudência portuguesa ao afirmar que a sucessão legitimária não mais desempenha “função de essencialidade” na ordem jurídica portuguesa, devendo o entendimento sobre este assunto ser atualizado: “Independentemente da posição que tomemos sobre a fundamentação, alcance e necessidade da sucessão legitimária, incontestável é que os seus fundamentos estão inexoravelmente em crise no momento contemporâneo” (Passinhas, 2019).

legítima não é considerada um dos princípios de ordem pública internacional francesa, razão pela qual não seria possível afastar a aplicação da legislação californiana<sup>210</sup>. O mesmo entendimento é adotado em Espanha e Itália, locais em que a doutrina e jurisprudência tendem a se manifestar no sentido de não considerar a legítima como matéria de ordem pública internacional<sup>211</sup>.

Assim sendo, para além da escolha da lei, o autor do planeamento sucessório deverá atentar-se para estes pormenores, de modo a tentar garantir o máximo de eficácia e segurança jurídica na execução de seu planeamento sucessório.

Para além das questões que envolvem a liberdade de dispor dos bens que irão compor a herança, também é essencial que o autor do planeamento sucessório se atente às diferenças legislativas acerca dos efeitos sucessórios na eventualidade de uma união de facto. Em Portugal, a legislação não atribui efeitos sucessórios para as uniões de facto. Esta situação se repete em outros países como a França<sup>212</sup> e Espanha<sup>213</sup>. Nestes casos, o unido de facto não é equiparado à figura do cônjuge para fins sucessórios, sendo certo que somente poderá ser incluído como herdeiro testamentário caso seja esta a vontade do autor da herança<sup>214</sup>. Há, também, países que equiparam apenas a união civil registada ao matrimónio para fins sucessórios<sup>215</sup> e países que preveem a equiparação de uniões de facto e uniões civis registadas ou informais ao casamento<sup>216</sup>.

### **2.1.2. Efeitos da aceitação da herança**

Em se tratando de sucessões transnacionais, outro aspeto que varia a depender da lei aplicável à sucessão é o efeito da aceitação da herança. Conforme previsão do art. 23.º, n.º 2, als. e) e g) do Regulamento, a lei designada para reger a sucessão também regerá os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio. Como consequência, o autor do planeamento sucessório deverá atentar-se para as diferenças legislativas sobre o tema.

---

<sup>210</sup> Arrêt n.º 1005 du 27 septembre 2017, Cour de Cassation (Première chambre civile), ECLI:FR:CCASS:2017:C101005.

<sup>211</sup> Benot, 2006 e Morell, 2018, pp. 388-390.

<sup>212</sup> Em França, utilizam-se as expressões *concubinage*, *union libre* ou *union de fait* para referir a união de facto. Existem também as parcerias registadas, *pacte civil de solidarité* ou *PACS*, mas a estes tampouco é atribuído efeitos sucessórios. Ver Allegranti, et al., 2019, pp. 234-251 e Notaires de France, 2019.

<sup>213</sup> Apesar do sistema plurilegislativo, o direito espanhol não equipara a união de facto (registada ou não) ao casamento para fins sucessórios. Ver Sentença n.º 93/2013 de 23 de maio de 2013 do Tribunal Constitucional Espanhol; Allegranti, et al., 2019, pp. 617 e ss.; e Rodríguez, 2016.

<sup>214</sup> Ver Guimarães, 2018.

<sup>215</sup> Allegranti, et al., 2019, pp. 356 e ss.

<sup>216</sup> *Ibid*, p. 88 e Rešetar & Lucić, 2015.

Em determinados países, como Áustria<sup>217</sup>, Espanha<sup>218</sup>, França<sup>219</sup> e Itália<sup>220</sup>, os herdeiros podem vir a responder com os próprios patrimónios pela integralidade dos débitos do falecido, mesmo que os valores em dívida excedam o valor dos bens herdados, em caso de aceitação incondicional da herança. Todavia, caso a herança seja feita sob o benefício de um inventário, os débitos ficarão limitados ao valor da herança. Diferentemente estabelece a legislação de países como Suécia<sup>221</sup> e Reino Unido<sup>222</sup>, onde as dívidas do falecido não são herdadas e devem ser quitadas antes da partilha dos bens.

Em Portugal, tanto em caso de aceitação pura e simples quanto em caso de aceitação a benefício de inventário, a responsabilidade pelo pagamento das dívidas do *de cuius* fica limitada às forças da herança. Contudo, caso haja a aceitação pura e simples, caberá ao herdeiro comprovar que não existem bens suficientes para cumprir todos os encargos<sup>223</sup>.

### 2.1.3. Impostos sucessórios

Por fim, embora não esteja dentro do escopo de aplicação do Regulamento, os impostos sucessórios também são um tópico importante em se tratando de sucessões transnacionais<sup>224</sup>, uma vez que a existência e cobrança do imposto sucessório varia em cada jurisdição.

No contexto dos impostos sucessórios, “cada país em que reside o falecido ou um dos herdeiros, para além de cada país em que um elemento do património pode ser encontrado, guarda o direito de tributar a transferência”<sup>225</sup>. Como resultado, ocorrem diversos casos de dupla tributação decorrente da aplicação da legislação fiscal de mais de um país no contexto de sucessões plurilocalizadas. O cerne deste problema está, geralmente, nos elementos de conexão escolhidos para determinar a tributação de sucessões, elementos estes que são incompatíveis ao analisar a legislação tributária dos países europeus<sup>226</sup>.

Como tentativa de amenizar o problema da dupla tributação, os países podem adotar dois métodos: o primeiro, denominado *double taxation unilateral relief*, refere-se ao posicionamento tomado por muitos países no sentido de reduzir o problema da

---

<sup>217</sup> Allegranti, et al., 2019, p. 32.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 638.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pp. 377-378.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 672.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 701.

<sup>223</sup> Cf. arts. 2068.º e 2071.º do Código Civil Português.

<sup>224</sup> Reitera-se que não é intenção do presente trabalho analisar pormenores sobre o direito fiscal e o âmbito de aplicação dos impostos sucessórios na legislação de diversos países. O que importa, para os fins desta dissertação, é perceber como a escolha da lei pode refletir positiva ou negativamente no planeamento de sucessões transnacionais.

<sup>225</sup> Tremosa, 2013. Tradução livre do inglês.

<sup>226</sup> Ver Næss-Schmidt, Pedersen, Harhoff, Winiarczyk, & Jervelund, 2011; Dorigo, 2019; e Lupi, 2000.

dupla tributação. Neste caso, país permite a creditação do valor do imposto já pago no estrangeiro ou até mesmo isenta a situação já tributada no exterior do pagamento de imposto. O segundo consiste na criação de *double taxation treaties*, isto é, acordos e convenções entre países com objetivo de eliminar a dupla tributação<sup>227</sup>.

Certo é que, embora haja uma tentativa dos países em remover este obstáculo ao planeamento de sucessões plurilocalizadas, a melhor forma de solucionar a questão seria a harmonização da matéria entre os países da UE ou a criação de um acordo multilateral sobre a cobrança do imposto sucessório dentro do âmbito da UE<sup>228</sup>.

De todo modo, enquanto este problema persistir, caberá ao autor do planeamento sucessório realizar uma análise sobre o assunto, com vistas a optar pela legislação que apresente melhor regime tributário de acordo com as suas pretensões de planeamento.

Em suma, a escolha da lei poderá ser utilizada pelo autor do planeamento como um mecanismo para contornar eventuais limitações existentes na legislação de alguns países. Todavia, importante sempre lembrar que esta escolha não é prevista com intenção de permitir ao autor a realização de um *law shopping*. O que se pretende demonstrar é que, havendo uma situação genuína de sucessão plurilocalizada, o autor desta sucessão poderá utilizar-se da escolha de lei em benefício próprio. Para isso, é essencial um exame comparatístico e minucioso entre as legislações admitidas para o caso em concreto, de modo a evitar surpresas indesejadas, tal como a invocação da reserva da ordem pública internacional. Por fim, resta ainda analisar as estipulações do RES relativamente aos instrumentos de planeamento sucessório utilizados pelos autores de sucessões transnacionais.

### **3. Instrumentos de planeamento sucessório e o Regulamento Europeu das Sucessões**

Existem no direito alguns instrumentos que podem ser utilizados para fins de planeamento sucessório. O testamento, sem dúvida, é um dos instrumentos mais conhecidos e aplicados em todo o mundo, porém não é a única forma de planear uma sucessão. Na atualidade, existem diversos métodos alternativos ao testamento que existem no direito. Com vistas a realizar seu planeamento sucessório, o autor pode, por exemplo, utilizar-se de pactos sucessórios, contratos de doações, partilha em vida, e outros instrumentos parassucessórios, a depender da admissibilidade destes instrumentos no direito aplicável ao caso concreto.

---

<sup>227</sup> Dorigo, 2019, p. 368.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 368. Cf. *multilateral EU tax treaty* em Næss-Schmidt, Pedersen, Harhoff, Winiarczyk, & Jervelund, 2011, p. 79.

Em se tratando de sucessões transnacionais, é sempre importante ressaltar a importância de determinar, com segurança, qual lei regerá a validade e admissibilidade do instrumento de planejamento sucessório escolhido. O RES incluiu em seu âmbito de aplicação as disposições por morte, nomeadamente o testamento, testamento de mão comum e o pacto sucessório, determinando que tais disposições serão regidas, no que toca à sua admissibilidade e validade material, pela lei que seria aplicável à sucessão do autor da disposição se este tivesse falecido no dia em que a fez, sendo ainda facultada a escolha da lei de sua nacionalidade<sup>229</sup>.

Certo é que, para além do testamento e dos pactos sucessórios, existem outros instrumentos parassucessórios que não foram previstos ou foram expressamente excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento. O art. 1.º, n.º 2, letra g) afirma estarem excluídos de seu âmbito de aplicação os direitos e bens transferidos por qualquer outra via que não a sucessória, como por exemplo os bens transferidos por meio de liberalidades.

Pelo que se depreende da leitura do Regulamento, seriam excluídos do âmbito de aplicação diversos instrumentos realizados em vida do autor que também possuem finalidade sucessória. Segundo argumenta Rita Lobo Xavier, a abordagem do referido regulamento não deve “limitar-se aos atos *mortis causa*, devendo incluir os atos *inter vivos* concluídos com a finalidade de alcançar, tendencialmente, resultados equivalentes de prover à circulação das situações jurídicas transmissíveis depois da morte da pessoa singular”<sup>230</sup>. A autora ainda declara ser necessária a reforma do direito das sucessões com vistas a explorar os instrumentos contratuais parassucessórios paralelamente aos institutos mais tradicionais de direito sucessório.

Outros autores também afirmam que o conceito de pactos sucessórios adotado pelo RES<sup>231</sup> é propositalmente amplo, com vistas a englobar outros acordos ou contratos previstos pelas leis nacionais e realizados com finalidade sucessória, tais como o *patto di famiglia* italiano e a *donation-partage* existente no direito francês, que se assemelham à figura portuguesa da partilha em vida<sup>232</sup>.

Certo é que “a determinação exata do conteúdo da categoria em questão está, portanto, destinada a originar muitos problemas de delimitação, muitos dos quais não poderão receber uma solução certa e definitiva, exceto pela jurisprudência interpretativa

---

<sup>229</sup> Cf. arts. 24.º e 25.º do RES. Observar diferenças nos casos de pactos sucessórios relativos à sucessão de mais de uma pessoa. Sobre este assunto, interessante apontar a análise de Arenas García sobre possível insegurança jurídica causada pelo art. 25.º, n.º 2 do RES. Cf. García, 2015, pp. 47 e ss.

<sup>230</sup> Xavier, 2016, p. 156.

<sup>231</sup> Cf. art. 3.º, n.º 1, letra b) do RES.

<sup>232</sup> V. Silva, 2016, pp. 479, nota 76; American Bar Association Section of International Law, 2016, p. 19; Davì & Zanobetti, 2013, pp. 67-68; Bonomi, 2011; e Kindler, 2017.

do Tribunal de Justiça”<sup>233</sup>. Sem embargo, enquanto não há um posicionamento definitivo do TJUE, os doutrinadores de cada país esforçam-se em esclarecer o assunto.

Nesta perspectiva, Vismara aborda a possibilidade de incluir no âmbito de aplicação do RES o instituto italiano do *patto di famiglia*, instrumento de planeamento cuja utilização é limitada à sucessão familiar na empresa. Em breves palavras, o *patto di famiglia* é um contrato firmado entre o empresário, eventual cônjuge e os herdeiros legitimários em que o primeiro transfere sua posição na empresa a um ou mais descendentes. A legislação italiana ainda determina que este instrumento não estará sujeito à colação ou redução das liberalidades, mas o direito à legítima permanece resguardado, uma vez que todos os herdeiros legitimários preteridos ou não donatários têm direito ao valor correspondente para compor a totalidade de sua quota legitimária<sup>234</sup>.

Segundo explicado pelo autor, o cerne da questão acerca da inclusão do referido instrumento no âmbito de aplicação do RES está na definição de sua natureza jurídica. No direito italiano, a doutrina divide-se entre os que defendem o *patto di famiglia* como uma doação, outros que afirmam ser o pacto um contrato típico sui generis, e ainda os que argumentam em favor da classificação do referido instrumento como um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido<sup>235</sup>.

Relativamente à primeira posição doutrinária, Vismara alega que o *patto di famiglia* não pode ser equiparado a uma simples doação por inexistir, por parte do autor do pacto, o *animus donandi* e a intenção de conferir a outra parte uma vantagem patrimonial. No caso dos *patti di famiglia*, a intenção do empresário é realizar a divisão antecipada de suas participações societárias, que iriam compor futuramente seu espólio, de modo a assegurar a continuidade e estabilidade da empresa familiar. O autor também afirma que, caso fosse interpretado como uma liberalidade e a ele fosse atribuída natureza jurídica de doação *inter vivos*, este instrumento seria excluído do âmbito de aplicação do RES. Todavia, a posição que adota Vismara define o *patto di famiglia* como uma espécie de pacto sucessório com características dispositivas ou renunciativas<sup>236</sup>. Tal natureza jurídica permite ao referido instrumento de planeamento sucessório ser incluído no âmbito de aplicação do RES. Deste modo, a determinação da lei que regerá o sobredito *patto* será definida segundo a previsão do art. 25.º do RES.

Contrariamente ao entendimento exposto acima se posicionam Perriello e Capozzi, que declaram não ter o *patto di famiglia* a natureza jurídica de pacto sucessório, uma vez que produz efeitos imediatos ainda em vida do ascendente. Perriello ainda acrescenta

---

<sup>233</sup> Davì & Zanobetti, 2013, p. 67. Tradução livre do italiano.

<sup>234</sup> Sobre *patti di famiglia*, ver Xavier, 2017, pp. 84-87.

<sup>235</sup> Vismara, 2014.

<sup>236</sup> Fusaro, 2013, pp. 372-374.

que tanto o *patto di famiglia* quanto a *donation-partage* não estão incluídos no âmbito de aplicação do RES<sup>237</sup>.

Percebe-se que a divergência de entendimento doutrinário acerca da possibilidade de inclusão destes instrumentos de planeamento sucessório no âmbito de aplicação do RES ocorre em razão de compreensões diversas sobre suas naturezas jurídicas e sobre o conceito de pacto sucessório referido no Regulamento.

O exemplo italiano não é único. Existem outros instrumentos parassucessórios, utilizados para fins de planear a sucessão, cujas naturezas jurídicas não estão claramente delimitadas. Este é o caso da partilha em vida no direito português. Presente no art. 2029.º do CC, a partilha em vida consiste em doações entre vivos, realizadas pelo autor do planeamento sucessório a alguns ou todos os seus herdeiros legitimários, com objetivo de antecipar a repartição de parte ou da totalidade de seus bens. Esta partilha deve ser feita com a intervenção e consentimento de todos os herdeiros legitimários e o autor da sucessão pode reservar para si o usufruto dos bens doados. Os herdeiros beneficiados pelas doações se obrigam a pagar àqueles preteridos o valor das partes que lhes tocariam. Em caso de herdeiro legitimário superveniente, a partilha inicial se mantém válida, mas o herdeiro superveniente poderá exigir que sua parte seja composta em dinheiro.

Relativamente à sua natureza jurídica, a doutrina se divide. Segundo o entendimento jurisprudencial seguido pelo STJ<sup>238</sup> e a análise de alguns autores<sup>239</sup>, o instituto da partilha em vida deve ser qualificado como uma doação *inter vivos*, em que se identifica o *animus donandi* do autor da partilha e a vontade de beneficiar a seus herdeiros. Por outro lado, há quem assuma uma posição contrária, defendendo o caráter sucessório da partilha em vida<sup>240</sup>. Sob esta perspectiva, a natureza jurídica da partilha em vida se aproximaria de um pacto sucessório, uma vez que a divisão antecipada dos bens tem finalidade sucessória e não representa uma liberalidade realizada pelo autor da futura sucessão. Assim sendo, a depender do entendimento que se assume sobre este instrumento, ele poderá ou não ser incluído no âmbito de aplicação do RES.

Interessante, portanto, demonstrar que o RES também poderá ser responsável por determinar a lei que regerá a validade e admissibilidade do planeamento realizado, caso o instrumento por meio do qual se realizou o planeamento sucessório seja considerado como incluído dentro do âmbito de aplicação do Regulamento. E mais: estando incluído dentro do âmbito de aplicação do Regulamento, o autor da sucessão poderá optar pela lei de sua nacionalidade para reger sobre o referido instrumento.

---

<sup>237</sup> Capozzi, 2008, pp. 47-50 e Perriello, 2019, p. 378.

<sup>238</sup> Ver Acórdão de 16 de abril de 2013 do STJ.

<sup>239</sup> Vd. Xavier, 2016, pp. 9 e Leitão, 2015, pp. 156-157.

<sup>240</sup> Vd. Barreiros, 1977.

Ainda sobre a perspectiva dos instrumentos de planeamento sucessório, importa também pôr em evidência o art. 23.º, n.º 2, letra i) do RES, que define que os institutos da colação e da redução de liberalidades serão regidos pela lei aplicável à sucessão. Desta forma, mesmo que o planeamento tenha sido realizado com base em um instrumento não abrangido no RES, eventual colação de bens e redução de liberalidades inoficiosas serão regidas pela lei escolhida para ser aplicada ao processo sucessório. Sobre este aspeto, importante apontar a possibilidade de surgimento de eventuais conflitos na aplicação das leis, uma vez que a lei escolhida para reger a sucessão nem sempre será a lei responsável por reger a admissibilidade e validade de testamentos, pactos sucessórios ou outros instrumentos parassucessórios.

Nessa perspectiva, o *patto de famiglia*, embora estranho às instituições sucessórias no sentido estrito, pode produzir efeitos após a abertura da sucessão. Isso ocorre porque a posição do legitimário, sujeita à *lex successionis*, conforme identificado pelo Regulamento n.º 650/2012, também pode, em alguns aspectos, estar sujeita à lei aplicável ao acordo familiar em que ele participou. O fato, particularmente, de o legitimário não poder ativar os remédios que consistem na redução e na colação, embora constitua um efeito que ocorre após a abertura da sucessão, é abrangido pela disciplina do *patto di famiglia* e da lei aplicável. Se, além disso, a *lex successionis* não admitisse a renúncia ou perda de direitos pelo legitimário nos termos em que essa renúncia ou perda ocorre por efeito do *patto di famiglia*, haveria um problema de coordenação entre as várias leis aplicáveis e uma necessidade para verificar a compatibilidade com a ordem pública do foro<sup>241</sup>.

Por estas razões, é de extrema importância, dentro do planeamento de uma sucessão plurilocalizada, que o autor conheça os ordenamentos jurídicos envolvidos em sua sucessão e consiga definir previamente qual lei será aplicada a seu processo sucessório e a eventuais instrumentos sucessórios utilizados no planeamento.

Em função da limitação do espaço, uma análise de direito comparado extensa seria impossível de ser realizada no presente trabalho. Todavia, dentro desta temática, é conveniente apontar brevemente dois instrumentos de planeamento sucessório, já citados, de países distintos e cuja natureza jurídica controvertida impede que se defina com clareza se tais instrumentos estariam ou não incluídos no âmbito de aplicação do RES: a partilha em vida e a *donation-partage*. Muito embora existam diversos instrumentos que possam ser usados para realização do planeamento sucessório, o interesse específico nestes instrumentos assenta também no fato de ambos

---

<sup>241</sup> Vismara, 2014, pp. 815-816. Tradução livre do italiano.



estabelecerem regras específicas sobre colação e redução de liberalidades, o que pode gerar conflitos caso a lei que regerá a sucessão tenha previsões incompatíveis sobre estes assuntos.

Relativamente à partilha em vida, já conceituada anteriormente, importa destacar que os sujeitos desta partilha serão, unicamente, o autor da sucessão e seus herdeiros legitimários que o sucederiam naturalmente. Assim sendo, o autor deverá realizar as doações de seus bens a seu cônjuge e seus filhos. Eventual doação a netos, saltando a posição de filhos que ainda estejam em vida, seria considerada simples doação e não estaria sujeita ao regime da partilha em vida<sup>242</sup>.

No que toca a colação, mecanismo este constante dos arts. 2104.º e seguintes do CC e cuja finalidade é igualar os herdeiros para fins de partilha dos bens, a doutrina majoritária portuguesa afirma que tal mecanismo não se aplica à partilha em vida. A própria realização da partilha em vida deve ser interpretada como uma opção implícita do autor da sucessão pela dispensa da colação, conforme art. 2113.º do CC<sup>243</sup>. Isto porque, conforme afirma Menezes Leitão, a colação destruiria os fins propostos para a partilha em vida, uma vez que a própria partilha em vida já prevê a igualação dos herdeiros por meio do pagamento de tornas a herdeiros não donatários e do direito de crédito concedido a herdeiros supervenientes<sup>244</sup>.

Outro aspeto importante refere-se à possibilidade de redução de liberalidades inoficiosas<sup>245</sup>. Segundo a previsão legal dos arts. 2168.º a 2178.º do CC, este mecanismo visa proteger a quota-parte da herança que compõe a legítima. Caso se verifique a inoficiosidade de alguma liberalidade, isto é, liberalidade que tenha comprometido a parte que compõe a legítima de outros herdeiros legitimários, esta deverá ser reduzida em tanto quanto necessário para que a parte da legítima comprometida seja recomposta.

Sobre este tema, o entendimento da doutrina não é pacífico. Parte da doutrina é favorável ao funcionamento das referidas reduções no âmbito da partilha em vida<sup>246</sup> e justifica seu posicionamento com a necessidade de proteção da legítima e com a proibição da renúncia antecipada ao direito de reduzir as liberalidades, prevista no art. 2170.º do CC. Afirma também que qualquer solução contrária corresponderia a um pacto sucessório renunciativo<sup>247</sup>, instituto proibido no direito português. De maneira contrária se posicionam outros autores<sup>248</sup>, que defendem a inaplicabilidade da redução de

---

<sup>242</sup> Jesus, 2018, p. 25, nota 59.

<sup>243</sup> Ascensão, 2000, p. 543.

<sup>244</sup> Leitão, 2016. Sobre partilha em vida, ver também Pinheiro, 2017; Xavier, 2016; Mealha, 2002; e Lemos, 2018.

<sup>245</sup> Sobre a redução por inoficiosidade, ver Falcão & Serra, 2016; Pinheiro, 2017; Dias, 2016; e Lemos, 2018.

<sup>246</sup> Vd. Barreiros, 1977, pp. 501 e ss. e Corte-Real, 1986, p. 169.

<sup>247</sup> Sobre pactos sucessórios, ver Xavier, 2016.

<sup>248</sup> Leitão, 2016 e Mealha, 2002. Sobre o argumento de que a admissão da redução de liberalidades poderia vir a configurar abuso de direito, ver também Lemos, 2018, pp. 36-39.

liberalidades inoficiosas, visto que tal redução poderia pôr em xeque a vontade inicial do autor da partilha.

As divergências doutrinárias mencionadas supra que ocorrem em Portugal não se repetem no cenário francês. A *donation-partage*, instrumento que se assemelha à partilha em vida, possui regras bem definidas no que diz respeito à colação e à redução de liberalidades.

Inicialmente, cumpre elucidar que a *donation-partage*, após as alterações feitas pela *Loi du 23 juin 2006*, pode ser feita em favor de descendentes de graus diferentes, sendo inclusive permitido ao autor da doação realizá-la diretamente em benefício de netos, mesmo que seus filhos ainda estejam em vida<sup>249</sup>. Esta regra permite que a transmissão do bem seja sujeita à tributação uma única vez, no momento da doação do doador a seu neto. Caso contrário, o bem seria alvo de imposto na transferência do doador a filho e, futuramente, seria outra vez alvo de imposto no momento da transferência do filho ao neto<sup>250</sup>.

Outra característica do instituto é a possibilidade conferida pelo Legislador francês de se realizar uma renúncia antecipada à redução de liberalidades inoficiosas. Tal regra permite maior estabilidade e segurança à *donation-partage* realizada, de modo a garantir que a vontade do doador seja mantida mesmo com a abertura do processo sucessório<sup>251</sup>. Para mais, a lei determina que a *donation-partage* não será submetida à colação<sup>252</sup>. Por fim, relativamente à sua natureza jurídica, de maneira geral a doutrina entende que a *donation-partage* é uma doação *inter vivos*<sup>253</sup>, muito embora sua finalidade assemelha-se a uma partilha, uma vez que há a divisão antecipada de bens entre os herdeiros do autor de uma futura sucessão.

Em síntese, tanto a *donation-partage* quanto a partilha em vida possuem regras específicas sobre a colação e a redução de liberalidades, sublinhando-se que, quanto às determinações referentes à partilha em vida, há certa divergência de entendimento doutrinário. De todo modo, a utilização destes instrumentos no planeamento de sucessões transnacionais merece especial atenção, uma vez que as regras sobre colação e redução de liberalidades determinadas pelos referidos instrumentos (e pelas legislações francesa e portuguesa) podem entrar em conflito com as imposições estabelecidas pela legislação que será aplicada à sucessão. Este conflito poderá ocorrer mesmo que tais instrumentos sejam incluídos no âmbito de aplicação do RES porque, ainda assim,

---

<sup>249</sup> No caso de *donation-partage* de empresas, também podem ser beneficiários, juntamente com os herdeiros, terceiros que não constam no rol de herdeiros legitimários do autor da doação. Vd. Forgeard, Gelot, & Crône, 2007, pp. 198-199.

<sup>250</sup> Janat & Humbert, 2019.

<sup>251</sup> Forgeard, Gelot, & Crône, 2007, p. 198.

<sup>252</sup> Ver Direction de l'Information Légale et Administrative – Premier Ministre, 2019 e Cour de Cassation, Arrêt du 4 juillet 2018, n.º 16-15915, 2018.

<sup>253</sup> Mazeaud, Mazeaud, & Mazeaud, 1982, pp. 1014-1015.

poderia resultar na aplicação de legislações diversas dentro de um mesmo processo sucessório.

Destarte, a forma de garantir a maior segurança possível para a realização de um planejamento sucessório é buscar coincidir a lei que será aplicável à sucessão com a lei que regerá a validade e admissibilidade do pacto sucessório. Esta hipótese poderia suceder-se nos casos em que o autor da sucessão opta pela aplicação da lei de sua nacionalidade em ambos os casos ou, em caso de escolha indireta pela lei da residência habitual, quando o instrumento de planejamento sucessório também é feito conforme o direito do país em que reside.

## Conclusão

Sem dúvida, o RES foi responsável por uma enorme inovação e concedeu mais clareza para a realização de planeamentos sucessórios transnacionais. A autonomia da vontade do autor da sucessão opera papel de extrema relevância dentro do contexto do planeamento sucessório. A maior vantagem do Regulamento foi, certamente, a homogeneização das regras de conflito entre os países da UE, o que facilitou a definição da lei que será aplicada aos casos plurilocalizados.

O planeamento sucessório requer certeza e previsibilidade *ex ante*. Assim, para a realização de um planeamento sucessório eficaz, é imprescindível saber, com antecipação e clareza, qual lei será aplicável no caso concreto. Sobretudo no plano transnacional, em que uma mesma sucessão pode apresentar conexão com dois ou mais países diferentes, o conhecimento prévio da lei que regerá o planeamento sucessório faz-se essencial. Essa certeza e previsibilidade *ex ante* da legislação aplicável são requisitos para a garantia da eficácia do planeamento realizado.

Embora o RES tenha tentado introduzir a certeza e previsibilidade necessárias relativamente à lei que regulará a sucessão, certo é que não foi bem-sucedido na totalidade. Como visto, existem limitações que vão de encontro à autonomia da vontade do autor da sucessão e que podem gerar incertezas sobre a execução do planeamento sucessório conforme pretendido pelo autor, como é o caso da análise casuística realizada pelo Tribunal para definir a residência habitual do autor da sucessão e da possibilidade de invocar a exceção de ordem pública internacional.

Em verdade, pode-se concluir que a forma mais segura de se realizar o planeamento de sucessão transnacional à luz do RES consiste na escolha pela lei da nacionalidade do *de cuius*. Isto porque, dentre as possibilidades aventadas pelo RES, a opção pela lei da nacionalidade é aquela que estaria sujeita a menos limitações e exceções. Diferentemente da opção pela lei da residência habitual que, para além de resultar em uma análise casuística baseada no conceito indeterminado de residência habitual, deverá sujeitar-se à defesa da ordem pública internacional, à cláusula de exceção e à exceção de fraude à lei, a opção pela lei da nacionalidade apenas poderá ser limitada em razão da defesa da ordem pública internacional.

Por mais que a opção pela lei da residência habitual constitua uma escolha vantajosa em muitos casos, esta opção também conduz a incertezas quanto à eficácia do planeamento sucessório no momento da abertura da sucessão. O Regulamento prevê demasiadas exceções que podem ser utilizadas no caso concreto de modo a limitar a autonomia da vontade do autor da sucessão e impedir a aplicação da lei por ele escolhida.

Deste modo, para a realização eficaz de um planeamento de sucessão plurilocalizado, o autor deve empenhar-se em antecipar qual será a lei aplicável à sua

sucessão à luz do RES e tendo em conta todas as limitações do Regulamento. Deve-se, portanto, observar alguns aspetos de modo a garantir que a autonomia da vontade do autor da sucessão e suas intenções de planeamento sejam efetivamente respeitadas.

Em primeiro lugar, é absolutamente imprescindível que ao autor da sucessão seja possível determinar, com segurança jurídica, qual será a lei aplicada a sua sucessão, de modo a viabilizar o planeamento sucessório em conformidade com os ditames da referida lei.

Em segundo lugar, o autor do planeamento deverá esforçar-se em deixar patente o vínculo que mantém com o país cuja lei será aplicada no caso concreto, demonstrando a existência de elementos subjetivos e objetivos que conectem a globalidade de sua sucessão ao referido país. De modo a evitar que a lei escolhida não seja aplicada no caso concreto, o que tornaria seu planeamento ineficaz, o autor deve criar todas as condições possíveis para que seu planeamento sucessório não seja posto em causa.

Em terceiro lugar, é essencial que o autor da sucessão, tendo em vista a possibilidade de escolha entre duas ou mais leis para reger sua sucessão, se certifique de qual legislação apresenta regras que melhor se adequam às suas pretensões de planeamento sucessório. Isto porque as diferenças entre os direitos sucessórios internos de cada país fazem com que algumas legislações possam ser mais ou menos benéficas aos olhos do autor da sua sucessão, a depender de suas intenções de planeamento.

Para mais, é de extrema importância contemplar novamente as regras existentes no RES que poderiam impedir ou limitar a aplicação da lei escolhida por razões de ordem pública internacional ou fraude à lei. Assim sendo, a análise de direito comparado a ser realizada em sede de planeamento sucessório plurilocalizado deve focar não só na legislação sucessória do país cuja lei será aplicada, como também no ordenamento jurídico e entendimento jurisprudencial do país em que tramitará o processo sucessório, uma vez que o Estado do foro poderá opor-se à aplicação da legislação designada pelo autor com base em sua ordem pública internacional.

É também preciso atentar-se aos instrumentos de planeamento sucessórios escolhidos. Embora o RES preveja alguns dos instrumentos mais tradicionais, existem diversos novos mecanismos de planeamento de uma sucessão que são amplamente utilizados. O planeador deverá não só conhecer as regras do Regulamento sobre a lei aplicável aos instrumentos de planeamento sucessório, que incluem a possibilidade de escolha pela lei da nacionalidade, como também avaliar se o instrumento escolhido se encontra ou não incluído no âmbito de aplicação do RES. E, para além das regras de admissibilidade ou validade, também será preciso atentar-se a eventual conflito entre a lei aplicável ao instrumento de planeamento e a lei aplicável à globalidade da sucessão.

Por fim, embora tenha representado um enorme avanço no Direito da UE, o RES é paradoxal, porque não cumpre com efetividade a promessa de garantir clareza e segurança jurídica na realização de planeamentos sucessórios plurilocalizados. Certo é que alguns aspetos deste Regulamento ainda precisam ser melhor definidos, com vistas a permitir a realização de planeamentos de sucessões transnacionais cada vez mais seguros e eficazes. Aspetos como a delimitação da ordem pública internacional e o âmbito de aplicação do RES deveriam ser esclarecidos pelo TJUE, de modo a permitir maior clareza na elaboração de planeamentos e na aplicação prática do Regulamento.

## Referências bibliográficas

ALLEGRIANTI, I., BONANNO, V., PUVÁČA, M. B., GONZÁLEZ, M. J., CHOCHRIN, T., BENEDETTO, G. D. & ŽUPAN, M. (2019). *Family property and succession in EU Member States: National reports on the collected data*. Rijeka, Croácia: Faculdade de Direito da Universidade de Rijeka.

ASCENSÃO, J. d. (2000). *Sucessões*, 5.<sup>a</sup> Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.

BARREIROS, J. A. (setembro/dezembro de 1977). A partilha em vida no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, pp. 585 e ss.

BECKERT, J. (2018). *Inherited wealth*. Princeton, Nova Jersey, Estados Unidos da América: Princeton University Press.

BENOT, A. R. (2006). Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria. In S. Biosca, M. Lugo, H. Grieder, M. Ribeiro, B. Díaz, E. Bazaga, M. Vázquez, S. A. Biosca, & B. C. Díaz (Eds.). *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: El título ejecutivo europeo* (pp. 47-78). Sevilla: Universidad de Sevilla.

BENOT, A. R. (março de 2010). El criterio de conexión para determinar la ley personal: Un renovado debate en derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, pp. 186-202.

BONOMI, A. (2011). Successions internationales: Conflits de lois et de juridictions. In *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 350. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

BONOMI, A., & WAUTELET, P. (2016). *Le droit européen des successions: Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2.<sup>a</sup> Edição. Bruxelas: Bruylant.

CÂMARA, C. (2012). *Guia prático do reenvio prejudicial*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

CAMARGO, S. (2017). *Forum shopping: A escolha da jurisdição mais favorável*. São Paulo, Brasil: Intelecto Editora.

CAPOZZI, G. (2008). *Successioni e donazioni*, 3.<sup>a</sup> Edição Revista e Atualizada, Tomo I. Milão: Giuffrè Editore.

CARAVACA, A. L. C., DAVÌ, A. & MANSEL, H. P. (2016). *The EU Succession Regulation: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

CORREIA, E. C. (2014). O efeito vinculante do reenvio prejudicial na União Europeia: Um caminho para desenvolver o direito comunitário. *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisão*, n.º 4, pp. 65-82.

CORTE-REAL, C. P. (1986). A partilha em vida. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 330.

DAVÌ, A. & ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, pp. 5-139.

DIAS, C. A. (2016). *Lições de direito das sucessões*, 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

DÍAZ, B. C. (2019). Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD Y XB, AS. 393/18 PPU. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, pp. 462-471.

DORIGO, S. (2019). Is Regulation EU 650/2012 really irrelevant for national inheritance taxes? The case of Italy. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, n.º 1, pp. 353-370.

ESTIVILL, J. M. (2016). *La declaración de herederos abintestato en la jurisdicción voluntaria: Sucesiones internas y transfronterizas*. Barcelona: J. M. Bosch.

FALCÃO, M. & SERRA, M. D. (2016). *Direito das sucessões: Da teoria à prática*. Coimbra: Almedina.

FERACI, O. (2019). The last habitual residence of the deceased: Potentials and challenges. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, vol. 1, pp. 273-294.

FERREIRA, A. R. (2016). *O exercício da autonomia da vontade na sucessão legal e nas disposições mortis causa*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Minho.

FORGEARD, M. C., GELOT, B., & CRÔNE, R. (2007). *Le nouveau droit des successions et des libéralités: Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*. Paris: Defrénois.

FUSARO, A. (2013). Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa. *Rivista di Diritto Privato*, nº 3/2013, pp. 355-374.

GARCÍA, R. A. (2015). El Reglament 650/2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d'un certificat successori europeu. *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-2, pp. 11-65.

GLOVER, M. (2017). Freedom of inheritance. *Utah Law Review*, vol. 2, pp. 283-330.

GONZÁLEZ, J. C. (2016). Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 1, pp. 47-75.

GUIMARÃES, P. S. (2018). *Do direito sucessório na união de fato: Uma perspectiva do direito comparado entre Brasil e Portugal*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

IONESCU, R. N. (2008). *L'abus de droit en droit communautaire*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Toulouse.

JESUS, J. C. (2018). *Planeamento sucessório: Alternativas ao testamento*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado na área de Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

KAO, T. C. (2011). *Do problema da "fraude à lei" no direito internacional privado*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito em Chinês na Universidade de Macau. *Revista de Administração Pública de Macau*, vol. 24, n.º 94, pp. 1157-1192.

KINDLER, P. (2017). La legge applicabile ai patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 53, n.º 1, pp. 12-32.

LEITÃO, L. M. (2015). *Direito das obrigações: Contratos em especial* (vol. III). Coimbra: Almedina.

LEITÃO, L. M. (2016). A partilha em vida. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real* (pp. 145 e ss.). Coimbra: Almedina.



LEMOS, M. C. (2018). A “partilha em vida” e a inoficiosidade: Um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido? Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

LUPI, R. (2000). *Avoidance of multiple inheritance taxation within Europe*. Maastricht: European Association of Tax Law Professors.

MARTÍN, L. A. (2018). Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 18, pp. 469-494.

MARTONE, I. (2019). The concept of habitual residence in Italian jurisprudence. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, vol. 1, pp. 405-428.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., & MAZEAUD, J. (1982). *Leçons de droit civil*, 4.<sup>a</sup> Edição, tomo 4, vol. 2. Paris: Éditions Montchrestien.

MEALHA, E. P. (2002). Partilha em vida e seus efeitos sucessórios. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, pp. 523 e ss. Coimbra: Almedina.

MORELL, J. M. (2018). Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 20, n.º 2, pp. 376-408.

NÆSS-SCHMIDT, H. S., PEDERSEN, T. T., HARHOFF, F., WINIARCZYK, M., & JERVELUND, C. (2011). *Study on inheritance taxes in EU member states and possible mechanisms to resolve problems of double inheritance taxation in the EU*. Copenhagen: Copenhagen Economics.

PASSINHAS, S. (2019). A sucessão legitimária em Portugal e a exceção de ordem pública internacional. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, vol. 1, pp. 295-314.

PATRÃO, A. (2018). Ordem pública internacional e arbitragens submetidas a lei portuguesa. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 62, pp. 41-67.

PATRÃO, A. (2019). Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, vol. 1, pp. 17-42.

PERRIELLO, L. E. (2019). Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, vol. 1, pp. 371-404.

PFEIFFER, M. (2016). Legal certainty and predictability in international succession law. *Journal of Private International Law*, vol. 12, n.º 3, pp. 566-586.

PINHEIRO, J. D. (2017). *O direito das sucessões contemporâneo*, 2.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: AAFDL Editora.

QUINTERO, C. A. (2018). El orden público internacional y las legítimas: Una mirada crítica desde el derecho internacional privado. In *Letra*, n.º 9, pp. 177-193.

RAMOS, A. d. (2018). *Curso de direito internacional privado: Teoria e prática*. São Paulo: Saraiva Educação.

REŠETAR, B., & LUCIĆ, N. (2015). *National report: Croatia*. Relatório sobre a legislação da Croácia para Commission on European Family Law, Commission on European Family Law, Osijek.

RODRIGO, J. R. (2019). Problemas de aplicación regulados en el reglamento sucesorio europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, pp. 498-526.

RODRÍGUEZ, M. Á. (2016). *Los derechos sucesorios en las parejas de hecho*. Almería, Espanha: Faculdade de Direito da Universidade de Almería.

SEGURA, A. F. (2016). El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n.º 1, pp. 173-252.

SILVA, N. A. (2016). Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado. In *Textos de direito de família* (pp. 429-499). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

SOUSA, A. F. (2012). *A europeização do direito internacional privado – os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

VISMARA, F. (2014). Patti successori nel Regolamento (UE) N. 650/2012 e patti di famiglia: Un'interferenza possibile? *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n.º 4, pp. 803-818.

WAUTELET, P. (2016). L'exercice de l'autonomie de la volonté en droit international privé patrimonial: Guide pratique et conseils de rédaction. *Chroniques notariales*, vol. 64, pp. 271-308.

WAUTELET, P. (2016). Successions internationales: Du bon usage de l'autonomie de la volonté? In W. Pintens, & C. Declerck (Eds.). *Patrimonium* (pp. 253-280). Liège: Die Keure.

WAUTELET, P. (2019). L'abus de droit comme limite à la circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé. In *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, pp. 293-305. Paris: LexisNexis.

XAVIER, R. L. (2016). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.

XAVIER, R. L. (2017). *Sucessão familiar na empresa: A empresa familiar como objeto da sucessão mortis causa*. Porto: Universidade Católica Editora.

## Fontes eletrónicas

ALAPONT, C. N. (05 de janeiro de 2017). *La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012*. Retirado de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11548-la-determinacion-de-la-ley-aplicable-a-las-sucesiones-internacionales-en-el-reglamento-ue-650-2012/>.

American Bar Association Section of International Law. (2016). *The new EU Regulation (Brussels IV): understanding the impact on cross-border estate planning and administration*. 2016 Europe Forum. Roma.

BUONAVITA, P. G. (setembro de 2008). Conceito jurídico indeterminado e norma aberta: a (aparente) discricionariedade do juiz. *Revista Jurídica Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.º 99. Retirado de: <https://www.unifacs.br>.

Conselho dos Notários da União Europeia. (31 de outubro de 2018). *Sucessões: informações gerais - Espanha*. Retirado de: <https://e-justice.europa.eu>.

Conselho dos Notários da União Europeia. (1 de fevereiro de 2020). *Sucessões: informações gerais*. Retirado de: <https://e-justice.europa.eu>.

Direction de l'Information Légale et Administrative – Premier Ministre. (28 de fevereiro de 2019). *Qu'est-ce que le rapport civil dans une succession?* Retirado de: <https://www.service-public.fr>.

Diretório Geral de Justiça e Consumidores: Comissão Europeia. (2018). *Guia do cidadão sobre as sucessões transnacionais: Como as normas da União Europeia simplificam as sucessões internacionais*. DOI:10.2838/694162.

European judicial network in civil and commercial matters. (27 de dezembro de 2018). *Succession – General information – England and Wales*. Retirado de: <https://e-justice.europa.eu>.

JANAT, C., & HUMBERT, J.-F. (20 de dezembro de 2019). *Donner en même temps à ses enfants et à ses petits-enfants*. Retirado de: <https://www.notretemps.com>.

Notaires de France. (20 de março de 2019). *Mariage, pacs, concubinage: Avantages et inconvénients*. Retirado de: <https://www.notaires.fr>.

TREMOSA, F. (4 de novembro de 2013). *The new EU Regulation 650/2012 on international successions*. Retirado de: <http://www.notaries-of-europe.eu/>.

WAUTELET, P. (s.d.). *Drafting choice of law and choice of court provisions under the EU Succession Regulation: Fifteen questions and some answers*. Universidade de Liège. Retirado de: <https://orbi.uliege.be>.

## **Jurisprudência**

### **Cour de Cassation**

Arrêt du 27 septembre 2017, n.º 1005 (Première Chambre Civile).

Arrêt du 4 juillet 2018, n.º 16-15915, 16-15915 (Première Chambre Civile).

### **Supreme Court of the United Kingdom**

Judgment *Ilott v. The Blue Cross and others* (2017), EWCA Civ 797, EWCA Civ 797.

### **Supremo Tribunal de Justiça<sup>254</sup>**

Acórdão de 23 de outubro de 2008, 7B4545.

Acórdão de 18 de junho de 2013, 832/07.9TBVVD.L2.S2, 832/07.9TBVVD.L2.S2.

Acórdão de 16 de abril de 2013, 1744/05.6TBAMT.P1 S1.

Acórdão de 15 de janeiro de 2015, 317/11.9YRLSB.S1.

Acórdão de 16 de maio de 2018, 2341/13.8TBFUN.L1.S1, 2341/13.8TBFUN.L1.S1.

---

<sup>254</sup> A jurisprudência citada pode ser consultada em <http://www.dgsi.pt/>.

**Tribunal Constitucional Espanhol**

Sentença 93/2013 de 23 de maio de 2013, Recurso de Inconstitucionalidade 5297/2000.

**Tribunal da Relação de Lisboa**

Acórdão de 07 de março de 2017, 2341/13.8TFUN.L1-7, 2341/13.8TFUN.L1-7.

Acórdão de 19 de novembro de 2019, 28325/17.9T8LSB.L1-7.

**Tribunal de Grande Instance de Nanterre**

Ordonnance de mise en état de 28 mai 2019, n.º 19/119.

**Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão de 07 de julho de 1992, “Micheletti”, C-369/90.

Acórdão de 28 de março de 2000, “Krombach”, C-7/98, Rec.

Acórdão de 22 de dezembro de 2010, C-497/10 PPU, C-497/10 PPU.

Acórdão de 17 de outubro de 2018, C-393/18 PPU, C-393/18 PPU.

**Consequências da venda executiva do  
locado na relação contratual arrendatícia**

Ana Rita Barbosa Pires

Sob a orientação da Professora Doutora  
Ana Isabel da Costa Afonso

## **Resumo**

A venda judicial dos bens penhorados no processo executivo pretende efetivar a responsabilidade patrimonial do devedor executado perante o exequente e os demais credores que venham ao processo reclamar os seus créditos.

Pode suceder que um desses bens alvo de penhora seja um imóvel sobre o qual exista, em simultâneo, um contrato de arrendamento e uma garantia real – por hipótese uma hipoteca – constituída para garantir o ressarcimento de um dos credores do executado. Saber qual destes interesses deve preponderar perante a venda em execução, se o do arrendatário, que almeja manter o seu contrato de arrendamento, se o do credor hipotecário do executado, que pretende que a venda do bem que garante a sua dívida seja feita pelo melhor preço, o que, por seu turno, pode originar a caducidade do contrato de arrendamento, é um problema que gera controvérsia, tanto ao nível doutrinal como ao nível jurisprudencial.

Segundo a interpretação que fazemos do art. 824.º, n.º 2, do CC, se celebrado depois de a hipoteca ter sido registada, o contrato de arrendamento caducará no momento da venda executiva.

**Palavras-chave:** Arrendamento; caducidade; venda executiva; hipoteca.

## **Abstract**

The judicial sale of attached assets within court enforcement proceedings aims to ensure debtors' financial liability before their creditors.

In this context, a situation may occur in which one of the attached assets is not only a property securing a mortgage loan to ensure the creditor is reimbursed, but also a property under a lease contract.

Deciding on which of the involved parties' interests must prevail – the lessee's, who yearns to maintain his contract, or the mortgage creditor's, who seeks the judicial sale of the asset securing his mortgage is executed at the highest price possible, which, in turn, might lead to the termination of that very contract – is a topic of ongoing debate within our national doctrine and case law.

According to our interpretation of article 824, no. 2 of the Portuguese Civil Code, the lease contract concluded after the establishment of a mortgage that is now being enforced automatically expires at the time of the judicial sale.

**Keywords:** Lease; termination; executive sale; mortgage.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|       |                                                    |
|-------|----------------------------------------------------|
| Ac.   | acórdão                                            |
| Al.   | alínea                                             |
| Art.  | artigo                                             |
| Arts. | artigos                                            |
| CC    | Código Civil                                       |
| Cfr.  | confrontar                                         |
| CIRE  | Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas |
| CPC   | Código de Processo Civil                           |
| CRegP | Código do Registo Predial                          |
| CT    | Código do Trabalho                                 |
| Nº    | número                                             |
| P.    | página                                             |
| Pp.   | páginas                                            |
| ROA   | Revista da Ordem dos Advogados                     |
| 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

1. Questões prévias

1.1. O contrato de arrendamento. A sua extinção por caducidade

1.2. A ação executiva para pagamento de quantia certa – fases e finalidades

1.3. Natureza jurídica da posição do arrendatário

2. A ação executiva e o contrato de arrendamento

2.1. Efeitos da penhora sobre o contrato de arrendamento

2.2. Execução de imóvel arrendado onerado por hipoteca

2.2.1. Breve caracterização da hipoteca

2.2.2. Efeitos da constituição da hipoteca sobre o imóvel objeto de arrendamento

3. O problema: destino a dar ao contrato de arrendamento, onerado por hipoteca anterior à sua celebração, perante a venda em execução

3.1. Breve enquadramento histórico

3.2. A caducidade de direitos sobre os bens vendidos em processo de execução prevista pelo art. 824.º, n.º 2 do CC

3.3. O princípio do *emptio non tollit locatum* do art. 1057.º do CC

4. Tomada de posição

Conclusão

Bibliografia



## Introdução

No direito das obrigações, o vínculo entre devedor e credor é dotado de garantia, característica que se traduz na possibilidade de recurso aos tribunais com vista à satisfação coercitiva de direitos. É, pois, através das ações executivas que se faz intervir o poder de autoridade do Estado, no sentido de garantir que a obrigação é cumprida pela via judicial sempre que devedor não o faça espontaneamente.

No âmbito desse mesmo processo executivo, e designadamente na execução para pagamento de quantia certa, os bens do devedor são penhorados e subsequentemente vendidos em execução por forma a garantir-se a obtenção do montante necessário à integral satisfação do crédito exequendo e consequente extinção da dívida.

Impõe-se perceber quais serão os efeitos que a situação debitória de um senhorio perante terceiros terá sobre um concreto contrato de arrendamento. Isto é, sempre que o património executado compreenda um imóvel dado de arrendamento, coloca-se a questão de saber em que medida aquela relação arrendatícia será afetada pela penhora e ulterior alienação daquele mesmo imóvel. Extinguir-se-á a relação de arrendamento? Ou, pelo contrário, será oponível ao terceiro adquirente, havendo simplesmente uma mudança subjetiva na posição do senhorio? E se houver ainda uma garantia real constituída sobre esse mesmo imóvel, será a resposta diferente? Porque é um tema que acarreta invariavelmente uma grande controvérsia doutrinal e jurisprudencial que nunca foi, ao longo dos anos, harmonizada, propomo-nos, com este estudo, a aquilatar a questão da eventual caducidade do contrato de arrendamento em caso de venda executiva do imóvel arrendado.

## 1. Questões prévias

### 1.1. O contrato de arrendamento. A sua extinção por caducidade

O contrato de arrendamento urbano<sup>255</sup> corresponde a uma subespécie do contrato de locação<sup>256</sup>. São três os elementos essenciais deste contrato: a obrigação, assumida pelo senhorio, de proporcionar o gozo de um imóvel urbano<sup>257</sup> (arts. 1022.º e 1031.º, al. b), ambos do CC), uma prestação periódica denominada de renda, devida pelo arrendatário

---

<sup>255</sup> Previsto na lei nos arts. 1064.º a 1113.º do CC.

<sup>256</sup> Regulado na lei nos arts. 1022.º a 1113.º do CC.

<sup>257</sup> O contrato de arrendamento tem, portanto, como objeto as coisas imóveis, por oposição ao de aluguer, que corresponde a uma locação de bens móveis. Falamos em arrendamento urbano, pois, nos termos do art. 1064.º do CC, o seu objeto é normalmente um prédio urbano (art. 204.º, n.º 2 do CC), podendo, contudo, abranger outras situações, nomeadamente, os arrendamentos de prédios rústicos não sujeitos a regimes especiais (art. 1108.º do CC), bem como a locação de estabelecimentos comerciais, que é, na realidade, uma locação de coisas incorpóreas (art. 1109.º do CC).

(arts. 1022.º e 1038.º, al. a), ambos do CC) e, por último, o seu carácter transitório ou temporário<sup>258</sup> (art. 1022.º do CC).

A relação arrendatícia está sujeita às causas gerais de extinção dos contratos, podendo, pois, cessar por várias vias. Para o nosso estudo, tem especial relevância a modalidade da caducidade, prescrita pelo CC no art. 1051.º, aplicável à locação em geral e ao arrendamento em particular. A caducidade deve ser entendida como a “ineficácia *ex nunc* de um negócio jurídico validamente celebrado”<sup>259</sup>, *in casu*, o contrato de arrendamento, pela verificação de fatores objetivos, isto é, circunstâncias que ocorrem e que não permitem que o contrato persista. Como explica Galvão Telles, “aqui o contrato resolve-se *ipso iure*, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade, jurisdicional ou privada, tendente a extingui-lo”<sup>260</sup>.

Importa, de resto, saber se o elenco que o art. 1051.º faz é taxativo ou meramente exemplificativo, estando aqui previstas somente as causas que mais frequentemente se verificam. O entendimento que se vem sedimentando na nossa doutrina<sup>261</sup> e jurisprudência<sup>262</sup> de forma praticamente unânime é o de que existem outras causas suscetíveis de provocar a caducidade do contrato de arrendamento porquanto, embora o legislador tenha feito uma enumeração bastante ampla, a realidade se demonstra sempre muito mais complexa. Menezes Cordeiro atesta, sobre este ponto, que “o artigo 1051.º, conquanto venerável, não é texto constitucional; e nem, de resto, ele tem uma redação que inculque a taxatividade”<sup>263</sup>.

Não estando, assim, aqui esgotados todos os eventos suscetíveis de fazer caducar a relação arrendatícia, está aberta a porta para a discussão sobre a eventual caducidade do contrato por venda judicial do imóvel locado, que tem também mantido ocupadas a doutrina e a jurisprudência nacionais, como veremos.

---

<sup>258</sup> Esta nem sempre foi a regra, já que o Código de Seabra, no seu art. 1600.º, permitia a celebração do contrato de locação pelo tempo que as partes entendessem. Com a entrada em vigor do CC de 1966, e inspirado no art. 1573.º do Código Civil Italiano (com a epígrafe “*Durata della locazione*”), que dispõe no mesmo sentido, o art. 1025.º passa a fixar que o contrato não pode ter duração superior a 30 anos. Para alguns autores, este limite apenas tem aplicação quanto ao prazo de duração inicial do contrato, podendo posteriormente haver lugar à sua renovação sem observância deste limite máximo (cfr. Lima & Varela, 1997; Leitão, 2019, p. 41; Cordeiro, 2019, p. 717). Para outros autores, a renovação do contrato de arrendamento por períodos sucessivos (art. 1054.º, n.º 1 do CC) observa também aquele limite, sendo apenas possível enquanto não se esgote o prazo máximo de 30 anos (cfr. Furtado, 2009, p. 45).

<sup>259</sup> Furtado, 2011, p. 875.

<sup>260</sup> Telles, 1959, p. 151.

<sup>261</sup> Ascensão, 1985, p. 355; Martinez, 2006, p. 327; Furtado, 2011, p. 878; Sá, 1968, p. 90.

<sup>262</sup> Neste sentido, cfr., na jurisprudência, Ac. STJ de 6 de julho de 2000 (Torres Paulo), publicado em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 499 (outubro de 2000), p. 319; Ac. STJ de 28 de setembro de 2006 (Ana Luisa Geraldes), Ac. TRG de 14 de maio de 2009 (António Sobrinho), Ac. TRC de 26 de fevereiro de 2013 (Maria Inês Moura), Ac. TRC de 10 de julho de 2014 (Regina Rosa), Ac. STJ de 16 de setembro de 2014 (Alves Velho), Ac. STJ de 15 de fevereiro de 2018 (Roque Nogueira), Ac. TRP de 25 de setembro de 2018 (Anabela Tenreiro), Ac. STJ de 18 de outubro de 2018 (Rosa Tching), Ac. 26 de setembro de 2019 (Carlos Castelo Branco), Ac. TRP de 14 de dezembro de 2017 (Ana Lucinda Cabral), todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>263</sup> Cordeiro, 2019, p. 829.

## **1.2. A ação executiva para pagamento de quantia certa – fases e finalidades**

Do princípio geral anunciado no art. 817.º do CC resulta que, perante o incumprimento de uma obrigação, o credor que disponha de um título executivo pode recorrer aos tribunais de forma a que estes, pelos meios coativos de que disponham, tomem as providências necessárias à realização daquela obrigação.

Nesta matéria vigora o princípio *nulla executio sine titulo*, razão pela qual dissemos que apenas o credor que detenha um título executivo<sup>264</sup>, que declare ou reconheça previamente o seu direito, pode lançar mão de uma ação executiva<sup>265</sup>.

Para a nossa questão-problema, interessa-nos analisar a ação executiva para pagamento de quantia certa<sup>266</sup>. Sendo o título executivo o que determina os fins e os limites da ação (art. 10.º, n.º 5 do CPC), aquele que serve de fundamento a esta ação encerra, pois, uma obrigação de pagamento de determinada quantia pecuniária.

A figura central do processo executivo é o agente de execução. Se antes da Reforma do Processo Civil de 2003 cabia ao juiz dirigir todo o processo, a partir daí passou a ser o agente de execução o responsável por levar a cabo todas as “diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz”<sup>267</sup>.

O processo inicia-se com a apresentação de um requerimento executivo pelo exequente, podendo seguir-se-lhe a fase de oposição à execução.

Para o nosso estudo têm particular interesse três momentos fundamentais do processo – a penhora, o concurso de credores e o pagamento, na sua modalidade de venda executiva.

A penhora traduz-se num ato material da ação executiva para pagamento de quantia certa através do qual o património do executado é apreendido judicialmente<sup>268</sup> com vista à sua venda e subsequente satisfação, mediante o produto dessa mesma venda, dos direitos do exequente e demais credores que possam ter sido chamados ao processo. É o ato em que é mais notório o poder coercitivo do tribunal, na medida em que o executado se vê privado do pleno gozo e exercício dos seus bens e direitos, ainda que não perca a

---

<sup>264</sup> O art. 703.º do CPC faz uma enumeração taxativa dos diferentes tipos de títulos executivos suscetíveis de fundamentar uma ação executiva. Desta forma, não pode ser conferido a nenhum outro documento, que não um dos elencados neste preceito, força executiva.

<sup>265</sup> Cfr., a este respeito, Gonçalves, 2017, p. 16.

<sup>266</sup> À parte desta, existem ainda as ações executivas para entrega de coisa certa e para prestação de facto positivo ou negativo, tal como prevê o art. 10.º, n.º 6 do CPC.

<sup>267</sup> Leia-se o art. 719.º do CPC.

<sup>268</sup> Rui Pinto destaca que esta apreensão não incide simplesmente sobre bens, coisas ou prestações, mas sim sobre “toda e qualquer situação jurídica activa disponível de natureza patrimonial, integrante da esfera jurídica do executado, cuja titularidade possa ser transmitida forçadamente na venda executiva” (2004, p. 11).

sua titularidade, pois aqueles ficam a partir dali afetos às finalidades do processo executivo<sup>269</sup>.

São essencialmente duas as funções da penhora, a de individualizar, através da apreensão, os bens que se destinam aos fins da execução, e a de conservar esses mesmos bens individualizados para que o exequente não corra o risco de sofrer prejuízos com a sua ocultação, deterioração, oneração ou alienação<sup>270</sup>.

Nesta matéria, a lei consagra o princípio da patrimonialidade (art. 601.º do CC), de acordo com o qual todos os bens e direitos do devedor estarão, em regra, sujeitos à execução, desde que tenham natureza de bens penhoráveis, como dispõe o art. 735.º, n.º 1 do CPC<sup>271</sup>. No requerimento executivo, o exequente indica os bens do executado que pretende ver prioritariamente penhorados, devendo o agente de execução respeitar essas diretrizes. Contudo, não têm estas instruções carácter vinculativo sempre que importem a inobservância da regra segundo a qual a penhora “começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostrem adequados ao montante do crédito exequente”<sup>272</sup>, assim como quando violem os princípios da proporcionalidade e adequação, expressamente previstos nas normas dos arts. 735.º, n.º 3 e 751.º, n.º 2 e 3, ambos do CPC<sup>273</sup>.

Sempre que estejam em causa bens do devedor onerados em garantia da dívida exequenda, a penhora tem obrigatoriamente que começar por eles, tal como dita o princípio *beneficium excussionis realis*<sup>274</sup>, previsto na lei no art. 752.º, n.º 1 do CPC. Caso estes não sejam suficientes para a satisfação da dívida exequenda, poderão, então, ser penhorados outros bens do executado.

A penhora de bens imóveis processa-se nos termos previstos pelos arts. 755.º a 763.º do CPC. Veremos adiante quais são as consequências da penhora de um imóvel arrendado. A fase que se segue é a do concurso de credores, onde se permite a outros credores do executado serem chamados ao processo para que possam reclamar os seus créditos e vê-los, igualmente, satisfeitos através do produto da venda dos bens ali penhorados. Esta regra vem efetivar o princípio *par conditio creditorum*, segundo o qual todos os credores têm de ser ressarcidos proporcionalmente quando o valor dos bens do devedor não seja suficiente para satisfazer integralmente todos os créditos<sup>275</sup>. E tem de ser assim porque,

---

<sup>269</sup> Freitas, 2017, p. 234; Gonçalves, 2017, pp. 233 e 234.

<sup>270</sup> Leia-se, Ferreira, 2010, pp. 197 e 198. No mesmo sentido, Freitas, 2017, p. 233.

<sup>271</sup> Excetua-se deste princípio da patrimonialidade os bens parcialmente, relativamente e absolutamente impenhoráveis (arts. 736.º a 739.º do CPC) e, ainda, as situações de autonomia patrimonial que decorram da separação de patrimónios (arts. 740.º a 745.º do CPC).

<sup>272</sup> Art. 751.º, n.º 1 do CPC.

<sup>273</sup> No caso de o agente de execução ter dúvidas quanto à proporcionalidade da penhora, deve abster-se de realizá-la e recorrer ao juiz de execução para que este averigue se tudo está em conformidade com a lei, conforme dispõe o art. 723.º, n.º 1, al. d) do CPC.

<sup>274</sup> Gonçalves, 2017, p. 285.

<sup>275</sup> Cfr. art. 604.º, n.º 1 do CC.

respondendo todo o património do devedor pelas suas dívidas (art. 601.º do CC), então, faz sentido que todos os seus credores tenham “a possibilidade de aceder aos meios previstos no ordenamento jurídico para conservarem a garantia patrimonial dos seus créditos e obterem a satisfação coativa dos seus direitos”<sup>276</sup>.

Portanto, havendo um credor com garantia real sobre um bem do executado, por hipótese um imóvel dado de arrendamento, e que disponha de título executivo relativo ao crédito que vem reclamar, poderá o próprio vir à execução para obter a satisfação coativa dos seus direitos ainda que não tenha sido ele o impulsionador da ação, ou seja, o exequente.

Por fim, de entre as várias formas de efetuar o pagamento em execução, interessa ao nosso estudo analisar brevemente a venda executiva.

Depois de penhorados, os bens do executado podem ser vendidos em execução, observando, com as devidas adaptações, o regime da compra e venda, regulado nos arts. 879.º e ss. do CC. Assim que o produto da venda tenha atingido o valor necessário para assegurar o pagamento das despesas de execução, do crédito do exequente e dos créditos dos demais credores com garantias reais sobre aqueles bens, a venda deve ser interrompida, sob pena de se incorrer numa violação do princípio da proporcionalidade (art. 813.º, n.º 1 do CPC).

É o art. 824.º do CC, norma fulcral para a resolução da nossa questão-problema, que estabelece os efeitos da venda executiva. Há lugar, desde logo, a uma transferência, para a esfera jurídica do adquirente, dos direitos do executado sobre a coisa vendida, como dispõe o n.º 1. O segundo efeito, previsto no n.º 2 do mesmo art. 824.º do CC, é a caducidade de direitos, mais precisamente dos direitos reais de garantia que onerem aqueles bens<sup>277</sup>, assim como dos demais direitos reais eventualmente registados depois de o bem ter sido alvo de arresto, penhora ou garantia. Excetuam-se, destes últimos, aqueles que tenham sido constituídos, mas não registados, antes desse arresto, penhora ou garantia e que produzam efeitos em relação a terceiros independentemente do registo. É em face desta redação que surge a questão central do nosso estudo: enquadrar-se-á em algum destes direitos o direito do arrendatário? Voltaremos a ela adiante. Por último, diz-nos o n.º 3 daquele artigo que se dá, ainda, a transferência dos direitos de terceiro que caducarem nos termos do n.º 2 para o produto da venda do respetivo bem. Significa isto que, pese embora os seus direitos tenham caducado, estes credores serão ressarcidos, total ou parcialmente, dos seus direitos de crédito, mas apenas pelo produto da venda do bem sobre o qual o seu direito incidia.

---

<sup>276</sup> Gonçalves, 2017, p. 346.

<sup>277</sup> É precisamente por força da caducidade destes direitos reais de garantia que se permitiu aos credores titulares desses direitos virem à execução reclamar os seus créditos na fase do concurso de credores.

### 1.3. Natureza jurídica da posição do arrendatário

A questão da natureza jurídica da posição contratual do arrendatário sempre foi controversa no nosso sistema jurídico, mas atualmente pode considerar-se praticamente resolvida, uma vez que a tendência primordial da doutrina é a de posicionar-se no mesmo sentido, sendo residuais as opiniões contrárias.

Não deixa, contudo, de ser uma questão de grande interesse para o nosso estudo e, por essa mesma razão, não podemos deixar de fazer-lhe alusão, na medida em que, para muitos autores, a solução a dar ao problema da subsistência do contrato de arrendamento perante a venda executiva do locado reside substancialmente na natureza do direito do arrendatário. Vejamos, de forma breve, quais são os argumentos que sustentam cada uma das diferentes posições.

Tradicionalmente, são três as teses que se confrontam: as teses realistas, as teses personalistas e, a meio caminho entre umas e outras, as teses mitigadas.

Para os defensores da tese realista, entre os quais destacamos Oliveira Ascensão<sup>278</sup>, o estatuído no art. 1057.º do CC<sup>279</sup> consagra um desvio muito relevante à eficácia relativa, própria dos direitos de crédito, uma vez que a locação não será prejudicada no caso de o bem locado vir a ser adquirido por terceiro. Ora, esta redação, da perspetiva deste autor, só pode ser entendida como a “inerência do arrendamento” que se manifesta “dinamicamente através da sequência”, típica dos direitos reais. É, para além disto, confirmação do carácter real do arrendamento a posição do locatário perante terceiros. Admitindo o art. 1037.º, n.º 2 do CC que o arrendatário se socorra, mesmo contra o locador, das ações possessórias, previstas nos arts. 1276.º e ss. do CC, será, segundo esta tese, consequência lógica considerar o locatário um possuidor e “sendo a posse restrita pelo art. 1251.º aos direitos reais, parece que por essa via teria que se qualificar a locação como um direito real”<sup>280</sup>.

Segundo os autores que, entre nós, sufragam a tese personalista<sup>281</sup>, se fosse intenção do legislador atribuir natureza real à locação, a arrumação sistemática teria sido diferente, não se incluindo este contrato precisamente no Livro II do CC. Da mesma forma, tanto o art. 1022.º como o art. 1031.º, al. b), ambos do CC, qualificam, com clareza, o gozo do locado como uma obrigação a cumprir pelo senhorio à qual, consequentemente, corresponderá um direito de crédito do arrendatário. Pinto Furtado<sup>282</sup> lembra ainda que obrigações como a de abster-se de praticar atos que perturbem ou impeçam o gozo da

---

<sup>278</sup> Ascensão, 1985, pp. 366 a 384; no mesmo sentido, Marques, 1960, pp. 214-220.

<sup>279</sup> Aí, pode ler-se que: “O adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do senhorio, sem prejuízo das regras do registo”.

<sup>280</sup> Leitão, 2019, p. 45.

<sup>281</sup> Leitão, 2017, pp. 102 e ss.; Lima & Varela, 1997, sub art. 1022.º, n.º 2, p. 342 e sub art. 1.º, n.º 1, RAU, p. 480; Telles, 1945, p. 306; Martinez, 2001, pp. 160 e ss.; Furtado, 2009, pp. 57-73; Furtado, 2019, pp. 183-187.

<sup>282</sup> Furtado, 2009, p. 66.

coisa (art. 1037.º, n.º 1 do CC) ou a de proceder, quando se torne necessário, a reparações e obras de conservação por forma a assegurar que a coisa continue a servir o fim a que se destina (art. 1074.º), que incumbem ao senhorio, não fariam sentido se estivéssemos perante um direito real.

A tese mitigada, também denominada de tese dualista ou mista, que tem ao longo dos anos vindo a ganhar subscritores<sup>283</sup>, é, quanto a nós, a que melhor se harmoniza com o regime legal vigente, estabelecendo que o direito do arrendatário mais não é do que um direito pessoal de gozo. Neste sentido, foi, aliás, redigido o art. 1682.º-A, n.º 1, al. a) e n.º 2 do CC, ao integrar de forma clara o arrendamento entre os direitos pessoais de gozo. Quer isto dizer que estamos perante uma relação com efeitos obrigacionais que passa por conceder a uma das partes o aproveitamento e detenção de uma coisa. Como bem afirma Henrique Mesquita, “o direito do locatário é tratado, para certos efeitos, como direito de soberania e, para outros, como direito meramente creditório, assente numa relação intersubjectiva que liga permanentemente o locador e o locatário”<sup>284</sup>. Esta orientação tem inspirado uma boa parte da jurisprudência<sup>285</sup> que, reconhecendo a natureza obrigacional da relação de arrendamento, não deixa, ainda assim, de aí encontrar pontes de contacto com o regime dos direitos reais, nomeadamente por efeito do disposto no n.º 2 do artigo 1037.º do CC, como já aqui referido.

## **2. A ação executiva e o contrato de arrendamento**

Nesta hipótese, o locado assume, pois, um duplo estatuto: é, por um lado, o objeto de um contrato de arrendamento e será, por outro, objeto de penhora e ulterior venda, “atos suscetíveis de afectar, em maior ou menor medida, a relação de arrendamento”, como explica Maria Olinda Garcia<sup>286</sup>.

Perante uma venda dita comum, isto é, aquela que tem lugar fora do âmbito de um processo executivo, vigora a clássica regra *emptio non tollit locatium* do art. 1057.º do CC, segundo a qual se constrange o adquirente da propriedade na compra e venda a suceder *ex lege* na posição do locador<sup>287</sup>. Porém, em face da redação do n.º 2 do art. 824.º do CC, que regula o efeito extintivo da venda executiva, ou seja, estipula quais os direitos

---

<sup>283</sup> Mesquita, 1990, pp. 132-186; Vieira, 2003, pp. 447 e 448; Madaleno, 2008, pp. 275-284. Neste sentido também propugna Menezes Cordeiro, que, embora tenha defendido durante muitos anos a natureza real do direito do locatário (cfr. Cordeiro, 1980), hoje opta por esta teoria do direito pessoal de gozo (Cordeiro, 2019, pp. 694-716; 2014, pp. 25-27).

<sup>284</sup> Mesquita, 1990, p. 183. Para se compreender a razão pela qual o Autor designa a posição do arrendatário de “direito de soberania”, há que interpretar as suas palavras à luz do regime que vigorava à data em que as escreveu. Referimo-nos ao regime vinculinístico, ao abrigo do qual tendencialmente se concedia ao arrendamento a natureza de contrato de duração ilimitada, protegido da livre denúncia pelo senhorio. Tratava-se, portanto, o arrendatário quase como detentor de uma posição de soberania. Este regime esmoreceu, contudo, ao longo dos últimos anos, liberalizando o mercado de arrendamento.

<sup>285</sup> Ac. STJ de 27 de novembro de 2018 (Henrique Araújo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>286</sup> Garcia, 2004, p. 23.

<sup>287</sup> Vieira, J.A., 2003, p. 441.

que, incidindo sobre o bem alienado no âmbito do processo executivo, se extinguem de imediato com a venda coercitiva deste, coloca-se a questão de saber se aquela regra poderá continuar a aplicar-se sem restrições. Voltaremos a estas questões adiante.

## **2.1. Efeitos da penhora sobre o contrato de arrendamento**

O contrato de arrendamento sobre o qual versa o nosso estudo tem necessariamente que ter sido celebrado antes de ser realizada penhora em execução. E tem de ser assim, pois, conforme vem plasmado no art. 819.º do CC, é inoponível à execução qualquer ato de disposição, oneração ou arrendamento de um bem penhorado.

Além dos efeitos típicos que a realização da penhora produz, como sendo os previstos nesse art. 819.º – a preferência, que permite ao exequente ser ressarcido com prioridade relativamente a outro qualquer credor que não tenha garantia real anterior (cfr. art. 822.º, n.º 1 do CC) e, ainda, a perda da posse ou, pelo menos, as restrições significativas ao seu exercício relativamente aos bens penhorados<sup>288</sup> – são relevantes para o nosso estudo aqueles que se fazem sentir diretamente na relação de arrendamento.

Desde logo, há lugar à perda do direito às rendas devidas pelo arrendatário, como dispõe o art. 758.º do CPC, uma vez que a penhora vai abranger também, em regra, os frutos civis provenientes do imóvel. Portanto, o senhorio perderá, em princípio, o direito ao recebimento destas quantias que, ao invés de lhe serem entregues, devem ser depositadas numa instituição bancária à ordem do agente de execução, destinando-se à satisfação da obrigação exequenda (art. 779.º, n.º 1 e 2 do CPC). Tais efeitos só não se verificarão caso a penhora das rendas tenha sido expressamente afastada ou exista algum privilégio sobre elas, como se pode ler no artigo.

Dado que o executado se vê privado dos poderes de fruição do bem a partir do momento em que a penhora é realizada, a sua detenção terá de ficar a cargo de outrem, em regra, do agente de execução. Contudo, tratando-se de um imóvel dado de arrendamento, tal solução viria a pôr em causa os direitos do arrendatário. Assim, a lei veio conferir, pelo art. 756.º do CPC, ao arrendatário a qualidade de depositário do imóvel, ficando a seu cargo o cumprimento dos deveres de guarda e conservação do bem, assim como o dever de mostrá-lo a quem pretenda vê-lo (cfr. art. 818.º do CPC). Ao passo que os deveres relacionados com a conservação do imóvel não implicam, por parte do arrendatário-depositário, a adoção de um específico comportamento, uma vez que essa obrigação já resulta do preceituado no art. 1038.º, al. d) do CC sobre não fazer uma utilização imprudente do locado, já o dever de mostrar o bem a potenciais interessados pode, na verdade, colidir com o seu direito de gozar o imóvel (art. 1031.º, al. b) do CC). Por essa

---

<sup>288</sup> Vide Gonçalves, 2017, pp. 233-238.



mesma razão, o legislador teve a preocupação de permitir ao arrendatário-depositário “fixar as horas em que, durante o dia, faculta a inspeção”, como pode ler-se no mesmo art. 818.º do CPC.

Uma outra questão, com esta relacionada, que não podemos deixar de apontar prende-se com os arrendamentos celebrados sobre um imóvel já penhorado, tendo em vista a obtenção de rendimentos para a satisfação do crédito exequendo em ação executiva para pagamento de quantia certa. Importa ressaltar que estes contratos de arrendamento não estão compreendidos no âmbito de aplicação do art. 819.º, supra mencionado. Nesse caso, convém recordar, pressupõe-se que tenha sido o executado a realizar o contrato em detrimento da execução, isto é, contrariamente ao interesse do credor exequente e de outros eventuais credores que possam vir ao processo executivo reclamar os seus créditos. Pelo contrário, no caso de arrendamento de imóvel previamente penhorado, o interesse que se quer servir, através da celebração do contrato, é precisamente o interesse da execução. Em bom rigor, estamos perante contratos que desempenham “uma função complementar ou instrumental relativamente ao propósito central daquela ação executiva” e que dependerão sempre da existência “da situação debitória do titular do imóvel”<sup>289</sup>. Estes arrendamentos podem ser celebrados de duas formas: (1) pelo depositário do imóvel penhorado, com base nos poderes de administração que detém, vigorando até à data da venda em execução, altura em que os poderes com base nos quais o contrato houvera sido celebrado cessam e, conseqüentemente, o contrato caduca<sup>290</sup>; ou (2) para servir a consignação de rendimentos, caso tal tenha sido requerido pelo exequente e o executado a isso não se oponha<sup>291</sup>. No primeiro caso, estamos perante um meio complementar de satisfação do interesse do credor, na medida em que, de todo o modo, a venda executiva não deixará de se verificar. Pretende-se que, enquanto decorre a tramitação legal do processo executivo, e em lugar de o imóvel estar simplesmente desocupado, se vão gerando rendimentos (o valor das rendas) para que se possa, de imediato, começar a satisfazer o crédito do exequente, ao invés de se esperar pelo momento da alienação do património do devedor. Já na segunda hipótese, estamos perante um meio principal de obtenção da satisfação do crédito, em alternativa à alienação do imóvel, o que permite ao executado preservar, durante mais tempo, o seu património.

---

<sup>289</sup> Garcia, 2004, p. 71.

<sup>290</sup> Segundo o disposto no art. 760.º, n.º 2 do CPC, o depositário do imóvel está incumbido de administrar o bem com zelo e diligência, segundo o critério do bom pai de família. Este preceito tem de ser lido em linha com o previsto no art. 1024.º do CC, que caracteriza a locação como ato de administração ordinária, quando celebrado por menos de 6 anos. Contudo, note-se, segundo o n.º 2 do art. 760.º do CPC, para que o imóvel penhorado possa ser dado de arrendamento tem de haver acordo entre executado e exequente; caso contrário, haverá lugar à intervenção do juiz para que este decida se o arrendamento pode ou não ser constituído.

<sup>291</sup> Cfr. arts. 803.º, 804.º e 805.º do CPC.

## **2.2. Execução de imóvel arrendado onerado por hipoteca**

Analizadas as consequências da penhora sobre o contrato de arrendamento, queremos agora estudar o cenário dado pela existência de uma hipoteca sobre o imóvel arrendado objeto da execução, e o modo como essa garantia se repercutirá sobre a relação de arrendamento, pois esta é, na verdade, a situação cuja resolução suscita mais dúvidas.

O caso típico é, então, o da execução para pagamento de quantia certa onde o credor de dívida com garantia real – uma hipoteca – constituída sobre um imóvel dado de arrendamento é exequente ou vem simplesmente à execução reclamar o seu crédito (art. 786.º, n. 1, al. b) e art. 788.º, n.º 1, ambos do CPC).

Já vimos que, se celebrado depois da penhora, o arrendamento não tem possibilidade de sobreviver (excetuados os casos em que é celebrado em prol da execução), mas, mesmo constituídos antes da penhora, nem todos os arrendamentos terão igual tratamento em sede de venda em execução, pois tal irá depender da existência, precisamente, de uma garantia real sobre o imóvel e do momento em que essa garantia for constituída.

### **2.2.1. Breve caracterização da hipoteca**

A hipoteca, juntamente com o penhor, os privilégios creditórios, o direito de retenção e a consignação de rendimentos, constitui o elenco dos direitos reais de garantia previsto no Livro II do CC<sup>292</sup>. Distingue-se dos demais pela natureza dos bens sobre os quais incide – bens imóveis, ou a eles equiparados – e pela obrigatoriedade do registo, que tem, aqui, efeito constitutivo<sup>293 294</sup>.

Enquanto direito real de garantia, a hipoteca confere a quem a constitui (o credor hipotecário) a faculdade de ser pago com preferência sobre os restantes credores que não tenham privilégio especial ou prioridade de registo<sup>295</sup>. Olhando novamente para a regra constante do art. 601.º do CC, conseguimos perceber exatamente os traços distintivos da hipoteca enquanto direito real. Se, por um lado, do princípio da patrimonialidade resulta que todo o património do devedor responde pelas suas dívidas, constituindo “a garantia geral dos direitos de crédito existentes sobre a sua pessoa”<sup>296</sup>, e respondendo por eles de

---

<sup>292</sup> Fernandes, 2010, p. 154.

<sup>293</sup> Neste sentido, Madaleno, 2008, p. 63; AAVV., 2018, p. 915.

<sup>294</sup> Note-se que o facto de não haver registo não faz com que a hipoteca seja inválida. A falta de registo significa apenas que a eficácia desta garantia está latente. Quer isto dizer que, até ser registada, a hipoteca não surte efeitos entre as partes, daí dizer-se que este registo tem natureza constitutiva. Na generalidade dos casos, pelo contrário, a falta de registo apenas torna o ato inoponível *erga omnes*, não tendo qualquer influência entre as próprias partes ou sobre todos aqueles que não se enquadrem na noção de terceiros para efeitos de registo predial (cfr. art. 4.º do CRegP). É, contudo, de subscrever a opinião de Isabel Menéres Campos quando afirma que esta questão “tem escassa relevância prática, uma vez que não produzindo a hipoteca não registada efeitos sequer *inter partes*, a preferência ou a prioridade no pagamento, que são os efeitos mais relevantes da hipoteca como garantia real, não se verificam” (cfr. “Art. 687.º - Noção”, p. 915).

<sup>295</sup> Cfr. art. 686.º, n.º 1 do CC.

<sup>296</sup> Madaleno, 2008, p. 45.

forma ilimitada, por outro, e de forma inversa, as garantias reais apenas compreendem uma parte específica do património do devedor que, por sua vez, está afeta ao cumprimento da obrigação garantida. Note-se, neste sentido, que a hipoteca “não implica a atribuição de posse ou sequer da detenção ao credor hipotecário”<sup>297</sup>, ela vai, tão simplesmente, destinar-se a garantir o cumprimento da obrigação, assegurando que, caso não haja lugar ao cumprimento voluntário, aquela seja paga à custa do valor da coisa.

Em traços gerais, a hipoteca caracteriza-se pela especialidade, pelo poder de sequela, pelo seu carácter absoluto e ainda pela prevalência. Como característica particular pretendemos destacar a acessoriedade<sup>298</sup>.

No que à especialidade diz respeito, a hipoteca, assim como os demais direitos reais, tem de incidir sobre coisas certas e determinadas.

O poder de sequela traduz-se no facto de a hipoteca acompanhar forçosamente a coisa em todas as suas vicissitudes, independentemente de quem tenha a sua posse ou detenção. Ela funciona, portanto, como a “manifestação dinâmica da inerência dos direitos reais”<sup>299</sup>, que, por seu turno, exprime a ideia de uma estreita ligação da garantia à coisa<sup>300</sup>.

Por sua vez, o carácter absoluto, que depende, evidentemente, do adequado registo, manifesta-se através da oponibilidade *erga omnes* desta garantia. Sendo um direito de soberania sobre a coisa, como bem refere Antunes Varela<sup>301</sup>, o titular da hipoteca pode executar o valor da coisa, afastando outros direitos incompatíveis com o seu.

Outra das suas características é a prevalência, corolário do carácter absoluto e da inerência dos direitos reais. No caso da hipoteca, esta característica assinala primazia no pagamento, ou seja, o credor hipotecário, à partida, será pago antes de qualquer outro credor<sup>302</sup>.

Por último, a hipoteca é um direito real acessório de um crédito<sup>303</sup>, o qual deverá ser mencionado no registo, significando que não poderá ser constituída a favor de quem não seja credor do devedor em causa. Destarte, apenas sobreviverá enquanto sobreviva o

---

<sup>297</sup> AAVV., 2018, p. 911.

<sup>298</sup> AAVV., 2018, p. 911.

<sup>299</sup> Fernandes, 2010, p. 69.

<sup>300</sup> Ainda que a coisa seja posteriormente alienada ou onerada, a hipoteca não será por esses atos afetada. Pelo contrário, o titular da garantia vai poder executar o seu direito ao valor (da coisa) contra o atual proprietário do bem.

<sup>301</sup> Varela, 2014, p. 167.

<sup>302</sup> Só não será assim caso haja um credor mais antigo com privilégio imobiliário especial, previsto nos arts. 743.º e 744.º do CC, ou, ainda, se estiver em causa o privilégio imobiliário especial dos trabalhadores, plasmado no art. 333.º do CT.

<sup>303</sup> Esta característica não vem expressamente prevista na lei, como vem no caso da fiança no art. 627.º do CC, mas pode ser depreendida através da leitura de alguns preceitos, como é o caso do art. 730.º, al. a) do CC.

crédito que visa garantir e, da mesma forma, padecerá das mesmas vicissitudes de que padeça o crédito garantido.

### **2.2.2. Efeitos da constituição da hipoteca sobre o imóvel objeto de arrendamento**

Após a constituição da hipoteca, fica vedada ao devedor hipotecador, proprietário do imóvel, a prática de determinados atos materiais que possam pôr em causa o valor da coisa, já que é esse mesmo valor que a hipoteca visa garantir. Deve, portanto, limitar-se a “atos que caibam nos poderes de administração ordinária”<sup>304</sup>, conforme prevê o art. 700.º do CC. Embora a extensão do conceito de atos de ordinária administração não esteja aí especificada, estes atos, também designados de atos de mera administração, correspondem a uma gestão prudente e demarcada de determinado património, através da qual se pretende conservá-lo, aproveitando “as suas virtualidades normais de desenvolvimento”<sup>305</sup>. Por outras palavras, trata-se de uma atuação que, visando conservar e obter o normal rendimento do património, é isenta de atos audaciosos, que, é certo, poderiam conduzir a determinado lucro, mas poderiam de igual modo trazer prejuízos para aquele património<sup>306</sup>.

Todavia, é merecedor de um olhar atento o disposto no art. 695.º do CC relativo à cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados. Esta solução é, antes de mais, a expressão clara do princípio da liberdade de disposição, plasmado no nosso CC nos arts. 405.º e 1305.º. Da sua leitura concluímos que a constituição de uma hipoteca sobre um bem, embora condicione amplamente a liberdade de disposição do seu titular, não o impede de o alienar ou onerar, na medida em que seria nula a convenção nesses termos efetuada. Como explica José Alberto Vieira, com a hipoteca

“o direito do proprietário é globalmente onerado, mas o poder singular de disposição não é afectado por esta oneração (...) o proprietário pode validamente, apesar da hipoteca, dispor do seu direito, embora o faça limitadamente”<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> Campos, 2009, p. 311.

<sup>305</sup> Pinto, 2012, pp. 407 e 408.

<sup>306</sup> Lembramos, a este propósito, o caso de restrição dos poderes do administrador de bens alheios – que é, aliás, o caso mais frequente – onde o legislador quis assegurar que o facto de não existir para o administrador um interesse pessoal naquele património não o levaria a submeter os bens a determinados riscos nos quais não incorreria se dos mesmos fosse titular. Concluímos, portanto, que estas restrições não dependem da natureza jurídica dos atos a praticar, mas dos riscos associados à sua prática ou da importância patrimonial dos mesmos. Entre os atos de mera administração, podemos distinguir aqueles que visam prover a uma conservação dos bens daqueles tendentes a promover a sua normal frutificação. Os primeiros destinam-se a fazer eventuais reparações com vista a evitar a destruição ou deterioração dos bens, ao passo que os segundos visam a frutificação dos bens pelo modo habitual. Em ambos os casos não há, portanto, alteração da integridade do património.

<sup>307</sup> Vieira, 2003, p. 440.

Em caso de alienação da coisa hipotecada, o novo adquirente está a adquiri-la com um ónus, o que fará com que, independentemente da transmissão, aquela coisa continue a responder pela dívida garantida. Como já aqui referimos, as características da sequência e prevalência permitem que o credor siga o objeto que garante a sua dívida onde quer que ele se encontre, mantendo inalterada a sua situação “porque este goza de um direito de preferência que lhe é conferido pela prioridade registal”<sup>308</sup>. Neste sentido dispõe também o art. 54.º, n.º 2 do CPC, referindo que é ao terceiro adquirente que cabe arcar com as consequências da execução do devedor<sup>309</sup>, podendo a coisa ser executada diretamente contra o mesmo.

Das breves considerações que tecemos em relação ao regime da hipoteca retiramos que nada obsta, portanto, a que exista um contrato de arrendamento sobre um bem que se encontre hipotecado. Contudo, dando-se a execução dessa garantia, e dependendo do momento em que a hipoteca tenha sido constituída, a subsistência do contrato de arrendamento poderá ser posta em causa.

Não surgem grandes dúvidas quando a relação locatícia precede a hipoteca, caso em que tanto a doutrina como a jurisprudência se posicionam unanimemente no sentido da sua sobrevivência à venda executiva<sup>310</sup>. O art. 824.º, n.º 2 do CC, que prevê os efeitos da venda executiva sobre determinados direitos e que, a seu tempo, analisaremos com detalhe, apenas pretende fazer caducar os direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer garantia, com exceção daqueles que, embora constituídos, mas não registados, em momento anterior, produzam efeitos independentemente do registo. Não há, portanto, razão para que o arrendamento constituído antes da constituição de uma hipoteca não deva sobreviver à venda executiva. Contudo, tendo em conta a parte da norma do n.º 2 do art. 824.º, que remete para as regras do registo, há que fazer um breve esclarecimento. Sempre que o arrendamento tenha duração superior a 6 anos, de acordo com o disposto no art. 2.º, n.º 1, al. m) do CRegP, estará sujeito a registo e, como tal, se não for registado, será inoponível ao credor hipotecário (art. 5.º, n.º 5 do CRegP). Por outras palavras, o arrendamento constituído antes da hipoteca não caduca sempre que tenha duração inferior a 6 anos, já que não carece de registo e é oponível ao credor hipotecário independentemente dele, ou, sendo superior, se tiver sido registado.

---

<sup>308</sup> AAVV., 2018, p. 931; Campos, 2009, p. 312.

<sup>309</sup> O mesmo se aplica ao processo de insolvência do devedor.

<sup>310</sup> Leia-se, neste sentido, o Ac. do STJ de 9 de julho de 2015 (João Camilo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “Se o imóvel está dado de arrendamento, o credor hipotecário pode conhecer dessa circunstância e essa qualidade é-lhe oponível, por ser anterior ao da constituição da hipoteca”; Ac. do STJ de 16 de setembro de 2014 (Alves Velho), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “Se o prédio está arrendado, o credor hipotecário não pode desconhecer esse facto, pelo que o mesmo é-lhe oponível” e, ainda, Cordeiro, 2019, p. 831; Campos, 2009, p. 314: “Se o imóvel já estava arrendado aquando da concessão do empréstimo, o credor hipotecário não podia desconhecer desse facto”.

A *vexata quaestio* nesta matéria tem, portanto, que ver com a hipótese de a hipoteca ser constituída antes de haver lugar à relação de arrendamento, e com saber em que medida tal circunstância põe em causa a subsistência do contrato perante a venda em execução. Sendo esta a questão central do nosso estudo quisemos dedicar-lhe um capítulo próprio.

### **3. O problema: destino a dar ao contrato de arrendamento, onerado por hipoteca anterior à sua celebração, perante a venda em execução**

Antes de tudo, importa observar os interesses aqui em confronto, que, embora sejam ambos dignos de tutela, se mostram de difícil compatibilização. Temos, por um lado, as expectativas de um arrendatário que celebrou um contrato de arrendamento por determinado tempo, esperando que este fosse pontualmente cumprido, e, por outro, as de um credor que, ao acionar a sua garantia sobre o imóvel, contava ver inalterado o seu valor venal de modo a que este fosse suficiente para satisfazer o seu crédito, o que poderá não suceder se sobre ele existir um arrendamento, uma vez que tais circunstâncias poderão não ir ao encontro dos interesses de terceiros potenciais adquirentes. Em concomitância, e embora não assumam uma posição de destaque nesta disputa, há que atentar também aos receios do devedor executado. A este, por seu turno, importa honrar as suas obrigações, tanto para com o credor hipotecário, a quem garantiu o pagamento da dívida através da constituição de uma garantia real, como para com o arrendatário, com quem acordou o gozo do locado por determinado período de tempo. Mais ainda, se, para garantir uma dívida, o devedor hipotecou um bem específico do seu património, terá, certamente, interesse em que o valor desse mesmo bem não deixe de ser suficiente para assegurar a satisfação do crédito em causa, pois, se assim for, poderá ver penhorados outros quaisquer bens até que se alcance o valor em dívida.

Perante esta contenda de interesses, autores há que propõem a caducidade do contrato, havendo outros que defendem a sua manutenção, pois, na realidade, existem duas normas que aparentemente dão resposta a este problema, a do art. 824.º, n.º 2 e a do art. 1057.º, ambos do CC. Ainda antes de analisarmos as finalidades destes preceitos e as consequências práticas da aplicação de cada um deles para a relação de arrendamento, revela-se essencial descortinar, ainda que de forma breve, a posição que o legislador português foi tomando ao longo dos tempos, desde o Código de Seabra até ao atual Código Civil, relativamente à matéria, pois só assim poderemos chegar a uma conclusão.

### 3.1. Breve enquadramento histórico

O Código de Seabra, a propósito das consequências da venda executiva sobre a relação de arrendamento, mandava caducar os “ônus reais com registo posterior ao da hipoteca de que resultar expropriação judicial”<sup>311</sup>, no que se incluía especificamente o arrendamento, como se podia retirar dos seus arts. 1022.º e 1621.º, 1.º parágrafo.

Esta redação era, pois, inoportuna, uma vez que poderia até haver uma hipoteca registada em momento anterior ao da constituição do ónus, mas, se a execução, e consequente venda judicial, fosse instaurada por um credor titular de outra hipoteca constituída após a constituição desse ónus, este manter-se-ia. Ou seja, se entre o momento de constituição da primeira hipoteca e o momento de constituição da segunda hipoteca, sobre o mesmo bem, fosse constituído um ónus, este subsistiria com prejuízo da primeira hipoteca sempre que fosse o credor hipotecário titular da segunda hipoteca a impulsionar o processo de execução e, ao contrário, caducaria sempre que fosse o credor titular da primeira hipoteca a instaurar a ação, de acordo com aquele art. 1022.º. Portanto, a prevalência dos direitos dependeria unicamente do credor que instaurasse a ação executiva, defraudando-se, para este efeito, as regras de prioridade de inscrição no registo. Assim, o art. 1022.º do Código de Seabra foi alterado<sup>312</sup>, aderindo ao entendimento segundo o qual deviam caducar “os ónus reais com registo posterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto”<sup>313</sup>, para efeitos do qual o arrendamento era considerado um ónus, como podia retirar-se do disposto no art. 942.º, 2.º parágrafo, n.º 2, al. e) do CPC de 1876.

Aquando da aprovação do CPC de 1939, esta matéria passou a constar do seu art. 907.º, deixando de ser regulada no Código de Seabra. Foi a partir daqui que se abandonou a expressão “ônus reais” e se adotou a de “direitos reais”. No primeiro parágrafo deste artigo 907.º podia, então, ler-se:

“Os bens são transmitidos livres dos direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou hipoteca, salvo os que, tendo sido constituídos em data anterior, produzam efeito em relação a terceiros independentemente de registo”.

Esta alteração deixou, porém, lugar ao surgimento de dúvidas no que concerne à eventual coincidência entre os direitos aqui mencionados e os incluídos no art. 1022.º do Código de Seabra.

---

<sup>311</sup> Serra, 1957, p. 207.

<sup>312</sup> Alteração feita pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de dezembro de 1930.

<sup>313</sup> Serra, 1957, p. 207.

Com a entrada em vigor do CC de 1966, esta matéria deixa de ser regulada pelo art. 907.º do CPC vigente e regressa ao Código Civil, para o seu art. 824.º. Tem particular interesse o seu n.º 2, que atualmente dispõe o seguinte:

“Os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem, bem como dos demais direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, com exceção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo”.

Como podemos observar, ao contrário do que acontecia na vigência do Código de Seabra, que se pronunciava sobre o destino do arrendamento perante a venda em execução, a lei não é hoje em dia clara quanto à sua inclusão neste elenco de direitos que caduca com a venda executiva. Alguma doutrina, que adiante citaremos, considera que a atual expressão “direitos reais” deve abranger, pelo menos, e em harmonia com as anteriores redações da lei, os arrendamentos sujeitos a registo.

Nenhuma destas alterações legislativas levou, contudo, a que o legislador tomasse uma posição quanto à questão da eventual caducidade do arrendamento perante a venda executiva. Cabe-nos, por conseguinte, analisar mais exaustivamente as duas normas aparentemente capazes de dar resposta a esta questão.

### **3.2. A caducidade de direitos sobre os bens vendidos em processo de execução prevista pelo art. 824.º, n.º 2 do CC**

Segundo grande parte da doutrina, o fundamento de aplicabilidade desta norma a esta questão passa somente por resolver a querela doutrinal, já aqui referida, da natureza jurídica da posição do arrendatário. Ou seja, se considerássemos que o direito do arrendatário tem natureza real, então, tais circunstâncias cairiam no escopo desta norma e, dessa forma, o contrato de arrendamento teria de caducar. Se, pelo contrário, considerássemos que o arrendatário tem um direito de crédito, cujos efeitos são meramente obrigacionais, então já não o enquadraríamos no âmbito desta norma, permitindo que o contrato se mantivesse não obstante a venda executiva do imóvel<sup>314</sup>. Contudo, entendemos que a solução não passa simplesmente por aí.

Se, para a resolução desta questão, começássemos por estabelecer a natureza do direito do arrendatário, estaríamos, nas palavras de Oliveira Acensão, a “antepor à interpretação do art. 824.º um conceito doutrinário, quando na realidade os conceitos devem

---

<sup>314</sup> Vide, neste sentido, o Ac. do TRG de 14 de maio de 2009 (António Sobrinho), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “Caso se entenda que o arrendamento é um direito real, a venda executiva determina a sua extinção; se se entender que não é um direito real, a letra não contempla tal extinção”.



justamente apoiar-se numa disciplina normativa”<sup>315</sup>. Portanto, perante a letra da lei, e tentando, tanto quanto possível, desconsiderar o conceito de direito real que ela refere, cabe-nos refletir sobre o elemento racional ou teleológico da norma, que conduz em última instância ao atendimento dos objetivos ou finalidades que esta visa concretizar. Cabe-nos perceber, então, qual terá sido a intenção do legislador ao prever a caducidade de determinados direitos no art. 824º, n.º 2 do CC. Parece-nos que a sua única preocupação terá sido a de assegurar que a garantia do credor não ficasse diminuída ou mesmo esvaziada, isto é, que não existissem sobre o bem outros direitos suscetíveis de reduzir o valor da venda da coisa e, conseqüentemente, intrincar a satisfação do crédito garantido. Extinguindo os direitos que pudessem implicar um encargo no aproveitamento do bem, o legislador reduziu, assim, em grande medida a possibilidade de que o credor sofresse prejuízos. Quanto plasmado no artigo supracitado terá sido, portanto, idealizado sob uma perspectiva de proteção dos interesses do credor.

Para os autores que sustentam esta solução<sup>316</sup>, a ideia que fundamenta a aplicabilidade deste preceito à nossa questão-problema é a de que, não existindo qualquer contrato de arrendamento sobre o bem à altura em que sobre ele é constituída uma garantia, esse mesmo bem foi avaliado pelo credor hipotecário no pressuposto de que estava livre e, de acordo com esse exato pressuposto, tinha determinado valor.

Não é para os defensores desta posição aceitável que os credores possam ser prejudicados pela existência de um arrendamento que sempre irá pesar em sentido contrário e, em última instância, impedir a realização da venda executiva, pois, ditam as regras da experiência, o valor de um prédio arrendado é inferior ao valor de um prédio devoluto. Para garantir o pagamento de um determinado montante de dívida, o devedor constitui hipoteca sobre um prédio que tenha o mesmo valor da dita dívida. Ora, passando o prédio a ser objeto de um contrato de arrendamento, o credor hipotecário ver-se-á confrontado com uma desvalorização do valor do imóvel e, por conta disso, com uma desvalorização da sua garantia. Nesta ordem de ideias, e porque a hipoteca é constituída e registada antes da celebração desse contrato, registo este que é público e pode ser conhecido, não é razoável que este arrendamento seja eficaz perante o credor hipotecário<sup>317</sup>. Como explica José Alberto Vieira, deve haver um equilíbrio entre os poderes de disposição do devedor que constituiu sobre o seu bem uma hipoteca e o credor hipotecário que espera

---

<sup>315</sup> Ascensão, 1985, p. 346. Neste mesmo sentido, Menezes Cordeiro advoga que “a discussão deve partir das valorações legais e da ponderação dos interesses em presença, e não da prévia qualificação do direito do locatário como obrigacional ou real, no que representaria uma aplicação serôdia da jurisprudência dos conceitos” (2019, p. 830).

<sup>316</sup> Ascensão, 1985, pp. 365 e 366; Campos, 2009, p. 319; Vieira, 2003, p. 449; Gonçalves, 1999, pp. 99-101.

<sup>317</sup> Menezes Cordeiro advoga que “quando, de boa-fé, se dê uma coisa em garantia, está-se a reservar, para o credor, o valor do objeto em causa, caso necessário. Assim, constituir um penhor ou uma hipoteca e esvaziar, de seguida, o valor da coisa, através de uma locação, é prática que não pode ter a legitimação do ordenamento” (2019, pp. 830 e 831).

não ver o seu direito desvalorizado em virtude da constituição de ónus ou outros direitos sobre aquele mesmo bem; e esse equilíbrio “encontra-se precisamente na extinção destes direitos na venda executiva”<sup>318</sup>.

Ademais, sendo a hipoteca reconhecida, pela maioria dos autores, como a rainha das garantias, a sua eficácia seria gravemente posta em causa se se permitisse a manutenção daquele arrendamento em sede de execução.

Mas, para que não restem dúvidas sobre se o arrendamento é, de facto, um ónus, tornemos ao já aqui falado art. 695.º do CC. Quererá esta norma, à luz dos interesses que visa tutelar, incluir o arrendamento na referência às onerações que não podem ser afastadas pelas partes e que são, por isso, válidas em relação ao credor hipotecário?

Para Oliveira Ascensão<sup>319</sup>, “o arrendamento dos bens é sem dúvida uma oneração, é um peso ou gravame que nada distingue dos restantes que foram considerados no art. 695.º”, pelo menos do ponto de vista económico, já que sai prejudicado não só o credor hipotecário, quanto ao valor da sua garantia, como também o próprio devedor, na medida em que os seus mutuantes exigir-lhe-ão garantias muito mais avultadas a fim de se protegerem de qualquer casualidade. Já do ponto de vista jurídico, a verdade é que a lei não responde, mas, segundo o entendimento deste Autor, “não podemos supor uma discrepância entre os conceitos jurídicos e as considerações económico-sociais a que correspondem, e que fundam aliás o elemento teleológico da interpretação”<sup>320</sup>. Como tal, olhando para a *ratio* do preceito, parece que aquelas onerações não podem deixar de abarcar o arrendamento<sup>321</sup>.

Todavia, o Autor lembra que estas onerações, nas quais inclui o arrendamento, apenas são válidas perante o credor hipotecário porque se pressupõe a sua caducidade em caso de execução. Na sua perspetiva, os arts. 695.º e 824.º, n.º 2 do CC complementam-se e “as onerações que são admitidas são aquelas que, nos termos do 824.º, n.º 2 caducam no caso de venda judicial dos bens”. E, nesse sentido, consideramos que o art. 824.º, n.º 2, ainda que seja também omissivo em relação ao contrato de arrendamento, quando menciona direitos reais está na realidade a abranger aquelas onerações que atingem a “posição real adquirida pelo credor hipotecário”<sup>322</sup> a que se refere o art. 695.º. Ou seja, temos de concluir que o art. 824.º, n.º 2 abrange também o arrendamento.

Outro argumento aponta, ainda, neste sentido. Ao referir-se a direitos reais, o art. 824.º, n.º 2 quer de facto aludir aos direitos inerentes, isto é, aos direitos que seguem a coisa e que seriam oponíveis ao adquirente em sede de execução. O arrendamento,

---

<sup>318</sup> Vieira, 2003, p. 449.

<sup>319</sup> Ascensão, 1985, p. 361.

<sup>320</sup> Ascensão, 1985, p. 362.

<sup>321</sup> Neste sentido, ver Ac. do STJ de 9 de julho de 2015 (João Camilo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>322</sup> Ascensão, 1985, p. 364.

independentemente da natureza que se lhe atribua, é um direito inerente por força do princípio *emptio non tollit locatum*, consagrado no art. 1057.º e, como tal, é um dos direitos que caduca em sede de execução. O TRP veio corroborar esta tese, reconhecendo que

“os direitos previstos no artigo 824.º, n.º 2 do CC, por seguirem a coisa, de maneira a serem oponíveis ao adquirente dos bens em processo executivo, são direitos inerentes, nos quais se inclui o arrendamento, cuja manifestação de ‘sequela’ resulta nomeadamente do art. 1057.º do CC”<sup>323</sup>.

Reconhece-se, é certo, que esta solução penaliza severamente o arrendatário, mas já veio o próprio STJ reconhecer que

“os interesses deste são suplantados pelos interesses do credor hipotecário que, em nosso entender, são mais merecedores de proteção por o registo da hipoteca ser anterior à constituição do arrendamento e ser a hipoteca do conhecimento ou da cognoscibilidade do arrendatário”<sup>324</sup>.

Perante tais conjunturas, conclui esta doutrina maioritária que ou bem que recorremos a uma interpretação extensiva de outra disposição legal, ou bem que estamos perante uma verdadeira lacuna legislativa que carece de integração por recurso à analogia<sup>325326</sup>.

A interpretação extensiva permite ao intérprete, quando este entenda que a letra da lei fica aquém do seu espírito, ou seja, que diz menos do que se queria dizer, aumentar o âmbito de aplicação do seu texto, “dando-lhe um alcance conforme ao pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder a letra da lei ao espírito da lei”<sup>327</sup>. O intérprete serve-se, para tal, do argumento de identidade de razão, segundo o qual, em situações em que a razão de decidir seja a mesma, deve a decisão ser também a mesma, e do argumento de maioria de razão, de acordo com o qual, estabelecendo a lei um determinado regime para certas situações, há de querer que fiquem abrangidas por ele outras que, com mais fortes motivos, justifiquem a aplicação desse mesmo regime<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> Ac. TRP de 25 de setembro de 2018 (Anabela Tenreiro), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>324</sup> Ac. STJ de 9 de julho de 2015 (João Camilo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Também no sentido da caducidade do contrato, *vide* Ac. STJ de 29 de outubro de 1998 (Nascimento Costa); Ac. STJ de 3 de dezembro de 1998 (Ferreira de Almeida); Ac. STJ de 9 de outubro de 2003 (Oliveira Barros); Ac. STJ de 20 de novembro de 2003 (Moitinho de Almeida); Ac. STJ de 15 de novembro de 2007 (Pereira da Silva); Ac. TRE de 19 de junho de 2008 (Maria Alexandra Santos); Ac. STJ de 5 de fevereiro de 2009 (Oliveira Rocha); Ac. STJ de 27 de maio de 2010 (Álvaro Rodrigues); Ac. TRC de 26 de fevereiro de 2013 (Maria Inês Moura); Ac. STJ de 16 de setembro de 2014 (Alves Velho); Ac. TRE de 6 de novembro de 2014 (Canelas Brás); Ac. STJ de 22 de outubro de 2015 (Pires da Rosa); Ac. STJ de 9 de janeiro de 2018 (Hélder Roque); Ac. TRE de 11 de janeiro de 2018 (Jaime Pestana); Ac. STJ de 15 de fevereiro de 2018 (Roque Nogueira); Ac. STJ de 18 de outubro de 2018 (Rosa Tching); Ac. TRE de 30 de maio de 2019 (Isabel Peixoto Imaginário); Ac. TRL de 13 de fevereiro de 2020 (Carla Mendes), todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>325</sup> Madaleno, 2008, p. 323.

<sup>326</sup> Para a minoria dos autores que dão acolhimento às teses que qualificam a posição jurídica do arrendatário como um direito real não será assim, pois o art. 824.º, n.º 2 refere-se expressamente a estes direitos e aos efeitos que a venda executiva tem sobre eles. Esse não é, contudo, o nosso entendimento.

<sup>327</sup> Machado, 2013, p. 185.

<sup>328</sup> Machado, 2013, p. 186.

Por outro lado, poderíamos estar, sim, perante uma lacuna, que não se confunde com a situação particular em que é necessário o recurso à interpretação extensiva, pois aí, como dissemos, por mais que a letra da lei seja omissa quanto a certos casos, o seu espírito, certamente, colmata as suas falhas. Uma lacuna legal, por seu turno, corresponde a uma “incompletude contrária ao plano do Direito vigente”<sup>329</sup>, ou seja, a uma falta de resposta a uma determinada questão jurídica. Perante uma lacuna legal, recorre-se, sempre que possível, à analogia, aplicando-se ao caso omissos a solução contemplada no ordenamento jurídico para um caso análogo. E é assim por “uma razão de coerência normativa ou de justiça relativa (...), a que acresce ainda uma razão de certeza do direito”<sup>330</sup>. Não querendo, uma vez mais, antecipar as nossas conclusões acerca do tema, afigura-se-nos desnecessário o recurso à analogia, pois, e ainda que o legislador não se pronuncie de forma expressa sobre a sorte do contrato de arrendamento perante a venda em execução, parece-nos que, recorrendo a uma interpretação extensiva do art. 824.º, n.º 2 do CC, se consegue encontrar os direitos que estão abrangidos pelo espírito da norma, ainda que não constem do seu texto<sup>331</sup>.

Como se pode retirar do que aqui já foi dito, é da inerência do direito do locatário e da sua caracterização como ónus que surgiria justificada a interpretação extensiva do preceito. Vejamos porquê. Havendo uma imposição, concedida por força do disposto no art. 1057.º do CC, de sub-rogação *ex lege* da posição do locador relativamente ao terceiro adquirente do imóvel, pese embora não tenha sido este a celebrar o contrato de arrendamento inicialmente, então, o direito do locatário é inerente à coisa locada. E se é um direito que é imposto por lei aos novos adquirentes do locado, representa, por conseguinte, para os mesmos um verdadeiro ónus. Olhando, agora, para a *ratio* da norma do art. 824.º, n.º 2 do CC, que quer abranger direitos que onerem a coisa vendida em execução, percebemos que o legislador incluiu nela menos direitos do que pretendia, na realidade, incluir. A lei refere apenas os direitos reais, mas há outros, para além desses, aos quais foi também atribuída inerência e que, por esse mesmo motivo, continuam a onerar a coisa após a venda executiva. Em resultado, o legislador, ao referir-se aos direitos reais, ficou aquém de quanto o espírito do preceito engloba, mormente o direito do arrendatário.

Nesta linha, o STJ, em acórdão datado de 27 de maio de 2010 (Álvaro Rodrigues)<sup>332</sup>, vem, uma vez mais, explicar que existe uma

---

<sup>329</sup> Machado, 2013, p. 194.

<sup>330</sup> Machado, 2013, p. 202.

<sup>331</sup> Cláudia Madaleno, embora não exclua a possibilidade de aplicação analógica, considera também preferível o recurso à interpretação extensiva (2008, p. 326).

<sup>332</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Também no sentido da inclusão do arrendamento no art. 824.º, n.º 2 do CC por recurso a interpretação extensiva do preceito, vide Ac. STJ de 18 de outubro de 2018 (Rosa Tching), Ac. TRL de 10 de setembro de 2019 (Maria da Conceição Saavedra), Ac. TRP de 14 de dezembro de 2017 (Ana Lucinda Cabral), todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No mesmo sentido, cfr. Cordeiro, 2019, p. 831: “fazemos

“semelhança notória do arrendamento com um direito real de gozo (...) [e] é por força desta notável semelhança ou analogia das situações de base que se faz a interpretação extensiva do art. 824.º, n.º 2 do Código Civil, e não para a integração de qualquer lacuna legal. Trata-se de uma modalidade da denominada interpretação corretiva, que abrange duas subespécies: a interpretação restritiva e a interpretação extensiva”.

Portanto, destaca também o Tribunal, quando se fala em analogia, nem sempre se visa proceder a uma interpretação analógica, de preenchimento de lacunas legais, mas, tão simplesmente, à extensão do texto legal, com base na sua *ratio legis*, a situações análogas.

Concluindo, não se está aqui a estender aos direitos de crédito, por via analógica, o efeito extintivo previsto no n.º 2 do art. 824.º do CC, pois, dada a sua eficácia relativa e consequente inoponibilidade perante terceiros, não pode haver lugar à aplicação analógica deste preceito aos direitos de crédito. Está, sim, a considerar-se aplicável tal efeito a determinados tipos de direitos de crédito, relativamente aos quais, e por representarem para o imóvel um gravame tão ou mais oneroso que os direitos reais a que se refere o artigo<sup>333</sup>, “possam proceder as mesmas razões justificativas da extinção”<sup>334</sup>.

### **3.3. O princípio do *emptio non tollit locatum* do art. 1057.º do CC**

Outros autores consideram que a solução para esta questão passa, em primeiro lugar, por averiguar o propósito do art. 1057.º do CC. O legislador quis, com esta redação, garantir a manutenção do contrato de arrendamento, abstraindo-se de quem é o novo adquirente do imóvel e, consequentemente, o novo senhorio. Esta norma está, portanto, desenhada para proteger o contrato de locação em geral, e o arrendamento em particular<sup>335</sup>. Sendo essa a *ratio* do preceito, entende-se porque consideram estes autores

---

uma aplicação extensiva ou, se necessário, analógica, do artigo 824.º, n.º 2, aos direitos pessoais de gozo. Uma vez que estes conferem, ao titular, o gozo de uma coisa corpórea, a base para aplicação extensiva (espírito da lei) ou para a analogia é evidente e pacífica”.

<sup>333</sup> A este propósito, ver Gonçalves, 1999, p. 100, onde pode ler-se um parecer dado por Henrique Mesquita, no âmbito do qual afirma que “um arrendamento representa muitas vezes, para o proprietário do imóvel, um ónus mais pesado do que um direito limitado de gozo”.

<sup>334</sup> Sequeira, 2007, p. 23.

<sup>335</sup> No Direito Romano vigorava a regra oposta – *emptio tollit locatum* –, segundo a qual não era imposto ao adquirente do imóvel que conservasse o locatário. As relações locatícias eram, nessa altura, consideradas como um direito de pessoa a pessoa, isto é, de natureza *in personam*. Contudo, a necessidade de proteger a posição do arrendatário e mesmo de se evitar que o locatário exigisse ao locador avultadas indemnizações em virtude da extinção do contrato levou a que o Código Napoleónico (1804), que inspirou em grande medida o nosso Código de Seabra, alterasse aquela máxima para a regra inversa, a atual regra do *emptio non tollit locatum* (cfr. Furtado, 2009, pp. 57-59; Cordeiro, 2019, p. 850).

que fazer caducar o contrato de arrendamento surja como uma “subversão do seu conteúdo”<sup>336</sup>.

A única norma prevista na lei que deve, de acordo com este entendimento, representar uma restrição à aplicação da regra do *emptio non tollit locatum* é a do art. 819.º do CC, que regula o conflito de interesses entre o arrendatário e a execução, como já tivemos oportunidade de ver. O mesmo é dizer que, para além dessa hipótese que a lei expressamente prevê, o art. 1057.º não deve sofrer nenhum outro tipo de limitações em sede de execução.

Ainda que sobre o bem seja constituída garantia real, nomeadamente uma hipoteca, a solução não é, para esta doutrina, diferente, devendo sempre prevalecer o que resulta do art. 1057.º do CC. Maria Olinda Garcia sublinha que

“a ideia de previsibilidade e segurança nas relações jurídicas invocável em defesa dos interesses do credor com garantia real anterior ao arrendamento, deverá valer também em favor do arrendatário que tomou de arrendamento o imóvel hipotecado”<sup>337</sup>.

Não querendo adiantar ainda a nossa posição perante esta querela, há que fazer notar que essa mesma segurança jurídica está salvaguardada pelo registo constitutivo da hipoteca, que já tivemos oportunidade de abordar. O arrendatário, ao celebrar o contrato de arrendamento, sempre terá a possibilidade de tomar conhecimento da existência da garantia que onera o imóvel. E é escusado o argumento segundo o qual um arrendatário menos familiarizado com este tipo de questões pode facilmente ignorar o registo da hipoteca, pois, como bem sabemos, a lei não protege os desavisados.

De todo o modo, não existe para estes autores um conflito tão grande entre os interesses económicos dos credores e o do arrendatário que justifique sacrificar a vigência do contrato. E assim é, desde logo, porque, por mais que o valor de venda do imóvel se revele insuficiente para garantir o crédito exequendo em virtude da existência do contrato de arrendamento, poder-se-ão em todo o caso penhorar outros bens do devedor. Querem com isto dizer que, ainda que o arrendamento possa representar um prejuízo para as garantias dos credores do executado, é o executado, e não o arrendatário, quem tem de arcar com as respetivas consequências. Nessa medida, é este quem deve ver outros dos seus bens penhorados, ao invés de ser o arrendatário a ver o seu contrato extinto.

Por outro lado, pode acontecer que, mesmo que o arrendamento faça diminuir o valor de venda do imóvel, esse valor seja, ainda assim, superior ao do crédito garantido. Deste modo, não há razões para fazer caducar o contrato de arrendamento, já que o mesmo não constitui obstáculo à satisfação do crédito em causa. Tal não traria qualquer vantagem

---

<sup>336</sup> Madaleno, 2008, p. 315.

<sup>337</sup> Garcia, 2004, p. 56.

económica ao credor com garantia real sobre o imóvel e seria para o arrendatário um sacrifício desnecessário.

Contrariamente ao que se esperava, estando a solução da caducidade do contrato tão vinculada na jurisprudência, já veio o próprio STJ pronunciar-se no sentido da não caducidade do contrato, invocando argumentos contraditórios àqueles que havia outrora empregado. Segundo o que se pode ler no sumário de um acórdão de 2018, “no atual contexto, o arrendamento de um imóvel não constitui, sem mais, um fator de desvalorização do mesmo, nem constitui um obstáculo à satisfação integral do crédito garantido”<sup>338</sup>.

Outro aspeto que Maria Olinda Garcia<sup>339</sup> não deixa de apontar, e ao qual o TRL entretanto aderiu<sup>340</sup>, é a amplitude de poderes que o senhorio detém para proceder à extinção do contrato. Hoje em dia, em face da constante evolução legislativa do regime do contrato de arrendamento, o regime vinculístico, típico destes contratos, tem vindo a estiar-se. O STJ assumiu também, naquele acórdão, que

“a regressão das medidas protecionistas em benefício de uma maior liberalização no mercado de arrendamento, traduzida na abolição do princípio da renovação do contrato de arrendamento e no esbatimento da política de bloqueio das rendas, permitiu a atribuição de poderes mais amplos ao locador para proceder à denúncia do arrendamento”<sup>341</sup>.

Portanto, o novo proprietário do bem teria, antes ou depois, a faculdade de pôr termo ao contrato de arrendamento por ato exclusivo da sua vontade, através da denúncia. Ora, dispondo o senhorio de poderes desta amplitude, não será o grau de desvalorização que a manutenção do contrato de arrendamento comporta significativo para o valor de venda do imóvel<sup>342</sup>.

Esta solução é, ainda, reforçada pelo argumento de que não só o arrendamento não constitui um pesado ónus em termos económicos para o locado, como pode até representar um aumento do seu valor económico. Cláudia Madaleno vinca esta ideia dando como exemplo a hipótese de estarmos perante um imóvel sito numa zona eminentemente turística, onde pode ser muito relevante dá-lo de arrendamento<sup>343</sup>. Neste caso, o contrato poderia contribuir para a valorização do imóvel.

---

<sup>338</sup> Cfr. Ac. STJ de 27 de novembro de 2018 (Henrique Araújo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente o TRL no Ac. de 30 de abril de 2019 (Rijo Ferreira), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Neste sentido, ver também Ac. STJ de 7 de dezembro de 1995 (Joaquim de Matos); Ac. STJ de 19 de janeiro de 2004 (Afonso de Melo), disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>339</sup> Garcia, 2004, pp. 57 e 58.

<sup>340</sup> Ac. de 30 de abril de 2019 (Rijo Ferreira), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>341</sup> Ac. STJ de 27 de novembro de 2018 (Henrique Araújo), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>342</sup> Garcia, 2004, p. 58.

<sup>343</sup> Madaleno, 2008, p. 316.

Outra nota importante, já mencionada por Maria Olinda Garcia, e agora citada pelo TRL<sup>344</sup>, tem que ver com a evolução legislativa, nomeadamente com a reforma do processo executivo, introduzida pelo DL n.º 38/2003, de 30 de abril. Nessa altura, o legislador optou por incluir, de forma expressa, no elenco dos atos inoponíveis à execução previstos no art.º 819.º do CPC o contrato de arrendamento, vindo assim acolher uma posição que já era doutrinal e jurisprudencialmente aceite. Contudo, não aproveitou a oportunidade para passar a incluir o arrendamento no elenco dos direitos que caducam nos termos do art. 824.º, n.º 2 do CC, ainda que fosse do conhecimento geral que existia quem na doutrina e jurisprudência perfilhasse tal solução. Poderia deduzir-se da decisão do legislador a sua intenção de não subscrever tal posição.

Também Menezes Leitão faz, neste sentido, alusão ao art. 109º, n.º 3 do CIRE, que determina que a alienação da coisa locada no âmbito do processo de insolvência não prejudica o locatário nos direitos que lhe são reconhecidos pela lei civil. É pacífico que entre os direitos a que esse preceito se refere se incluem a manutenção da posição contratual e o direito de preferência<sup>345</sup>. Ora, refere este autor que, como qualquer venda, também a venda executiva vai originar direito de preferência a favor do arrendatário; ao contrário, se o contrato caducasse com a venda judicial, já não se constituiria o tal direito de preferência que sempre tem de acontecer.

Resulta claro do que aqui foi exposto que a lei não se pronuncia sobre o destino a dar ao contrato nestas circunstâncias ou, pelo menos, nenhuma disposição legal nos esclarece expressamente quanto a isso. Para esta corrente minoritária, contudo, a solução para esta questão não passa por interpretar extensivamente a lei, nem mesmo por preencher qualquer lacuna.

Segundo este entendimento, o art. 824.º, n.º 2 do CC não se aplica ao arrendamento, não fazendo caducar o contrato celebrado depois do registo da hipoteca. Tem-se, ao invés, como transmitida a posição do locador para o terceiro que adquiriu o imóvel em sede de venda executiva. Ora, quer-se com isto dizer que, se o art. 1057.º se mostrar apto a resolver a questão – e mostra-se na medida em que, segundo este entendimento, ele tanto se aplicará à venda voluntária dita normal como à venda executiva – não há necessidade de apreciar nenhuma outra norma legal.

Em acórdão proferido a 19 de janeiro de 2004 (Afonso de Melo)<sup>346</sup>, o STJ vem precisamente destacar que “não previu o art. 824.º, n.º 2 a caducidade do arrendamento porque o art. 1057.º do mesmo Código estabeleceu a regra da sua transmissão”. E reforça, novamente, este mesmo Tribunal, em acórdão de 27 de março de 2007 (Moreira

---

<sup>344</sup> Ac. de 30 de abril de 2019 (Rijo Ferreira), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>345</sup> Nesse sentido, cfr. Leitão, 2019, p. 159; 2015, p. 167.

<sup>346</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Alves)<sup>347</sup>, que se o adquirente passa a ocupar a posição contratual do locador numa venda voluntária, por força do princípio *emptio non tollit locatum*, não perturbando esse negócio o contrato de arrendamento, “não se vê razão para que não ocorra também na venda forçada, isto é, na venda executiva, não havendo lugar para a aplicação do n.º 2 do art. 824.º, que, simplesmente, nada tem a ver com o arrendamento”. Nessa senda, não só não é adequado o recurso à aplicação analógica do art. 824.º, n.º 2, como não existe neste âmbito qualquer lacuna, já que o art. 1057.º regula devidamente o regime da transmissão da posição do locador. E indagando, ainda, sobre a admissibilidade de uma interpretação extensiva do preceito, o Tribunal volta a responder negativamente: estando a regra da transmissão expressamente definida pela lei, não faz igualmente sentido, sendo até desnecessária, a interpretação extensiva desse mesmo n.º 2 do art. 824.º do CC na medida em que

“não pode o intérprete considerar o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto. Ora, no n.º 2 do art. 824.º não se surpreende na letra da lei qualquer correspondência verbal que permita pensar que o legislador disse menos do que queria”,

isto é, que o arrendamento estaria também incluído no elenco de direitos que caduca com a venda em execução.

Note-se, ainda, que já em acórdão de 20 de setembro de 2005 (Reis Figueira)<sup>348</sup>, perfilhando idêntico entendimento, o STJ relembrou que quando for da opinião do legislador que “a venda executiva de prédio hipotecado [deva] fazer caducar o arrendamento, aditará esse caso à enumeração do art. 824.º, n.º 2 do CC”.

#### **4. Tomada de posição**

Parece-nos o momento adequado para expor a nossa posição sobre esta temática e, consequentemente, decidir qual dos interesses conflitantes, na nossa perspetiva, deve prevalecer, se o do credor hipotecário, se o do arrendatário. Cabe-nos encontrar a solução que melhor se coadune com a função do Direito, que, por sua vez, passa por encontrar uma posição equilibrada entre todos os interesses que se confrontam, ao invés de uma posição ideal para todas as partes.

Para além das expectativas do devedor, que enquanto proprietário de um imóvel quer, naturalmente, fazê-lo render, das do credor hipotecário, que pretende ver o seu crédito integralmente satisfeito e, em prol disso, assegurar que o valor do bem que lhe garante a

---

<sup>347</sup> Publicado em *CJ/STJ*, Ano XV (2007), Tomo I, p. 149.

<sup>348</sup> Publicado em *CJ/STJ*, Ano XIII (2005), Tomo III, p. 32.

dívida não sofre alterações, e das do arrendatário, que deseja a manutenção do seu contrato de arrendamento, há outros fatores que não podem deixar de ser tidos em consideração para a resolução desta questão ou, pelo menos, para aclarar qual o interesse verdadeiramente preponderante.

Como bem refere Vaz Serra, questões relacionadas com a hipoteca são “um problema do mais alto interesse público”<sup>349</sup>, com relevância tanto ao nível económico como ao nível social. Sendo o recurso ao crédito uma variável essencial no desenvolvimento económico, por permitir ultrapassar o problema da falta de liquidez financeira, houve necessidade de criar mecanismos que assegurassem o efetivo ressarcimento daqueles direitos de crédito. É o caso da hipoteca, que representa, atualmente, uma forma privilegiada de garantia em matéria de concessão de créditos.

Ora, a segurança de um credor que concede a outrem um determinado crédito passa, em primeiro lugar, por saber que a coisa hipotecada que garante a dívida pertence à pessoa do hipotecador. Mas igualmente importante é saber que sobre a coisa não existem outros ónus, anteriormente constituídos, suscetíveis de diminuir o valor da coisa hipotecada e, consequentemente, suscetíveis de afetar o valor da sua garantia. Precisamente por isso é que a hipoteca está sujeita a um registo, através do qual se podem conhecer todos os factos relativos à coisa hipotecada.

Tendo a hipoteca eficácia *erga omnes*, derivada daquele registo, naturalmente produzirá limitações de diversa ordem ao direito de propriedade de quem a constituir, *in casu*, o locador, a quem fica vedada a prática de atos que coloquem em causa o valor da coisa dada em garantia. Contudo, a sua existência não obsta ao poder de disposição dos bens, isto é, à oneração ou alienação do objeto da hipoteca (art. 695.º do CC), uma vez que tais atos não afetam o credor hipotecário que, ainda que a coisa se encontre na posse de outrem, poderá sempre executar a sua garantia. Com efeito, concluímos que é perfeitamente legítimo que o devedor-hipotecador dê o seu imóvel de arrendamento a outrem ainda que o mesmo seja objeto de uma hipoteca, pois tal situação em nada afetará a garantia do credor.

Não obstante, e precisamente por incluirmos o arrendamento no escopo da norma do art. 695.º, estamos, pois, a aderir à tese que o qualifica como um verdadeiro ónus. A própria imposição ao terceiro adquirente do imóvel da sub-rogação *ex lege* na posição de novo senhorio, feita pelo art. 1057.º do CC, que para alguns autores sustenta a tese da manutenção do contrato perante a venda executiva, vem comprovar isso mesmo. O arrendamento é, de facto, um ónus, quanto mais não seja porque não coube ao novo adquirente a decisão de celebrar sobre aquele imóvel um contrato de arrendamento e de

---

<sup>349</sup> Serra, 1957, p. 6.

ter como arrendatário aquela pessoa específica, não podendo pôr-lhe termo sem que se inobservem determinadas regras que a lei impõe.

E sendo o arrendamento um ônus para o adquirente do imóvel, é-o de igual modo para o credor hipotecário que queira executar a sua garantia. Pelo menos juridicamente. Em termos económicos não tem de ser necessariamente assim, na medida em que pode existir, digamos, um contrato de arrendamento através do qual o proprietário do imóvel consiga auferir avultados rendimentos, o que não aconteceria se aquele bem estivesse devoluto. Do ponto de vista jurídico, contudo, não temos dúvida de que é um ônus.

Destarte, e ainda que expressamente nada aponte nesse sentido, julgamos que no disposto no art. 824.º, n.º 2 não pode deixar de incluir-se o arrendamento. Já revelámos que subscrevemos a tese segundo a qual a posição jurídica do arrendatário é um direito pessoal de gozo e, nessa medida, cingindo-nos a uma interpretação meramente literal, este artigo parece contrariar aquele entendimento. Porém, sufragamos, assim como uma boa parte da doutrina já aqui citada, e em concordância com o que dispõe o art. 695.º do CC, que há que ir além da interpretação meramente literal do art. 824.º, n.º 2, e saber da sua teleologia. Queremos com isto significar que o legislador terá ficado aquém do que queria dizer.

Quando a lei se refere aos direitos reais está, na verdade, a querer abranger os direitos inerentes, que acompanham a coisa nas suas vicissitudes e continuam a onerá-la perante a sua alienação. A norma do art. 824.º, n.º 2 pretende fazer caducar estes direitos por forma a que a coisa seja vendida, em execução, livre de ônus que possam alterar o seu valor venal. Sendo o arrendamento ele próprio um direito inerente, por força do princípio *emptio non tollit locatum*, ainda que de natureza obrigacional, então ele está necessariamente abrangido pelo espírito da norma do art. 824.º, n.º 2.

Assim, a resposta a dar à questão da eventual caducidade do contrato de arrendamento perante a venda executiva do locado passa, salvo melhor entendimento, por interpretar extensivamente quanto disposto no n.º 2 do art. 824.º do CC, procurando a *ratio* do preceito, isto é, todas as situações inseridas no espírito da norma. Portanto, para além daqueles direitos reais ali mencionados, há que incluir o arrendamento no conjunto de ônus a considerar extintos após a venda executiva.

Ademais, dada a similitude das situações e, significando o arrendamento para o imóvel um gravame quase tão oneroso quanto alguns dos direitos reais referidos por este artigo, solução distinta não seria razoável.

Portanto, sempre que o arrendamento tenha como objeto um imóvel sobre o qual já tinha sido constituída hipoteca, é esta última que deve prevalecer. Se, pelo contrário, aquando da constituição do direito real de garantia já o imóvel era objeto de um contrato de arrendamento, este não sofrerá quaisquer consequências com a venda judicial. Opera,

na nossa opinião, e como estabelece o n.º 2 do art. 824.º, um critério de prioridade temporal da constituição de cada um dos direitos. Se a garantia é mais antiga, tendo sido previamente registada, sob pena de ineficácia, então o arrendatário, que deve conhecer esse facto, sujeita-se a que ela possa ser a qualquer momento executada. Pelo contrário, se o arrendamento era mais antigo, então, manter-se-á. Só esta solução se conforma com aquela que julgamos ter sido a intenção do legislador, a de proteger as “legítimas expectativas com que os titulares dos direitos em causa podiam razoavelmente contar”<sup>350</sup>. Em virtude da caducidade do contrato, poderá o adquirente, com vista a tomar posse do que é seu, servir-se do mecanismo previsto no art. 1053.º do CC, não obstante a remissão nele feita para as alíneas do art. 1051.º, pois, como já aqui se estabeleceu, estas fazem um elenco meramente exemplificativo das causas de caducidade do contrato, incluindo-se ainda entre elas a caducidade por venda executiva do locado. Assim, também neste caso pode a restituição do prédio ser exigida volvidos seis meses sobre o evento que determinou a caducidade.

Compreendemos as críticas a esta solução, na medida em que poderá para alguns ser demasiado forçoso tentar incluir este direito do arrendatário no escopo da norma do n.º 2 do art. 824.º do CC, da mesma forma que pode ser para este uma solução demasiado onerosa. É, contudo, segundo nos parece, a que melhor se coaduna com os objetivos destas normas.

---

<sup>350</sup> Sequeira, 2007, p. 26.

## Conclusão

Propusemo-nos, com este estudo, a apurar a solução que a lei dá ao problema de saber se, perante a venda executiva de um imóvel dado de arrendamento, e sobre o qual exista uma garantia real, aquela relação locatícia deve, ou não, manter-se.

Vimos que, embora o elenco do art. 1051.º do CC enumere várias causas de caducidade do contrato de arrendamento, a doutrina e jurisprudência nacionais não entendem tratar-se de um elenco fechado, sendo ele, pelo contrário, meramente exemplificativo. Destarte, podem perfeitamente existir outras causas suscetíveis de fazer caducar a relação arrendatícia, a saber, a venda executiva do locado.

Em sede de execução, uma vez ultrapassada a fase da penhora em que, por hipótese, o imóvel dado de arrendamento pertencente ao executado é apreendido judicialmente, sucede-se a fase de venda em execução. Nesta altura, o imóvel será vendido e, com o produto dessa venda, satisfazer-se-ão os créditos do exequente e dos demais credores que tenham vindo ao processo reclamá-los.

Em matéria de arrendamento, o CC prevê, no seu art. 1057.º, o princípio *emptio non tollit locatum*, segundo o qual, perante a alienação do locado, a posição do locador é transmitida para a pessoa do novo adquirente do imóvel. Contudo, consideramos que a resposta a esta concreta questão não passa pela aplicação deste preceito.

Os efeitos da venda em execução estão regulados pelo art. 824.º do CC. No seu n.º 2, nomeadamente, estão anunciados os direitos que caducam obrigatoriamente no momento da venda, estabelecendo como que dois critérios para a determinação dos direitos que a venda executiva faz extinguir: um deles é relacionado com a natureza jurídica dos direitos em causa, o outro com a prioridade temporal.

Sendo, a nosso ver, o direito do arrendatário um direito pessoal de gozo, que passa por conceder a uma das partes o gozo e fruição de uma coisa e à outra determinadas obrigações, facilmente percebemos que a norma, mencionando apenas direitos de natureza real, não parece querer incluí-lo. Porém, não nos parece, assim como a uma boa parte da nossa doutrina e jurisprudência, que a solução para esta questão se resuma apenas à qualificação da posição jurídica do arrendatário. Devemos ter em conta, mais do que a letra da lei, o seu espírito, de forma a podermos, com mais clareza, perceber se este direito está abarcado por este artigo ou não.

Segundo a teleologia normativa deste preceito, importa fazer extinguir todos os direitos que possam pôr em causa a venda dos bens penhorados pelo maior valor possível e que, por esse motivo, impliquem uma oneração para as garantias dos credores, como é o caso das hipotecas, constituídas para assegurar o ressarcimento do credor hipotecário.

Quanto a nós, a locação onera, de facto, o bem. Em primeiro lugar, porque o valor de um imóvel desocupado é francamente superior ao de um imóvel dado de arrendamento. Em

segundo, concedendo-lhe a norma do art. 1057.º o carácter de direito inerente, isto é, um direito com uma estreita ligação à coisa, acompanhando-a nas suas vicissitudes (como na sua alienação), o bem passa a estar sujeito a uma situação fora da disposição do seu novo proprietário, a quem é imposto um contrato que não fora por si celebrado e do qual este não pode libertar-se de imediato. Sendo, então, um ónus, enquadra-se na *ratio* do art. 824.º, n.º 2 do CC.

Dito isto, a solução por nós perfilhada é a de interpretar a norma do art. 824.º, n.º 2 do CC extensivamente de modo a nela incluir situações que, por análogas que são, merecem o mesmo tratamento, a saber, a do arrendatário.

Nesse sentido, e aplicando o critério da prioridade temporal que o preceito prevê, concluímos que os arrendamentos celebrados e registados (se sujeitos a registo) antes da constituição da garantia devem manter-se. Ao contrário, aqueles que foram celebrados após o registo da hipoteca devem caducar com a venda executiva.

Por último, resta reforçar que, sendo este um problema de resolução controversa, compete ao legislador proceder às alterações necessárias, tornando a lei mais clara e subtraindo-a deste modo às ambiguidades e interrogações que, por vezes, o seu espírito não chega a suprir sem suscitar desentendimentos. Uma vez revistas estas questões, que por tantos anos têm semeado a discórdia nos meandros da jurisprudência nacional, será possível alcançar entre as decisões a harmonização e homogeneização a que o nosso ordenamento jurídico almeja.

## Bibliografia

- AAVV. (2018). *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, José Brandão Proença (coord.). Universidade Católica Editora.
- ASCENSÃO, J.O. (1985). Locação de bens dados em garantia, natureza jurídica da locação. *ROA*, n.º 2.
- CAMPOS, M.I.M. (2003). *Da hipoteca – Caracterização, constituição e efeitos*. Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, M.I.M. (2009). Duas questões sobre a efectividade prática da hipoteca: A caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I. *Studia Iuridica*. Coimbra Editora.
- CORDEIRO, A.M. (1980). Da natureza real do direito do locatário. *ROA*.
- CORDEIRO, A.M. (2014). *Leis do arrendamento urbano anotadas*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2019). *Tratado de direito civil – Contratos em especial (1.ª parte)*, vol. XI. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L.A.C. (2010). *Lições de direitos reais*, 6.ª Edição. Quid Juris.
- FERREIRA, F.A. (2010). *Curso de processo de execução*, 13.ª Edição. Almedina.
- FREITAS, J.L. (2017). *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª Edição. Gestlegal.
- FREITAS, J.L. & MENDES, A.R. (2003). *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora.
- FURTADO, J.P. (2019). *Comentário ao Regime do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina.
- FURTADO, J.P. (2009). *Manual do arrendamento urbano*, vol. I, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- FURTADO, J.P. (2011). *Manual do arrendamento urbano*, vol. II, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- GARCIA, M.O. (2004). *Arrendamento urbano e outros temas de direito e processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, A.L. (1999). Arrendamento de prédio hipotecado – Caducidade do arrendamento. *Revista de Direito e Estudos Sociais*.
- GONÇALVES, M.C. (2017). *Lições de processo civil executivo*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M. (2019). *Arrendamento urbano*, 9.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M. (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M. (2017). *Direito das obrigações*, vol. I, 14.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- LIMA, P. & VARELA, J.A. (1997). *Código Civil anotado*, vol. II, 4.ª Edição, versão actualizada. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J.B. (2013). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MADALENO, C. (2008). *A vulnerabilidade das garantias reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES, J.D. (1960). *Prescrição aquisitiva*, vol. I. Lisboa.

- MARTINEZ, P.R. (2001). *Direito das obrigações (Parte especial) – Contratos*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P.R. (2006). *Da cessação do contrato*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, H. (1990). *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina.
- PINTO, C.A.M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, R. (2004). *Penhora, venda e pagamento*. Lex.
- SÁ, F.A.C. (1968). Da caducidade do contrato de arrendamento. *Cadernos de Ciência Técnica e Fiscal*.
- SEQUEIRA, A.C.S. (2007), A extinção de direitos por venda executiva. In Monteiro, J.F.S. *Garantias das obrigações*, pp. 7-49. Coimbra: Almedina.
- SERRA, A.V. (1957). Hipoteca. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 62.
- TELLES, I.G. (1959). Contratos civis. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83.
- TELLES, I.G. (1945). Arrendamento. In B. Garcia Domingues e M.A. Ribeiro (compil.). *Lições ao 5.º ano jurídico no ano letivo de 1944/1945*. Lisboa: Pro Domo.
- VARELA, J.M.A. (2014). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA, J.A. (2003). Arrendamento de imóvel dado em garantia. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV. Coimbra: Almedina.



**A localização GPS como meio de obtenção de prova no processo  
penal português**

António Sousa Novais Saúde Penha

Sob a orientação do Professor  
Doutor Pedro Miguel Freitas

“[D]emocracy transformed from thin paper to thick action  
is the greatest form of government on Earth”

Martin Luther King, Jr.,  
Discurso em Montgomery, 5 de dezembro de 1955

## **Agradecimentos**

A minha primeira palavra de agradecimento vai para o meu orientador, o Professor Doutor Pedro Miguel Freitas, pela inestimável ajuda e pelos inesgotáveis conselhos para a realização deste trabalho.

À Universidade Católica Portuguesa e aos seus excelentes professores pelos seus proveitosos ensinamentos.

Ao meu patrono, o Dr. Armindo Faria, que me concedeu uma enorme flexibilidade horária para a realização deste trabalho.

Aos meus pais, Paula e António Penha, pelo seu apoio e pelos importantes conselhos prestados.

Ao meu tio, Rui Novais, pelo seu precioso auxílio.

Ao meu saudoso avô, Albano Novais, por todos os seus ensinamentos enquanto ser humano inigualável e que ficaria extremamente feliz e orgulhoso ao ler estas páginas.

## **Resumo**

O novo método de aquisição probatória, designado GPS, é um instrumento fundamental na prevenção e no combate à criminalidade organizada. Porém, este método atentatório de direitos fundamentais, não se encontra regulado no direito interno. Baseada numa pesquisa bibliográfica e documental, esta dissertação procura explorar esta problemática tanto no plano nacional, por via da doutrina e da jurisprudência, como no plano europeu, através do direito comparado e do TEDH, mostrando os diversos entendimentos e soluções. Concluímos que para ser admissível, a localização GPS deveria estar regulamentada, e, que está nas mãos do nosso legislador acompanhar e regular devidamente esta nova tecnologia tão importante para a realização da Justiça, para bem do Estado de Direito.

**Palavras-chave:** GPS; métodos de obtenção de prova; proibições de prova; processo penal; vida privada; investigação criminal.

## **Abstract**

The new method of gathering evidence known as GPS constitutes an important tool in the prevention of and fight against organized crime. Yet, this method, which goes against fundamental rights, is not regulated in domestic law. Based on bibliographic and documental research, this study seeks to explore such problematic at national and European level by displaying the different understandings and solutions on the matter. The conclusion is that, in order to be admissible, GPS must be regulated, and it is up to the legislator to get down to working on the regulation of this new technology, which is of key importance for Justice and for the Rule of Law.

**Keywords:** GPS; methods of gathering evidence; proof bans; criminal procedure; private life; criminal investigation.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|             |                                                    |
|-------------|----------------------------------------------------|
| Ac.         | Acórdão                                            |
| Al.         | Alínea                                             |
| Art., Arts. | Artigo, artigos                                    |
| CC          | Código Civil                                       |
| CDFUE       | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia  |
| CEDH        | Convenção Europeia dos Direitos Humanos            |
| Cfr.        | Conferir                                           |
| CPP         | Código de Processo Penal                           |
| CRP         | Constituição da República Portuguesa               |
| DUDH        | Declaração Universal dos Direitos Humanos          |
| GPS         | <i>Global Positioning System</i>                   |
| JIC         | Juiz de instrução criminal                         |
| LEC         | <i>Ley de enjuiciamiento criminal</i>              |
| N.º, N.ºs   | Número, números                                    |
| OPC         | Órgãos de polícia criminal                         |
| PIDCP       | Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos |
| Proc.       | Processo                                           |
| SIED        | Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa    |
| SIRP        | Sistema de Informações da República Portuguesa     |
| SIS         | Serviço de Informações de Segurança                |
| STJ         | Supremo Tribunal de Justiça                        |
| StPO        | <i>Strafprozessordnung</i>                         |
| TC          | Tribunal Constitucional                            |
| TEDH        | Tribunal Europeu dos Direitos Humanos              |
| TJUE        | Tribunal de Justiça da União Europeia              |
| TRE         | Tribunal da Relação de Évora                       |
| TRL         | Tribunal da Relação de Lisboa                      |
| TRP         | Tribunal da Relação do Porto                       |

# **Índice**

Introdução

Capítulo 1. Localização GPS: conceito técnico

Capítulo 2. Prova

2.1. Noção e objeto da prova

2.2. Princípios relativos à prova

2.3. Tipos de prova

2.4. Proibições de prova

2.5. Legalidade da prova e métodos proibidos de prova

Capítulo 3. Entendimento doutrinal e jurisprudencial português quanto à admissibilidade do GPS como meio de obtenção de prova

3.1. Entendimento doutrinal

3.1.1. No sentido da sua admissibilidade

3.1.2. No sentido da sua inadmissibilidade

3.2. Entendimento jurisprudencial

Capítulo 4. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

4.1. Artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

4.2. Jurisprudência relativa ao GPS

Capítulo 5. Direito comparado

5.1. Direito Alemão

5.2. Direito Espanhol

5.3. Direito Francês

Capítulo 6. Dimensão constitucional

6.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada

Capítulo 7. Posição pessoal

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

## **Introdução**

Tal como em tantos outros domínios, a área do direito processual penal está a sofrer alterações significativas em resultado da vertiginosa transformação tecnológica e do desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais digital. Estas transformações levaram ao desenvolvimento de dispositivos como o GPS (*Global Positioning System*).

Através da colocação deste dispositivo de geolocalização no veículo de pessoas investigadas, em sede de inquérito, é possível monitorizar remotamente a localização instantânea e precisa do objeto, o percurso pelo mesmo efetuado, os tempos e locais de paragem ou a velocidade a que circula. A sua utilização pode ser fundamental para a recolha de material probatório e, por vezes, assume-se como imprescindível. Porém, carece ainda de uma regulamentação legal expressa, autónoma e detalhada.

Na reforma de 2007 ao Código de Processo Penal, foi regulada a localização celular, no seu art. 189.º, n.º 2, mas nada foi legislado relativamente à localização GPS. A ausência de disposição legal expressa coloca dúvidas na doutrina e na jurisprudência nacional quanto à possibilidade de utilização deste meio de obtenção de prova e aos moldes em que este pode ser utilizado.

A ciência tem avançado a passo rápido neste século, e o Direito Penal e Processual Penal têm de constantemente acompanhar essas transformações. Apesar destes enormes avanços tecnológicos serem extremamente benéficos para a eficácia da investigação criminal, é razoável argumentar que estas novas tecnologias, como o GPS, têm implicações nos direitos fundamentais dos cidadãos visados por estas.

As sociedades do século XXI estão marcadas pelo terrorismo e pelo crescimento da criminalidade altamente organizada, em geral. Este diferente e complexo tipo de criminalidade exige uma resposta, por parte dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais, diferente daquela da habitual criminalidade. Os meios utilizados são muito sofisticados e complexos; logo, tem de se recorrer a métodos, também eles, modernos para sua a prevenção, deteção e combate.

Esta temática já foi abordada em alguns livros e trabalhos científicos, mas continua ainda pouco estudada. Procuramos nesta dissertação visualizar esta problemática do GPS por um prisma mais abrangente. De facto, será analisada a dimensão constitucional, abordando um recente acórdão, examinaremos o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e serão, ainda, visualizados alguns ordenamentos jurídicos europeus com legislação quanto a esta matéria. Com esta panorâmica, pretendemos que fiquem claros os pontos-chave e que sejam abertos os horizontes para uma futura regulamentação.

Neste trabalho procedemos a uma cuidada análise legislativa, doutrinal e jurisprudencial, nacional e internacional, sobre este tema.

A presente dissertação abordará, primeiramente, o conceito técnico de GPS. De seguida, enquadrá-lo-emos na prova, com os seus tipos, princípios e proibições. Posteriormente, serão examinados os diversos entendimentos doutriniais e jurisprudenciais, em Portugal, sobre esta matéria, sem esquecer a dimensão constitucional, que será abordada de forma autónoma num capítulo próprio. Esta problemática será também visualizada no panorama jurídico estrangeiro, tanto na posição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativamente a este método e às suas afetações nos direitos fundamentais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como no quadro do direito alemão, espanhol e francês. Por fim, encontrar-se-á a nossa posição quanto a esta problemática.

Por limitações de espaço, o foco centrar-se-á na localização GPS, em detrimento de outros meios de obtenção de prova relacionados e relevantes. Pelos mesmos condicionalismos, só serão abordados determinados ordenamentos jurídicos estrangeiros, e também não será abordada a utilização do GPS em sede de direito laboral.



## Capítulo 1. Localização GPS: Conceito técnico

O GPS (*Global Positioning System* ou Geo-posicionamento por Satélite) é um sistema de navegação por satélite, desenvolvido pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América para as forças armadas americanas, na década de 70, que ficou totalmente operacional em 1993<sup>351</sup>. Este sistema fornece a um aparelho recetor móvel na Terra a sua exata localização, em qualquer momento e em qualquer parte do planeta.

Este sistema, que é controlado pelos Estados Unidos da América (EUA), a partir da *Schriever Air Force Base*, no estado do Colorado, é composto por um conjunto de mais de 24 satélites que se encontram localizados a, aproximadamente, 20.000 km da superfície terrestre e que conseguem, em conjunto, fornecer a informação geográfica de um objeto em qualquer parte do planeta e de forma contínua (24 horas por dia)<sup>352</sup>.

A tecnologia GPS é composta por dois diferentes tipos de serviços, o *Standard Positioning Service* (SPS) e o *Precise Positioning Service* (PPS). O SPS é entregue de forma gratuita aos utilizadores para fins civis, comerciais e científicos em todo o mundo. O PPS é um sistema que se destina, exclusivamente, a fins militares, sendo distribuído pelos EUA às forças armadas dos seus países aliados.

Os satélites GPS orbitam à volta do planeta Terra duas vezes por dia. Cada satélite transmite um sinal que é utilizado pelo recetores GPS para calcular a sua localização exata. Basicamente, o dispositivo GPS calcula a distância entre ele e, pelo menos, 2 satélites e, a partir daí, consegue determinar a sua localização exata (latitude, longitude e altitude) e outras informações, tal como a hora e a velocidade.

O GPS foi ganhando uma importância cada vez maior nas nossas vidas. Concebido para fins militares, chegou, neste século XXI, a uma série de equipamentos que fazem parte do quotidiano. A tecnologia GPS está presente em todo o lado, desde os veículos e contentores marítimos aos telemóveis e relógios.

Destes avanços tecnológicos deve também desfrutar a investigação criminal para que consiga penetrar de forma célere e eficaz dentro dos meandros da criminalidade, designadamente, da organizada. Os dispositivos GPS podem ser extremamente úteis e eficazes, poupando tempo e dinheiro. De facto, são objetos de difícil deteção e de fácil instalação, que permitem obter a informação geográfica de um objeto com extrema precisão e em permanência. Porém, é um método que não encontra cobertura legal no nosso direito interno, como iremos abordar mais adiante.

---

<sup>351</sup> Ver [https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/policy/GPS\\_History.html](https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/policy/GPS_History.html) (consultado em 20.11.2019).

<sup>352</sup> A respetiva arquitetura, descrição e funcionamento pode consultar-se em <http://www.gps.gov>.

## Capítulo 2. Prova<sup>353</sup>

### 2.1. Noção e objeto da prova

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos (*cf.* art. 341.º do Código Civil (CC)). A atividade probatória encontra-se regulamentada no processo penal e destina-se a convencer da existência ou não dos factos penalmente relevantes.

Desde logo, de acordo com o art. 124.º do Código de Processo Penal (CPP): “constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”.

São relevantes para o objeto da prova “todos os factos probatórios essenciais e instrumentais, para a descoberta da verdade material e para a punição”<sup>354</sup>. Os factos irrelevantes não constituem objeto de prova como, ainda, são prejudiciais ao processo.

Obviamente, o objeto da prova na fase de investigação deve ser mais amplo do que nas fases pós-acusação, onde este a partir daí fica definido, embora sujeito ainda a alterações (*cf.* arts. 1.º, al. f), 303.º, 358.º e 359.º, todos do CPP).

O julgador vai motivar a sua convicção com base na prova resultante da atividade probatória efetuada e tendo em conta as regras de experiência comum e os princípios da lógica e bom senso.

### 2.2. Princípios relativos à prova

Existem três princípios gerais fundamentais do processo penal relativos à prova<sup>355</sup>.

- Princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), tem como corolários: o princípio *in dubio pro réu* – o arguido tem o direito a ser declarado inocente, se não for feita prova plena da sua culpabilidade ou, segundo Eduardo Correia, “manda ao intérprete que, em caso de dúvida [sobre os pressupostos de facto], siga aquela das interpretações que mais favoreça o réu”<sup>356</sup>; o direito ao silêncio (o arguido não é obrigado a pronunciar-se sobre os factos que lhe são imputados) e, por fim, o direito à não autoincriminação<sup>357</sup>.

- Princípio da investigação ou da verdade material “é um princípio muito importante no direito processual penal, opondo-se ao princípio da verdade formal utilizado, nomeadamente, no direito processual civil”<sup>358</sup>. De facto, no processo penal, por um lado,

---

<sup>353</sup> A análise que se segue assume contornos necessariamente breves, tendo em conta as limitações de espaço.

<sup>354</sup> Lobo, 2019, p. 213.

<sup>355</sup> Dias, 2004, pp. 187-219.

<sup>356</sup> Correia, 2001, p. 150.

<sup>357</sup> Silva, G.M, 2017, pp. 96-100.

<sup>358</sup> Monte & Loureiro, 2014, p. 164.

“o juiz não está dependente daquilo que os sujeitos processuais trazem para o processo e, por outro lado, não recai sobre as partes qualquer ónus de prova”<sup>359</sup>. Assim, tendo sido fixado o objeto do processo, que vincula tematicamente o juiz, este pode investigar autonomamente e independentemente das contribuições das partes, de modo a formar a sua convicção, ordenando, oficiosamente, toda a produção de prova que entenda conveniente para a *descoberta da verdade* e boa decisão da causa (*cf.* artigos 340.º, n.ºs 1 e 2 e 323.º, alínea a) e b), do CPP).

Convocando os ensinamentos de Figueiredo Dias, “em processo penal está em causa, não a verdade formal mas a verdade material”. O tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, devendo procurar atingir a verdade material que não pode ser “uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”<sup>360</sup>.

- Princípio da livre apreciação da prova ou sistema da “prova livre” (art. 127.º do CPP) está intimamente ligado ao princípio da investigação/verdade material. Este princípio, que demonstra uma abertura à experiência e à autonomia do julgador<sup>361</sup>, significa que não existe, no CPP, um critério pré-estabelecido para a valoração da prova pelo juiz. O julgador tem a liberdade de formar a sua própria convicção sobre os factos submetidos a julgamento, valorando livremente a prova, segundo a sua experiência e bom senso. Contudo, há algumas limitações a este princípio, tais como, as que constam nos artigos 129.º, 163.º, 169.º, 343.º, n.º 1, e, 344.º, todos do CPP.

### 2.3. Tipos de prova

No nosso processo penal faz-se a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, seguindo a distinção dogmática do Direito Italiano entre os *mezzi di prova* e os *mezzi di ricerca della prova*.

Constituem meios de prova a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental (arts. 128.º a 170.º do CPP). Os meios de obtenção de prova encontram-se previstos nos arts. 171.º a 190.º do CPP, e os regulamentados são exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefónicas.

Eles distinguem-se numa dupla perspectiva: (i) os meios de prova são, “por si mesmos, fonte de convencimento”, enquanto os meios de obtenção de prova são “instrumentos” que possibilitam a obtenção dos anteriores; (ii) os meios de prova são produzidos, em princípio, na audiência de julgamento; ao invés, o momento da aquisição

---

<sup>359</sup> Monte & Loureiro, 2014, pp. 164-165.

<sup>360</sup> Dias, 2004, pp. 193-194.

<sup>361</sup> Mendes, 2014, p. 219.

dos meios de obtenção de prova é, em regra, nas fases preliminares, sobretudo no inquérito<sup>362</sup>.

Os meios de obtenção de prova visam a detecção de indícios da prática do crime, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “pré-existente” e, em regra, contemporânea ou preparatória do crime. Os meios de prova formam-se no momento da sua própria produção no processo, (..) constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “posterior” à prática do crime<sup>363</sup>.

Nas últimas duas décadas, os meios ocultos de obtenção de prova apareceram em massa, fruto, designadamente, de dois fatores: a ideologia do combate ao terrorismo desencadeada a partir dos EUA após a queda do *World Trade Center*; e das profundas transformações tecnológicas no domínio das telecomunicações.

Os métodos ocultos são uma categoria a que pertencem meios de obtenção de prova como as escutas telefónicas; os agentes encobertos e os “homens de confiança”; a videovigilância; as “buscas online”; a gravação de imagem ou de palavra com câmaras ou microfones ocultos (gravações ambiente), o *IMSI-Catcher* (localização celular), etc.<sup>364</sup>, sendo que as escutas telefónicas (arts. 187.º e ss., do CPP) foram o primeiro método oculto institucionalizado em Portugal.

“Os métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam”<sup>365</sup>. Por não terem conhecimento de tal medida, as pessoas auto incriminam-se inconscientemente e não podem adotar qualquer reacção, tanto de fuga como jurisdicionalmente.

No plano objetivo, podem ser imensos os direitos afetados por tais métodos e, no plano subjetivo, invadem a esfera jurídica de um número incontável de cidadãos. Logo, são métodos de obtenção de prova com uma “danosidade social polimórfica”<sup>366</sup>.

Todavia, apesar da sua lesividade qualificada, estes métodos apresentam inúmeras vantagens para a investigação criminal, sobretudo na perseguição do crime organizado. De facto, esse tipo de criminalidade é praticamente imune ao controlo tradicional: tem uma enorme complexidade organizacional, e existe uma relação diferente entre os envolvidos, em comparação com o crime tradicional. Por exemplo, no tráfico de droga, há uma relação fornecedor/cliente e não delinquente/vítima, gerando assim uma relação

---

<sup>362</sup> Silva, G.M, 2008, pp. 233-234.

<sup>363</sup> Albuquerque, 2018, p. 331.

<sup>364</sup> Andrade, 2009a, pp. 104 e ss. O atual juiz conselheiro inclui o GPS.

<sup>365</sup> Andrade, 2009a, p. 105.

<sup>366</sup> Andrade, 2009b, p. 536.

de “solidariedade recíproca”<sup>367</sup>. Portanto, só o recurso à investigação oculta permite romper as “trincheiras” do crime organizado e lograr o acesso à verdade.

## **2.4. Proibições de prova**

Afirma Figueiredo Dias que “as chamadas ‘proibições de prova’ são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria *verdade material*”<sup>368</sup>.

A descoberta da verdade material é uma das finalidades do processo penal; todavia, não é o fim absoluto. Por conseguinte, esta não pode ser procurada por quaisquer meios ou a todo o custo, mas tão só pelos meios processualmente admissíveis, mesmo que de tal limitação das “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo”<sup>369</sup> possa resultar, algumas vezes, o sacrifício da verdade material.

As proibições de prova afetam tanto a produção de prova, como a valoração da prova<sup>370</sup>.

No primeiro grupo enquadram-se: as proibições de temas de prova – que implicam que determinados factos não possam ser investigados (arts. 137.º e 182.º do CPP); as proibições de meios de prova (arts. 129.º, n.º 1, 130.º, n.º 1, 134.º, n.º 2, e, 356.º, todos do CPP), que vedam o recurso a certos meios de prova, independentemente da sua potencial utilidade para a descoberta da verdade; e, por fim, os métodos de prova, absoluta ou relativamente proibidos (art. 126.º do CPP, e, art. 32.º, n.º 4 da CRP), que se traduzem na proscrição do recurso a certos procedimentos para a obtenção de meios de prova e respetiva utilização.

Quanto às proibições de valoração da prova, trata-se da proibição de utilização de provas como fundamento da prolação de decisões desfavoráveis ao arguido, sendo esta a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção de provas a qualquer preço.

## **2.5. Legalidade da prova e métodos proibidos de prova**

Em sede probatória vigora o princípio da legalidade da prova (art. 125.º do CPP): “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. O entendimento dominante deste preceito é no sentido de que todos os meios de prova serão admissíveis no processo, mesmo que não estejam previstos (meios atípicos), até que seja determinada,

---

<sup>367</sup> Andrade, 2009b, p. 532.

<sup>368</sup> Dias, 2004, p. 197.

<sup>369</sup> Karl-Heinz Gössel *apud* Andrade, 1992, p. 83.

<sup>370</sup> Mendes, 2014, pp. 177 e ss.

legalmente, a sua proibição<sup>371</sup>. Consagra, assim, uma ampla liberdade, uma *não taxatividade* dos meios de prova nem de obtenção de prova<sup>372</sup>.

A admissibilidade de uma prova atípica pressupõe não só a ausência de uma expressa proibição normativa, mas ainda a falta de um meio probatório tipificado adequado/idóneo a produzir o mesmo resultado<sup>373</sup>. Deste modo, o recurso a meios de prova atípicos só é admissível em casos excepcionais e sob apertados requisitos. Assim, podemos concluir que a *liberdade dos meios de prova* (contida no art. 125.º do CPP) é “ilusória”, segundo Paulo de Sousa Mendes<sup>374</sup>, encontrando limites não apenas no artigo 126.º do CPP (que iremos abordar de seguida), mas também nos formalismos legais para a aquisição probatória, pois “esta liberdade não se deve confundir com uma completa fungibilidade das formas probatórias”<sup>375</sup>.

O art. 32.º, n.º 8, da CRP constitui a pedra angular da disciplina dos métodos probatórios proibidos que constituem um limite ao princípio da legalidade da prova. O respeito pelos direitos fundamentais das pessoas levou a considerarem-se inadmissíveis certas provas e à cominação da nulidade das alcançadas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Este regime jurídico confronta a tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais contra o interesse da investigação e da perseguição penal. Nas palavras de Guedes Valente, “O princípio democrático, que tem por base a defesa dos direitos fundamentais, a legalidade democrática da atuação do *jus puniendi*, não é compatível com meios e métodos de investigação criminal objectivamente criminosos”<sup>376</sup>.

O legislador processual penal não podia, em nome da busca da verdade material, permitir a compressão dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados para além do que a própria Constituição permitisse. A velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de meios de prova.

A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto que possa ser perseguido por qualquer forma<sup>377</sup>. Os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana, consagrada no art. 1.º da CRP, e nos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático (art. 2.º da CRP)<sup>378</sup>.

---

<sup>371</sup> Silva, G.M., 2008, pp. 136 e ss.

<sup>372</sup> Albuquerque, 2018, p. 332.

<sup>373</sup> Silva, S.O., 2011, p. 563.

<sup>374</sup> Mendes, 2014, p. 173.

<sup>375</sup> Silva, S.O., 2011, p. 570.

<sup>376</sup> Valente, 2010, p. 188.

<sup>377</sup> Miranda & Medeiros, 2010, p. 737.

<sup>378</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 524.

Face às novas formas de criminalidade, surge a necessidade de ampliar a capacidade investigatória, especialmente os meios de obtenção de prova que, por vezes, estão no limiar do ilícito. Os métodos proibidos de prova são “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo”<sup>379</sup>.

O artigo 126.º do CPP prevê os métodos proibidos de prova e faz uma distinção entre as proibições absolutas e relativas de obtenção de meios de prova<sup>380</sup>. O art. 126.º, nos n.ºs 1 e 2, prevê as proibições absolutas – provas obtidas através de tortura, coação e ofensa da integridade física e moral das pessoas, ainda que sejam obtidas a coberto do consentimento do titular dos direitos em causa, são absolutamente proibidas por constituírem os atentados mais drásticos à dignidade humana e à representação do processo penal como processo de um Estado de Direito<sup>381</sup>. A inviolabilidade é primariamente garantida nos arts. 24.º e 25.º da CRP.

No artigo 126.º, n.º 3, do CPP constam as proibições relativas, que se traduzem nas provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (arts. 26.º e 34.º, da CRP). São métodos relativamente proibidos porque a proibição pode ser afastada pelo acordo do titular dos direitos fundamentais em causa, ou removida mediante as ordens ou autorizações emanadas por certas autoridades nos termos da lei (*cfr.* art. 34.º, n.ºs 2, 3 e 4, da CRP, e arts. 177.º, 179.º, 180.º e 187.º, do CPP).

Os direitos tutelados nos n.ºs 1 e 2 do art. 126.º do CPP (e art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP) são direitos indisponíveis por atentarem de uma forma direta contra a dignidade da pessoa humana; já os direitos tutelados no n.º 3 do art. 126.º, do CPP (e art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP) podem sofrer restrições por leis precisas e determinadas.

Nas palavras de M. Costa Andrade, “nada parece impor a conclusão de que no art. 126.º do CPP se contenha uma enumeração taxativa”<sup>382</sup>. Segundo o juiz do Tribunal Constitucional, como métodos proibidos de prova seguramente enquadrar-se-ão os demais atentados que realizem a mesma danosidade à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física e moral das pessoas. Portanto, o art. 126.º do CPP não se apresenta como um catálogo fechado ou um *numerus clausus* de provas proibidas.

O art. 126.º do CPP incide quer na forma como a prova foi obtida – produção/obtenção de prova – quer na forma como essa prova pode ser utilizada –

---

<sup>379</sup> Andrade, 1992, p. 216.

<sup>380</sup> Ver o Ac. do STJ de 20.09.2006, proc. n.º 06P2321, Relator Armindo Monteiro, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relativamente a esta distinção e às suas diferenças intrínsecas.

<sup>381</sup> Andrade, 1992, p. 209.

<sup>382</sup> *Idem*, p. 216.

uso/valoração da prova. Convém realçar que “os métodos proibidos de prova” incluem os meios de prova e os meios de obtenção de prova”<sup>383</sup>.

A proibição de certos métodos de obtenção de prova dirige-se, preferencialmente, aos órgãos de perseguição penal, a começar pelas autoridades judiciais e a terminar nos órgãos de polícia criminal (OPC). De facto, como considera Paulo de Sousa Mendes<sup>384</sup>, estas proibições perseguem “fins de disciplina”, isto é, visam impedir que o Ministério Público (MP) e os OPC sobreponham o interesse da perseguição penal e da descoberta da verdade material aos direitos fundamentais dos cidadãos.

As intervenções abusivas dos órgãos de perseguição penal, mesmo quando circunscritas ao caso concreto, são sempre suscetíveis de abalar a confiança da comunidade na conformidade do processo penal aos princípios do Estado de Direito. O n.º 4 do art. 126.º do CPP vem alertar que ninguém está acima da lei, acabando este preceito, assim, por sintetizar o ideário do Estado de Direito.

Convém realçar que a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou atinjam a sua privacidade. Assim, as primeiras são cominadas com a nulidade absoluta, enquanto as segundas são cominadas com uma nulidade relativa, pois é sanável pelo consentimento do titular do direito<sup>385</sup>. A nulidade da prova proibida pode ser conhecida em qualquer fase do processo e mesmo após o trânsito em julgado da sentença (art. 449.º, n.º 1, al. e), do CPP).

---

<sup>383</sup> Albuquerque, 2018, p. 334.

<sup>384</sup> Mendes, 2004, p. 140.

<sup>385</sup> Albuquerque, 2018, p. 335.



### **Capítulo 3. Entendimento doutrinal e jurisprudencial português quanto à admissibilidade da localização GPS como meio de obtenção de prova**

Há uma forte divergência, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a propósito da admissibilidade ou inadmissibilidade da colocação de um localizador GPS no veículo de um suspeito ou arguido em sede de inquérito como um meio de obtenção de prova à luz do direito processual penal português. Tal como iremos aprofundar a seguir, na doutrina, a posição dominante vai no sentido da sua inadmissibilidade, apesar de haver entendimentos contrários, como veremos. Por outro lado, o entendimento dominante dos Tribunais portugueses tem sido no sentido da sua admissibilidade como um meio de obtenção de prova atípico, embora não seja unânime.

#### **3.1. Entendimento doutrinal**

Há uma divergência na doutrina nacional quanto a esta temática, apesar de o entendimento dominante ser no sentido da inadmissibilidade da localização GPS como meio de obtenção de prova, adotando assim a maioria da nossa doutrina, digamos, uma posição mais “garantística”.

A localização GPS é um método que atinge, indubitavelmente, alguns direitos fundamentais. Segundo Benjamim Silva Rodrigues, este método “atinge o direito à reserva da intimidade da vida privada, em primeiro lugar, e, ainda que de forma menos intensa, a liberdade de deambulação em território nacional, de forma anónima”<sup>386</sup>. O direito à autodeterminação informacional é também atingido, e irá ser abordado, de forma sintética, mais adiante, no capítulo constitucional.

A doutrina entende, de forma unânime, que os meios de obtenção de prova que impliquem um “elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito ou um *“potencial aditivo de perigo inerente ao ataque aos direitos fundamentais”*”<sup>387</sup> terão de estar expressamente previstos na lei. Não obstante isso, há alguma doutrina que considera, porém, que este meio de obtenção de prova não constitui esse “elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito”, como iremos ver de seguida.

##### **3.1.1. No sentido da sua admissibilidade**

A doutrina que segue esta orientação afirma que se trata de um meio de obtenção de prova pouco intrusivo da vida privada do visado, não consubstanciando, assim,

---

<sup>386</sup> Rodrigues, 2010, p. 92.

<sup>387</sup> Albuquerque, 2018, p. 332.

qualquer método proibido de prova à luz do art. 126.º do CPP<sup>388</sup>, e entende, na sua maioria, que se trata de um sucedâneo do seguimento policial clássico<sup>389</sup>.

Duarte Rodrigues Nunes e Tiago Caiado Milheiro equiparam a localização celular à localização GPS. Duarte Nunes argumenta que, em ambos os métodos, “há uma localização de um objecto/bem a partir do qual se poderá inferir a localização de indivíduo”. E Tiago Milheiro entende que a menção a “celular” prevista no art. 189.º, n.º 2, do CPP é “meramente exemplificativa, abrangendo todos os outros meios que permitam a localização”<sup>390</sup>. Segundo este, a leitura das normas processuais deve “moldar-se à envolvência cultural, social e tecnológica de uma sociedade”<sup>391</sup>.

Em suma, esta parte da doutrina defende que a localização GPS é um método de obtenção de prova atípico, admissível à luz do art. 125.º do CPP.

Quanto ao regime aplicável, há duas posições tomadas a este respeito. Por um lado, Duarte Nunes e Tiago Milheiro consideram que lhe é aplicável, atenta a similitude, o regime jurídico da localização celular, por analogia, disposto no art. 189.º, n.º 2, do CPP, que opera uma remissão, não total, para o regime das escutas telefónicas (art. 187.º do CPP)<sup>392</sup>. No capítulo 7, iremos abordar esta questão de forma mais pormenorizada, mas podemos, desde já, afirmar que essa interpretação nos parece abusiva, apesar das semelhanças entre os dois métodos. Por outro lado, Santos Cabral e Gama Lobo entendem que as autoridades policiais não necessitam de uma autorização judicial prévia para colocarem este dispositivo de localização, a par do que ocorre com o seguimento policial clássico, método equiparado pelos autores<sup>393</sup> (mas, na nossa opinião, erradamente, pois a localização via sistema GPS é uma vigilância digital e oculta).

A doutrina supra referida que defende a sua admissibilidade, com exceção de Duarte Nunes, não procedeu a uma análise, na nossa opinião, devidamente aprofundada relativamente a esta temática, limitando-se, parte dela, apenas a citar o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora<sup>394</sup>, que mais adiante será abordado, e a acompanhar o seu entendimento.

---

<sup>388</sup> Cabral, 2016, p. 780; Lobo, 2019, p. 378. Duarte Nunes assume que se trata de um método oculto; todavia, entende que isso não lhe “confere necessariamente um elevado grau de intrusão na privacidade ou um potencial aditivo de perigo inerente ao ataque aos direitos fundamentais do suspeito” (*Cfr.* Nunes, 2017, p. 108).

<sup>389</sup> Cabral, 2016, p. 780; Lobo, 2019, p. 379. Duarte Nunes considera que o seguimento policial “clássico” é um meio de obtenção de prova atípico e admissível, “que até pode ser mais lesivo” (*Cfr.* Nunes, 2019, p. 16).

<sup>390</sup> Milheiro, 2018, p. 831.

<sup>391</sup> Milheiro, 2018, p. 830.

<sup>392</sup> Duarte Nunes considera que o regime aplicável à localização celular oferece garantias contra eventuais arbitrariedades (*Cfr.* Nunes, 2017, pp. 113-115). Tiago Milheiro defende que o artigo 189.º, n.º 2, do CPP deve abarcar a localização GPS (Milheiro, 2018, p. 831).

<sup>393</sup> Cabral, 2016, p. 780; Lobo, 2019, p. 379.

<sup>394</sup> Proc. n.º 2005/08-1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### 3.1.2. No sentido da sua inadmissibilidade

A doutrina que considera que a localização GPS é um método de obtenção de prova atípico e inadmissível no processo penal português defende, de forma unânime, que se trata de um meio que implica um elevado grau de intrusão no direito à reserva da vida privada do cidadão visado (art. 26.º, n.º 1, da CRP)<sup>395</sup>.

Entendem também, de forma consensual, que este método, para ser considerado legítimo, tinha de estar expressamente previsto na lei, o que não acontece<sup>396</sup>. Segundo os autores, sendo um método atentatório de direitos fundamentais, essa restrição teria de constar de previsão legal (*reserva de lei*), à luz do art. 18.º, n.ºs 1 e 2, da CRP. Os mesmos autores entendem que não há uma habilitação legal expressa, nem a possibilidade de integração, por via interpretativa, no edifício normativo dos métodos de obtenção de prova previstos legalmente, como, por exemplo, no art. 189.º, n.º 2, do CPP (localização celular)<sup>397</sup>. E Costa Andrade vai mais longe e afirma o seguinte: “as leis existentes não podem ser encaradas como uma espécie de normas penais em branco, marcadas pela plasticidade e abertas à subsunção dos novos meios técnicos de invasão e devassa”<sup>398</sup>.

Para além disso, uma parte dos autores desta corrente doutrinal afirma que se trata de um método oculto<sup>399</sup>: “Os métodos ocultos representam uma intromissão nos processos de acção (...) das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou sequer se apercebam”<sup>400</sup>. Por possuírem essa natureza são, obviamente, ainda mais intrusivos e carecem de uma exigente regulamentação legal expressa e detalhada que não deixe margem para dúvidas e para abusos das autoridades públicas. Essa habilitação legal expressa não existe no CPP nem em outro diploma extravagante.

Há ainda uma autora, Maria Beatriz Seabra de Brito, que defende que o princípio da legalidade da prova (art. 125.º do CPP) é “genericamente proibitivo ou sob regra de *permissão condicionada por habilitação legal expressa*”<sup>401</sup>, e não de admissibilidade genérica de meios ou métodos atípicos, como é o entendimento maioritário da doutrina.

---

<sup>395</sup> Andrade, 2009a, pp. 113-115, Rodrigues, 2010, p. 98, Soares, 2017, pp. 267-269. Maria Brito entende que acarreta elevados níveis de devassa pela “aquisição de dados em lastro e qualidade inalcançáveis por meios humanos [observação policial ocular]” (cfr. Brito, 2018, p. 70). De acordo com Pinto de Albuquerque, “há um limite material intrínseco dos meios atípicos de obtenção de prova: não é admissível a utilização de meios que permitam uma ‘vigilância total’, isto é, que permitam que através destes possa ser construído um perfil completo da personalidade do cidadão” (cfr. Albuquerque, 2018, p. 332).

<sup>396</sup> Neste sentido, *vide* Andrade, 2009b, p. 541, Albuquerque, 2018, p. 332, Rodrigues, 2010, pp. 91-94, Paulo Soares, 2017, pp. 267-269, Maria Brito, 2018, pp. 87-88.

<sup>397</sup> De acordo com os que defendem a sua inadmissibilidade, a localização GPS não possui uma natureza comunicacional, o que impede a sua inclusão no art. 189.º, n.º 2, do CPP, referente à localização celular. Neste sentido, *vide* Albuquerque, 2018, p. 545, Paulo Soares, 2017, pp. 267-269, e Maria Brito, 2018, p. 91.

<sup>398</sup> Costa Andrade, 2009a, p. 112.

<sup>399</sup> *Vide* Rodrigues, 2010, p. 91, e Maria Brito, 2018, p. 72. Neste sentido, também, Costa Andrade, que entende que os meios ocultos, ao contrário dos descobertos, impedem os cidadãos de se oporem à medida, tornando-se assim mais gravosos (Cfr. Andrade, 2009a, p. 115).

<sup>400</sup> Andrade, 2009a, p. 106.

<sup>401</sup> Brito, 2018, p. 27.

Assim, segundo a autora, como a localização GPS não está expressamente prevista na lei, nem encontra equivalente probatório regulado, deve ficar excluída do catálogo de meios de obtenção de prova à disposição das instâncias formais de controlo.

### **3.2. Entendimento jurisprudencial**

A posição sufragada, digamos, maioritariamente nos tribunais portugueses – Tribunais da Relação (Évora, Lisboa e Porto) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ) – quanto a esta questão da admissibilidade/inadmissibilidade da colocação de um recetor GPS no veículo do suspeito ou do arguido, na fase de inquérito, como meio de obtenção de prova é a da sua admissibilidade como um meio atípico. Contudo, não é unânime tanto essa pronúncia pela afirmativa, quanto os moldes de tal admissibilidade, como veremos de seguida.

Cumpramos abordar, de forma cronológica e sintética, os 4 acórdãos fundamentais que incidem diretamente sobre esta matéria. Mais adiante, iremos abordar, de forma autónoma, o entendimento constitucional.

#### **- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora<sup>402</sup>**

Este foi, digamos, o acórdão pioneiro relativamente a esta matéria. No caso em concreto, foi colocado um dispositivo GPS, pelos OPC, nos veículos utilizados pelo suspeito (não é referido de que crime), em sede de inquérito, por forma a controlar os seus movimentos, pelo prazo de 60 dias.

O Tribunal da Relação de Évora (TRE) considerou que estes dispositivos não representam uma intromissão na vida privada do visado, já que o GPS “é um aparelho surdo e cego no sentido de que não escuta as conversas dos ocupantes do carro, nem identifica quem lá vai e o que estão a fazer, apenas informa aonde está o veículo”, não consubstanciando, assim, qualquer método proibido de prova nos termos do art. 126.º, n.º 3, do CPP. Para além disso, entendeu que “a localização GPS é o “irmão gémeo electrónico’ do seguimento clássico”.

Assim, como o “seguimento clássico” não carece de autorização judicial prévia, e dada a similitude entre ambos, o TRE decidiu que a colocação de um localizador GPS pelos OPC nos veículos de pessoas investigadas, em sede de inquérito, é admissível, à luz do art. 125.º do CPP, e não carece de um mandado judicial prévio.

---

<sup>402</sup> Proc. n.º 2005/08-1, de 07.10.2008, Relator Martinho Cardoso, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto<sup>403</sup>

Passados sensivelmente cinco anos, surgiu um novo acórdão a abordar esta problemática. Neste caso, havia suspeitos da prática de furtos qualificados aos quais o Tribunal de 1.<sup>a</sup> instância não permitiu a colocação de dispositivos GPS.

Este acórdão vai em sentido contrário ao entendimento plasmado no acórdão anteriormente analisado.

De forma sintética, o Tribunal da Relação do Porto (TRP) considerou que se trata de um meio de obtenção de prova atentatório do direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e do direito à autodeterminação informativa (art. 35.º da CRP). Para além disso, rejeitou a equivalência do clássico seguimento convencional à localização GPS por esta permitir traçar o “perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa”. Por fim, traçou semelhanças com a localização celular e, desse modo, não concordou com a dispensabilidade da autorização judicial prévia para a localização GPS, uma vez que em ambos estão em causa “dados sensíveis”.

O TRP concluiu que a colocação de um GPS *tracker*, fruto da sua similitude com a localização celular, “está sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica [dado que é esse o regime aplicável à localização celular], o disposto no art. 187.º do CPP”. Portanto, não aplicou “diretamente” o regime das escutas telefónicas.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>404</sup>

No mesmo ano do acórdão anterior, passados uns meses, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) pronunciou-se sobre esta temática.

Neste caso, os OPC tinham requerido ao juiz de instrução a autorização para a colocação de um dispositivo de localização GPS num veículo de suspeitos de tráfico de droga. Tal meio de obtenção de prova foi autorizado por despacho não fundamentado do JIC, tendo por base os arts. 125.º e 189.º do CPP. O uso do GPS não permitiu obter diretamente quaisquer provas do crime, mas potenciou a sua obtenção, permitindo aos investigadores seguir os movimentos do veículo e descobrir onde estava a droga e os implicados na operação criminosa.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou, em primeiro lugar, que a localização GPS “constitui uma intromissão na vida privada dos ocupantes do veículo”. Em segundo lugar, não equiparou o seguimento policial convencional à localização GPS, pois “é um meio oculto de vigilância”. Por ter essa natureza, “não se pode detetar, fugir ou reagir jurisdicionalmente de tal método”.

---

<sup>403</sup> Proc. n.º 246/12.9TAOAZ-A.P, de 21.03.2013, Relator Joaquim Gomes, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>404</sup> Proc. n.º 780/10.5JAPRT.S1, de 24.10.2013, Relator Manuel Braz, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O art. 126.º, n.º 3, do CPP estabelece que são nulas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, salvo se estiver previsto na lei. O Supremo considera que este método oculto constitui uma intromissão na vida privada; porém, está previsto na lei, no artigo 189.º, n.º 2, do CPP, por interpretação extensiva.

Segundo o STJ, “a letra da lei ficou aquém do seu espírito”. O art. 189.º do CPP traduz o propósito do legislador de regular, além do mais, a localização de alvos por meios eletrónicos, referindo um desses tipos de localização, a celular. Assim, dadas as semelhanças entre os dois meios de obtenção da prova, o regime jurídico aplicável à localização celular aplica-se ao GPS.

Portanto, o entendimento plasmado no acórdão é o de que é necessário “alargar o texto legal fazendo-o corresponder ao seu espírito”. Por conseguinte, o STJ considerou a colocação de um localizador GPS como um meio de obtenção de prova válido, caindo no âmbito de previsão do n.º 2 do art. 189.º do CPP, por extensão. Sendo assim, o seu uso tem de ser autorizado por despacho do JIC (“sem a exigência de fundamentação” do artigo 189.º, n.º 1, constituindo a sua omissão uma mera irregularidade que, *in casu*, não foi arguida), e só deve ter lugar na investigação de casos de média ou grande criminalidade, tudo à luz e com apelo às disposições dos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 4, e 202.º, n.ºs 1 e 2, todos da CRP.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>405</sup>

Por fim, em 2016, foi a vez do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) tomar posição sobre esta problemática.

Neste acórdão estava em causa a colocação de localizadores GPS, não pelos órgãos de polícia criminal, mas, sim, pela assistente no processo, em dois veículos, sem o consentimento dos seus utilizadores, que vieram a ser condenados posteriormente por furto simples por via dos registos de GPS.

O TRL apresentou, neste acórdão, um entendimento diverso dos anteriores acórdãos, o que é demonstrativo das fortes divergências em redor desta temática e da necessidade do legislador clarificar, de uma vez por todas, esta matéria.

O TRL considerou que se trata de um meio oculto de investigação e que, por via dessa característica, só seria admissível com um meio de obtenção de prova se houvesse uma lei expressa que o legitimasse e regulasse a sua utilização. Acrescentou que é um dispositivo atentatório do direito à reserva da vida privada dos visados (art. 26.º, n.º 1, da CRP)<sup>406</sup> e, ainda, do direito à autodeterminação informacional – “que impede que os

---

<sup>405</sup> Proc. n.º 2903/11.8TACSC.L1-3, de 13.04.2016, Relator Carlos Almeida, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>406</sup> Pode ler-se do seu sumário que “A utilização destes aparelhos, pelo sistemático e permanente registo de dados que propicia, cujo tratamento permite, e pela natureza dos mesmos, é susceptível de violar a vida privada dos utilizadores dos veículos em que se encontrem instalados”.

dados obtidos através desses aparelhos sejam objeto de tratamento informático, a não ser nos casos ressalvados na parte final desse preceito” – consagrado no art. 35.º, n.º 3, da CRP, que constitui uma forma indireta de proteger a privacidade.

Concluindo, o TRL afirma que, inexistindo lei que o consagre de uma forma expressa e clara, “é um método de obtenção de prova proibido”, sendo assim “proibida a valoração dos registos obtidos” através desses dispositivos de localização, nos termos dos arts. 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º, n.º 3, do CPP, independentemente de, neste caso, terem sido obtidas pela assistente.

Em jeito de conclusão, podemos verificar, em primeiro lugar, que é praticamente unânime, na jurisprudência nacional, que estamos perante um método intrusivo da vida privada dos visados e que, por isso mesmo, é necessário uma autorização judicial prévia<sup>407</sup>.

Para além disso, como vimos, alguma jurisprudência defende que se trata de um método oculto de obtenção de prova<sup>408</sup>.

Quanto à jurisprudência que defende a admissibilidade de tal método, como vimos, há várias posições quanto ao regime jurídico aplicável.

A posição assumida pelo TRE, bastante controversa, é a de que este método atípico não carece de um mandado judicial prévio, equiparando-o à vigilância policial clássica. Seguidamente, o TRP remeteu para o regime jurídico das escutas telefónicas (art. 187.º do CPP), por analogia, não diretamente, com fundamento no facto de ser esse o regime aplicável à localização celular. Por fim, de uma forma semelhante, mas mais clara e sustentada, o STJ foi no sentido da interpretação extensiva do art. 189.º, n.º 2, do CPP, que consagra a localização celular e remete, parcialmente, para o regime das escutas telefónicas (art. 187.º do CPP). O TRP e o STJ optaram por esta solução por via da similitude entre ambos os métodos e por forma a contornar a lacuna legislativa.

Podemos verificar, curiosamente, que em praticamente todos estes acórdãos existiram entendimentos diferentes quanto à “génese” deste método e, consequentemente, soluções diversas a serem adotadas.

Esta temática, tão relevante e atual, é, como vemos, bastante fraturante, mesmo ao nível jurisprudencial.

---

<sup>407</sup> Exceto o acórdão do TRE, agora estudado, que diverge em relação a estes dois pontos.

<sup>408</sup> Nesse sentido, *vide* os acórdãos do STJ e TRL abordados neste capítulo.

## Capítulo 4. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

### 4.1. Artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), assinada em 1950 pelo Conselho da Europa, consagrou no seu art. 8.º o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Este artigo “pretende garantir direitos individuais das pessoas contra abusos de poder”<sup>409</sup>.

O direito ao respeito pela vida privada encontra correspondência no art. 26.º, n.º 1, da CRP, mas também nos arts. 34.º e 35.º da CRP. “A protecção dos dados pessoais, gerada no seio do direito à vida privada, deu corpo ao chamado ‘direito à autodeterminação informacional’”<sup>410</sup>. Este direito, consagrado no art. 35.º da CRP, adquiriu, digamos, “vida própria”, tornando-se num direito fundamental. Este direito, de origem alemã, que “atribui a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito e de impedir a redução da pessoa a mero objecto de informação”<sup>411</sup>, fica abrangido pelo art. 8.º da CEDH.

A CEDH não estabelece uma noção de vida privada, e o TEDH considera que a “vida privada” é um conceito amplo insuscetível de se verter numa definição exaustiva<sup>412</sup>.

O art. 8.º da CEDH, no âmbito do respeito pela vida privada, pretende essencialmente garantir que cada ser humano possa desenvolver, sem interferências externas, a sua personalidade nas suas relações com os outros seres humanos. Assim, há uma zona de interação da pessoa com os outros, mesmo em espaço público, que cai na esfera da vida privada regulada por este artigo<sup>413</sup>.

Porém, o n.º 2 do artigo 8.º da CEDH estabelece que pode existir uma ingerência da autoridade pública no exercício deste direito quando a “ingerência esteja prevista na lei” – inclui *quality of law* – e “constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros” – finalidades legítimas e fundamentais à proteção das instituições democráticas<sup>414</sup>.

---

<sup>409</sup> Pereira, 2019, p. 1451.

<sup>410</sup> Pereira, 2019, p. 1456.

<sup>411</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 551.

<sup>412</sup> Cfr. Ac. *Niemitz c. Alemanha*, n.º 13710/88, §29, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>413</sup> Vide Ac. *Von Hannover c. Alemanha*, n.º 53649/09, § 95, 19.02.2015, <http://hudoc.echr.coe.int>. Para melhores desenvolvimentos sobre o art. 8.º da CEDH, recorremos ao *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31.08.2019, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>414</sup> Cfr. Ac. *Klass e Outros c. Alemanha*, n.º 5029/71, 06.09.1978, <http://hudoc.echr.coe.int>. O TEDH considerou a intromissão (interceção de comunicações) justificada por ser necessária por razões de segurança nacional e de prevenção do crime.



A jurisprudência do TEDH mostra que o art. 8.º da CEDH tem sido interpretado de forma a assimilar os problemas suscitados pela utilização e ingerência das novas tecnologias no âmbito do direito à vida privada.

#### **4.2. Jurisprudência relativa ao GPS**

De seguida, iremos analisar, de forma mais aprofundada, o entendimento do TEDH em 2 acórdãos fundamentais que abordam a problemática da colocação de um localizador GPS pela polícia, em sede de inquérito, nos veículos de pessoas investigadas, como forma de obtenção de prova.

No Acórdão *Uzun c. Alemanha*<sup>415</sup>, o queixoso, suspeito de estar envolvido em ataques bombistas, invocou ter sido alvo de uma ilícita vigilância secreta, designadamente através da tecnologia GPS, e ter sido violado, assim, o direito ao respeito pela vida privada (art. 8.º da CEDH).

A base legal para a colocação do localizador GPS no veículo do cúmplice do requerente foi o antigo art. 100c, § 1.1b) do StPO – Código de Processo Penal Alemão<sup>416</sup>. O artigo permitia usar “outros meios técnicos especiais de vigilância” com o objetivo de investigar os factos ou localizar o autor quando a investigação estivesse relacionada com um crime extremamente grave e os outros meios tivessem menor probabilidade de sucesso.

O TEDH pronunciou-se pela não violação do art. 8.º da CEDH, apesar de ter começado por afirmar que a obtenção de dados de localização por meio do sistema GPS constitui uma interferência no direito ao respeito da vida privada, consagrado no art. 8.º, n.º 1, da CEDH. O TEDH afirmou que este conceito de “vida privada” é um conceito amplo que abrange a interação das pessoas entre si, mesmo num contexto público.

Na opinião do Tribunal, não houve uma violação do art. 8.º da CEDH por, em primeiro lugar, essa ingerência estar prevista na lei alemã – esta era compreensível para os seus destinatários e oferecia uma proteção adequada contra intervenções arbitrárias dos poderes públicos. Em segundo lugar, visava a prossecução de finalidades legítimas e necessárias numa sociedade democrática – a salvaguarda da segurança nacional e pública, a prevenção de infrações penais e os direitos das vítimas – no contexto de uma investigação criminal em matéria de terrorismo. Em terceiro lugar, e por último, as medidas seriam proporcionadas uma vez que: a vigilância por GPS só fora ordenada depois de outros métodos de investigação se terem revelado insuficientes; fora efetuada por um curto período de tempo (cerca de 3 meses); e fora dirigida ao queixoso apenas quando este viajava no carro do seu cúmplice.

---

<sup>415</sup> Ac. *Uzun c. Alemanha*, n.º 35623/05, de 02.09.2010, <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>416</sup> Norma correspondente ao atual 100h 1 (2) do StPO.

O Tribunal concluiu, então, que a ingerência resultante da localização GPS estava em conformidade<sup>417</sup> com o direito interno alemão e que a medida se revelava necessária numa sociedade democrática e proporcional para os legítimos objetivos perseguidos, sendo assim legítima à luz do art. 8.º, n.º 2, da CEDH.

No Acórdão *Ben Faiza c. França*<sup>418</sup>, o queixoso, suspeito de estar envolvido num crime de tráfico de droga, alegou que a colocação de um dispositivo GPS no seu veículo para monitorizar os seus movimentos, durante um mês, havia constituído uma violação do direito consagrado no art. 8.º da CEDH.

O art. 81.º do *Code de Procédure Pénale*, então vigente, foi a norma aplicada para a realização dessa diligência. O artigo referia-se apenas a “atos de informação que considere útil para a manifestação da verdade”. A colocação do dispositivo GPS pela polícia francesa foi autorizada pelo juiz de instrução no dia 3 de junho de 2010, com fundamento neste artigo, claramente muito vago, do qual não se conseguia retirar qualquer referência à utilização de meios técnicos, como o GPS.

Assim, o TEDH começou por afirmar que a *geolocalização* constituiu uma ingerência na vida privada do queixoso (art. 8.º, n.º 1, da CEDH) e que, ao contrário do acórdão *Uzun c. Alemanha*, anteriormente analisado, a lei francesa vigente aplicada não observava as exigências de previsibilidade (art. 8.º, n.º 2, da CEDH) que o Tribunal formula no seu *case law*. Segundo o TEDH, o art. 81.º do *Code de Procédure Pénale* era muito genérico e não constituía uma garantia suficiente face aos perigos de arbitrariedade. Para além disso, o direito francês, escrito e não escrito, não indicava com clareza suficiente o conteúdo e o procedimento do poder discricionário da polícia, sendo que não havia jurisprudência consolidada quanto a esta matéria da localização GPS.

Portanto, o Tribunal concluiu pela violação do art. 8.º da CEDH, porque o direito interno francês não dava qualquer proteção contra interferências arbitrárias. De facto, a legislação francesa não indicava com clareza suficiente as circunstâncias em que as autoridades policiais francesas poderiam adotar esta diligência, não contendo, assim, salvaguardas contra abusos de poder da polícia. Na opinião do TEDH, não seria sequer necessário averiguar se a medida prosseguia um objetivo legítimo e necessário, dado que não estaria preenchido o primeiro pressuposto para uma ingerência legítima do art. 8.º, n.º 2, 1.ª parte, da CEDH.

---

<sup>417</sup> A exigência de conformidade com a lei refere-se não apenas à existência de lei, mas também à “qualidade dessa lei” – clara, previsível e acessível.

<sup>418</sup> Ac. *Ben Faiza c. França*, n.º 31446/12, de 8 de fevereiro de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int>.

Podemos então concluir que o TEDH entende que a colocação de um dispositivo GPS e a utilização dos dados obtidos constitui uma interferência das autoridades públicas no direito ao respeito pela vida privada, consagrado no art. 8.º da CEDH. E, por esse motivo, o TEDH exige que haja uma lei expressa, que seja clara e determinada (“*quality of law*”), que explicita em que circunstâncias – devem ser especialmente graves – tal medida pode ser utilizada pela polícia, para que não haja abusos de poder na aplicação desta diligência intrusiva de direitos e liberdades.

## Capítulo 5. Direito comparado

### 5.1. Direito alemão

No direito alemão, a localização GPS é reconduzida ao art. § 100h 1 (2) do StPO (*Strafprozessordnung*), que regula o uso de dispositivos técnicos de observação fora do domicílio, onde se inclui o GPS<sup>419</sup>, não fixando um catálogo fechado<sup>420</sup>. À luz deste artigo<sup>421</sup>, os dispositivos de localização GPS só podem ser colocados quando estejam em causa “crimes de considerável importância” e quando os outros meios investigatórios menos gravosos tenham fracassado ou se mostrem insuficientes ou inadequados para o caso concreto – cláusula de subsidiariedade – art. § 100h 1 (2)<sup>422</sup>.

Para além disso, a disposição legal exige que as pessoas visadas por esta medida sejam suspeitos, arguidos ou, então, pessoas que sirvam de intermediárias e contra as quais haja suspeitas fundadas de que contactam ou irão contactar com o suspeito ou arguido (art. § 100h 2 (2), do StPO)<sup>423</sup>.

O requisito de uma autorização judicial prévia não vem consagrado na norma § 100h. Há quem entenda que se deve recorrer a uma leitura articulada com o art. § 163f – “observação a longo prazo” (continuadamente por mais de 24 horas ou em mais de 2 dias)<sup>424</sup> –, que estabelece a necessidade de uma autorização judicial prévia (art. § 163f (3), de forma a “salvaguardar procedimentalmente os direitos fundamentais do acusado durante uma observação de longo prazo”<sup>425</sup>. Todavia, há quem considere que como não está previsto legalmente, ao contrário das interceções telefónicas (arts. § 100a e 100e (1)), não é necessária uma autorização judicial, podendo ser levada a cabo diretamente pelas autoridades policiais<sup>426</sup>.

### 5.2. Direito espanhol

A instalação de dispositivos de localização GPS para efeitos de investigação criminal está regulada expressamente no artigo 588.º, *quinquies* b), da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LEC). O título do artigo é a “*Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*”. A reforma do processo penal espanhol

---

<sup>419</sup> Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional Federal Alemão, proc. n.º 2 BvR 581/01, de 12.04.2005, in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412\\_2bvr058101.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412_2bvr058101.html).

<sup>420</sup> O artigo menciona “outros meios técnicos destinados a fins de observação”. Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>421</sup> Este artigo correspondia ao art. § 100c do StPO. Houve uma recente alteração em 26.11.2019 que, praticamente, nada alterou. A única modificação foi de pessoas “afetadas” para “envolvidas”. Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>422</sup> Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>423</sup> Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>424</sup> Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>425</sup> Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional Federal Alemão acima mencionado. Tradução do *Google Tradutor*.

<sup>426</sup> Roxin/Schünemann *apud* Nunes, 2017, p. 104.

procurou, em 2015, um fortalecimento das garantias processuais e a regulação das medidas investigatório-criminais tecnológicas, como o GPS.

Antes da entrada em vigor da Lei Orgânica n.º 13/2015, de 5 de outubro, a polícia estava habilitada a colocar um dispositivo GPS quando considerasse necessário e imprescindível, não sendo necessária uma autorização judicial prévia, dado que se considerava que a ingerência no “*derecho a la intimidad*” era muito reduzida. A jurisprudência espanhola entendia que a colocação deste dispositivo de “*seguimiento*” não interferia com o direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada; logo, não carecia de uma autorização judicial<sup>427</sup>.

A Lei Orgânica n.º 13/2015 veio com outro entendimento quanto a esta matéria, influenciada pelo Acórdão do TEDH – *Uzun c. Alemanha* – de 2 de setembro de 2010, que considerou que a obtenção de dados via GPS constitui uma interferência na vida privada do visado e que, portanto, só pode ser justificada se houver indícios da prática de um crime grave. Essa sentença do TEDH veio alterar a perspetiva no direito espanhol de que constituía uma reduzida, praticamente nula, ingerência no direito à reserva da intimidade da vida privada do visado por esse dispositivo de localização. O entendimento atual é unânime no sentido de que há uma ingerência<sup>428</sup>.

O art. 588.º, *quinquies* b), da LEC refere, no n.º 1, que para a colocação de um dispositivo GPS é necessária uma autorização judicial prévia e que caberá ao juiz averiguar se a medida se mostra necessária e proporcionada. Contudo, vem previsto no n.º 4 que, em casos de *periculum in mora*, isto é, fundado o receio de que a demora na obtenção da autorização levará à frustração da investigação, a polícia poderá proceder à colocação imediata do dispositivo. Porém, terá de informar o juiz, no prazo máximo de 24 horas, das razões que levaram à adoção dessa medida, para que este proceda à sua validação.

A utilização dos dispositivos de *seguimiento* não poderá exceder, em regra, os 3 meses de duração, a contar da data da sua autorização judicial (art. 588.º, *quinquies* c), da LEC).

### 5.3. Direito francês

Em 2014 ocorreu uma reforma no *Code de Procedure Pénale*. Com a Lei n.º 372/14, de 28.03, passou a estar expressamente previsto, nos arts. 230-32 a 230-44, a “*géolocalisation*”. A Lei n.º 222/19, de 23.03, procedeu a uma ligeira alteração em algumas dessas normas.

---

<sup>427</sup> Cfr. Tribunal Supremo Espanhol, proc. n.º 798/2013, 05.11.2013, nos termos da qual “*no supone una interferencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo*”, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>428</sup> Cfr. Tribunal Supremo Espanhol, proc. n.º 610/2016, 07.07.2016, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

Antes da entrada em vigor dessa lei de 2014, a jurisprudência francesa considerava este método atentatório da vida privada do visado e, por isso, entendia que carecia de um controlo judicial prévio<sup>429</sup>.

O *Code de Procedure Pénale* estabelece que os órgãos policiais podem colocar um recetor GPS, em sede de inquérito, quando se mostre necessário numa investigação, por exemplo, de um crime punível com pena de prisão superior a 3 anos (art. 230-32 §1).

O recurso a esta medida passa, em regra, por um controlo prévio por parte do MP ou juiz *des libertés* (art. 230-33). Em casos de *periculum in mora*, o controlo será posterior (art. 230-35). A duração total da medida não pode exceder 1 ou 2 anos (art. 230-33, §2).

Esta regulamentação ficou, na nossa opinião, aquém relativamente a um ponto. Não especifica quem, ao certo, pode ser alvo deste método. Isto é, não há uma definição das categorias de pessoas cuja localização geográfica possa ser acompanhada remotamente.

---

<sup>429</sup> Cfr. Tribunal de Cassação Francês, proc. n.º 13-81945, 22.10.2013, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028116516&fastReqId=1678928483&fastPos=1>.

## Capítulo 6. Dimensão constitucional

### 6.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada

“Um Estado que se reconhece submetido aos princípios da justiça e da dignidade da pessoa humana (“Estado de Direito material”) tem de preocupar-se em salvaguardar os direitos fundamentais”<sup>430</sup>, e é isso que está consagrado nos arts. 2.º e 9.º, alínea b), da CRP como uma obrigação constitucional do Estado.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, cujo reconhecimento é relativamente recente e é de inspiração norte americana (“*right to privacy*”), está consagrado, nomeadamente, no art. 26.º, n.º 1, *in fine*, da CRP, no art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), no art. 8.º da CEDH, no art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), no art. 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e no art. 80.º, n.º 1, do CC. Este direito pode ser entendido como o direito fundamental de cada cidadão a não ser sujeito a uma arbitrária intromissão da parte de terceiros na sua vida privada.

A “teoria das três esferas”, elaborada na Alemanha, distingue a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social. A esfera íntima corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada, protegida qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares; a esfera privada admite restrições sujeitas a ponderações de proporcionalidade; a esfera social enquadra-se, já, no direito à imagem e à palavra e não no direito à intimidade da vida privada<sup>431</sup>.

Jorge Miranda afirma que “no nosso ordenamento jurídico é consensual que este direito não está circunscrito a uma esfera pessoal íntima”<sup>432</sup>, entendendo-se, então, que a privacidade tem um âmbito mais vasto que transcende o domicílio e abrange locais públicos.

Este direito, integrado no elenco de “direitos, liberdades e garantias” consagrado na CRP no art. 26.º, n.º 1, *in fine* e n.º 2, é composto por dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, e o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem (*cf.* art. 80.º do CC)<sup>433</sup>. Para além disso, existem direitos que funcionam como garantias deste, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º da CRP) e o da proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada (art. 35.º, n.º 3, da CRP)<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> Andrade, 2012, p. 339.

<sup>431</sup> Miranda & Medeiros, 2010, p. 340.

<sup>432</sup> Miranda & Medeiros, 2010, p. 620.

<sup>433</sup> Canotilho, 2007, p. 467.

<sup>434</sup> Canotilho, 2007, p. 468.

Este direito, tal como os outros direitos de personalidade, são concretizações da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), que é um valor intangível e indisponível, associado a uma “pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana e não é de um ser ideal e abstracto”<sup>435</sup>. Estes direitos vinculam duplamente o Estado: respeito e, também, defesa e promoção dos mesmos.

A consagração dos bens jurídicos fundamentais nos arts. 24.º e ss. da CRP, tal como o bem jurídico da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), tem várias consequências no “mundo democrático”. Exige o respeito de todo e qualquer cidadão (art. 18.º, n.º 1, da CRP); exige o respeito e a promoção (a dupla vinculação, acima referenciada) por parte do Estado/instâncias de controlo (arts. 9.º, al. b), 18.º, n.º 1, 32.º e 272.º, todos da CRP); e, por último, admite-se que alguns bens jurídicos, como é o caso do direito aqui em apreço, possam ser restringidos, como se depreende do art. 18.º, n.º 2, da CRP.

O direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada não é um valor absoluto e, como tal, pode sofrer restrições ou limitações, desde que estas não atinjam a dignidade da pessoa humana. Segundo o STJ, “é um valor híbrido que será relativo até um determinado momento, mas absoluto quando toca o insuperável núcleo da dignidade do Homem”<sup>436</sup>.

O art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP determina o regime constitucional da restrição de direitos, estabelecendo uma série de pressupostos/requisitos que devem estar preenchidos para que esta seja legítima à luz da Constituição. Os pressupostos consistem no seguinte: i) a restrição deve estar expressamente prevista na Constituição; ii) a lei restritiva deve ter um carácter geral e abstrato; iii) a irretroatividade da lei restritiva pauta-se pela ; iv) a restrição deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; v) a restrição deve limitar-se ao necessário e ser apta para o efeito (princípio da proporcionalidade – subdivide-se nos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito; vi) a restrição não pode aniquilar o núcleo essencial do direito restringido<sup>437</sup>.

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019<sup>438</sup> – previamente à análise deste acórdão, convém realçar que a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25.08, apreciada pelos juízes do Palácio Ratton neste acórdão, regula o “acesso [fora do processo penal] a dados

---

<sup>435</sup> Miranda, 2010, p. 80.

<sup>436</sup> Ac. do STJ de 03.03.2010, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, Relator Santos Cabral, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>437</sup> Cfr. Canotilho, 1986, pp. 483-493 e o Ac. do TC, proc. n.º 155/2007, de 02.03.2007, Relator Gil Galvão, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>438</sup> Ac. do TC, proc. n.º 464/2019, de 21.10.2019, Relator Lino Rodrigues Ribeiro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Convém deixar claro que este acórdão, que irá também abordar o direito à autodeterminação informacional, que não se confunde com o direito à reserva da intimidade da vida privada, designação dada ao capítulo, ficou aqui inserido porque também fala deste último.



de telecomunicações e Internet”, o que não está diretamente interligado com a obtenção de dados de localização de um veículo por via GPS. Porém, existem perspetivas sufragadas neste acórdão que entendemos ser pertinente trazer à colação.

Neste acórdão, o Tribunal Constitucional (TC) afirmou que a constitucionalidade da norma constante do art. 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, que estipulava o acesso a dados pessoais pelo Serviço de Informações da República Portuguesa (SIRP) que não envolvam uma comunicação intersubjetiva – dados de base, dados de localização e dados de tráfego dissociados de um ato de comunicação – terá de ser “aferida à luz dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 26.º, n.º 1 [direito à reserva da intimidade da vida privada] e 35.º, n.ºs 1, 3 e 4 [direito à autodeterminação informativa], da CRP”. Portanto, em primeiro lugar, o TC afirma que os dados de localização<sup>439</sup>, incluindo o sistema GPS, colidem com estes dois direitos fundamentais mencionados.

O direito à autodeterminação informativa, designação dada pela doutrina portuguesa, por inspiração germânica – *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* –, encontra-se consagrado no art. 35.º da CRP e está correlacionado com o direito da reserva da intimidade da vida privada. “Traduz-se num conjunto de direitos relacionados com o tratamento automático das informações pessoais dos cidadãos, que visam, simultaneamente, protegê-las perante ameaças de recolha e de divulgação (..) e, também, assegurar aos respectivos titulares um conjunto de poderes de escolha nesse âmbito”<sup>440</sup>.

Este direito confere, fundamentalmente, a cada pessoa o direito de controlar as informações que lhe dizem respeito, podendo desdobrar-se em vários direitos: o direito de acesso; o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis e das finalidades a que se destinam os dados; o direito de contestação; o direito de atualização; e o direito à eliminação dos dados<sup>441</sup>.

Em segundo lugar, os juízes do TC reiteraram, algo que não é alvo de discussão, que a Constituição autoriza a lei ordinária a restringir o conteúdo dos direitos fundamentais da reserva da intimidade da vida privada e da proteção de dados pessoais, “atribuindo poderes de regulação que estão sujeitos ao regime de restrição dos direitos, liberdades e garantias consagrado no art. 18.º”.

O art. 52.º, n.º 1, da CDFUE, à semelhança do art. 18.º, n.º 2, da CRP, exige que a limitação de um direito fundamental como o direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no art. 7.º da CDFUE, esteja (i) prevista na lei; (ii) respeite o conteúdo essencial dos direitos fundamentais; e (iii) seja justificada e necessária

---

<sup>439</sup> Cfr. Lei Orgânica n.º 4/2017, que estabelece no seu art. 2.º, n.º 2 uma divisão tripartida: dados de base, dados de localização de equipamento e dados de tráfego.

<sup>440</sup> Catarina Sarmento e Castro *apud* Acórdão do TC, n.º 464/2019, 21.10.2019, Relator Lino Rodrigues Ribeiro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>441</sup> Canotilho & Moreira, 2007, pp. 552-553.

(princípio da proporcionalidade) para a prossecução de objetivos de interesse geral ou para satisfazer uma necessidade de proteção dos direitos e liberdades de outrem. A opinião sufragada pelos juízes do TC é de que as limitações a direitos fundamentais devem obedecer a uma série de requisitos, sendo que o primeiro é “a formulação de uma norma clara e previsível”.

Em terceiro lugar, neste acórdão, o TC estabeleceu uma série de parâmetros a aferir nas previsões das medidas intrusivas: “as finalidades, os critérios, a forma, os limites e as garantias”. Segundo o TC, todos eles são indispensáveis de serem analisados e “procuram assegurar a salvaguarda de uma esfera fundamentalíssima da privacidade e de autodeterminação informativa, limitando ao mínimo indispensável a ingerência estadual”.

De forma conclusiva, os juízes do TC entenderam, neste recente acórdão, que uma parte do art. 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017 era constitucionalmente admissível e a outra parte inconstitucional. De facto, na parte do art. 3.º que permite o acesso pelos oficiais do SIRP aos dados de base e de localização de equipamento referindo-se somente “à salvaguarda da defesa nacional e da segurança interna”, o TC considerou tratar-se de conceitos indeterminados e genéricos. Logo, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dessa parte da norma (art. 3.º, 1.ª parte). Por outro lado, não declarou a inconstitucionalidade do art. 3.º *in fine*, que estabelece “interesses colectivos com elevada carga axiológica na ordem constitucional” – prevenção de atos de *sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada*, admitindo, assim, o acesso aos dados de base e de localização, sem suporte comunicacional, por parte dos serviços de informação, para efeitos de produção de informações relativamente a estas matérias/finalidades específicas, de grande importância, por respeitar o princípio da proporcionalidade.

## Capítulo 7. Posição pessoal

Portanto, partindo do entendimento da doutrina e da jurisprudência nacional, tendo sempre como farol a CRP e o entendimento constitucional e, ainda, a jurisprudência do TEDH, e, por fim, tendo como referência as soluções do direito comparado relativamente a esta problemática, apresentamos agora a nossa apreciação pessoal, de forma clara e sistematizada, relativamente a esta temática.

O legislador, em 2007, na última reforma ao CPP, aperfeiçoou e regulamentou nos arts. 187.º e 189.º, entre vários mecanismos eletrónicos, por exemplo, a localização celular (art. 189.º, n.º 2), mas nada legislou relativamente à localização GPS. Nessa altura, o mesmo não poderia desconhecer o GPS e as suas virtudes investigatórias<sup>442</sup>. Sucedeu, porém, que nada foi regulado quanto a essa matéria, tal como na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus, à época, e até hoje mantém-se essa lacuna legislativa.

Não cremos, em primeiro lugar, que a localização e monitorização de um veículo através da tecnologia GPS se possa equiparar à vigilância policial clássica de seguimento<sup>443</sup> ou à interceção de comunicações<sup>444</sup>. De facto, trata-se de um dispositivo muito pequeno e, por isso, de difícil deteção que permite localizar um veículo e proceder ao seu acompanhamento 24 horas por dia/7 dias por semana de uma forma extremamente precisa. Para além disso, não concordamos com a equiparação de uma interceção de comunicações a uma vigilância digital oculta.

Em segundo lugar, a monitorização através da tecnologia GPS e a utilização dos dados obtidos por essa via constituem uma clara intromissão<sup>445</sup> no direito à vida privada (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e no direito à autodeterminação informacional (art. 35.º, n.º 3, da CRP) dos utilizadores do veículo visado por esta medida investigatória, fruto do “sistemático e permanente registo de dados que propicia, cujo tratamento permite, e pela natureza dos mesmos”<sup>446</sup>.

Em terceiro lugar, e precisamente pela razão acabada de expor, a utilização deste método de obtenção de prova deve estar sujeita a uma autorização judicial prévia. À primeira vista, não faria sentido que para a localização celular fosse necessária e para a GPS não, dado o grau de intrusão semelhante<sup>447</sup>.

---

<sup>442</sup> Cfr. Ac. do TRE de 07.10.2008, Relator Martinho Cardoso, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>443</sup> Neste sentido, a Sentença do Supremo Tribunal Norte-Americano, *United States v. Jones*, de 23.01.2012, <https://www.supremecourt.gov/>; a Sentença do *Court of Appeals* de Nova Iorque, *People v. Weaver*, de 12.05.2009, <https://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1140764.html>, e o Ac. do TRP, 21.03.2013, Relator Joaquim Gomes, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>444</sup> Ao nível da jurisprudência, neste sentido, Cfr. Ac. do TRL, de 13.04.2016, Relator Carlos Almeida, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e, ao nível da doutrina, Pinto de Albuquerque, 2018, p. 545.

<sup>445</sup> Cfr. Ac. *Uzun c. Alemanha*, do TEDH, proc. n.º 47143/06, 02.10.2010, <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>446</sup> Ac. do TRL, 13.04.2016, Relator Carlos Almeida, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>447</sup> Cfr. Ac. do TRL, 13.04.2016, Relator Carlos Almeida, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Costa Andrade afirma que recai sobre as autoridades judiciárias o dever de assegurar, “na medida do possível e do exigível, que a intromissão nos direitos fundamentais se mantenha sempre mensurável e controlável”<sup>448</sup>. Mais, entende que ao haver uma autorização judicial, esta pode ser objeto de escrutínio em sede de recurso.

Para além disso, o entendimento de que não carece de uma autorização judicial prévia<sup>449</sup> vai contra uma das finalidades do processo penal – a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos – e contra o princípio da *reserva do juiz* (art. 32.º, n.º 4, da CRP), quando há uma intromissão nos direitos e liberdades dos cidadãos. Segundo J. Damião da Cunha, este artigo 32.º, n.º 4, da CRP é “uma das normas fundamentais que preside às soluções do CPP em matéria de obtenção de prova (..), sendo esta garantia institucional um limite à descoberta da verdade material”<sup>450</sup>. À luz deste artigo, qualquer ato instrutório que atinja direitos fundamentais encontra-se sob a reserva indelegável de um juiz.

Assim, a colocação pelos OPC de um localizador GPS no veículo de um suspeito deve estar sujeita a uma autorização judicial prévia para que haja um controlo por parte do “guardião das liberdades” (o JIC) de uma medida investigatória que restringe direitos fundamentais e em que os cidadãos visados não têm consciência dela e, por isso, por regra, não conseguem reagir, durante a sua execução ou *a posteriori*<sup>451</sup>, para responsabilizarem as entidades em causa<sup>452</sup>.

Todavia, entendemos, a par do que se encontra legislado no direito espanhol e francês, que a localização GPS (tal como deveria acontecer na localização celular) poderia ser sujeita, excecionalmente, em caso de *periculum in mora* e sob determinadas condições, a uma validação judicial posterior. Isto é, em casos de urgência, os OPC deveriam poder colocar, imediatamente, o dispositivo no veículo e informar, no mais curto espaço de tempo (ex: 48 horas), o JIC para este validar a medida.

Entendemos que tem de haver um controlo judicial de uma diligência como esta, que restringe alguns direitos fundamentais dos cidadãos, para que essa restrição não seja arbitrária e desproporcional e como forma de garante de uma das tarefas fundamentais do Estado (art. 9.º, al. b), da CRP). Mais, para que se respeite o princípio da *subsidiariedade* do recurso a este método intrusivo e considerado oculto. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que uma intromissão na vida privada será abusiva

---

<sup>448</sup> Andrade, 2009b, p. 540.

<sup>449</sup> Cfr. Ac. do TRE, no acórdão de 07.10.2008, Relator Martinho Cardoso, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>450</sup> Soares, 2006, p. 63.

<sup>451</sup> Cfr. Ac. Roman Zakharov c. Rússia (GC), do TEDH, proc. n.º 47143/06, 04.12.2015, <http://hudoc.echr.coe.int>. O TEDH considera que o recurso contra as medidas de vigilância secretas seria, na prática, inexistente, uma vez que não existiria prova da interceção pois não é dada a conhecer ao visado. Nesse mesmo sentido, Andrade, 2009a, p. 107.

<sup>452</sup> Cfr. Ac. *Tele2 Sverige AB*, do TJUE, proc. C-203/15, 21.12.2016, <http://curia.europa.eu/>.

nos termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP, nomeadamente se ocorrer sem intervenção judicial<sup>453</sup>.

Em quarto lugar, não cremos que a solução apontada por alguma jurisprudência<sup>454</sup> e doutrina<sup>455</sup> de se aplicar, por interpretação extensiva, o art. 189.º, n.º 2, do CPP, referente à localização celular, seja a melhor resposta para esta lacuna. De facto, apesar de oferecer algumas garantias (ex: autorização judicial), pode ser alvo de bastantes críticas e ser considerada abusiva. Assim: a localização GPS é um meio que funciona através de satélites e por isso mais preciso do que o *IMSI-Catcher* (localização celular); a natureza não comunicacional dos dados de localização obtidos por GPS deve vedar a sua inclusão num regime que regula formas de ingerência “comunicacionais”; a localização GPS é considerada, e bem, por parte da doutrina<sup>456</sup> e jurisprudência<sup>457</sup>, um meio oculto de obtenção de prova, logo, tinha de estar expressamente contemplada nesse regime de extensão do art. 189.º do CPP a possibilidade de tal meio ser admissível à luz desse artigo, fruto das exigências particularmente rígidas de reserva de lei dos métodos ocultos. Assim, realizar esta extensão à cláusula de extensão parece-nos abusivo. Em termos gerais, entendemos que não basta que se adaptem novas soluções a estas novas tecnologias por via de “remissões ou aproximações de institutos”<sup>458</sup>.

Em quinto lugar, a admissibilidade de tal método de obtenção de prova atípico esbarra na barreira da *reserva de lei*. A colocação de um recetor de GPS no veículo do suspeito ou arguido é crucial na investigação e combate à criminalidade altamente organizada; porém, tal meio de obtenção de prova, subreptício, claramente atentatório de direitos fundamentais, “continua sem cobertura legal expressa”<sup>459</sup>, ao contrário do que acontece em alguns ordenamentos jurídicos europeus, como vimos. O não preenchimento da exigência de *reserva de lei* impede que este possa ser admissível e sejam válidas as informações probatórias obtidas por via deste<sup>460</sup>.

Este meio de obtenção de prova é, como acima mencionamos, atentatório e limitador de alguns direitos fundamentais (arts. 26.º, n.º 1 e 35.º, n.ºs 1 a 4, da CRP). As compressões de direitos fundamentais devem obedecer a determinados pressupostos,

---

<sup>453</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 524. Os doutos professores mencionam, como exemplo, o art. 34.º, n.ºs 2 a 4 da CRP, em que a autorização judicial é necessária para a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade.

<sup>454</sup> Cfr. Ac. do TRP, 21.03.2013, Relator Joaquim Gomes, e o Ac. do STJ, 24.10.2013, Relator Manuel Braz, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>455</sup> Nomeadamente, Nunes, 2007, pp. 97 e ss., e Milheiro, 2018, pp. 830-831.

<sup>456</sup> Designadamente, Andrade, 2009a, pp. 113 e ss., e Rodrigues, 2010, pp. 91-92.

<sup>457</sup> Nesse sentido, o Ac. do TRL, 13.04.2016, Relator Carlos Almeida, e Ac. do STJ, 24.10.2013, Relator Manuel Braz, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>458</sup> Neves, 2011, p. 95.

<sup>459</sup> Correia, 2014, p. 56.

<sup>460</sup> Neste sentido, vide Albuquerque, 2018, p. 545, e Brito, 2018, p. 94.

um deles é que “exista uma norma clara e previsível”<sup>461</sup>. A falta de disposição normativa expressa e a impossibilidade do recurso à extensão (art. 189.º, n.º 2, do CPP) – como vimos anteriormente – obsta à sua admissibilidade.

Portanto, a restrição de direitos fundamentais para fins de investigação criminal só será legítima, e só serão válidas as informações probatórias obtidas, caso se mostre respeitada quer a *reserva de lei* – que não acontece relativamente à localização GPS –, quer a *reserva de juiz* e quer a *proporcionalidade* à luz das normas constitucionais (cfr. arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 4, e, 165.º, n.º 1, al. b), todos da CRP). Impende sobre o legislador a tarefa de regular a localização GPS, fixando determinados pressupostos formais e materiais que, conjugados com a *reserva de juiz*, constituam garantia suficiente contra o arbítrio na limitação dos direitos fundamentais. Num Estado de Direito, os cidadãos não podem ser controlados, secreta e remotamente, pelos OPC de forma arbitrária.

De facto, não está previsto legalmente como este método pode ser utilizado, o que acaba por gerar diversas decisões e entendimentos, não dando assim uma salvaguarda devida aos cidadãos, que podem ser objeto desta medida investigatória oculta e de “danosidade social polimórfica”<sup>462</sup>. Regulando esta matéria, o legislador acompanharia o progresso tecnológico e não o deixaria ao livre arbítrio do julgador.

Numa futura regulamentação legal, o recurso a este meio de obtenção de prova deveria: (i) ser restrito a um elenco fechado de tipos criminais ou categorias de crimes, semelhante ao que se encontra nos n.ºs 1 e 2 do art. 187.º do CPP<sup>463</sup>; (ii) dizer respeito a alvos determinados; (iii) ser somente utilizado quando a obtenção da informação por outros meios menos gravosos seja impossível ou muito difícil (*subsidiariedade*); (iv) carecer de uma autorização judicial prévia (*reserva de juiz*) que poderá ser só posterior, em caso de *periculum in mora* e sob determinadas condições<sup>464</sup>; e (v) ser fixada uma duração máxima da medida, nunca superior a 3 meses, sujeita a renovações, carecendo a sua renovação de uma revisão do mandado judicial.

Para além disso, partilhamos do entendimento de Costa Andrade<sup>465</sup> relativamente à organização sistemática dos meios ocultos de investigação. Os que se encontram previstos legalmente (ex: escutas telefónicas, agentes encobertos e videovigilância) apresentam-se dispersos por vários diplomas. O legislador deveria sistematizá-los num

---

<sup>461</sup> Entendimento do TC, no Ac. n.º 464/2019, de 21.10.2019, Relator Lino Rodrigues Ribeiro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>462</sup> Andrade, 2009b, p. 536.

<sup>463</sup> Ac. do TC, n.º 464/2019, Relator Lino Rodrigues Ribeiro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), que considerou que a obtenção de dados de localização deve estar restrita a determinadas finalidades específicas, de considerável importância.

<sup>464</sup> A par do que acontece no direito francês, no art. 230-35 do *Code de Procedure Pénale*, e no direito espanhol, no art. 588, quinquies b), n.º 4, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

<sup>465</sup> Andrade, 2009a, pp. 113 e ss.

só diploma, por exemplo, no CPP, tal como foi feito pelo legislador alemão, autonomizando-os e não deixando nenhum de fora.

Tratando-se de um método atentatório de direitos fundamentais, designadamente do direito à reserva da intimidade da vida privada, a lei deve indicar, com precisão e clareza, os pressupostos específicos para a aplicação desta medida. Isso permitirá, por um lado, que o “cidadão normal” saiba em que condições e circunstâncias os OPC podem colocar um dispositivo GPS no seu veículo, e, por outro, salvaguardará os cidadãos de ingerências arbitrárias e desproporcionais nos seus direitos.

A pedra de toque deste trabalho é que os direitos fundamentais dos cidadãos não se encontrarão devidamente salvaguardados até que exista uma norma que defina, claramente, os pressupostos específicos formais e materiais deste método de obtenção de prova.

Não nos parece que a atual investigação criminal possa dispensar este método; todavia, a vigilância secreta dos cidadãos não pode ficar ao livre arbítrio dos OPC ou do julgador. Urge regular este método, para o bem e interesse de todos. E essa regulação deverá buscar, sempre, a harmonização entre o interesse público da segurança nacional e a proteção dos direitos fundamentais individuais.

## **Conclusão**

Procurámos, nesta dissertação, realizar não só uma abordagem nacional, mas também internacional da problemática da utilização do GPS como meio de obtenção de prova para que se fique com uma ideia mais abrangente e completa sobre esta temática, ainda pouco estudada, mas de enorme relevância e atualidade.

Nunca sendo de mais repetir, a criminalidade contemporânea impõe soluções legislativas que permitam uma resposta eficaz do Estado, pois esta nova criminalidade não conhece fronteiras, e dispõe de meios muito sofisticados e, até, capazes de iludir os esforços para a controlar.

O processo penal deve procurar adequar-se ao novo contexto tecnológico e à nova realidade criminológica. Há uma antinomia intrínseca nesta problemática da localização GPS: por um lado, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e, por outro, a satisfação das exigências de segurança dos cidadãos e das instituições democráticas comprometidas pela atual criminalidade.

Para o combate, especialmente, ao crime organizado, a localização GPS é um meio de obtenção de prova extremamente eficaz, pois os dispositivos GPS colocados em veículos permitem, com precisão e em permanência, monitorizar os movimentos destes e, assim, serem extremamente úteis na obtenção de provas.

Mas, num Estado de Direito como o nosso, o atual desafio, que carece de atenção por parte do legislador, é o da definição sobre quando e como a utilização deste especial

meio probatório será legítima para alcançar aquela finalidade de combate à alta criminalidade, uma vez que o progresso tecnológico inerente a este meio probatório aumentou exponencialmente as possibilidades de devassa, com uma elevada potencialidade danosa nos direitos fundamentais dos visados. Por isso, não pode haver uma arbitrariedade na utilização deste método atentatório de direitos fundamentais, sob pena de saírem lesados desígnios constitucionais fundamentais.

Em jeito de conclusão, terá de haver uma regulamentação legal, expressa e clara no direito interno que possibilite, mediante determinados pressupostos, a utilização do GPS, na fase de inquérito, por parte dos OPC, como forma de obtenção de prova, tendo sempre como farol as finalidades do processo penal e os princípios constitucionais. Esperamos que esta dissertação tenha demonstrado a necessidade premente dessa regulamentação e os moldes em que esta deve ser realizada.

Não poderíamos terminar sem deixar de desejar que a localização GPS figure, no mais curto espaço de tempo, como um meio de obtenção de prova típico. O Direito não pode ficar mais tempo na “gruta” dos silêncios e das lacunas nesta matéria processual penal.



## Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. (2018). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, J.C.V. (2012). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M.C. (2009). “*Bruscamente no verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, M.C. (2009). Métodos ocultos de investigação (“Plädoyer” para uma teoria geral). In M. Ferreira Monte, et al. (org). *Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, pp. 525- 551. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, M.C. (1992). *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, M.B.S. (2018). *Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal – Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova*. Coimbra: Almedina.

CABRAL, J.A.H.S. (2016). Artigo 189.º. In *Código de Processo Penal comentado*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, V. (1986). *Direito constitucional*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

CORREIA, E. (2001). *Direito criminal*, vol. I. Coimbra: Almedina.

CORREIA, J.C (2014). Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. *Revista do Ministério Público*, n.º 139, pp. 29-59.

CUNHA, J.M.D. (2006). Dos meios de obtenção de prova face à autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia criminal. In M. M. Guedes Valente (org.). *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, pp. 61-80. Coimbra: Almedina.

DIAS, J.F. (2004). *Direito processual penal*. Reimpressão da 1.<sup>a</sup> Edição de 1974. Coimbra: Coimbra Editora.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (31 agosto 2019). Guide on Article 8 of the European Convention of Human Rights. Retirado de [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf).

LOBO, F.G. (2019). *Código de Processo Penal anotado*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MENDES, P.S. (2014). *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina.

MENDES, P.S. (2004). As proibições de prova no processo penal. In M. F. Palma (org.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, pp. 133-154. Coimbra: Almedina.

MILHEIRO, T.C. (2018). Artigo 189.º – Extensão. In *Comentário judiciário do Código de Processo Penal*, vol. II, pp. 811 e ss. Coimbra: Almedina.

MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2010). Arts. 1.º a 79.º. *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTE, M.F. & LOUREIRO, F.N. (2014). *Direito processual penal – Roteiro de aulas*, 2.ª Edição. Braga: AEDUM.

NASA. (27 outubro 2012). Global Positioning System history. Retirado de [https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/policy/GPS\\_History.html](https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/policy/GPS_History.html).

NEVES, R.C. (2011). *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal – Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*. Coimbra: Coimbra Editora.

NUNES, D.A.R. (2019). Sobre a admissibilidade da obtenção de dados de localização através de sistema GPS à luz do Direito português e do Acórdão Ben Faiza c. França do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Retirado de <http://julgar.pt/sobre-a-admissibilidade-da-obtencao-de-dados-de-localizacao-atraves-de-sistema-gps-a-luz-do-direito-portugues-e-do-acordao-ben-faiza-c-franca-do-tribunal-europeu-dos-direitos-do-homem/>.

NUNES, D.A.R. (2017). A admissibilidade da obtenção, directamente pelas autoridades, de dados de localização por meio de sistema GPS à luz do direito processual penal português. Retirado de <http://julgar.pt/a-admissibilidade-da-obtencao-diretamente-pelas-zxautoridades-de-dados-de-localizacao-por-meio-de-sistema-gps-a-luz-do-direito-processual-penal-portugues/>.

PEREIRA, A.D. (2019). Direito ao respeito pela vida privada digital. In P. P. de Albuquerque (org.). *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, vol. II, tit. III, cap. VII, pp. 1451-472. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RODRIGUES, B.S. (2010). *Da prova penal – Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, vol. II. Lisboa: Rei dos Livros.

SILVA, G.M. (2017). *Direito processual penal português*, vol. I, 2.ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SILVA, G.M. (2008). *Curso de processo penal*, vol. II, 4.ª Edição. Lisboa: Editorial Verbo.

SILVA, S.O. (2011). Legalidade da prova e provas proibidas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, pp. 545-591.

SOARES, P.A.F. (2017). *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

U.S. GOVERNMENT (2019). GPS. Retirado de <http://www.gps.gov>.

VALENTE, M.M.G. (2010). *Processo penal*, vol. I, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.

## **Jurisprudência**

### **- Nacional**

#### Tribunal Constitucional – in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 464/2019, proc. n.º 26/2018, 21 de outubro de 2019, Relator Lino Rodrigues Ribeiro

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 155/2007, proc. n.º 695/06, 2 de março de 2007, Relator Gil Galvão

#### Supremo Tribunal de Justiça – in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 171/12.3JBLSB.L1.S1, 25 de maio de 2016, Relator Santos Cabral

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 7/10.0TELSB.L1.S1, 8 de janeiro de 2014, Relator Armindo Monteiro.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 780/10.5JAPRT.S1, 24 de outubro de 2013, Relator Manuel Braz

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, 3 de março de 2010, Relator Santos Cabral

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 06P2321, 20 de setembro de 2006, Relator Armindo Monteiro

#### Tribunais da Relação – in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. n.º 2005/08-1, 7 de outubro de 2008, Relator Martinho Cardoso

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 2903/11.8TACSC.L1-3, 13 de abril de 2016, Relator Carlos Almeida

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 246/12.9TAOAZ-A.P1, 21 de março de 2013, Relator Joaquim Gomes

### **- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – in <http://hudoc.echr.coe.int>**

*Big Brother Watch e Outros c. Reino Unido*, proc. n.º 58170/13, 13 de setembro de 2018

*Centrum För Rättvisa c. Suécia*, proc. n.º 35252/08, 18 de junho de 2018

*Benedik c. Eslovénia*, proc. n.º 62357/14, 24 de abril de 2018

*Ben Faiza c. França*, proc. n.º 31446/12, 8 de fevereiro de 2018

*Roman Zakharov c. Rússia (GC)*, proc. n.º 47143/06, 4 de dezembro de 2015

*Von Hannover c. Alemanha*, proc. n.º 53649/09, 19 de fevereiro de 2015

*Uzun c. Alemanha*, proc. n.º 35623/05, 02 de setembro de 2010

*Liberty e Outros c. Reino Unido*, proc. n.º 58243/00, 1 de julho de 2008

*Niemitz c. Alemanha*, proc. n.º 13710/88, 16 de dezembro de 1992

*Malone c. Reino Unido*, proc. n.º 8691/79, 17 de dezembro de 1981

*Klass e Outros c. Alemanha*, proc. n.º 5029/71, 6 de setembro de 1978

## **- Estrangeira**

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, proc.n.º 2 BvR 581/01, 12 de Abril de 2005, *in* [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412\\_2bvr058101.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412_2bvr058101.html).

Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, proc. n.º 610/2016, 7 de julho de 2016, *in* [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, proc. n.º 798/2013, 5 de novembro de 2013, *in* [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

Tribunal de Cassação Francês, proc. n.º 13-81945, 22 de outubro de 2013, *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028116516&fastReqId=1678928483&fastPos=1>.

Acórdão do Supremo Tribunal Norte-Americano, *United States v. Jones*, proc. n.º 565 U.S 400, 23 de janeiro de 2012, *in* <https://www.supremecourt.gov/>, consult. em 14.12.2019

Sentença da Corte de Apelação de Nova Iorque, *People v. Weaver*, proc. n.º 909 N.E.2d 1195, 12 de maio de 2009, *in* <https://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1140764.html>.

## **- Outros**

Acórdão *Tele2 Sverige AB* do TJUE, proc. n.º C-203/15, 21 de dezembro de 2016 *in* <http://curia.europa.eu/>.

**Da liberalização do comércio ao encorajamento da inovação  
médica pelo Direito da Organização Mundial do Comércio**

**O acesso a medicamentos e outras tecnologias médicas  
à luz do Acordo TRIPS**

Camille de Oliveira Andrade

Sob a orientação do Professor  
Doutor Manuel Fontaine Campos

“In an interconnected world, none of us is safe until all of us are safe”.

António Guterres, 2020

## **Resumo**

A elevação da proteção legal da propriedade intelectual ao plano do comércio internacional, via Acordo TRIPS, acentuou o clássico conflito entre a inovação e o acesso, em especial no campo farmacêutico e médico. Foi provocada uma revolução na transferência informal de tecnologia e no licenciamento obrigatório.

O Direito da OMC, norteado pelo princípio da proteção exclusivamente aduaneira, tradicionalmente legitima barreiras ao comércio, contra a lógica da OMC, enquanto medidas de proteção da saúde pública. Em contraste, a solução de Doha, convertida em Emenda ao Acordo TRIPS sob o Artigo 31bis, foi a resposta ao protecionismo consagrado pelo próprio Direito da OMC. Sobre o Artigo 31bis do Acordo TRIPS, centro da controvérsia, subjaz um significativo ceticismo. Assinala-se o seu uso apenas uma única vez.

A saúde pública, aliada ao comércio, é cada vez mais global. O Direito da OMC, enquanto encoraja a inovação médica a nível global, abriga uma valiosa rota de acesso a medicamentos e outras tecnologias médicas que não pode ser abandonada pelo teatro internacional.

**Palavras-chave:** Direito da Organização Mundial do Comércio; Acordo ADPIC; propriedade intelectual; patentes; licenciamento obrigatório; Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública; Decisão de Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública; *Waiver*; Emenda ao Acordo TRIPS; Artigo 31bis; Acesso a medicamentos e tecnologias médicas; pandemia Covid-19; direito humano à saúde.

## **Abstract**

The elevation of the legal protection of intellectual property to the realm of international trade, via the TRIPS Agreement, accentuated the classic conflict between innovation and access, especially in the pharmaceutical and medical areas. A revolution was triggered in the informal transfer of technology and compulsory licensing.

The WTO Law, guided by the principle of general elimination of quantitative restrictions, traditionally legitimizes barriers to trade, against the logic of the WTO, as measures to protect public health. In contrast, the Doha solution, converted into an Amendment to the TRIPS Agreement under Article 31bis, was the response to the protectionism treasured in the WTO Law itself. There is a significant scepticism about Article 31bis of the TRIPS Agreement, which is at the heart of the controversy. Its use is noted only once.

Public Health, combined with trade, is increasingly performed on a global scale. The WTO Law, while encourages global medical innovation, houses a valuable route of access to medicines and other medical technologies that cannot be abandoned by the international community.

**Keywords:** World Trade Organization Law; TRIPS Agreement; intellectual property; patents; compulsory licensing; Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health; Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health; waiver; TRIPS Amendment; Article 31bis; access to medicines and medical technologies; Covid-19 pandemic; human right to health.



## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                                                                                                                                                                          |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GATT   | <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> /Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio)                                                                                          |
| I&D    | Investigação e Desenvolvimento / “R&D” – <i>Research and Development</i>                                                                                                                 |
| MSF    | <i>Médecins Sans Frontières</i>                                                                                                                                                          |
| OMC    | Organização Mundial do Comércio / “WTO” – <i>World Trade Organization</i>                                                                                                                |
| OMPI   | Organização Mundial da Propriedade Intelectual / “WIPO” – <i>World Intellectual Property Organization</i>                                                                                |
| OMS    | Organização Mundial da Saúde / “WHO” – <i>World Health Organization</i>                                                                                                                  |
| ORL    | Órgão de Resolução de Litígios                                                                                                                                                           |
| PI     | Propriedade Intelectual                                                                                                                                                                  |
| PIDESC | Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais                                                                                                                         |
| TRIPS  | <i>Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Agreement)</i> / Acordo “ADPIC” – Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio |

## **Índice**

Introdução

Capítulo 1 – A inovação e o acesso no contexto da elevação da proteção legal da propriedade intelectual ao plano do comércio internacional

1.1. O acentuar do conflito entre a inovação e o acesso no contexto da progressiva liberalização do comércio, em especial no campo farmacêutico e médico

1.2. A revolução provocada pelo Acordo TRIPS na inovação e no acesso no campo farmacêutico e médico, em especial na transferência informal de tecnologia e no licenciamento obrigatório

Capítulo 2 – O contributo do Direito da OMC

Capítulo 3 – O potencial contributo do Direito da OMC

Conclusão

Bibliografia

## **Introdução**

De Punta del Este, em 1986, partia-se não apenas em direção ao multilateralismo e à liberalização progressiva do comércio no plano internacional, mas também em direção ao progressivo encorajamento global da inovação médica. Da troca de inovação futura por barreiras ao comércio, nasce o clássico conflito entre a inovação e o acesso presente nos direitos de propriedade intelectual.

Pretendemos, primeiramente, observar o clássico conflito entre a inovação e o acesso, na sua vertente especialmente controversa no campo farmacêutico e médico, e o seu acolhimento no âmbito do Direito internacional económico, através do Direito da OMC, via Acordo TRIPS. Em sequência, compreender os principais efeitos provocados no campo farmacêutico e médico pela elevação da proteção legal da propriedade intelectual ao plano do comércio internacional, bem como as novas barreiras que mereceram, e merecem, significativa inquietude entre a literatura jurídica e não jurídica (sobretudo ligada à área da medicina e da saúde).

O Acordo TRIPS terá consagrado uma barreira à exportação dos produtos do licenciamento obrigatório de patentes – um instrumento de limitação aos direitos exclusivos concedidos pela proteção legal da propriedade intelectual que assume, no campo farmacêutico e médico, uma função fundamental no acesso à inovação. A fim de remover essa barreira ao acesso, terá sido o foro da OMC, hospitaleiro de uma solução de vocação não comercial.

A resposta, pelo Direito da OMC, teve início em Doha, em 2001, com a Declaração sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública. Serve de centro a este trabalho de investigação a célebre solução construída no foro da OMC que, inicialmente enquanto *waiver*, posteriormente terá merecido o acolhimento enquanto emenda formal ao Acordo TRIPS.

Aqui partimos em busca do (potencial) contributo do Direito da OMC para a proteção da saúde humana. É urgente pensar sobre o papel da solução de Doha, bem como sobre os seus defeitos e as melhorias a serem desenvolvidas.

## **Capítulo 1 – A inovação e o acesso no contexto da elevação da proteção legal da propriedade intelectual ao plano do comércio internacional**

### **1.1. O acentuar do conflito entre a inovação e o acesso no contexto da progressiva liberalização do comércio, em especial no campo farmacêutico e médico**

Incorporada nos bens e serviços, distinta dos direitos de propriedade sobre os bens materiais, a propriedade intelectual<sup>466</sup> é uma característica onipresente do movimento do comércio moderno<sup>467</sup>, que atribui vantagens competitivas aos bens e serviços através do bem imaterial que protege e, paralelamente, compromete o movimento da liberalização gradual do comércio inspirador da criação da OMC<sup>468</sup>. Atente-se à ligação negativa, referida por Guzman e Pauwelyn, entre a proteção da propriedade intelectual e o comércio – os detentores de direitos de patente podem controlar e impedir importações dos bens protegidos<sup>469</sup>. Neste domínio é particularmente digna de atenção

---

<sup>466</sup> Seguimos aqui o conceito lato de propriedade intelectual adotado pelo Acordo TRIPS, e “que esbate a divisão feita tradicionalmente entre direitos de propriedade industrial e direitos de autor”. Pais, 2011, pp. 35-37. Não obstante, a nossa atenção centrar-se-á na patente – por ser esse o direito exclusivo protetor das invenções, e pelo seu específico papel de relevo no campo da investigação farmacêutica e médica. As patentes traduzem-se em monopólios legais suscetíveis de se traduzirem também em monopólios económicos, Ong, 2015, p. 258.

<sup>467</sup> Elsmore, 2012, p. 412. Mais, refira-se, Herdegen, 2016, p. 273, “os direitos de propriedade intelectual e a sua proteção foram, por muito tempo, deixados à margem do sistema do comércio internacional”. Durante o século XIX, a liberalização do comércio internacional vinha encontrando força e, sublinhe-se, a proteção de patentes era vista como antinomia perante o livre comércio, tendo nesta mesma época emergido um importante movimento anti patente na Europa – o berço do sistema de patentes. Na época, foi afirmado por alguns críticos que as leis de patentes atuavam como tarifas proibitivas, Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, p. 11. Atente-se que “[a propriedade intelectual] claramente não fazia parte do pensamento formativo central do GATT ou da CEE. Como o GATT 1947, o Tratado CEE de 1957 efetivamente deixou as matérias da PI à competência nacional”, Elsmore, 2012, pp. 418-419. Não obstante, cf. nota o autor, remontando-nos para o século XIX, já havia tido início o processo de bilateralização e internacionalização do direito da propriedade intelectual, havendo já lugar a uma abordagem com vista à diminuição dos efeitos da territorialidade e reforço da competitividade da tecnologia doméstica por tratados internacionais sobre a propriedade intelectual, dos quais destacamos a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883, no campo das patentes e marcas.

<sup>468</sup> Elsmore, 2012, pp. 412-413, 417-418. As cláusulas de propriedade intelectual são de certa forma anómalas nos acordos comerciais, que normalmente são concebidos visando a diminuição das barreiras ao comércio; ora, encontramos no Direito da OMC “a imposição de barreiras comerciais sob a forma de direitos de propriedade intelectual”, cf. Joseph, 2011, pp. 153, 160, 162 e 220. Assim, contrariamente aos outros Acordos da OMC, o TRIPS restringe o comércio, uma vez que proíbe o comércio dos bens protegidos pela propriedade intelectual pelos não detentores dos direitos de propriedade intelectual. Deste modo, “O Acordo TRIPS enquadra-se de forma desconfortável no sistema da OMC”, Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 594. Em sequência, há quem entenda que o Acordo TRIPS não pertence à OMC (Bhagwati, 2002, pp. 127-128). Ao abrigo da OMC, espera-se que os consumidores beneficiem do acesso a bens mais baratos, e que os Estados vejam as suas indústrias tornarem-se mais competitivas e eficientes, uma vez que a liberalização melhorará a eficiência económica global e nacional, Joseph, 2011, pp. 81, 160-165. Enquanto “as barreiras comerciais em todo o mundo caíram sob os auspícios do GATT e da OMC” (*idem*, 164), os mercados livres encontram obstáculos trazidos pelo significativo nível de protecionismo permitido, também pelas regras da OMC, em especial através do Acordo TRIPS (*idem*, 162-163). Por outro lado, a remoção das barreiras ao comércio, justificada à luz da teoria da vantagem comparativa, traz aumento da riqueza e de bem-estar, vindo beneficiar todos os Estados. No entanto, não olha à distribuição desta riqueza, seja entre os Estados, seja dentro de cada Estado. Assim, o Direito da OMC, ao ter por foco o bem-estar global em lugar do bem-estar individual, poderá conduzir à sobrestimação da capacidade dos Estados, sobretudo em desenvolvimento, de realizar a redistribuição de ganhos (*idem*, 40-43, em especial 42).

<sup>469</sup> Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 592. Será este um dos direitos que compõe o leque de direitos exclusivos (cf. Artigo 28 (1) (a) do TRIPS), Ribeiro de Almeida, 2004, p. 67. Importa olhar-se, em particular, ao direito de excluir importações em todos os Estados nos quais se obtenha o direito de patente e também reimportações dos próprios produtos no Estado de origem (Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 66-68), permitindo a segregação de mercados e o alcance do preço de venda mais alto em cada mercado. Esse será um dos direitos básicos concedidos ao titular de uma patente, salvo se o país importador reconhecer o

a natureza territorial dos direitos de propriedade intelectual, enquanto responsável pela criação de barreiras ao comércio complementares aos direitos aduaneiros<sup>470</sup>.

Por outro lado, a ligação positiva, apontada por Guzman e Pauwelyn, entre a proteção da propriedade intelectual e o comércio traduz-se na potencialidade de encorajar empresas a exportarem os seus produtos para os países que protejam os seus investimentos em I&D através dos direitos de propriedade intelectual, aumentando o fluxo internacional do comércio<sup>471</sup>. O triunfo da justificação económica da propriedade intelectual<sup>472</sup> tem por base a premissa de que a invenção deve ser compensada, sob pena

---

esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que tal importação não constituirá uma violação daquele direito de propriedade intelectual. Assim, a capacidade de o titular da patente controlar o produto patenteado no comércio global dependerá do não reconhecimento do esgotamento internacional por cada país importador. Não obstante, repare-se que o esgotamento de direitos não tem impacto no direito de excluir terceiros do fabrico do bem protegido, pelo que o titular do direito continua a poder impedir o importador de produzir o produto patenteado ora vendido. Ao abrigo do reconhecimento do esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual, o acesso a bens de preço mais baixo pode ser promovido, permitindo que os consumidores tenham direito ao menor preço global possível, por vir impedir que as empresas excluam ou controlem bens importados, que tenham sido vendidos (pelo próprio detentor do direito ou com a sua autorização, e sem restrições) em qualquer outro território. Por outro lado, há quem entenda que esse reconhecimento, apesar de reduzir preços a curto prazo, em última análise, levará ao aumento dos preços globais, porque as empresas uniformizariam o preço dos produtos, podendo o titular vir fixar um elevado preço na sua primeira venda, por saber que não terá a capacidade de controlar a posterior distribuição do bem (Ho, 2011, pp. 36-44). Sobre a doutrina do esgotamento, Elmore, 2012, pp. 427-429, vem esclarecer a existência de três tipos de esgotamento: nacional, regional e internacional. Em contraste, o esgotamento nacional apenas esgota os direitos de propriedade intelectual no âmbito da primeira venda dentro daquele país, e não permite ali a importação do produto, previamente vendido noutro país, sem o consentimento do titular da patente (Joseph, 2011, p. 229). É de sublinhar que o Acordo TRIPS não veio consagrar o esgotamento internacional dos direitos de propriedade intelectual (o mesmo se diga sobre as Convenções de Paris e Berna), tendo deixado a hipótese da consagração à competência nacional, à luz do Artigo 6 do TRIPS (para Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 65-66, o Artigo 6 do TRIPS é um dos sintomas da dessincronização entre o regime dos direitos de propriedade intelectual e a liberdade de circulação de mercadorias, constituindo um obstáculo relevante ao comércio internacional), pelo que, contrariamente ao esgotamento nacional ou doméstico, o esgotamento internacional não é universalmente reconhecido, Ho, 2011, p. 40; Ferreira, 2011, pp. 433-434.

<sup>470</sup> Elmore, 2012, p. 417. Assim, “essa territorialidade [é] uma inimiga da livre circulação” (*idem*, p. 436). Também Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 96-99, 103 em especial, referindo-se a um “capitalismo intelectual (...) [que] quer fronteiras para se proteger”.

<sup>471</sup> Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 592. Ainda, Herdegen, 2016, p. 273, considerando que uma proteção vulnerável da propriedade intelectual no país de destino irá afetar a vontade de exportação de certas formas de conhecimento. Sobre os fundamentos da proteção da propriedade intelectual apontamos que, tradicionalmente, os direitos de propriedade intelectual, especialmente as patentes e os direitos de autor, são justificados, através de uma perspectiva consequencialista, pelo benefício que trazem à sociedade, por serem incentivos que encorajam o esforço criativo. Em sequência, quanto maior a quantidade de invenções e obras criativas que venham a cair no domínio público, mais o público irá beneficiar do enriquecimento económico, cultural ou da melhoria da qualidade de vida, veja-se Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 591; Pais, 2011, pp. 54-60. Em contraste, apontam-se outros fundamentos a favor da proteção (*vide* Pais, 2011, pp. 46-54), como a teoria do direito natural (note-se, “A proteção da obra intelectual não é, para a doutrina utilitarista, um direito natural do criador”, *idem*, p. 56), sendo, nesta perspectiva, tratados principalmente como uma questão de justiça e não de política pública, Guzman & Pauwelyn, 2012, pp. 591. Nesta esteira, não podemos deixar de referir a hipótese do “desenquadramento dos direitos intelectuais da esfera do direito privado, e a sua concepção como ‘medidas macro-económicas’ com as quais o governo pretende estimular actividades particulares para o desenvolvimento do bem-estar em geral” (cf. Pais, 2011, p. 47). Em sentido diverso encontra-se Palmer, para quem a limitação do acesso a bens através dos direitos de propriedade intelectual (imitando-se os processos do mercado que regem a atribuição de bens tangíveis) contém uma “contradição fatal”: viola os direitos a bens tangíveis, os próprios direitos que constituem os fundamentos jurídicos sob os quais os mercados têm início (Palmer, 1990, pp. 864-865).

<sup>472</sup> *Vide* Sundaram, 2018, pp. 18-32, em especial 22. Deste modo, o Acordo TRIPS pretende dar cumprimento a uma conceção económica da propriedade intelectual, através da garantia de mercados abertos e da proteção dos produtos nacionais no estrangeiro. Uma “concepção da propriedade intelectual como medida comercial (‘trade measure’)”, Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 95-96.

de o incentivo ao desenvolvimento ou dedicação a tais atividades ser diminuto. Por consequência, à luz da teoria neoclássica do comércio, a escolha por um Estado de uma proteção legal da propriedade intelectual mais forte ou mais fraca dependerá de onde reside a sua vantagem comparativa – na inovação ou na cópia e adaptação das inovações de outros Estados<sup>473</sup>.

A disseminação da invenção é potenciada pelo direito de patente que, ao substituir-se ao segredo comercial<sup>474</sup>, permitirá que mais pessoas aproveitem o uso da invenção, a qual a seu tempo será também uma descoberta da sociedade. Enquanto isso, o carácter exclusivo do direito encoraja as empresas a dedicarem-se à investigação e a suportarem os riscos que acompanham a atividade inventiva, por proteger a invenção da exploração económica por terceiros sem o consentimento do titular do direito<sup>475</sup>. Ao lado da espera pelo benefício da invenção, a literatura afirma, em tom de advertência, que a interrupção do processo competitivo através da proteção excessiva dos direitos de propriedade intelectual pode resultar não só em preços mais elevados, mas também em menos avanços tecnológicos subsequentes<sup>476</sup> e, mais, poder o inventor vir cobrar um preço superior ao necessário à recuperação dos custos reais da invenção, que resultará numa restrição do acesso superior à necessária<sup>477</sup>.

De facto, a proteção legal da propriedade intelectual permite o tratamento do conhecimento como capital, vindo afetar a disposição dos bens que dependem do conhecimento e da inovação<sup>478</sup>, ou até levar à exclusão do conhecimento, criando artificialmente a sua escassez<sup>479</sup>. Em sequência, se, por um lado, o protecionismo

---

<sup>473</sup> Trebilcock & Howse, 2005, pp. 438-440.

<sup>474</sup> Landes & Posner, 2003, pp. 294-295.

<sup>475</sup> Cooter Jr. & Ulen, 2014, pp. 104-105; *vide* também Pais, 2011, pp. 54-60: assim, essa exclusividade combate o velho problema do parasitismo (igualmente Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 592). A este respeito sublinhamos a consideração do parasitismo dos países em desenvolvimento, numa perspetiva a longo prazo, enquanto potencial ameaçador da capacidade de crescimento de toda a economia internacional (Baxter, William F., “Intellectual property and international trade”, 1982, *FCLI: Antitrust, technology transfers and joint ventures in international trade*, ed. B. Hawk, New York, 1983, p. 5, cit. por Pais, 2011, p. 45).

<sup>476</sup> Correa, 2013, p. 176. Veja-se Sundaram, 2018, pp. 31-32, afirmando que a abordagem consagrada no TRIPS “vai mesmo além dos princípios utilitaristas expostos por Jeremy Bentham, uma vez que desconsidera completamente outros valores humanos, incluindo as necessidades da sociedade”.

<sup>477</sup> Landes & Posner, 2003, p. 296.

<sup>478</sup> Sundaram, 2018, pp. 4-5 e 32. Podemos definir essa afetação como “limitações que a concessão desses direitos acarreta em termos de utilização por outras pessoas do seu ‘corpo’ ou ‘intelecto’” (servimo-nos das palavras de Pais, 2011, p. 45). Aqui, atentemos ao paradoxo ao qual conduzem alguns argumentos da doutrina utilitarista (Pais, 2011, p. 57), ao requerer a limitação do acesso aos produtos da inovação no presente, para assegurar a disponibilidade da inovação futura, cujo acesso será também limitado, Cameron & Berger, 2005, pp. 339-340. O efeito deste paradoxo pode ser melhorado: se a sociedade é suficientemente rica, os inventores podem ser recompensados sem abrandar o progresso (*idem*, p. 340). *Vide* Cooter Jr. & Ulen, 2014, pp. 108-109, 111, sobre a influência da patente na relação típica entre investigação e desenvolvimento.

<sup>479</sup> Veja-se Correa, 2013, pp. 172-173 e 177: o equilíbrio entre os benefícios privados e sociais da proteção dos direitos de propriedade intelectual não é necessariamente o mesmo em países com diferentes capacidades de I&D, níveis de rendimento e necessidades sociais. Em sequência, para alguns países a prioridade dirige-se ao acesso aos produtos existentes, uma vez que será pouco provável que os direitos de propriedade intelectual promovam a inovação local, sendo evidentes os exemplos dos produtos farmacêuticos, *kits* de teste de diagnóstico e outros produtos dos quais depende a saúde ou a vida do ser humano.

revelado pelos contornos traçados pelos países que conservam uma forte economia do conhecimento (sobretudo os desenvolvidos) nas suas políticas de propriedade intelectual se destina ou resulta essencialmente no encorajamento da inovação doméstica, por outro lado, qualquer outro país poderá, potencialmente, beneficiar das invenções produzidas no estrangeiro, através da importação<sup>480</sup>. Não obstante, não podemos deixar de reconhecer em simultâneo que os produtos da propriedade intelectual podem tornar-se escassos ou inacessíveis, sobretudo nos países em desenvolvimento e nos países menos desenvolvidos, em especial os produtos da inovação farmacêutica e médica, vindo afetar o acesso às tecnologias médicas<sup>481</sup>, em resultado do elevado preço que esse conhecimento poderá assumir<sup>482</sup>.

Sublinhe-se, o paradoxo entre a inovação e o acesso só encontrará solução em sociedades suficientemente ricas, capazes de compensar os inventores, ao passo que as sociedades com escassez ou inexistência de recursos ver-se-ão impedidas de aceder a produtos protegidos, podendo resultar na privação de cuidados considerados essenciais<sup>483</sup>. E é sobretudo neste campo que, na procura do equilíbrio entre o encorajamento da inovação e o acesso pelos doentes consumidores da inovação

---

<sup>480</sup> Correa, 2013, pp. 173-174. A este respeito não podemos deixar de dar nota da abundante literatura que denuncia a falha de mercado (resultante do atual modelo de I&D que tem por base os direitos de propriedade intelectual) relativamente à inovação em tecnologias médicas, sobretudo em relação às doenças que afetem desproporcionalmente os países em desenvolvimento (*neglected diseases*), Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, pp. 13-14; WHO, WIPO & WTO, 2013, pp. 115-116; 't Hoen, 2016, pp. 119-127. Assinale-se em contrapeso: talvez seja discutível que a fraca proteção historicamente oferecida às patentes pelo mundo em desenvolvimento possa ter dado causa à indiferença da indústria por essas doenças (Joseph, 2011, p. 237). Ainda sobre a lacuna na investigação sobre as vulgarmente denominadas “doenças do terceiro mundo” ou “doenças do sul global”, vide também Muzaka, 2011, pp. 26-31; Bagley, 2018. Fala-se também de medicamentos para condições crónicas e contínuas que encontram o potencial de um mercado contínuo, ao contrário de curas e vacinas (Joseph, 2011, pp. 237-238; Bagley, 2018, p. 2487 em especial). Deste modo, os regimes de propriedade intelectual são contestáveis como o meio preferível de promoção da inovação em certos setores, falando-se em “lucro excessivo” e em “défice na inovação”, Joseph, 2011, pp. 236-240. Assim, iniciativas que divergem da tradicional proteção à PI, o debate e a procura por novos modelos de I&D que, por um lado, respondam às falhas de mercado relativamente ao tipo de inovação produzida, e que, por outro lado, permitam uma maior transparência e uma significativa redução dos preços a pagar pelo consumidor da inovação, têm sido permanentes no plano internacional, Joseph, 2011, pp. 239-241; 't Hoen, 2016, pp. 130-133; Correa & Velásquez, 2019, pp. 2-6 (em especial referindo que a aplicação do atual modelo de I&D leva à incoerência entre o sistema de propriedade intelectual e a realização do direito humano à saúde). Apesar das dominantes vozes que se levantam sobre a concentração do investimento em I&D nas doenças que afetem os países desenvolvidos, consideramos de especial relevância aqui notar que ao atual modelo de I&D é apontada uma maior amplitude de falhas de mercado: juntando-se críticas, *e.g.*, sobre lacunas ligadas ao investimento em medicamentos pediátricos, sobre as doenças raras e, ainda, sobre os desafios da resistência antimicrobiana (WHO, WIPO & WTO, 2013, pp. 102-104, 108-109 e 152; 't Hoen, 2016, pp. 122-124).

<sup>481</sup> Seguimos aqui o conceito de *tecnologias médicas* que, estando associado ao conceito de intervenção médica (no sentido da prevenção; diagnóstico; terapêutica; e reabilitação), inclui, a título de exemplo, medicamentos, vacinas, *kits* de teste de diagnóstico, e dispositivos médicos. À medida que a tecnologia evolui, mais surgem produtos combinados, que se complementam e são interdependentes (principalmente na área dos produtos farmacêuticos em conjunto com os dispositivos médicos ou *kits* de teste de diagnóstico), vide WHO, WIPO & WTO, 2013, pp. 34-35, 81-82 e 153-154, e ainda 106, para um exemplo de adaptação, pela indústria dos dispositivos médicos, dos dispositivos médicos às necessidades locais.

<sup>482</sup> Veja-se Correa, 2013, pp. 173-174.

<sup>483</sup> Pais, 2011, p. 57, acrescentando que “o argumento de que a proteção da propriedade intelectual em geral, e o sistema de patentes em particular, constituem um incentivo à inovação não parece poder aplicar-se em certos mercados, nos quais a população não tem poder de compra”. Também Correa, 2013, pp. 174-176.

farmacêutica ou médica, surgem vozes que diabolizam a propriedade intelectual, em particular o direito de patente, e sobretudo o seu tratamento no foro da OMC<sup>484</sup>, bem como vozes que louvam a sua consagração<sup>485</sup>. A proteção legal da propriedade intelectual cria novas fronteiras, que se multiplicam quando elevadas ao plano do comércio internacional, sendo a barreira mais controversa a que se levanta perante a proteção dos direitos humanos<sup>486</sup>, em particular pelo seu impacto na saúde pública<sup>487</sup>.

---

<sup>484</sup> Veja-se Sundaram, 2018, que coloca a questão de saber se o regime internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual – promovido pela OMC através do Acordo TRIPS – encontra sobrestimada a sua justificação económica orientada para o bem-estar da sociedade, tendo ofuscado o dano que causa às sociedades dos países em desenvolvimento e aos países menos desenvolvidos (*idem*, p. 51). Ora vejamos, ainda, as referências apontadas pelo autor à OMC como um “verdadeiro pesadelo para certos setores da humanidade”, e sobre o Acordo TRIPS, que “de alguma forma encoraja, ou tem como efeito colateral, algumas violações dos direitos humanos”, *idem*, p. 41.

<sup>485</sup> Pires de Carvalho, 2014, pp. 198-203 e 206-208, em especial referindo que o problema maior, comum aos ricos e aos pobres, é o da falta de acesso aos medicamentos que ainda não existem. “As doenças não são tratadas através da redução dos *standards* do TRIPS de proteção dos direitos de propriedade intelectual”, *idem*, p. 424. Repare-se que a proteção da propriedade intelectual também contribui para a realização do direito humano à saúde, através da disponibilidade e da qualidade dos medicamentos (Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 7-8 e 17-21).

<sup>486</sup> Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 597, descrevem o Acordo TRIPS como uma parte controversa do sistema da OMC, sendo as normas relativas à proteção de patentes e, em particular, o impacto dessas regras sobre o acesso aos medicamentos o aspeto mais controverso do Acordo. Igualmente Joseph, 2011, pp. 152, 214-217. Importa repararmos que o direito internacional económico e o direito dos direitos humanos evoluíram como sistemas jurídicos separados, sem regulação explícita das suas inter-relações controversas (Petersmann, 2013, p. 26). De facto, a OMC não é parte em nenhum tratado sobre direitos humanos, sendo controverso argumentar-se que a própria OMC, uma organização internacional, tem obrigações em matéria de direitos humanos. Por outro lado, sobre os Estados membros da OMC recaem obrigações em matéria de direitos humanos através de outras fontes. E, ainda, repare-se que as normas da OMC não podem fazer parte do *jus cogens* ou, mesmo, do Direito Internacional consuetudinário, uma vez que os Estados não membros não estarão vinculados a nenhuma das suas regras sem receberem os benefícios dos princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional (aqui seguimos Joseph, 2011, pp. 46-47). A hipótese da existência de uma hierarquia aplicável, no direito internacional, entre o direito internacional dos direitos humanos e o Direito da OMC, e da prevalência em caso de obrigações contraditórias, encontra a barreira da fragmentação do direito internacional bem como do tratamento isolado e em separado destas matérias no plano internacional: “[A] ‘fragmentação’ refere-se ao fenómeno de os Estados serem sujeitos a sistemas especializados de direito internacional, como o Direito do comércio e o Direito dos direitos humanos, que se desenvolveram em grande parte isolados uns dos outros” (*idem*, p. 47). Assim, afirma a autora, ao abrigo do Artigo 31(3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que o ORL da OMC deve procurar interpretar os Acordos da OMC, se possível, de forma a cumprir as obrigações das partes em matéria de direitos humanos, e os organismos de direitos humanos devem fazer o mesmo na situação recíproca, *idem*, pp. 46-47. Nesta esteira *vide* também Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 12-17, em especial, afastando a literatura que considere o sistema multilateral de comércio da OMC como um sistema fechado ou impermeável. Por fim, sublinhamos aqui, rebocados por Joseph, 2011, p. 49, que, quando duas normas internacionais em conflito tenham igual valor (o que pode ser o caso de algumas, e mesmo da maioria das normas de direitos humanos, em comparação com as normas da OMC), as ferramentas disponíveis para resolver esses conflitos no direito internacional são inúteis. Joseph explica que o princípio destinado a resolver o conflito não funcionará quando as duas áreas do Direito não estão preocupadas com as mesmas matérias, como é o caso do direito dos direitos humanos e o Direito da OMC. Sobre o tema que aqui nos ocupa, menciona Joseph: “ao abordar a questão das patentes de medicamentos, não é convincente invocar que o TRIPS é a *lex specialis* em detrimento do direito à saúde previsto no Artigo 12 do PIDESC, ou vice-versa”.

<sup>487</sup> *Vide* Zapatero Miguel, 2014, pp. 81-83. O equilíbrio entre a exclusividade (direitos de monopólio de patentes) e o interesse público considera-se, geralmente, ser proporcionado através da subtil interação dos Artigos 30 e 31 do TRIPS. Ora, “As liberdades promovidas no âmbito da OMC residem exclusivamente na esfera económica internacional (...). Esta lista de liberdades é muito restrita se comparada às liberdades promovidas pelo direito dos direitos humanos”, e o Direito da OMC concede prioridade às liberdades que não são estritamente reconhecidas pelo direito dos direitos humanos, Joseph, 2011, pp. 34 e 38. A autora realça o foco utilitarista ou consequencialista da agenda da OMC baseada na eficiência económica – que se destina a aumentar o bem-estar geral e que tolera sacrifícios a curto prazo a fim de obter ganhos a longo prazo – que contrasta com o direito dos direitos humanos, que não pode ser comprometido por considerações utilitárias ou consequencialistas, *idem*, p. 43. Mais, repare-se: não obstante serem toleradas limitações aos direitos humanos (por exemplo, em nome da preservação da ordem pública, segurança nacional, saúde pública, moral pública), o direito internacional dos direitos humanos não prevê a limitação



## **1.2. A revolução provocada pelo Acordo TRIPS na inovação e no acesso no campo farmacêutico e médico, em especial na transferência informal de tecnologia e no licenciamento obrigatório**

O harmonizador Acordo TRIPS<sup>488</sup> trouxe a elevação da proteção legal da propriedade intelectual ao plano do direito internacional económico<sup>489</sup>, dotado de um mecanismo de resolução de litígios transparente capaz de conferir legitimidade à retaliação em forma de sanções comerciais entre os seus membros<sup>490</sup>. Deste modo, em 1996, o Acordo TRIPS<sup>491</sup> veio fortalecer e fazer proliferar o potencial de encorajamento da inovação farmacêutica e médica comportado pelo direito de propriedade intelectual (essencialmente o direito de patente) e, sobretudo, delimitar o acesso – aos medicamentos e outras tecnologias médicas – ao impor aos membros da OMC a proteção

---

rotineira dos direitos humanos por motivos económicos utilitários, *idem*, p. 43. Ainda que as regras da OMC comportem a capacidade de promoção da proteção e realização dos direitos humanos, estas não conduzirão necessariamente à melhoria do bem-estar individual. Assim, os “perdedores” que resultam do processo de liberalização do comércio assumem particular relevância no âmbito das preocupações perfilhadas pelo direito internacional dos direitos humanos (Joseph, 2011, pp. 40-41).

<sup>488</sup> O Acordo TRIPS é o Anexo 1C ao Acordo que criou a OMC, um acordo multilateral e vinculativo para todos os membros da OMC (Sundaram, 2018, p. 2). O *Uruguay Round* teve início em Punta del Este, Uruguai, em setembro de 1986, tendo a assinatura do Ato Final de conclusão das negociações tido lugar em 15 de abril de 1994, em Marraquexe, Marrocos. Criou-se assim a Organização Mundial do Comércio, entrando em vigor, no dia 1 de janeiro de 1995, o Acordo OMC. Elmore, 2012, p. 414, define o TRIPS como “um barómetro internacional de standards de propriedade intelectual”, que serve a classificação de certos regimes de propriedade intelectual como *TRIPS-plus* e *TRIPS-minus*. O Acordo veio consagrar um nível mínimo de proteção da propriedade intelectual, a partir do qual os seus (atuais) 164 membros (*vide* [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm) para consulta da lista atualizada dos membros da OMC) devem cumprir a implementação no seu direito nacional, conservando a liberdade de consagração de uma proteção superior à consagrada pelo Acordo (cf. o Artigo 1 (1) do TRIPS), à luz do Princípio da Nação Mais Favorecida e do Princípio do Tratamento Nacional, *vide* Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 598; Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 46-47, 63-65.

<sup>489</sup> Até ao *Uruguay Round* a propriedade intelectual assentava, no plano internacional, fundamentalmente em convenções administradas pela OMPI (veja-se Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 33-35 e 44-49). Em consequência, “A proteção da propriedade intelectual realizava-se essencialmente pela aplicação de sanções unilaterais, o que se traduzia por uma tutela insuficiente dos direitos de propriedade intelectual”, Ferreira, 2011, pp. 420-422. Ao abrigo da proteção da propriedade intelectual oferecida pela OMPI, aos Estados era concedida a liberdade de desenvolver e aplicar as suas próprias leis (Elmore, 2012, p. 419), permitindo-lhes o respeito das suas tradições, da sua cultura e do seu sistema jurídico (Ribeiro de Almeida, 2004, p. 98). Em contraste, a elevação da propriedade intelectual como um dos novos pilares do sistema multilateral de comércio coloca-nos “perante um proteccionismo muito mais eficaz que o proteccionismo tradicional”, Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 103-104.

<sup>490</sup> Correa, 2013, pp. 169-170; Guzman & Pauwelyn, 2012, pp. 116-135, em especial 122-124, 146-147, 151. “Um dos aspetos mais notáveis e bem sucedidos da OMC é sem dúvida o seu sistema de resolução de litígios automático e obrigatório”, atento ao facto de que ao abrigo do Direito Internacional os Estados só podem ser trazidos perante uma corte ou tribunal internacional caso tenham consentido a sua jurisdição, repare-se, em contraste, “Na OMC, a situação é dramaticamente diferente e bastante única”, uma vez que qualquer membro da OMC que tenha uma queixa contra qualquer outro membro da OMC, resultante de qualquer matéria abrangida por um dos Acordos abrangidos pela OMC, poderá invocar o sistema de resolução de litígios da OMC; mesmo quando a questão levantada não envolva apenas o comércio, mas também questões mais sensíveis, como a saúde ou a proteção ambiental, a moral pública ou a segurança nacional, *idem*, p. 115.

<sup>491</sup> Não obstante a entrada em vigor do Acordo OMC a 1 de janeiro de 1995 (Ribeiro de Almeida, 2004, pp. 24-25), os membros gozariam de um período de, pelo menos, um ano para a sua implementação.

da patente de produto<sup>492</sup>. Por consequência, a *engenharia reversa*<sup>493</sup>, outrora livre em vários territórios<sup>494</sup>, encontra uma barreira à escala global<sup>495</sup>, provocando, deste modo, uma afetação significativa da concorrência da indústria de versões genéricas<sup>496</sup>, uma vez que a (re)produção do produto só terá lugar através do consentimento do detentor do direito (via licença voluntária ou, sem o consentimento, via licença obrigatória, ou, por fim, quando a patente passe a pertencer ao domínio público)<sup>497</sup>. Revolução essa a consolidar-se mais cedo em alguns territórios do que noutros<sup>498</sup>, uma vez que os países

---

<sup>492</sup> Dreyfuss, 2010, pp. 35-46; Halliburton, 2017, p. 34; Correa, 2019, pp. 1-2. À luz do Artigo 27 (1) do TRIPS, todas as invenções são, em princípio, patenteáveis (Herdegen, 2016, p. 274). Consagra-se a proteção da patente de produto e de processo em todos os campos da tecnologia. Em contraste, ao abrigo da Convenção de Paris, os Estados conservavam a liberdade de exclusão da proteção da patente em determinados setores, sendo de destacar como exemplo o setor farmacêutico e, em particular, a liberdade de exclusão da patente de produto (Correa, 2013, pp. 170-171; Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, pp. 9, 11-12, como resultado, a medicina era uma área na qual muitos países excluía a patenteabilidade). Destacamos a este respeito não ser pacífica a questão de saber se a exploração da invenção patenteada no mercado local deixa de poder ser exigida ao abrigo do TRIPS com base no princípio geral de não discriminação, ou se, por outro lado, continua a ser um dos fundamentos para o licenciamento obrigatório, ao abrigo da incorporação expressa da Convenção de Paris no TRIPS (Ho, 2011, pp. 130-132; *vide* o entendimento de Pires de Carvalho, 2014, pp. 209-210, 397 e 437).

<sup>493</sup> Assim tipicamente intitulada uma das formas da *transferência informal de tecnologia* (Correa, 2013, p. 191). Através desta prática, vários produtores podem produzir o mesmo produto à medida que encontrem diferentes métodos ou processos de fabrico. Deste modo, num território no qual não fosse consagrada a proteção da patente de produto, os concorrentes podiam produzir o mesmo produto (que, por exemplo, se encontrasse protegido por uma patente de processo naquele país, ou por uma patente de produto em outros países) através da engenharia reversa (*reverse engineering*), Siew-Kuan Ng, 2010, p. 106; Muzaka, 2011, p. 24, 34-35; Halliburton, 2017, p. 33.

<sup>494</sup> Não podemos deixar de reparar que, aquando do início do *Uruguay Round*, cerca de 50 países não reconheciam a proteção da patente dos produtos farmacêuticos (Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, p. 10; Correa, 2013, p. 171). *Vide* Joseph, 2011, p. 174, referindo que “A engenharia reversa é ilegal sob o TRIPS”; a não ser que o produtor original não procure a proteção da patente, ou que o seu registo não tenha sido concedido, nos territórios onde se encontrem os produtores concorrentes, e, ainda, naqueles territórios para os quais os últimos pretendam exportar, Muzaka, 2011 pp. 35-36.

<sup>495</sup> Em contraste, referimos Pires de Carvalho, 2014, pp. 201-202, afirmando que, no contexto da OMC, a falta de proteção da patente nos países em desenvolvimento poderá, esta sim, constituir uma barreira não tarifária e discriminatória contra as importações.

<sup>496</sup> Repare-se que o detentor da patente poderá afetar as exportações para países com mercado reduzido ou capacidade tecnológica limitada ou ausente, mesmo que decida não fazer uso da proteção da patente no território destes países, através do uso da proteção nos territórios onde encontre potenciais fornecedores das versões genéricas dos produtos. Assim, os produtos da inovação podem permanecer indisponíveis ou inacessíveis (Guzman & Pauwelyn, 2012, pp. 605-607; Zapatero Miguel, 2014, p. 100). Os custos de I&D dos produtores de versões genéricas – definidas como substitutos terapêuticos do produto original, capazes de oferecer uma alternativa segura, e não se confundindo com produtos contrafeitos ou de qualidade inferior – serão significativamente inferiores aos do produtor original, traduzindo-se numa atividade de menor risco acompanhada de um menor investimento, quer em termos de tempo, quer em termos de capital, pelo que os produtos chegarão ao mercado a um preço significativamente inferior, Ho, 2011, pp. 4-5, 12-13. *Vide*, em especial, Correa, 2013, pp. 190-193, sobre os “países em desenvolvimento inovadores” e o impacto dos regimes de direitos de PI (suscetíveis de atrasar a inovação doméstica), nos três diferentes níveis de desenvolvimento económico e tecnológico. Por outro lado, Pires de Carvalho, 2014, p. 395, em especial referindo exemplos de que tal afetação leva à transformação gradual das empresas farmacêuticas genéricas em empresas de investigação.

<sup>497</sup> Note-se: o Acordo TRIPS consagra um período mínimo de vinte anos para a proteção da patente, cf. Artigo 33.

<sup>498</sup> Do Artigo 65(1) do TRIPS resulta como a sua primeira data de implementação o dia 1 de janeiro de 1996. Esta previsão reflete um período de implementação de um ano para os países desenvolvidos, Elsmore, 2012, p. 432. A segunda data-limite para a implementação do Acordo teve lugar a 1 de janeiro de 2000, destinada aos países em desenvolvimento, cf. Artigo 65(2), e economias em transição em qualquer membro, cf. Artigo 65(3). E, ainda, 1 de janeiro de 2005 como a terceira data para a implementação, concedida aos países em desenvolvimento aos quais o Acordo TRIPS veio obrigar à proteção da patente de produto em certas áreas da tecnologia sobre as quais estes membros não concedessem a proteção no seu território, *e.g.* a área farmacêutica, cf. Artigo 65(4). Não obstante, a partir de 1 de janeiro de 1996, todos os membros seriam obrigados ao respeito pelos princípios do Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida (*idem*, p. 432).

menos desenvolvidos não terão de proteger patentes sobre os produtos farmacêuticos até 1 de janeiro de 2033, ou até à data em que cesse a condição de país menos desenvolvido, qualquer que seja a data que se verifique em primeiro lugar<sup>499</sup>.

Não obstante, o impacto do TRIPS no acesso aos produtos farmacêuticos teve o seu início já em 1996 (o ano da implementação nacional para os países desenvolvidos) para todos os membros sem capacidade ou com capacidade insuficiente de produção doméstica da inovação que confiassem no licenciamento obrigatório para o suprimento do seu mercado doméstico através de versões genéricas pelos países desenvolvidos, agravando-se, em 2005, com a implementação do TRIPS pelos países em desenvolvimento, que passaram a estar sujeitos às condições do licenciamento obrigatório consagradas pelo Acordo<sup>500</sup>.

O licenciamento obrigatório, previsto no Artigo 31 do TRIPS, permite, a qualquer membro ou a um terceiro autorizado por esse membro, o fabrico de uma invenção patenteada no seu território sem a autorização do titular da patente, havendo lugar ao pagamento de *royalties*, geralmente de valor inferior ao obtido em contexto de livre mercado<sup>501</sup>, incluindo-se as questões de saúde pública nos seus motivos de concessão<sup>502</sup>. Importa termos presente que, através do Artigo 31, qualquer tecnologia, *e.g.* médica, patenteada, e, sublinhe-se, independentemente da verificação de uma situação de emergência nacional ou circunstância de extrema urgência<sup>503</sup>, pode ser objeto de uma licença obrigatória<sup>504</sup>.

O recurso a esse mecanismo de limitação aos direitos exclusivos encontrou uma barreira relevante consagrada pelo TRIPS entre as condições mínimas estabelecidas no Artigo 31 (de epígrafe *Outro Uso sem Autorização do Titular*<sup>505</sup>). O parágrafo (f) do

---

<sup>499</sup> Decisão adotada pelo Conselho para o TRIPS em 6 de novembro de 2015 (IP/C/73) sobre a extensão do período de transição relativo aos produtos farmacêuticos.

<sup>500</sup> Merecendo especial menção a Índia, conhecida como o fornecedor de versões genéricas ao mundo em desenvolvimento, *vide* Bourgeois & Burns, 2002, pp. 837-838; Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 24-25; Joseph, 2011, pp. 226, 233-234; Muzaka, 2011, pp. 87-88. Com o alcance global da proteção da patente, especialmente após o termo dos períodos de transição, a disponibilidade de versões não patenteadas dos produtos procurados diminuirá progressivamente, Law, 2009, pp. 159-160.

<sup>501</sup> Ho, 2011, pp. 127-128.

<sup>502</sup> Quanto aos motivos de concessão, *vide* Law, 2009, pp. 102-104; Pires de Carvalho, 2014, pp. 396-399 e 210.

<sup>503</sup> Estas, e também a situação de “uso público não comercial”, só derogam a exigência do prévio esforço para obtenção de uma licença voluntária junto do titular da patente antes do recurso ao mecanismo, de acordo com o Art. 31 (b) (*vide* Ho, 2011, p. 134). Note-se que cada membro da OMC goza da liberdade de determinação das circunstâncias que se qualifiquem como emergência nacional ou como circunstâncias de extrema urgência, Law, 2009, pp. 112-117; Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 23-24.

<sup>504</sup> Sobre o elenco de requisitos do Art. 31 *vide* Ho, 2011, pp. 133-141. Contrariamente à anterior prática de alguns países, que concediam tais licenças de forma automática em relação a determinadas “classes de tecnologias”, *e.g.* em relação a área farmacêutica e da alimentação, o Acordo veio impor o cumprimento dos vários requisitos do Art. 31, caso a caso (*idem*, pp. 128-130; Pires de Carvalho, 2014, p. 399).

<sup>505</sup> A ausência do termo *licença obrigatória* é explicada pelo facto de não ser usado nos direitos de várias Partes do GATT, Pires de Carvalho, 2014, pp. 387-388. Adotámos o termo *licença obrigatória* por ser usado amplamente pela literatura que versa sobre a matéria do nosso trabalho de investigação. Apesar de o Artigo 31 abranger também o “uso pelo governo” (Pires de Carvalho, 2014, pp. 387-389), aqui a nossa atenção dirige-se ao uso da invenção por terceiro, *i.e.*, por um produtor privado de versões genéricas.

Artigo 31 veio consagrar que aquele fabrico seria destinado *predominantemente para o suprimento do mercado doméstico* do membro que autorize aquele uso, criando uma dupla limitação – os potenciais membros importadores estão limitados quanto às fontes dos produtos; os potenciais membros exportadores são limitados na sua capacidade de estabelecer economias de escala<sup>506</sup>. Deste modo, o parágrafo (f) do Artigo 31 do TRIPS veio assumir o papel central da controvérsia sobre o acesso (ou acesso a preços suportáveis) às versões genéricas de medicamentos, pela restrição quantitativa à exportação que impõe<sup>507</sup>.

A controvérsia, que ao tempo da escrita permanece presente na agenda internacional<sup>508</sup>, atingiu o foro multilateral da OMC no início do século XXI<sup>509</sup>, tendo culminado numa emenda formal ao Acordo TRIPS, a qual entrou em vigor em janeiro de 2017<sup>510</sup>.

## Capítulo 2 – O contributo do Direito da OMC

A Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, de 14 de novembro de 2001<sup>511</sup>, representando um reconhecimento geral de uma melhor integração das

---

<sup>506</sup> Abbott, 2002, pp. 24-26. Apesar de, cf. Pires de Carvalho, 2014, pp. 415-418, não impedir a importação da produção pelos membros; pelo menos em teoria, Law, 2009, p. 160.

<sup>507</sup> Ou escopo geográfico circunscrito, Ong, 2015, pp. 236-240, deste modo, a produção ao abrigo da licença obrigatória deve ser limitada principalmente ao suprimento das necessidades do mercado doméstico, *i.e.*, não podem ser exportados predominantemente a doentes no estrangeiro. Sublinhe-se Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 25, a apontar que o parágrafo (f) é discriminatório em relação aos membros da OMC com mercados domésticos menores. E, também, “não era adequado às realidades sociais e económicas do mundo em desenvolvimento”, Zapatero Miguel, 2014, pp. 85-86. Assim, apenas alguns países seriam capazes de utilizar o licenciamento obrigatório – “uma verdadeira ironia tendo em conta o argumento da vantagem comparativa que está subjacente ao comércio de mercadorias na OMC”, Guzman & Pauwelyn, 2012, p. 608. *Vide* Pires de Carvalho, 2014, pp. 394-395 e 415-418, discordando da sugestão do *African Group* ao tempo da discussão (de que 49,9% da produção poderia ser exportada), e vindo afirmar que, além da exportação só poder ter lugar em caso de excedentes eventuais e não voluntários, não poderá haver lugar a um aumento da produção acima dos níveis da procura com a intenção de exportar excedentes, uma vez que entraria em conflito com as alíneas (f) e (c) do Art. 31. *Vide* ainda Law, 2009, pp. 127-131, reconhecendo a limitação posta pelo parágrafo (f), mas sugerindo, pelo menos em teoria, uma interpretação flexível quando aplicado a casos nos quais o mercado interno se remonte a uma União ou Zonas de livre comércio (*idem*, pp. 130-131; Abbott, 2002, pp. 29-30). Por fim, sublinhe-se a interpretação de Abbott, 2002, pp. 25-27 (com a limitação que o próprio admite), a fim de superar a linguagem do parágrafo (f), segundo a qual apenas se exigiria que o uso doméstico superasse o uso no país importador, significando isso reter 40% e exportar 60% da produção, *e.g.* repartindo-se entre três membros, destinar-se-ia 20% a cada membro importador. Ora, seria pouco provável que a exportação de uma parte não predominante da produção fosse capaz de responder às necessidades locais (aqui seguimos Yu, 2013, pp. 1573-1574).

<sup>508</sup> Veja-se Abbas & Riaz, 2018, pp. 33-34; Correa & Velásquez, 2019, pp. 5-6.

<sup>509</sup> Motivado originariamente pela crise do HIV/AIDS que se arrastou ao longo dos anos 90, o debate sobre o conflito entre o TRIPS e o acesso à inovação ganhou força, ligado ao conceito de medicamentos essenciais, salvadores da vida humana, e foi elevado ao foro multilateral da OMC, *vide* Joseph, 2011, pp. 223-225; Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 3-4. Sobre os contornos da conjuntura externa da época *vide* Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, pp. 16-17, de papel fundamental nas negociações, colocando as nações em desenvolvimento numa posição mais favorável, Roh, 2012, pp. 103-128, em especial pp. 115-117.

<sup>510</sup> *WTO News – WTO IP rules amended to ease poor countries’ access to affordable medicines*, 23 January 2017 (acessível em: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news17\\_e/trip\\_23jan17\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/trip_23jan17_e.htm)).

<sup>511</sup> Na Quarta Conferência Ministerial da OMC, foi adotada a Declaração sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, em 14 de novembro de 2001, em Doha, Qatar (WT/MIN(01)/DEC/2), doravante Declaração de Doha, cujo valor interpretativo e o papel ocupado no Direito da OMC dividem a literatura (*vide* Ho, 2011, p. 129). Questiona-se, sobretudo, sobre se esta consiste na adoção de uma interpretação (ao abrigo do Artigo IX (2) do Acordo OMC) ou se apenas se resume a um documento de *soft law*, ou ainda, mas aqui à luz do

preocupações comerciais e não comerciais<sup>512</sup> e uma afirmação de *direitos antigos*<sup>513</sup>, veio confirmar, em geral, as flexibilidades contidas no TRIPS relacionadas com a proteção da saúde pública e, em especial, determinar a procura de uma solução expedita para os obstáculos enfrentados pelos membros com capacidade insuficiente ou sem capacidade de produção no setor farmacêutico<sup>514</sup> para o uso efetivo do licenciamento obrigatório<sup>515</sup>.

A solução encontrada no foro multilateral da OMC concretizou-se, em 2003, num *waiver* que permitiria o uso do licenciamento obrigatório para exportação<sup>516</sup>, e destinar-se-ia a vigorar provisoriamente até entrar em vigor como emenda formal ao TRIPS, sob o Artigo 31bis<sup>517</sup>. O *waiver* construído com o exclusivo propósito de exportação, que sob

---

direito dos tratados, se traduz num acordo subsequente entre os membros, *vide* Haugen, 2007, pp. 76-78; Law, 2009, pp. 156-163. Pese embora tenha sido aclamada por muitos, tendo também o seu valor político realçado (*vide* Roffe, Spennemann & Von Braun, 2006, p. 10, referindo-a como um marco histórico; e Muzaka, 2011, pp. 85-87, descrevendo a vitória dos países em desenvolvimento), e sendo entendida como facilitadora de “leituras pró-saúde do Acordo TRIPS” (Zapatero Miguel, 2014, pp. 83-85), havendo até quem a denomine por “*bill for rights for the public health regulation of medicines*” (Drahos & Henry, 2004, pp. 1271-1272); não se constata que a Declaração em si mesma represente qualquer mudança no sentido de um reconhecimento mais explícito do direito dos direitos humanos (Haugen, 2007, pp. 322-326), havendo quem a descreva em tom ainda menos animador (*vide* Pires de Carvalho, 2014, pp. 205-210, 422).

<sup>512</sup> Haugen, 2007, p. 326.

<sup>513</sup> Law, 2009, p. 168.

<sup>514</sup> Embora possa haver capacidade de produção, há fatores que impedem que tal ocorra. Não é exigida uma falta de capacidade geral, aceitando-se uma falta de capacidade específica (Law, 2009, pp. 187-188; Ho, 2011, p. 202; Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 31).

<sup>515</sup> Cf. o parágrafo 6 da Declaração de Doha. O parágrafo 6 restringe a solução ao setor farmacêutico, em lugar dos problemas de saúde pública (Law, 2009, pp. 186-189). Repare-se, atentando a Pires de Carvalho, 2014, pp. 203-204, e 418, em especial, que o parágrafo 6, ao identificar o problema sem revelar quais os obstáculos presentes no TRIPS lhe dão causa, acaba por dar origem a uma maior e mais eficaz proteção dos direitos de patente, na medida em que torna mais difícil, aos membros da OMC, o recurso às exceções de segurança do Artigo 73. Veja-se, mesmo perante a referida barreira colocada pelo 31 (f), qualquer membro poderia conceder uma licença obrigatória com vista à exportação perante uma emergência nas relações internacionais, ao abrigo do Artigo 73 (b) (iii), *idem*, pp. 425-426; no entanto, merece especial realce o mais amplo escopo de Doha, que não se limitou a situações de emergência.

<sup>516</sup> Consagrado pela Decisão do Conselho Geral de Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, em 30 de agosto de 2003 (WT/L/540), doravante Decisão de 2003. Pela literatura intitulada *Medical Decision* (Herdegen, 2016, p. 74) ou *Medicines Decision* (Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 4). Entendida por alguns, com entusiasmo, como uma verdadeira humanização das regras do comércio (vejam-se as menções feitas por Pires de Carvalho, 2014, pp. 422-423, que, em contraste, descreve-a como um “símbolo político do descontentamento dos países em desenvolvimento”, *idem*, p. 420).

<sup>517</sup> Cf. Decisão do Conselho Geral de Emenda ao Acordo TRIPS, 6 de dezembro de 2005 (WT/L/641), doravante usar-se-á a expressão *solução de Doha*, no sentido de encerrar a Decisão de 2003 (*i.e.*, o *waiver*) e o Artigo 31bis. A solução final é uma transformação direta da Decisão de 2003 apenas na sua forma (Law, 2009, pp. 217-220); o Artigo 31bis reflete-a, *vide* Pires de Carvalho, 2014, pp. 447-448, 451-453. Notamos ainda que, apesar de já ter sido alcançada a aceitação do Protocolo que altera o Acordo TRIPS, em 2017, por parte de dois terços dos membros da OMC, permanece aberto o período para aceitação pelos membros que ainda não o tenham feito até 31 de dezembro de 2021 (cf. Decisão do Conselho Geral, adotada em 10 de dezembro de 2019 (WT/L/1081)), para os quais o *waiver* permanece em vigor. Não obstante ter sido o único *waiver* a culminar numa emenda, este não foi o primeiro *waiver* aprovado com vista à proteção de direitos humanos no foro da OMC (Joseph, 2011, pp. 129-130, referindo o *waiver*, de maio de 2003, que veio permitir aos membros a restrição do comércio de diamantes). Apesar de a Declaração de Doha não fazer referência a “direitos humanos” (Haugen, 2007, pp. 323-324; Law, 2009, pp. 167-168), refere no seu parágrafo 4 o “acesso a medicamentos para todos”.

o seu elenco de condições<sup>518</sup> derroga o parágrafo (f) e, de certa forma, o parágrafo (h)<sup>519</sup>, do Artigo 31, determina que o membro importador deve notificar o Conselho para o TRIPS do específico *produto farmacêutico* do qual necessita, bem como da quantidade esperada e, não sendo um país menos desenvolvido, deve identificar a sua capacidade insuficiente ou inexistente. Ainda, quando o produto esteja protegido por patente no seu território, deve ter concedido ou informar de que irá também conceder, em simultâneo, uma licença obrigatória no seu território. Em sequência, o membro exportador (uma vez implementada a solução de Doha no seu direito nacional), por ter uma entidade doméstica disposta ao fabrico do produto, notifica o Conselho para o TRIPS da concessão da licença no seu território, devendo ainda cumprir todos os requisitos consagrados no parágrafo 2 (b) e (c) da Decisão de 2003<sup>520</sup>.

Apesar de o mecanismo considerar que apenas os países menos desenvolvidos terão insuficiente ou inexistente capacidade de produção no setor farmacêutico (sendo estes automaticamente membros importadores), não se limita só ao benefício destes membros, ficando em aberto o uso da solução, enquanto importador, pelos outros membros da OMC<sup>521</sup>. Neste domínio, apontam-se as declarações de alguns membros no sentido de que apenas farão uso da solução de Doha em circunstâncias limitadas (*e.g.* em caso de emergência nacional<sup>522</sup>) ou de que não irão fazer qualquer uso da solução de Doha no papel de importadores (somente enquanto exportadores) – encontrando-se entre estes a União Europeia e os seus Estados-Membros, a Austrália, o Canadá, a Suíça, o Japão e os E.U.A. Já o papel de membro exportador poderá ser assumido por qualquer membro da OMC<sup>523</sup>.

A solução de Doha foi alvo de duras críticas que se transpuseram e se mantêm após o seu acolhimento como solução permanente. Como pensamento primeiro entendemos merecer referência o facto de, apesar de não ter vindo limitar o âmbito das doenças abrangidas, bem como não se ter restringido a produtos finais, a solução de Doha não ter incluído os instrumentos e dispositivos médicos no âmbito dos *produtos farmacêuticos*,

---

<sup>518</sup> Cf. parágrafos 2 e ss. da Decisão de 2003, incorporados posteriormente no 31bis. Note-se, acrescidas as restantes condições do Artigo 31 às quais os membros permanecem obrigados (*e.g.*, já foram movidos esforços prévios, junto do titular da patente, no sentido da obtenção de uma licença voluntária, *vide* Law, 2009, p. 203; Mitchell & Voon, 2009, pp. 582-583).

<sup>519</sup> Não haverá uma repetição do pagamento. Significa ainda isto dizer que, ao aferir-se o montante de remuneração do titular, apenas poderá ser considerado o impacto no mercado do membro importador, Pires de Carvalho, 2014, pp. 439-442.

<sup>520</sup> *Vide* Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 26-28; Ho, 2011, pp. 133-138 e 198-209; Ong, 2015, pp. 242-243.

<sup>521</sup> Pires de Carvalho, 2014, pp. 432-434, 453-454, afastando a hipótese da inclusão de não membros da OMC no benefício da solução de Doha, *idem*, pp. 433-434; em sentido oposto Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 31-34.

<sup>522</sup> Law, 2009, pp. 207-210.

<sup>523</sup> *Idem*, pp. 201-203.

refletindo os medicamentos como preocupação central, em contraste com a terminologia (mais ampla) da *saúde pública* refletida na Declaração de Doha<sup>524</sup>.

Do vasto elenco de críticas, consideramos ser a barreira ao comércio consagrada pela solução de Doha merecedora da crítica principal sobre a sua falta de efetividade<sup>525</sup>, traduzindo-se esta no fator desencorajador do seu uso. E assim é porque a solução veio confinar a totalidade da produção ao mercado do membro importador<sup>526</sup>, não permitindo uma significativa expectativa de economias de escala, sendo certo que “[o] Artigo 31bis requer preços baixos, mas não permite a venda de grandes quantidades, uma vez que as licenças devem ser concedidas país a país”<sup>527</sup>. Repare-se, será difícil a tarefa de encorajar uma empresa estrangeira a produzir para exportar exclusivamente a um país no qual a falta de capacidade de produção seja o resultado de um problema de economias de escala<sup>528</sup>, *i.e.*, a reduzida dimensão do mercado doméstico do membro importador não permita a produção de quantidade suficiente a atingir um menor custo de produção e, em sequência, a receção de um menor preço do produto pelos consumidores

---

<sup>524</sup> Law, 2009, pp. 198-201 (referindo ainda a exclusão dos setores da nutrição e da agricultura; e, em especial, quanto a máquinas ou instrumentos médicos, sugerindo o auxílio de outro Acordo multilateral do Direito da OMC, sobre medidas sanitárias e fitossanitárias, artigo 2 (2), que, apesar de não exigir o “melhor” meio, exige que os membros possam justificar cientificamente a adoção de medidas deste tipo). Ao tempo das negociações, alguns membros pretenderam limitar o escopo dos *produtos farmacêuticos* relacionando-os com o tratamento das doenças mencionadas expressamente no parágrafo 1 da Declaração de Doha (“HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias”); naufragaram todas as tentativas de implementação de listas de doenças (*idem*, p. 200). Apesar de o conceito de *produtos farmacêuticos*, da solução de Doha, comportar um amplo escopo, que permite a inclusão de *kits* de teste de diagnóstico, substâncias ativas e vacinas (Ho, 2011, p. 204; Pires de Carvalho, 2014, pp. 430-431), cumpre-nos aderir ao alerta para a relevância do alargamento do escopo aos dispositivos médicos (*medical devices*), por terem natureza igualmente indispensável. Repare-se na preocupação sobre o aumento do custo dos dispositivos médicos, provocado pelo direito de patente, e consequente restrição do acesso ao mercado dos dispositivos médicos modernos, Oguanobi, 2018, em especial pp. 70-74, 79-80 (de sublinhar a referência de que o acesso aos dispositivos tecnológicos avançados é ainda mais problemático para o mundo em desenvolvimento do que o acesso aos medicamentos e vacinas, *idem*, pp. 73-74). Não obstante a flexibilidade consagrada pelo artigo 27 (3) do TRIPS (que coloca aos membros a possibilidade da não concessão de patentes sobre métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou animais), os membros da OMC são livres para conceder patentes sobre dispositivos médicos, havendo membros da OMC que, não fazendo uso desta exceção, concedem patentes neste domínio (*idem*, pp. 71-72). Os dispositivos médicos são um subgrupo das tecnologias médicas, que inclui, *e.g.*, qualquer instrumento, aparelhos, máquinas, implantes, *software*, material ou outro artigo semelhante ou afim, que não alcança a sua ação primária pretendida no, ou sobre o, corpo humano exclusivamente por meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos (WHO, WIPO & WTO, 2013, p. 34).

<sup>525</sup> Que, consideramos nós, se sobrepõe à barreira política e à barreira procedimental ou administrava, das quais também se fala entre a literatura jurídica e não jurídica (sobretudo ligada à área da medicina e da saúde) que se debruça sobre as críticas negativas à solução de Doha.

<sup>526</sup> Repare-se que enquanto o parágrafo (f), ora derogado, permitia que mais do que um mercado fosse destino da produção, a solução veio ditar o destino exclusivo, transformando a anterior limitação em exclusividade. O confinamento da produção a um pequeno mercado doméstico poderá não permitir o alcance de preços suscetíveis de serem suportados pelos consumidores, o que leva à perda do interesse comercial pelo produtor do membro exportador. Note-se: operar em economia de escala beneficia o produtor (que ao aumentar a produção reduz os custos globais por unidade) e o consumidor (através da redução do preço do produto), *vide* Gumbel, 2008, pp. 168 e 172. Assim, “a quantidade de medicamentos produzidos sob a licença obrigatória deve ser a maior possível para que a ação seja lucrativa”, Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 45. Reparámos, seguindo Pires de Carvalho, 2014, p. 423, que o preço dependerá dos custos suportados pelo produtor do membro exportador, que, não obstante não incorra em custos de investigação, poderá incorrer em custos que não sejam necessariamente baixos, “Afim, se o lucro for insignificante, nem mesmo as empresas genéricas estarão interessadas em vender aos países pobres”.

<sup>527</sup> Aqui servimo-nos das palavras de Ho, 2011, pp. 217-220, em especial p. 219.

<sup>528</sup> Pires de Carvalho, 2014, p. 424.

domésticos<sup>529</sup>. Deste modo, a solução de Doha consagra uma procedimental segmentação do mercado mais forte do que a verificada ao abrigo do Artigo 31<sup>530</sup>.

O principal requisito da eficiência económica da solução parece ser, de facto, o de a quantidade dos produtos encomendados e fabricados ao abrigo da licença ser suficientemente elevada. Esta questão não se basta com a suficiente duração da licença que permita a recuperação dos custos de produção, pois “[mesmo] uma licença válida durante o período de vigência da patente falha no encorajamento da produção genérica se a quantidade fabricada permanecer limitada”<sup>531</sup>. E, ao reunirmos literatura que partilha apontamentos sobre a falta da perspectiva de ganhos ou oportunidades comerciais da qual padece a solução de Doha, justo será dizer que esta “sofre uma abordagem paradoxal anti mercado e anti comércio”<sup>532</sup> e potencia resultados “*contra naturam*, contra a razão de ser do comércio”<sup>533</sup>.

Assume especial relevância o *General Council Chairperson’s Statement* – cuja leitura teve lugar ao tempo quer da aprovação Decisão de 2003, quer da aprovação da Decisão de Emenda ao Acordo TRIPS de 2005 – no qual se afirma que o uso da solução de Doha deve ser feito segundo a boa-fé, a fim de proteger a saúde pública e, sublinhe-se, “não ser um instrumento para prosseguir objetivos de política industrial ou comercial”<sup>534</sup>. Apontado pela literatura como a fórmula de equilíbrio, feita de salvaguardas adicionais, em resposta ao impasse ao tempo das negociações da solução de Doha<sup>535</sup>, o *Statement* vem denunciar o espírito subjacente ao uso da solução. Deste modo, verifica-se a concorrência entre dois instrumentos a respeito da tarefa de interpretação da solução de Doha – a Declaração de Doha e o *Statement*<sup>536</sup>.

É fundamental olharmos para a única exceção expressa consagrada pela solução de Doha que, a nosso ver, concede ao produtor a expectativa de atingir economias de escala<sup>537</sup>. A ter lugar (apenas) quando o importador, ou o exportador, (i) seja um membro

---

<sup>529</sup> Vide também Joseph, 2011, pp. 228-229; Correa, 2019, p. 6.

<sup>530</sup> Zapatero Miguel, 2014, pp. 89-90, em especial referindo que “Assim, a realização das economias de escala necessárias a estimular a produção e a concorrência dos genéricos é inibida e, por extensão, também o são as virtudes intrínsecas ao comércio internacional”.

<sup>531</sup> Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 44-45.

<sup>532</sup> Zapatero Miguel, 2014, p. 89.

<sup>533</sup> Expressão de Pires de Carvalho, 2014, p. 456, em manifesta sintonia com as palavras de Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 47, “It is somewhat ironic that in a world where millions of people lack access to medicines, one obstacle for efficient use of the Medicines Decision could be the small size of relevant markets”.

<sup>534</sup> *General Council Chairperson’s Statement*, 13 de novembro de 2003 (WT/GC/M/82), parágrafo 29, doravante *Statement*. Cujo efeito não é claro nem pacífico (vide Law, 2009, pp. 193-197; Ho, 2011, pp. 205-206), havendo quem lhe atribua maior (Pires de Carvalho, 2014, pp. 432 e 452) ou menor (Mitchell & Voon, 2009, pp. 581-582) força interpretativa. Zapatero Miguel, 2014, pp. 103-104, identifica-o como “a única regra expressa de formação anti-mercado nesta área (...) [e] especificamente concebida e circunscrita para inspirar o funcionamento do mecanismo do parágrafo 6, e não a aplicação das regras do TRIPS em geral”.

<sup>535</sup> Abbott & Reichman, 2007, pp. 945-946; Muzaka, 2011, pp. 97-108.

<sup>536</sup> Podendo a repetição deste último assumir especial relevo, Law, 2009, pp. 193-196, 220-221.

<sup>537</sup> Para Pires de Carvalho, 2014, p. 445, será em certa medida uma exceção ao princípio de que a solução não deve ser aplicada para prosseguir objetivos de política industrial.



em desenvolvimento ou menos desenvolvido, (ii) parte de um acordo de livre comércio (seja regional, multilateral ou bilateral) qualificado nos termos consagrados pela solução, e (iii) pelo menos metade dos membros desse acordo, à data, faça parte da lista das Nações Unidas de países menos desenvolvidos<sup>538</sup>. Nesta (única) situação, será o membro importador responsável pela distribuição, *i.e.*, reexportação do produto<sup>539</sup>, sendo vedada ao produtor (terceiro em relação àquele acordo de livre comércio e beneficiário da licença obrigatória) que o tenha exportado (para esse membro importador) uma exportação direta dirigida aos outros membros que partilhem do problema de saúde em causa. Ou, paralelamente, sendo o produtor (beneficiário da licença obrigatória) membro daquele acordo de livre comércio, poderá exportar diretamente aos outros membros desse acordo<sup>540</sup>. Elegemos também este “*waiver* adicional e limitado”<sup>541</sup> contido na solução como merecedor de especial crítica, pelo seu âmbito extremamente limitado. Começamos pelo apontamento de que o escopo dos requisitos expostos, na prática, se resume a um benefício dirigido sobretudo às nações do continente africano, excluindo vários outros países menos desenvolvidos, bem como países em desenvolvimento<sup>542</sup>. Entende Gumbel que, mesmo quando os requisitos sejam preenchidos, merecem ainda críticas os excessivos obstáculos colocados pela norma, propondo o autor a sua alteração no sentido de afastar a exigência de que pelo menos metade dos membros sejam países menos desenvolvidos. Bem como melhor solução seria a da exportação do produto diretamente pelo membro exportador (terceiro em relação ao acordo de livre comércio) – através da compra em bloco, *i.e.*, multilateral – a cada membro, em lugar da distribuição/reexportação por um membro importador, de forma a reduzir o risco de desvio do comércio. A este respeito, seguindo Gumbel, Mitchell e Voon, mostra-se essencial a sua modificação, a fim de garantir um impacto positivo alargado e prático da solução, sobretudo no sentido do afastamento da exigência relativa à proporção de países menos desenvolvidos<sup>543</sup>.

Nesta esteira, não podemos deixar de referir o paradoxo encontrado na solução de Doha (parágrafo 7 da Decisão de 2003, posteriormente incorporado na Emenda de 2005)

---

<sup>538</sup> De acordo com o parágrafo 6 (i) da Decisão de 2003, incorporado no artigo 31bis (3).

<sup>539</sup> Ho, 2011, pp. 203-204.

<sup>540</sup> Vide Pires de Carvalho, 2014, p. 446.

<sup>541</sup> Mitchell & Voon, 2009, p. 588.

<sup>542</sup> Seguindo Gumbel, 2008, pp. 177-190. No mesmo sentido Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 46.

<sup>543</sup> Aderimos, ainda, a Gumbel, 2008; e a Mitchell & Voon, 2009, pp. 588-591: de sublinhar, segundo os últimos, que o requisito que remete aos países menos desenvolvidos também significa que um determinado acordo de livre comércio poderá ora ser acolhido, ora ser excluído, do abrigo desta solução, de acordo com as alterações das regras relativas à lista de países menos desenvolvidos das Nações Unidas, ameaçando a interrupção de um esquema de produção e distribuição de produtos farmacêuticos uma vez estabelecido. Na esteira da crítica ao extremamente restrito tipo de acordos de livre comércio acolhidos por esta solução, apelam ainda à necessidade de clarificação sobre se o conceito de acordo de livre comércio permite a inclusão de não membros da OMC, *e.g.* países menos desenvolvidos, países em desenvolvimento, envolvidos no processo de adesão à OMC, ou observadores da OMC, e apelam ainda ao afrouxamento dos requisitos de qualificação dos acordos de livre comércio ao abrigo desta solução.

quando encoraja o seu uso com o propósito da promoção da transferência de tecnologia e da construção da capacidade no setor farmacêutico<sup>544</sup>. Ora, um produtor que invista na produção para exclusiva exportação não quererá capacitar o membro importador de forma que este deixe de depender da importação. Pelo contrário, será um interesse comercial legítimo promover essa dependência<sup>545</sup>.

Merecem ainda destaque as condições impostas pela solução de Doha no sentido da adoção de medidas em resposta ao risco de desvio do comércio<sup>546</sup>, as quais podem traduzir-se em notórias *medidas TRIPS-plus*<sup>547</sup>. Na verdade, a solução faz recair sobre o membro importador obrigações a fim de impedir a reexportação, independentemente de este já acolher, ou não, a proteção da propriedade intelectual no seu território. E, ainda, sobre todos os outros membros da OMC recai também um alargamento das obrigações com vista à prevenção da importação destes produtos, que poderão consubstanciar-se na ampliação de medidas de fronteira<sup>548</sup>. Essas medidas, que até àquele momento não eram consagradas pelo TRIPS, revelam-se como um significativo contraste em relação à posição neutra plasmada pelo Acordo no já referido Artigo 6<sup>549</sup>, o que nos remete para a questão de saber se estaremos perante a intrusão na matéria do reconhecimento do esgotamento internacional deixada, pelo próprio Acordo, à competência doméstica<sup>550</sup>.

Assim sendo, concordamos com Guan quando afirma que a solução terá vindo prejudicar o equilíbrio, entre o plano internacional e o plano doméstico, do tratamento das preocupações de saúde pública, já frágil desde a entrada em vigor do TRIPS, mas fortalecido pela Declaração de Doha<sup>551</sup>. Embora seja certa a necessidade do

---

<sup>544</sup> Referido por Pires de Carvalho, 2014, p. 448.

<sup>545</sup> *Idem*, pp. 448-449.

<sup>546</sup> Parágrafos 4 e 5 da Decisão de 2003 (posteriormente incorporados na Emenda). Além da obrigação de distinção do produto através da rotulagem ou outra marcação específica por parte do exportador, cf. parágrafo 2 (b) (ii) e (iii) e (c) da Decisão de 2003 (também posteriormente incorporado na Emenda).

<sup>547</sup> Refere-se a normas que restringem a flexibilidade deixada ao abrigo do TRIPS ou que proporcionem uma maior proteção do que a exigida pelo TRIPS, Ho, 2011, p. 225.

<sup>548</sup> *Vide* Pires de Carvalho, 2014, pp. 444-445.

<sup>549</sup> *Vide supra* nota de rodapé 469.

<sup>550</sup> Atik & Lidgard, 2006, pp. 1043-1047; Mitchell & Voon, 2009, p. 580. Trata-se, portanto, da elevação do protecionismo em relação aos níveis mínimos de proteção que o TRIPS se comprometeu a consagrar. Deste modo, é tomada posição sobre a matéria do esgotamento internacional, que tinha sido deixada à liberdade dos membros pelo TRIPS e que também tinha sido reafirmada pela própria Declaração de Doha, no seu parágrafo 5 (d) (aqui veja-se Law, 2009, pp. 169-170; Haugen, 2007, pp. 324-325). De sublinhar Zapatero Miguel, 2014, p. 105, apontando o Artigo 6 do TRIPS como uma das disposições que permitem o desenvolvimento de políticas pro-concorrenciais. Ainda, consideram-se as *importações paralelas* um dos pilares do grupo de flexibilidades – relativamente aos direitos exclusivos – ao serviço das políticas destinadas à saúde pública (*vide, e.g.* Siew-Kuan Ng, 2010, pp. 118-119; Ho, 2011, pp. 45-52; Guan, 2016, pp. 414-415).

<sup>551</sup> Guan, 2016. Não podemos deixar de referir a posição de Guan, aparentemente remota entre a literatura: a solução representa uma intrusão na esfera do tratamento dos direitos privados, que tradicionalmente não se verifica no plano do direito internacional público, através de uma limitação doméstica aos direitos dos inventores, e acaba por resultar em novas obrigações para os nacionais dos membros. O autor vai ainda mais longe, apontando um “défice de legitimidade” subjacente à solução de Doha. O fracasso da solução terá sido o reflexo, segundo Guan, do paradoxo da gestão soberana de direitos privados no foro do comércio internacional – que o autor designa por “defeito à nascença do TRIPS”. Deste modo, a saúde pública terá sido capturada por esse defeito. Parece-nos considerar o autor que o contributo ou a intervenção da OMC em matéria de saúde tem como limite a medida semelhante à estabelecida pelo Acordo sobre as Medidas

estabelecimento de salvaguardas, a solução de Doha dirigiu-lhes uma excessiva atenção em sacrifício da sua eficiência – que seria o objetivo inicial do parágrafo 6 da Declaração de Doha<sup>552</sup>.

Legítimo será que o produtor de versões genéricas só tenha interesse em participar na solução de Doha quando o mercado do membro importador assegure o seu lucro, independentemente de quão altruísta seja uma empresa de versões genéricas, ou quão severa seja uma pandemia<sup>553</sup>. Importa ter-se presente que ao direito de patente subjaz, naturalmente, uma lógica não altruísta<sup>554</sup>. Em simultâneo, também a transação destes direitos pela atividade de produção de versões genéricas encontra a sua razão de ser no lucro, não podendo ser descurado o contributo dessa atividade para o mercado e os povos<sup>555</sup> – sob pena de a solução de Doha se traduzir numa transferência para os particulares, pelos membros da OMC, de parte das suas obrigações relacionadas com a matéria do direito humano à saúde.

A caminho de se completarem duas décadas desde a construção da solução pelos membros da OMC, continuamos apenas a poder apontar a existência de um único caso de recurso a esse mecanismo. Abunda entre a literatura a referência ao célebre – por ser o único – caso do uso da solução através do Canadá (pela empresa *Apotex, Inc.*) para a exportação da versão genérica de um medicamento, destinado ao tratamento do HIV/AIDS, para o Ruanda, em 2007<sup>556</sup>. Descrito como um ensaio conseguido pela organização não governamental *Médecins Sans Frontières* (MSF), o uso efetivo da solução de Doha terá culminado na produção para exportação da quantidade de 15.600.000 de comprimidos, cuja autorização se destinou a vigorar durante um período de dois anos<sup>557</sup>.

À luz do único caso prático de uso da solução, grande parte da literatura alia o não uso da solução ao fracasso na construção da mesma<sup>558</sup>, havendo até quem entenda que,

---

Sanitárias e Fitossanitárias. Para o autor, a OMC em geral, ou o TRIPS em particular, podem preocupar-se com a saúde pública, mas podem não oferecer garantias suficientes para promover a saúde pública.

<sup>552</sup> Law, 2009, pp. 210-216, 222.

<sup>553</sup> Lazo, 2007, p. 241.

<sup>554</sup> Vide Joseph, 2011, p. 220; Pires de Carvalho, 2014, p. 442.

<sup>555</sup> Nesta esteira apontamos, *e.g.*, Pires de Carvalho, 2014, p. 423 referindo que “as empresas farmacêuticas genéricas, como as empresas farmacêuticas baseadas em investigação, não são organizações de caridade”.

<sup>556</sup> Cf. Notificação do Ruanda ao Conselho para o TRIPS, 19 de julho de 2007 (IP/N/9/RWA/1); e Notificação do Canadá ao Conselho para o TRIPS, 8 de outubro de 2007 (IP/N/10/CAN/1). A autorização concedida pelo Canadá a favor da *Apotex, Inc.*, produtora de genéricos, abrangia nove patentes protegidas no território do Canadá.

<sup>557</sup> Ho, 2011, pp. 214-217; Harris, 2011, pp. 389-393; Zapatero Miguel, 2014, pp. 91-92.

<sup>558</sup> Vide, *e.g.*, Mitchell & Voon, 2009, pp. 585-587; Ho, 2011, pp. 217-219; Zapatero Miguel, 2014, pp. 88-89; Guan, 2016, p. 420; Abbas & Riaz, 2018. Por outro lado, Harris, 2011, pp. 389-400, que, apesar de conceber que “O uso insignificante de um mecanismo inicialmente aclamado como um potencial meio de salvar muitas vidas no mundo em desenvolvimento é desconcertante”, partilha a posição otimista, que justifica o raro uso da solução, segundo a qual a sua consagração serve enquanto instrumento de ameaça ou negociação aos países em desenvolvimento; em contraste, Zapatero Miguel, 2014, pp. 95-98, vai de encontro a este entendimento, retirando o mérito – de promoção do poder de negociação de licenças voluntárias ou redução de preços – à solução de Doha, atribuindo-o, sobretudo, à Declaração de Doha, embora não seja bastante ao fim procurado pela solução de Doha. Refira-se, ainda, Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 49-51, que, assumindo

em bom rigor, a solução nunca terá sido posta em prática, uma vez que neste caso a licença, tratada como obrigatória, ter-se-á traduzido numa licença voluntária, e ainda, sublinhe-se, terá sido um caso de beneficência<sup>559</sup>.

Com o advento da pandemia provocada pela *Covid-19*, assistimos a notificações da Bolívia<sup>560</sup> e da Antígua e Barbuda<sup>561</sup>, no foro da OMC, da intenção de recurso ao 31bis, enquanto membros importadores, para a compra de vacinas.

---

a coerência normativa da solução pela margem deixada aos membros, atribui a passividade do seu uso a uma incoerência de natureza política (a eficiência da solução de Doha fica dependente da vontade política dos membros através do modo da sua implementação nacional e do respeito pela mesma quando recorra ao unilateralismo, bilateralismo ou regionalismo – para exemplos neste campo *vide* Harris, 2011, pp. 393-394). Segundo a autora, a ausência do uso da solução deve-se ao receio, por parte dos potenciais beneficiários, de retaliações comerciais ou de um impacto negativo sobre o investimento estrangeiro, e também aos acordos de livre comércio que se desviam do fim traçado pela solução de Doha. É de frequente referência na literatura a hostilidade e a pressão política inerentes à figura do licenciamento obrigatório, descrito como parasitismo e destruidor da inovação ou, pelos seus defensores, como um instrumento facilitador do acesso, e até mesmo pro-concorrencial (para uma consideração geral do tema das hostilidades *vide* Bagley, 2018).

<sup>559</sup> Nesse sentido, Pires de Carvalho, 2014, pp. 424 e 454-456, explicando o sentido de beneficência subjacente àquela exportação.

<sup>560</sup> Notificações da Bolívia ao Conselho para o TRIPS, 19 de fevereiro de 2021 (IP/N/8/BOL/1) e 11 de maio de 2021 (IP/N/9/BOL/1).

<sup>561</sup> Notificação da Antígua e Barbuda ao Conselho para o TRIPS, 12 de maio de 2021 (IP/N/8/ATG/1).

### Capítulo 3 – O potencial contributo do Direito da OMC

À medida que se cumpre a gradual consagração da proteção da patente dos produtos farmacêuticos nas jurisdições dos membros, amplia-se a salvaguarda da proteção das novas gerações de medicamentos e outras tecnologias médicas, bem como a possibilidade da afetação da disponibilidade de versões genéricas para exportação ou importação. E, nessa medida, também a necessidade de efetividade da solução de Doha poderá assumir gradualmente maior urgência<sup>562</sup>. A este pensamento importa aliarmos o facto de o principal problema sobre o qual se debruça a solução de Doha não ser o da falta de capacidade de produção, mas o da indisponibilidade do produto, que pode afetar tanto os países em desenvolvimento, como os desenvolvidos<sup>563</sup>. Veja-se, pequenos países desenvolvidos podem vir a enfrentar a mesma situação, *e.g.*, quando a indisponibilidade do produto resulte de um problema de economias de escala<sup>564</sup>. É a disponibilidade, ou a disponibilidade a preço suportável, para as nações, que importa ser acolhida.

A este respeito importa ainda referir a reiterada invocação entre a literatura do Artigo 12 do PIDESC<sup>565</sup>, ratificado pela maioria dos membros da OMC<sup>566</sup>, que reconhece o direito de todos a usufruir do mais alto padrão possível de saúde física e mental<sup>567</sup>, sendo o acesso a medicamentos um elemento fundamental do direito à saúde<sup>568</sup>. Merecedora de especial atenção é a associação do (direito ao) acesso a medicamentos *essenciais* à lista de medicamentos essenciais estabelecida e atualizada pela OMS, pelo menos enquanto ponto de partida<sup>569</sup>. Nesta esteira mostra-se relevante a atenção ao evoluir da lista modelo da OMS (que tem enquanto um dos critérios de inclusão a relação custo-benefício<sup>570</sup>) no sentido da possível introdução de medicamentos patenteados de

---

<sup>562</sup> Nesse sentido, Harris, 2011, p. 398; Zapatero Miguel, 2014, pp. 99-100. Em resposta a uma pandemia ou a algum outro evento de segurança sanitária, o mecanismo consagrado pela solução de Doha poderia assumir uma maior relevância e ser utilizado de forma mais alargada (WHO, WIPO & WTO, 2013, p. 179).

<sup>563</sup> Pires de Carvalho, 2014, p. 428 e, em especial, 432. A título de exemplo apontamos a Roménia e a questão dos preços elevados dos medicamentos para o tratamento da Hepatite C (t Hoen, 2016, p. 71); *vide* ainda Law, 2009, p. 186; Correa & Velásquez, 2019, pp. 7-8. Ou até o antigo e polémico exemplo da crise do *anthrax* (Roh, 2012, pp. 115-116).

<sup>564</sup> Seguimos Pires de Carvalho, 2014, p. 432. Igualmente Bourgeois & Burns, 2002, p. 858, mais referindo “*size matters rather than the level of development*”.

<sup>565</sup> *E.g.* Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 1-12; Joseph, 2011, pp. 226-227; Herdegen, 2016, p. 76.

<sup>566</sup> Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 1-2 e 16; Forman, Abdillahi & Samuel, 2016, p. 2. A este respeito merece especial nota a invocação pela Índia, na fase de consultas na sede de um litígio levado ao foro da OMC, da consideração da Declaração de Doha e do Artigo 12 (1) do PIDESC na interpretação e implementação do Acordo TRIPS, com vista a afastar as medidas estabelecidas pela União Europeia e pelos Países Baixos em matéria de apreensão de medicamentos (neste caso, em trânsito, exportados pela Índia e direcionados a outros territórios), veja-se *WTO – European Union and a Member State – Seizure of Generic Drugs In Transit: Request for Consultations by India, 19 May 2010* (G/L/921; WT/DS408/1). Ao tempo da escrita não é ainda conhecido o desfecho do litígio.

<sup>567</sup> Veja-se em especial o Artigo 12 (2) (c) e (d) do PIDESC.

<sup>568</sup> *Vide* Joseph, 2011, pp. 217-220. “Além disso, o acesso a medicamentos pode ser invocado a favor de vários outros direitos humanos”, Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 2.

<sup>569</sup> Assim observa Joseph, 2011, p. 218.

<sup>570</sup> *Idem*, 218.

elevado custo<sup>571</sup>. Além do mais, o cumprimento pelos Estados da obrigação fundamental de prevenção, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, entre outras, também remete para a necessidade de facilitar o acesso a medicamentos e outras tecnologias médicas que combatem essas doenças, quer constem ou não das listas da OMS<sup>572</sup>. Repare-se, a própria Declaração de Doha não se restringe a medicamentos *essenciais*<sup>573</sup>.

Quanto à medida do (potencial) contributo pelo Direito da OMC, merece uma especial consideração a previsão do agravamento do problema do acesso a medicamentos e outras tecnologias médicas nos anos que estão por vir, ligado, por um lado, ao surgimento de novas exigências humanitárias, sendo um exemplo atual a crise dos refugiados, e, por outro lado, ligado à evolução da própria ciência (*e.g. biologicals e biosimilars*)<sup>574</sup>. E é nesta esteira que também a necessidade de efetividade da solução de Doha assume gradualmente maior urgência.

Na tarefa de equilíbrio, agravada pela fragmentação do direito internacional, importa ainda observar a consideração, segundo Joseph, dos direitos humanos no seio da jurisprudência da OMC e, paralelamente, a consideração das regras da OMC através da jurisprudência em matéria de direitos humanos no plano supranacional. Enquanto é possível encontrar, no plano internacional, jurisprudência que venha consagrar que as normas de direitos humanos são suscetíveis de serem hierarquicamente superiores ao Direito da OMC, a jurisprudência da OMC, apesar de não ter afirmado qualquer superioridade normativa do Direito da OMC, certamente também não reconheceu qualquer inferioridade do mesmo<sup>575</sup>. Surge neste plano a ameaça, pelo ORL, da *hierarquia de facto* das normas da OMC<sup>576</sup>.

Note-se que, apesar de o ORL da OMC já ter entendido não poder impor obrigações ou determinar direitos que resultem de outros tratados internacionais<sup>577</sup>, já acolheu a relevância de tratados externos à OMC na interpretação dos Acordos da OMC (*US –*

---

<sup>571</sup> Vide Oguanobi, 2018, p. 79. Para revisitar o tempo da elevação da questão, que ocupa o nosso estudo, ao foro da OMC, veja-se Bourgeois & Burns, 2002, pp. 838-839; e Laing *et al.*, 2003, pp. 1727-1728: não podemos deixar de referir a proposta, feita por vários países em desenvolvimento, de acrescentar os medicamentos constantes da lista da OMS às exceções deixadas à liberdade dos membros em relação a matéria patenteável, ao abrigo do artigo 27 (b) (3) do TRIPS. E que mereceu enquanto contraproposta o uso do licenciamento obrigatório sobre estes medicamentos – note-se que, devido ao número reduzido de medicamentos patenteados contidos na lista naquele tempo, a consagração desta via teria limitado de forma considerável o âmbito do licenciamento obrigatório.

<sup>572</sup> Nesse sentido, Joseph, 2011, pp. 218-219, remontando-nos, além, para a conexão com o campo de medidas destinadas à redução da mortalidade infantil e ao aumento da esperança de vida, *idem*, p. 220.

<sup>573</sup> Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 35.

<sup>574</sup> Veja-se Correa, 2019, pp. 6-7.

<sup>575</sup> Joseph, 2011, p. 55.

<sup>576</sup> Joseph, 2011, pp. 49-50 (apoiando-se em Margot Salomon, *Global responsibility for human rights* (Oxford University Press, Oxford, 2007, 155), e 81-84.

<sup>577</sup> Cf. já afirmado pelo Órgão de Recurso no caso *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages*, referido por Joseph, 2011, p. 52.

*Shrimp*)<sup>578</sup>. Todavia, entendeu também que, apesar de o ORL poder fazê-lo na tarefa de interpretação do Direito da OMC, não terá de o fazer, a menos que todos os membros da OMC sejam parte do respetivo tratado (*EC – Biotech*)<sup>579</sup>. Assim, as regras não comerciais acabam por assumir um papel menor, independentemente do impacto não comercial do litígio<sup>580</sup>.

A este respeito, não obstante a tradicional expectativa da *hierarquia de facto*, assinalamos o recente e notável marco no foro do ORL da OMC<sup>581</sup>, em 2018, no caso *Australia – Tobacco Plain Packaging*, consagrando o entendimento de que a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública se traduz num acordo entre os membros da OMC sobre a abordagem a ser seguida na interpretação das disposições do TRIPS<sup>582</sup>. O litígio teve origem nas queixas trazidas pelas Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia sobre disposições da lei australiana que vinham impor restrições sobre marcas, indicações geográficas e outros requisitos de embalagem sobre os produtos de tabaco, tendo sido entendidas como justificadas as barreiras ao comércio colocadas pela Austrália. Este entendimento significa também uma ampla aplicação da Declaração de Doha à matéria da saúde, incluindo, neste caso, ao controlo do consumo de tabaco<sup>583</sup>.

Ao recuarmos ao tempo das negociações da solução ao parágrafo 6 da Declaração de Doha, a forma de *waiver* sobre o Artigo 31 parece ter sido a mais adequada ao seu acolhimento (com os devidos reparos que aqui defendemos), em comparação com o Artigo 30 do TRIPS, que consagra exceções limitadas aos direitos exclusivos<sup>584</sup>, enquanto principal alternativa concorrente<sup>585</sup> – apesar de encontrarmos na literatura expectativas, fundadas na Declaração de Doha<sup>586</sup>, de mudança do sentido da interpretação restrita

---

<sup>578</sup> Joseph, 2011, pp. 50-52.

<sup>579</sup> *Idem*, pp. 52-53. Esta exigência conduziria a um resultado paradoxal: à medida que o número dos seus membros aumentasse, a OMC ficaria, a um certo nível, cada vez mais isolada do sistema de direito internacional, Saxlin-Hautamäki, 2010, pp. 15-16.

<sup>580</sup> *Vide* Joseph, 2011, pp. 49-55, para uma crítica ao entendimento restritivo que resulta do caso *EC – Biotech*. Para a autora, uma interpretação das normas da OMC à luz e em conformidade com as normas dos relevantes tratados sobre direitos humanos no plano internacional será a abordagem preferível também do ponto de vista do comércio, uma vez que, ao minimizar os conflitos com outros regimes de direito internacional, reforça a legitimidade do regime do comércio, bem como a sua reputação e a capacidade de desenvolvimento das suas regras.

<sup>581</sup> *Vide* KEI, 2018.

<sup>582</sup> Veja-se WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, para consulta dos relatórios do Painel do ORL. Ulteriormente, o entendimento do Órgão de Recurso (veja-se WT/DS435/AB/R e WT/DS441/AB/R, de 9 de junho de 2020) no sentido de que a confiança na Declaração de Doha não foi de decisiva importância na argumentação do Painel.

<sup>583</sup> KEI, 2018.

<sup>584</sup> Seguimos Bourgeois & Burns, 2002; e Pires de Carvalho, 2014, pp. 418-420, 428-429. Além destas respostas ao parágrafo 6 da Declaração de Doha, destaque-se ter sido também sugerida a eliminação do parágrafo (f) do Artigo 31 (o que afetaria todos os campos da tecnologia, uma vez que o Artigo 31 não se dirige apenas aos produtos farmacêuticos), e até ter sido defendida a não existência de um direito de exportação no leque de direitos contido no Artigo 28 do TRIPS, que incluiria apenas o direito de importação (cf. nota Pires de Carvalho, 2014, pp. 415-416).

<sup>585</sup> Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 26. E a qual já naufragou, naquele tempo, não tendo encontrado o consenso entre os membros.

<sup>586</sup> Abbott & Reichman, 2007, pp. 957-958, 986; Zapatero Miguel, 2014, p. 92.

adotada pelo ORL da OMC sobre o Artigo 30<sup>587</sup>. A essas expetativas apontaríamos um excessivo otimismo, até 2018. No presente, encontramos um novo otimismo em relação ao âmbito de aplicação do TRIPS sobre a matéria da saúde pública em geral. Fica, pois, em aberto a questão de saber se, em especial, esse fortalecimento do papel ocupado pela Declaração de Doha no Direito da OMC, gerado pelo caso *Australia – Tobacco Plain Packaging*, terá efeito sobre o Artigo 31bis. Questão essa acompanhada sobretudo, a nosso ver, de duas reservas. Primeiramente, devemos ter presente que o Artigo 31bis constitui já uma resposta, negociada e desenvolvida a partir de um dos parágrafos da Declaração de Doha, concretizada e acolhida pelos membros enquanto emenda formal ao TRIPS. Alia-se a este facto a consagração de uma “diminuição de poderes” de recurso ao ORL na solução de Doha (cf. Artigo 31bis (4))<sup>588</sup>, pelo que, deste modo, os membros não esperam outros benefícios da solução de Doha para além dos explicitamente referidos no texto adotado<sup>589</sup>.

Consideramos relevante, por fim, notar que o tema do nosso estudo encontra uma especial atenção concedida a outras rotas que possam contornar a necessidade do recurso à solução de Doha, entre as quais destacamos, nos tempos mais recentes, a outra exceção contida no parágrafo (k) do Artigo 31<sup>590</sup>. Pese embora seja uma abordagem de considerável acolhimento pela literatura, e que não encontra a limitação do parágrafo (f) nem o requisito da negociação prévia do parágrafo (b) do Artigo 31<sup>591</sup>, não consideramos ser esta rota preferível, ou substituta, à rota oferecida pela solução de Doha – porquanto esta não exige a prova da violação de normas do direito da concorrência<sup>592</sup>, consagrando ela própria a existência de uma afetação do mercado de natureza diversa e *sui generis*.

---

<sup>587</sup> Vide Ho, 2011, pp. 70-74; Correa, 2013, p. 201: a respeito da produção de versões genéricas de produtos farmacêuticos é notório o caso *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, que veio estabelecer os requisitos cumulativos a serem preenchidos para a verificação da exceção limitada ao abrigo do Artigo 30 do TRIPS, consagrando uma interpretação restritiva sobre o mesmo (apesar de ter acolhido a possibilidade da produção de versões genéricas antes do termo do prazo de proteção da patente com o propósito de busca da obtenção de aprovação regulatória, o que permite a chegada mais célere do produto ao mercado após a queda da patente no domínio público – notável no sentido do acesso e promoção da saúde pública).

<sup>588</sup> Mas que pode também trazer vantagens, segundo Pires de Carvalho, 2014, pp. 432-433.

<sup>589</sup> *Idem*, pp. 449-451 e 453. Em geral veja-se Guzman & Pauwelyn, 2012, pp. 125-126.

<sup>590</sup> Vide Ong, 2015, pp. 244-264, para uma exposição sobre as principais abordagens sugeridas pelos académicos.

<sup>591</sup> Mas que, no entanto, também não garante a celeridade. Mais, essa alternativa liberta o requisito do pagamento de adequada remuneração ao titular da patente (Ong, 2015, p. 246; Abbott & Reichman, 2007, pp. 940-941), não sendo desejável ser esta a abordagem prevalecente (Pires de Carvalho, 2014, pp. 429-430).

<sup>592</sup> Em sentido semelhante, Law, 2009, p. 130; Saxlin-Hautamäki, 2010, p. 24. Primeiramente, em contraste com a matéria da propriedade intelectual, não há uma harmonização internacional dos Direitos da concorrência domésticos, encontrando-se uma profunda divergência e diversidade de princípios e políticas de concorrência entre os membros, sendo de destacar, a título de exemplo, que tal solução à luz de considerações humanitárias dificilmente seria uma rota possível ao abrigo dos “princípios do direito da concorrência Euro-Americanos”. Mais difícil ainda seria o consenso no foro internacional sobre o domínio da concorrência, vide Ong, 2015, pp. 246-252. Por outro lado, apontam-se Índia e Singapura como exemplos de direitos domésticos que permitiriam a viabilidade desta rota – aqui duvida-se sobretudo da jurisdição sobre a determinação, por um membro, de uma conduta anti concorrencial no estrangeiro ligada a direitos de propriedade intelectual protegidos também nessa outra jurisdição, vide Ong, 2015, pp. 252-255, 258-259.



Pires de Carvalho bem reflete o nosso pensamento, sobretudo quando afirma que as licenças obrigatórias ao abrigo do parágrafo (k) terão a natureza de sanção, em lugar de um mecanismo destinado a atenuar uma situação de extrema pressão sobre a saúde pública<sup>593</sup>.

Assistiu-se ao oferecimento de um instrumento, próprio ou interno ao Direito da OMC, que acolhe preocupações humanitárias e considerações de saúde pública, sem atender diretamente a fontes externas<sup>594</sup> – será a Declaração de Doha, por ora, o principal contributo do Direito da OMC. De todo o modo, reside no Artigo 31bis o potencial contributo do Direito da OMC, uma vez que, não obstante comprovar uma notável consideração humanitária no foro da OMC, necessita de ser repensado e modificado a fim de tornar-se efetivo. Por fim, também reside no ORL o potencial contributo pelo Direito da OMC, que veio plantar um novo otimismo sobre o (futuro) alcance do Direito da OMC em matéria de proteção da saúde humana.

A eclosão da pandemia deu origem à discussão sobre um (outro) novo *waiver*, para uma quase total derrogação temporária do Acordo TRIPS, proposto no foro da OMC em outubro de 2020 pela Índia e pela África do Sul, para prevenção, contenção e tratamento da doença *Covid-19*<sup>595</sup>. Ao longo da atual hercúlea busca de soluções e de consenso, pela comunidade internacional, no combate e resposta à escassez e procura mundiais da vacina e de outras tecnologias médicas, ganham força as reservas apontadas sobre a insuficiência do Artigo 31bis, enquanto parte da solução global, encontrando-se a descoberto as fragilidades da solução de Doha.

Por outro lado, a literatura discute também se a pandemia constitui uma “emergência nas relações internacionais” à luz do artigo 73 (b) (iii) do TRIPS, legitimando a tomada de medidas necessárias de derrogação de direitos de propriedade intelectual<sup>596</sup>.

Paralelamente, levantaram-se vozes de apelo a que vários membros da OMC, incluindo a União Europeia, revertam a velha decisão de não beneficiar do Artigo 31bis<sup>597</sup>. Permanecer sujeito àquela limitação significa renunciar à importação de produtos farmacêuticos produzidos ao abrigo de licenças obrigatórias em qualquer membro da OMC. Em particular, a respeito da União Europeia, se algum Estado-Membro da União recorrer a licenças obrigatórias, a produção ficará

---

<sup>593</sup> Pires de Carvalho, 2014, p. 429, apesar de, por outro lado, se posicionar contra a solução de Doha, partindo em defesa de uma resposta a ser desenvolvida noutros domínios, *e.g.* do direito da concorrência (neste domínio também apontamos a visão de Zapatero Miguel, 2014, pp. 104-110), dos subsídios, das medidas sanitárias e fitossanitárias, e sobretudo fora do domínio da propriedade intelectual, sendo o domínio principal o do “comércio justo”, *vide* Pires de Carvalho, 2014, pp. 203, 212-213, 395, 424-425.

<sup>594</sup> *Vide* Fischer-Lescano & Teubner, 2004, p. 1030, em especial referindo que “[o] regime da OMC criou uma limitação interna à sua própria lógica através da reformulação de um princípio de proteção da saúde”.

<sup>595</sup> IP/C/W/669, 2 de outubro de 2020 (Rev. 1, 25 de maio de 2021).

<sup>596</sup> Abbott, 2020. A acrescer *vide*, *supra*, nota de rodapé 515.

<sup>597</sup> *E.g.* Love, 2020; Garrison, 2020; Comissão Europeia, 2021.

predominantemente limitada ao seu território, discriminando os doentes dos outros Estados-Membros<sup>598</sup>.

No âmbito do atual arquitetar de um novo *waiver* sobre o TRIPS, complementar ou, sobretudo, alternativo à solução de Doha, a União Europeia veio, em contrapeso, propor a clarificação e facilitação do mecanismo do Artigo 31bis, em nome da segurança jurídica e do aumento da eficácia da solução de Doha<sup>599</sup>.

---

<sup>598</sup> No entanto, a resposta da União à atual escassez mundial de vacinas limitou-se à criação (em janeiro de 2021) de um mecanismo de controlo da exportação de vacinas contra a *Covid-19* e de substâncias ativas, incluindo bancos de células principais e de trabalho, utilizadas no fabrico dessas vacinas, dos seus atuais fabricantes para certos países terceiros – que já valeu um bloqueio, pela Itália, de uma remessa de vacinas destinadas à Austrália. Veja-se: Regulamento de Execução (UE) 2021/111 da Comissão, de 29 de janeiro de 2021, em sequência mantido até 30 de junho de 2021, pelo Regulamento de Execução (UE) 2021/442 da Comissão, de 11 de março de 2021; acrescidos de novas disposições pelo Regulamento de Execução (UE) 2021/521 da Comissão, de 24 de março de 2021.

<sup>599</sup> IP/C/W/680, 4 de junho de 2021.

## Conclusão

O Artigo 31bis teve o seu propósito prejudicado pelas excessivas considerações humanitárias ou excessiva bondade, esquecendo-se de que os principais veículos da solução de Doha seriam as empresas privadas. A predominância da bilateralização forçada ou do confinamento da produção a um território importador desencoraja a participação dos produtores de versões genéricas na solução de Doha.

E, mesmo a derrogação especial consagrada pelo Artigo 31bis (3), enquanto única exceção expressa de expectativa de economias de escala, revela um âmbito de aplicação excessivamente restrito, uma vez que acaba por centrar o seu efeito nas nações do continente africano e ignora vários membros da OMC que possam vir a precisar do seu auxílio.

Quanto à medida do (potencial) contributo do Direito da OMC, assistimos ao otimismo gerado pelo ORL da OMC relativo ao âmbito de aplicação do TRIPS sobre a matéria da saúde pública em geral, bem como ao novo fôlego que o advento da pandemia *Covid-19* concedeu à controvérsia sobre as fraquezas da solução de Doha. Vislumbra-se o fortalecimento do papel ocupado pela Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública no Direito da OMC.

Fica, portanto, em aberto a questão de saber se haverá espaço para uma interpretação inovadora do Artigo 31bis, ou, por outro lado, legitimadora de outras rotas de acesso alternativas, internas ao TRIPS, com igual fim tutelado pelo Artigo 31bis – o da disponibilidade, ou disponibilidade a preço suportável, do produto da inovação do campo farmacêutico e médico.

O Artigo 31bis é uma necessária rota de acesso a tecnologias médicas, que pode servir quer aos países mais pobres, cujo acesso não pode ser refém de canais de doação e caridade, quer aos países mais ricos, para a negociação de preços e para a imposição de novos canais de produção. O mecanismo da solução de Doha não se limita a situações de extrema urgência ou de emergência nacional, sendo aplicável, além dos tempos de guerra (leia-se, pandemias ou epidemias), em resposta à afetação crónica de Estados por problemas de saúde pública.

No futuro próximo, assistiremos ao alcance prático do 31bis, que acaba de ser acionado por dois membros no foro da OMC para o acesso a vacinas contra a *Covid-19*, ficando ainda por escrever se tais passos históricos abrirão caminho ao encorajamento do uso da solução de Doha.

O tempo da escrita, que é tempo de pandemia, é ainda mais fértil do que o momento histórico que permitiu o acolher da Declaração e da solução de Doha. Urge visitar o Artigo 31bis – criado pelos membros da OMC para situações de capacidade

insuficiente ou inexistente no setor farmacêutico – a fim de escrutiná-lo à luz dos reparos merecidos e aperfeiçoá-lo no sentido pro-comércio e em desfavor do protecionismo.

Ilustra-se a importância de soluções jurídicas à luz do Direito da OMC, de cooperação multilateral entre a comunidade internacional, em matéria de propriedade intelectual, para a proteção da saúde humana, sem que, para isso, se recorra a suspensões drásticas de direitos de propriedade intelectual (como o novo *waiver* ora proposto com o advento da pandemia *Covid-19*, cujo consenso entre os membros da OMC não foi ainda conseguido), uma vez que o Artigo 31bis preserva o necessário equilíbrio destes direitos enquanto motores de encorajamento do investimento na inovação médica futura e, por conseguinte, garante o combate à futuras epidemias e pandemias e a manutenção da saúde pública global.

A saúde, assim como o comércio, nunca foi tão global. É, portanto, tempo de cuidar do direito internacional.

## Bibliografia

ABBAS, M.Z. & RIAZ, S. (2018). WTO “paragraph 6” system for affordable access to medicines: Relief or regulatory ritualism? *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 21, pp. 32-51.

ABBOTT, F.M. (2002). Compulsory licensing for public health needs: The TRIPS agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health. *Quaker United Nations Office, Occasional Paper no. 9*, Geneva.

ABBOTT, F.M. (2020). The TRIPS Agreement article 73: Security exceptions and the Covid-19 pandemic. *South Centre: Research Paper no. 116*, Geneva.

ABBOTT, F.M. & REICHMAN, J.H. (2007). The Doha round’s public health legacy: Strategies for the production and diffusion of patented medicines under the amended TRIPS Provisions. *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 4, pp. 921-987.

ATIK, J. & LIDGARD, H.H. (2006). Embracing price discrimination: TRIPS and the suppression of parallel trade in pharmaceuticals. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, no. 4, pp. 1043-1076.

BAGLEY, M.A. (2018). The morality of compulsory licensing as an access to medicines tool. *Minnesota Law Review*, vol. 102, pp. 2463-2495.

BHAGWATI, J. (2002). Afterword: The question of linkage. *American Journal of International Law*, vol. 96, no. 1, pp. 126-134.

BOURGEOIS, J.H.J. & BURNS, T.J. (2002). Implementing paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPs and public health: The waiver solution. *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 5, no. 6, pp. 835-864.

CAMERON, E. & BERGER, J. (2005). Patents and public health: Principle, politics and paradox. *Proceedings of the British Academy*, vol. 131 – 2004 Lectures. Oxford University Press/The British Academy, pp. 331-369.

COMISSÃO EUROPEIA (2021, April). Answer given by executive vice-president Dombrovskis on behalf of the European Commission. Question reference: E-000463/2021. *Parliamentary questions*. Acessível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000463-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000463-ASW_EN.html).

COOTER JR., R.B. & ULEN, T. (2014). *Law and economics*, 6<sup>th</sup> Edition. Harlow: Pearson.

CORREA, C.M. (2013). Intellectual property rights and international economic governance. In Linarelli, J. (Ed.). *Research handbook on global justice and international economic law*, pp. 168-221. Cheltenham: Edward Elgar.

CORREA, C.M. (2019). Will the amendment to the TRIPS Agreement enhance access to medicines? *South Centre Policy Brief*, vol. 57.

CORREA, C.M. & VELÁSQUEZ, G. (2019). Access to medicines: Experiences with compulsory licenses and government use – The case of hepatitis C. *South Centre Research Paper*, no. 85. Geneva.

DRAHOS, P. & HENRY, D. (2004). The free trade agreement between Australia and the United States: Undermines Australian public health and protects US interests in pharmaceuticals. *British Medical Journal*, vol. 328, no. 7451, pp. 1271-1272.

DREYFUSS, R.C. (2010). TRIPS and essential medicines: must one size fit all? Making the WTO responsive to the global health crisis. In Pogge, T., Rimmer, M. & Rubenstein, K. (Eds.). *Incentives for global public health: Patent law and access to essential medicines, Connecting International law with public law*, pp. 35-55. Cambridge: Cambridge University Press.

ELSMORE, M.J. (2012). Comparing regulatory treatment of intellectual property at WTO and EU level. In Gaines, S.E., Olsen, B.E. & Sorensen, K.E. (Eds.). *Liberalising trade in the EU and the WTO: A legal comparison*, pp. 412-439. Cambridge: Cambridge University Press.

FERREIRA, J.P. (2011). Acordo sobre os direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio. In Moraes, L.D.S. (Org. e Dir.). *O novo direito internacional económico: uma introdução*. Vol. 2 – *Direito da economia – Direito internacional económico*, pp. 420-435. Lisboa: AAFDL Editora.

FISCHER-LESCANO, A. & TEUBNER, G. (2004). Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, no. 4, pp. 999-1046.

FORMAN, L., ABDILLAHI, I. & SAMUEL, J. (2016). Assessing the UN high-level panel on access to medicines report in light of the right to health. *Laws*, vol. 5, no. 43, pp. 1-11.

GARRISON, C. (2020, April). Never say never – Why the high-income countries that opted-out from the art. 31bis WTO TRIPS system must urgently reconsider their decision in the face of the Covid-19 pandemic. *Medicines Law & Policy – Research and resources on intellectual property and health*. Acessível em <https://medicineslawandpolicy.org/2020/04/never-say-never-why-the-high-income-countries-that-opted-out-from-the-art-31bis-wto-trips-system-must-urgently-reconsider-their-decision-in-the-face-of-the-covid-19-pandemic/>.

GUAN, W. (2016). IPRs, public health, and international trade: An international law perspective on the TRIPS Amendment. *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, pp. 411-440.

GUMBEL, M. (2008). Is article 31BIS enough? The need to promote economies of scale in the international compulsory licensing system. *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 22, no. 1, pp. 161-190.

GUZMAN, A.T. & PAUWELYN, J.H.B. (2012). *International trade law*, 2<sup>nd</sup> Edition. Austin: Wolters Kluwer Law & Business.

HALLIBURTON, M. (2017). *India and the patent wars: Pharmaceuticals in the new intellectual property regime*. The Culture and Politics of Health Care Work Series. Ithaca: Cornell University Press.

HARRIS, D. (2011). TRIPS after fifteen years: Success or failure, as measured by compulsory licensing. *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 18, no. 2, pp. 367-400.

HAUGEN, H.M. (2007). *The right to food and the TRIPS Agreement: With a particular emphasis on developing countries' measures for food production and distribution*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 30. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

HERDEGEN, M. (2016). *Principles of international economic law*, 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press.

HO, C.M. (2011). *Access to medicine in the global economy: International agreements on patents and related rights*. Oxford: Oxford University Press.

JOSEPH, S. (2011). *Blame it on the WTO? A human rights critique*. Oxford: Oxford University Press.

KEI – Knowledge Ecology International (2018, September). WTO panel finds 2001 Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health is an agreement between members. Acessível em <https://www.keionline.org/28950>.

LAING, R., WANING, B., GRAY, A., FORD, N. & THOEN, E. (2003). 25 years of the WHO essential medicines lists: Progress and challenges. *The Lancet*, vol. 361, pp. 1723-1729.

LANDES, W.M. & POSNER, R.A. (2003). *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press/Harvard University Press.

LAW, A. (2009). *Patents and public health: Legalising the policy thoughts in the Doha TRIPS Declaration of 14 November 2001*. Munich Intellectual Property Law Center – MIPLC Studies, vol. 3. Baden-Baden: Nomos.

LAZO, J.A. (2007). The Life Saving Medicines Export Act: Why the proposed U.S. compulsory licensing scheme will fail to export any medicines or save any lives. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, pp. 237-276.

LOVE, J. (2020, April). Open letter asking 37 WTO Members to declare themselves eligible to import medicines manufactured under compulsory license in another country, under 31bis of TRIPS Agreement. *Knowledge Ecology International*. Acessível em <https://www.keionline.org/32707>.

MITCHELL, A.D. & VOON, T. (2009). Patents and public health in the WTO, FTAs and beyond: Tension and conflict in international Law. *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 3, pp. 571-601.

MUZAKA, V. (2011). *The politics of intellectual property rights and access to medicines*. International Political Economy Series. London: Palgrave Macmillan.

OGUANOBI, H.I. (2018). Broadening the conversation on the TRIPS agreement: Access to medicines includes addressing access to medical devices. *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 21, pp. 70-87.

ONG, B. (2015). Compulsory licences of pharmaceutical patents to remedy anti-competitive practices under article 31(k) of the TRIPS Agreement: Can competition law facilitate access to essential medicines? In Hilty, R.M. & Liu, K. (Eds.). *Compulsory licensing: Practical experiences and ways forward*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 22, pp. 235-265. Berlin: Springer.

PAIS, S.O. (2011). *Entre inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PALMER, T.G. (1990). Are patents and copyrights morally justified? The philosophy of property rights and ideal objects. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, no. 3, pp. 817-865.

PETERSMANN, E. (2013). Human rights and international economic law in the 21<sup>st</sup> century. In Linarelli, J. (Ed.). *Research handbook on global justice and international economic law*, pp. 26-53. Cheltenham: Edward Elgar.

PIRES DE CARVALHO, N. (2014). *The TRIPS Regime of Patents and Test Data*, 4<sup>th</sup> Edition. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.

RIBEIRO DE ALMEIDA, A.F. (2004). Os princípios estruturantes do acordo TRIP's: Um contributo para a liberalização do comércio mundial. *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 18, pp. 1-106.

ROFFE, P., SPENNEMANN, C. & VON BRAUN, J. (2006). From Paris to Doha: The WTO Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health. In Roffe, P., Tansey, G. & Vivas-Eugui, D. (Eds.). *Negotiating health: Intellectual property and access to medicines*, pp. 9-26. London: Earthscan.

ROH, C.M. (2012). Case I – Analyzing a complex multilateral negotiation: The TRIPS public health declaration. In Fairman, D., Chigas, D., McClintock, E. & Drager, N. *Negotiating public health in a globalized world: Global health diplomacy in action*. Springer Briefs in Public Health, pp. 103-128. Dordrecht: Springer.

SAXLIN-HAUTAMÄKI, E. (2010). Establishing coherence: The right to access to medicines, pharmaceutical patents and the WTO Medicines Decision. *Nordic Journal of Commercial Law*, vol. 1, pp. 1-53.

SIEW-KUAN NG, E. (2010). Global health and development: Patents and public interest. In Pogge, T., Rimmer, M. & Rubenstein, K. (Eds.). *Incentives for global public health: Patent law and access to essential medicines, connecting international law with public law*, pp. 101-132. Cambridge: Cambridge University Press.

SUNDARAM, J. (2018). *Pharmaceutical patent protection and world trade law: The unsolved problem of access to medicines*. Series Routledge Research in Intellectual Property. London: Routledge.

T'HOEN, E. (2016). *Private patents and public health: Changing intellectual property rules for access to medicines*. Amsterdam: Health Action International (HAI).

TREBILCOCK, M.J. & HOWSE, R. (2005). *The regulation of international trade*, 3<sup>rd</sup> Edition. London and New York: Routledge.

WHO, WIPO & WTO (2013). *Promoting access to medical technologies and innovation: Intersections between public health, intellectual property and trade*. Acessível em [www.wto.org/trilateralstudy2013](http://www.wto.org/trilateralstudy2013).

YU, P.K. (2013). Virotech patents, viropiracy, and viral sovereignty. *Arizona State Law Journal*, vol. 45, pp. 1563-1662.

ZAPATERO MIGUEL, P. (2014). Trade in generics v. world-scale market segmentation: Market-driven solutions to the “Paragraph 6” issue. *Journal of World Trade*, vol. 48, no. 1, pp. 81–110.



**A sexta alteração à Diretiva de troca de informações:**

**A comunicação obrigatória de esquemas de planeamento  
fiscal e o seu impacto nos Direitos Fundamentais**

Carlos José de Aguiar Moniz Afonso

Sob a orientação do Doutor  
João Félix Pinto Nogueira

## **Agradecimentos**

Ao Doutor João Nogueira, por ter acreditado em mim, pelo essencial suporte e críticas, pela disponibilidade e motivação constantes.

À minha família, pelo amor incondicional, por todo o apoio e pelo exemplo que são para mim.

À Inês, por ser uma pessoa fantástica, por estar comigo no melhor e no pior e por fazer parte da minha felicidade.

Ao Fernando Duarte, por ser referência e por todos os conselhos.

Aos meus amigos, por tornarem a vida melhor e lhe darem mais sentido.

À Universidade Católica Portuguesa, por me ter feito evoluir.

A Coimbra, que será sempre a minha Casa.

## **Resumo**

A nossa dissertação versa sobre a sexta alteração à Diretiva de Troca de Informações. Tal alteração tem na sua base a Ação 12 do BEPS, através da qual a OCDE propõe um novo paradigma de relacionamento entre administrações fiscais e contribuintes marcado por uma grande transparência.

Após um exame do respetivo regime, a dissertação centrar-se-á na análise do impacto do mesmo nos direitos fundamentais das pessoas obrigadas à comunicação, nomeadamente no que concerne à certeza jurídica, ao direito ao aconselhamento jurídico e ao direito à não autoincriminação. Em nossa opinião, e do ponto de vista de um juízo de concordância prática, o fim da tutela do sistema fiscal deverá prevalecer diante pontuais e ultrapassáveis défices de certeza jurídica. Deve também preponderar sobre o dever de sigilo profissional, exceto quando tal obste ao direito de defesa. Terá necessariamente de ceder perante o direito à não autoincriminação, já que a sua proteção deve ser absoluta. Por fim, a dissertação concluirá com uma análise do anteprojeto que visa transpor a Diretiva, propondo ao legislador português algumas medidas a adotar aquando da sua implementação.

**Palavras-chave:** *Mandatory Disclosure Rules*; Ação 12 do BEPS; União Europeia; troca de informações; certeza jurídica; direito ao aconselhamento jurídico; não autoincriminação.

## **Abstract**

Our study addresses the sixth amendment to the Administrative Cooperation Directive, which is based on BEPS Action 12 and in which the OECD proposes a new relationship model between tax administrations and taxpayers characterized by increased transparency.

After reviewing the regime, the dissertation will focus on the amendment's impact on the fundamental rights of those obliged to mandatory disclosure rules regarding legal certainty, the right to legal advice, and the privilege against self-incrimination. In our view, the protection of tax systems should prevail over occasional deficits of legal certainty, as well as over professional secrecy, except in what concerns the right to defence, and be necessarily adjusted in what respects the need to fulfil the right not to self-incriminate oneself, since its protection must be comprehensive.

We conclude with an analysis of the preliminary draft that intends to transpose the Directive, while proposing a number of measures to be taken by the Portuguese legislator.

**Keywords:** Mandatory Disclosure Rules; BEPS Action 12; European Union; information exchange; legal certainty; right to legal advice; privilege against self-incrimination.

## Lista de siglas e abreviaturas

|         |                                                                                                  |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §       | Parágrafo                                                                                        |
| Ac.     | Acórdão                                                                                          |
| Acs.    | Acórdãos                                                                                         |
| Al.     | Alínea                                                                                           |
| Art.    | Artigo                                                                                           |
| AT      | Administração Tributária e Aduaneira                                                             |
| BEPS    | <i>Base Erosion and Profit Shifting</i><br>(Erosão da Base e Transferência de Lucros)            |
| CDCC    | Código Deontológico dos Contabilistas Certificados                                               |
| CE      | Comissão Europeia                                                                                |
| CEDH    | Convenção Europeia dos Direitos do Homem                                                         |
| Cfr.    | Conforme                                                                                         |
| CRP     | Constituição da República Portuguesa                                                             |
| CRS     | <i>Common Reporting Standard</i><br>(Padrão Comum de Relatório)                                  |
| DAC     | <i>Directive on Administrative Cooperation</i><br>(Diretiva troca de informações)                |
| DAE     | Diretiva antielisão                                                                              |
| DL      | Decreto-lei                                                                                      |
| DUE     | Direito da União Europeia                                                                        |
| EM      | Estado Membro                                                                                    |
| EN      | Estatuto do Notariado                                                                            |
| EOA     | Estatuto da Ordem dos Advogados                                                                  |
| EOROC   | Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas                                               |
| EOSAE   | Estatuto da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução                                        |
| FACTA   | <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i><br>(Lei relativa à comunicação de contas estrangeiras) |
| G20     | Grupo dos 20                                                                                     |
| IVA     | Imposto sobre o Valor Acrescentado                                                               |
| MDR     | <i>Mandatory Disclosure Rules</i><br>(Regras de comunicação obrigatória de informações)          |
| no.     | número                                                                                           |
| OCDE    | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico                                        |
| op. cit | <i>opus citatum</i><br>(da obra citada)                                                          |
| p.      | página                                                                                           |

|           |                                                             |
|-----------|-------------------------------------------------------------|
| pp.       | páginas                                                     |
| Proc.     | Processo                                                    |
| RGIT      | Regime Geral das Infrações Tributárias                      |
| ss.       | seguintes                                                   |
| TEDH      | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem                      |
| TFUE      | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia             |
| TJUE      | Tribunal de Justiça da União Europeia                       |
| UCP – CRP | Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto |
| UE        | União Europeia                                              |
| V.d.      | Vide                                                        |
| V.g.      | <i>Verbi Gratia</i><br>(Por exemplo)                        |
| Vol.      | Volume                                                      |

# Índice

## 1. Introdução

### 1.1. Contextualização

### 1.2. Objeto

#### 1.2.1.1. Delimitação positiva

#### 1.2.2. Delimitação negativa

### 1.3. Metodologia e bibliografia

### 1.4. Sequência

## 2. O regime da Diretiva

### 2.1. Rationale

### 2.2. O regime

#### 2.2.1. Âmbito de aplicação objetivo

##### 2.2.1.1. As categorias

##### 2.2.1.2. O teste do benefício principal

#### 2.2.2. Âmbito de aplicação subjetivo

#### 2.2.3. Âmbito de aplicação territorial

#### 2.2.4. Âmbito de aplicação temporal

#### 2.2.5. Consequências do incumprimento

## 3. Impacto nos direitos fundamentais dos obrigados à comunicação

### 3.1. Introdução

### 3.2. Direito à certeza jurídica

#### 3.2.1. Défices em termos de certeza jurídica

##### 3.2.1.1. A ausência de uma definição de planeamento fiscal agressivo

##### 3.2.1.2. A opção por definições amplas e conceitos indeterminados

#### 3.2.2. O teste do benefício principal

#### 3.2.3. A alegada retroatividade

#### 3.2.4. Apreciação

### 3.3. Direito ao aconselhamento jurídico

#### 3.3.1. A existência de um dever de sigilo profissional

#### 3.3.2. A ausência de harmonização

#### 3.3.3. Apreciação

### 3.4. Direito à não autoincriminação

#### 3.4.1. Entre o planeamento fiscal agressivo e a evasão fiscal

#### 3.4.2. A proteção da CEDH e do TEDH

#### 3.4.3. Intermediários e o nemo tenetur

#### 3.4.4. As soluções propostas para a colisão

3.4.5. Apreciação

3.5. Conclusões intermédias

4. Recomendações ao legislador português

4.1. Uma transposição de máximos

4.2. O dever de sigilo profissional

4.3. A divulgação pública de esquemas considerados “agressivos”

4.4. Disposições transitórias

4.5. O regime sancionatório

5. Conclusões

Bibliografia

Jurisprudência



## 1. Introdução

### 1.1. Contextualização

A crise financeira de 2008, aliada à divulgação pública de esquemas de planejamento fiscal agressivo com o recurso a paraísos fiscais por parte das empresas multinacionais, conduziu a uma mudança de paradigma no seio do Direito Fiscal Internacional.

A OCDE (a pedido do G20) desenvolveu um conjunto alargado de iniciativas destinadas a fazer face à erosão da base tributável e à transferência dos lucros (*BEPS*), com o propósito de restaurar coerência, transparência e substância no sistema fiscal internacional<sup>600</sup>. Emerge uma cooperação internacional sem precedentes, em que se pretende que o bilateralismo dê lugar ao multilateralismo<sup>601</sup>.

Introduziu-se uma verdadeira mudança de paradigma no que diz respeito ao relacionamento entre as administrações fiscais e os contribuintes. Antes, caminhava-se no sentido de um estreitamento de tais relações através da criação de um ambiente em que aqueles últimos iriam voluntariamente cumprir e cooperar com as primeiras (*Cooperative Compliance Programmes*) numa lógica de reciprocidade<sup>602</sup>. Todavia, o *BEPS* privilegiou a adoção de regras de comunicação obrigatória de informações relativas a esquemas fiscais (*Mandatory Disclosure Rules*)<sup>603</sup>. Propõe-se, assim, um novo patamar de exigência no que respeita à observância de deveres de cooperação por parte de contribuintes e intermediários, afetando sem precedentes a relação entre ambos e a atividade profissional destes últimos.

As recomendações do *BEPS 12* foram positivadas pela União Europeia, através da sexta alteração à Diretiva de Troca de Informações<sup>604</sup>. Tal Diretiva deve ser implementada pelos diversos EMs até 31 de dezembro de 2019<sup>605</sup>.

---

<sup>600</sup> Vd. OCDE, 2013.

<sup>601</sup> Vd. Pistone, 2014. Avi-Yonah & Xu, 2017.

<sup>602</sup> Vd. OCDE, 2008, 2013.

<sup>603</sup> OCDE, 2015.

<sup>604</sup> Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/EU no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar. Na ausência de indicação em contrário, qualquer referência a “Diretiva” deve considerar-se feita para esta Diretiva.

<sup>605</sup> Cfr. art. 8.º-AB/12 da Diretiva.

## **1.2. Objeto**

### **1.2.1. Delimitação positiva**

Esta tese centra-se na sexta alteração à Diretiva troca de informações, já citada.

A dissertação visa, através de um exame cuidadoso do regime da Diretiva, avaliar criticamente o impacto da mesma nos direitos fundamentais dos obrigados tributários.

Por último, analisaremos o anteprojeto do diploma que visa transpor a Diretiva, propondo ao legislador português algumas medidas que poderia adotar aquando da sua implementação.

### **1.2.2. Delimitação negativa**

O nosso estudo será focado na Diretiva, pelo que não indagaremos sobre quaisquer outras iniciativas, mesmo que prossigam objetivos similares, tanto ao nível internacional (v.g. tratados *FATCA*, *CRS*, etc.), como europeu (nomeadamente as anteriores alterações à *DAC*). Pela mesma razão, não examinaremos os vários regimes internos de comunicação obrigatória, inclusive o português.

Não iremos analisar as diversas iniciativas do *BEPS Action Plan* (ainda que façamos, sempre que necessário, breves referências à Ação 12).

Faremos uma seleção dos direitos fundamentais mais relevantes para efeitos da Diretiva. Excluiremos vários direitos, como o direito à livre iniciativa económica, porquanto, apesar da obrigação de comunicação poder tornar menos atrativa a implementação de determinados esquemas transfronteiriços, tal ingerência seja justificada por razões válidas de interesse geral reconhecidas pela União. Do mesmo modo, não parecem colocar-se problemas ao nível do direito à privacidade e à proteção de dados, já que tais interferências se situam em consonância com as exceções e restrições providenciadas pelas várias fontes primárias e secundárias de Direito Europeu e pela jurisprudência relevante.

## **1.3. Metodologia e bibliografia**

O trabalho partiu de um exame cuidadoso das disposições da Diretiva, o qual foi complementado com uma análise doutrinal e jurisprudencial, bem como com uma revisão cuidada dos documentos relevantes de várias organizações internacionais e entidades.

## **1.4. Sequência**

No capítulo seguinte, procederemos a uma análise detalhada do regime previsto na Diretiva.

No capítulo 3, problematizaremos as possíveis implicações da medida para os direitos fundamentais dos obrigados à comunicação.

No capítulo 4, procuraremos analisar o anteprojeto do diploma que visa a transposição da Diretiva e tecer algumas recomendações que o legislador português poderá ter em consideração aquando da transposição da iniciativa.

Terminaremos com as devidas conclusões.

## **2. O regime da Diretiva**

### **2.1. Rationale**

A Diretiva implementa, pela primeira vez, no espaço europeu, um sistema comum de regras de comunicação obrigatória de informações relativas a mecanismos transfronteiriços de planeamento fiscal. De acordo com o mesmo regime, tais informações são trocadas obrigatória e automaticamente entre as autoridades fiscais dos EMs, através da rede comum de comunicações (CCN)<sup>606</sup>.

Esta medida visa um reforço do mercado interno<sup>607</sup> através de uma deteção atempada de esquemas fiscais potencialmente agressivos<sup>608</sup>, permitindo aos EM uma mais rápida reação contra os mesmos. Tem ainda um notório efeito dissuasor, procurando que intermediários e usuários diminuam ou prescindam da adoção de tais construções jurídicas<sup>609</sup>.

### **2.2. O regime**

#### **2.2.1. Âmbito de aplicação objetivo**

A obrigação de comunicação existe quando um esquema de planeamento fiscal preencher pelo menos uma das características-chave descritas no Anexo 4 da Diretiva<sup>610</sup>.

---

<sup>606</sup> Cfr. os pontos 11 e 12 do preâmbulo da Diretiva.

<sup>607</sup> De acordo com a Comissão, este é “(...) atualmente minado pelo uso de esquemas potencialmente agressivos, uma vez que estes dão origem a distorções de mercado e resultam numa carência de justiça” (tradução nossa). Cfr. *Commission staff working document impact assessment accompanying the document proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements*, SWD/2017/0236 final - 2017/0138 (CNS), p. 32. Vd. também Blum & Langer, 2019, p. 287.

<sup>608</sup> Cfr. o ponto 2 do preâmbulo da Diretiva.

<sup>609</sup> Para mais desenvolvimentos sobre os objetivos visados, vd. Calderón Carrero, 2018, p. 41.

<sup>610</sup> Cfr. pontos 19 e 20 do art. 3.º da Diretiva.

Tal obrigação apenas surgirá quando as características-chave da categoria A, da categoria B e da categoria C, ponto 1, alínea b), subalínea i), e alíneas c) e d) satisfaçam cumulativamente o “teste do benefício principal”<sup>611</sup>. As restantes características-chave prescindem da verificação do referido teste para dar lugar ao surgimento da obrigação.

Relativamente aos impostos abrangidos, é de notar que a Diretiva apenas abarca os impostos diretos<sup>612</sup>.

### **2.2.1.1 As categorias**

A Diretiva prevê cinco categorias de características-chave, através das quais é possível determinar quais os esquemas que deverão ser comunicados às administrações tributárias.

Na categoria A estão definidas características-chave genéricas<sup>613</sup>, compreendendo i) a estipulação contratual de uma cláusula de confidencialidade, ii) a inclusão de taxas prémio/taxas de contingência e iii) a utilização de mecanismos standardizados.

A categoria B diz respeito a características-chave específicas, nomeadamente, i) a utilização de perdas para a redução de encargos fiscais, ii) a conversão de rendimentos e iii) as operações circulares que resultem num “carrossel” de fundos (*round-tripping*) sem substância económica.

A categoria C, refere-se a características-chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças que envolvam a dedutibilidade de pagamentos entre duas empresas relacionadas quando o recebimento esteja sujeito i) a uma taxa de zero ou quase zero, ii) a uma isenção total de imposto ou iii) a um regime preferencial.

Dentro da categoria C, são também listadas operações suscetíveis de desencadear a obrigação de comunicar sem a observância do teste do benefício principal: i) o pagamento feito a uma empresa associada que não é residente para efeitos fiscais em nenhuma jurisdição fiscal ou ii) residente em jurisdição não cooperante, iii) a existência de deduções sobre a mesma depreciação de um ativo em mais do que uma jurisdição, iv) a eliminação ou atenuação da dupla tributação em mais do que uma jurisdição e v) a transferência de ativos com uma diferença material no montante reconhecido pelas jurisdições envolvidas na operação.

A categoria D indica características-chave específicas relativas a mecanismos que visem i) evitar a obrigação de comunicação de informações relativas a contas financeiras ou ii) impedir a identificação do beneficiário efetivo.

---

<sup>611</sup> Cfr. o anexo 4 da Diretiva.

<sup>612</sup> Cfr. art. 2.º da Diretiva.

<sup>613</sup> Sobre a diferença entre estas e as características-chave específicas, vd. *BEPS Action 12*, § 91.

Por último, a categoria E refere-se a características-chave específicas relativas a preços-transferência, designadamente, a mecanismos que envolvam i) a utilização de regras de salvaguarda unilaterais, ii) a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar e iii) as reestruturações intra-grupo das quais resulte uma redução superior a 50% dos resultados anuais projetados antes de juros e impostos (EBIT).

Pelo exposto, parece-nos que as características-chave apontam geralmente para situações que envolvem esquemas elaborados que são, tendencialmente, adquiridos por operadores com avultados recursos económicos, pelo que a obrigação de comunicação deverá recair, essencialmente, sobre as grandes empresas multinacionais<sup>614</sup>.

### **2.2.1.1. O teste do benefício principal**

O teste será satisfeito “se for possível determinar que a obtenção de uma vantagem fiscal é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo”<sup>615</sup>.

A avaliação exigida é diferente da pressuposta pelo “teste do propósito principal” presente na regra geral antiabuso constante da DAE<sup>616</sup>, porquanto aqui apenas se pretende confrontar o valor da vantagem fiscal esperada com quaisquer outros benefícios comerciais suscetíveis de advir do mecanismo<sup>617</sup>.

A nosso ver, o tópico mais controvertido prende-se com o facto de o teste apenas ter de ser satisfeito relativamente a mecanismos que se enquadrem em apenas algumas das “características-chave”<sup>618</sup>. Porém, é necessário ter em consideração que, nos casos em que a obrigação de comunicação prescinde do teste, os mecanismos em causa ou envolvem técnicas conhecidas de erosão da base tributável e transferência de lucros<sup>619</sup>, ou estão associados à falta de transparência<sup>620</sup>. Já no que respeita às operações relativas

---

<sup>614</sup> “Small companies and individuals (unless particularly wealthy) would not normally have the resources to seek out sophisticated tax advice. So, by effect, it can be assumed that the reporting obligation would mostly affect – where there is a shift in the liability – big corporate taxpayers or very wealthy individuals” (Cachia, 2018, pp. 212 e 213).

<sup>615</sup> Cfr. Anexo 4 da Diretiva.

<sup>616</sup> Art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Para desenvolvimentos, vd. Báez Moreno, 2016, pp. 143-151; De Broe & Beckers, 2017, pp. 133-144.

<sup>617</sup> Diferentemente, o “teste do propósito principal” só será satisfeito se o propósito ou um dos propósitos principais da operação foi o de obter uma vantagem ilegítima, contrária ao sistema jurídico, tratando-se de um juízo bem mais exigente. Aqui, a avaliação irá apenas incidir na vantagem (benefício) potencialmente criada pelo mecanismo e não na averiguação da intenção subjacente ao mesmo.

<sup>618</sup> *A contrario*, tal parece indicar que terão de ser comunicadas operações que não corresponderão a manobras de planeamento fiscal. “Therefore, in some circumstances, purely commercial non-tax driven arrangements may be inside the scope of disclosure” (Brown, Gracia & Gardner, 2018, p. 4).

<sup>619</sup> Como é o caso dos n.ºs 1/a, 1/b/ii, 2,3 e 4 da cat. C do Anexo 4.

<sup>620</sup> Cat. D do Anexo 4.

a preços de transferência<sup>621</sup>, está sobretudo em causa a necessidade de verificar se as condições de mercado foram cumpridas, pelo que o interesse dos EMs em ter conhecimento de tais esquemas vai para além dos casos em que os contribuintes conseguem a obtenção de vantagens fiscais. Assim, parecem existir razões suficientes para que, nas situações supramencionadas, se prescindia do teste, porquanto estas já indiciam um considerável risco de planeamento fiscal potencialmente agressivo.

Portanto, é possível concluir que o teste funciona como um filtro, uma cláusula limitadora da obrigação de comunicar, que atua naquelas situações em que as características-chave não indiciam um considerável risco de planeamento fiscal potencialmente agressivo.

Uma vez que é suposto as características-chave serem revistas periodicamente<sup>622</sup>, deverá ser dada fulcral atenção à decisão de sujeitá-las, ou não, a tal limiar.

Realce-se ainda que tal teste é contrário às recomendações da OCDE<sup>623</sup>, segundo as quais este poderá ser de difícil aplicação num contexto transfronteiriço, o que se poderá refletir numa redução do número de comunicações. Não sufragamos tal entendimento, posto que, nas transações internacionais, é comum o fator fiscal ter um enorme peso nas decisões de planeamento dos operadores económicos, podendo facilmente constituir um dos principais benefícios a esperar do mecanismo.

Por essa razão, este limiar pode não ser suficiente para uma correta seleção dos mecanismos a reportar num contexto transfronteiriço. Será, então, necessário questionar se não teria sido pertinente a introdução cumulativa de um limite quantitativo (o chamado *de-minimis filter*), apenas surgindo a obrigação de comunicar nos casos em que o valor do mecanismo ou da vantagem fiscal dele resultante ultrapassasse uma dada soma monetária<sup>624</sup>. Tal opção excluiria do âmbito de aplicação transações consideradas insignificantes, reduzindo os custos de cumprimento e aumentando potencialmente a utilidade da informação recolhida. Porém, temos de reconhecer que tal limiar poderia ter inconvenientes<sup>625</sup>, tais como uma acrescida complexidade e a eventualidade de o expediente ser utilizado como um meio fácil de circundar a obrigação de comunicação.

---

<sup>621</sup> Cat. E do Anexo 4.

<sup>622</sup> Cfr. art. 27/2 da Diretiva, ao abrigo do art. 290/1 do TFUE.

<sup>623</sup> Cfr. *BEPS Action 12*, § 229.

<sup>624</sup> As recomendações da Confederação Fiscal Europeia vão no sentido da utilização simultânea de ambos os limiares. Vd. *Confédération Fiscale Européenne*, 2015, p. 4. No mesmo sentido, vd. Castro de Luna, 2019, p. 113.

<sup>625</sup> Pormenorizadamente, vd. *BEPS Action 12*, § 89-90.

### 2.2.2. Âmbito de aplicação subjetivo

A Diretiva segue um *promoter-based approach*, impondo primariamente a obrigação de comunicação aos intermediários<sup>626</sup>.

A definição de intermediário é propositadamente ampla<sup>627</sup>, de modo a cobrir a qualquer pessoa ou entidade que preste aconselhamento jurídico-fiscal.

Dada tal amplitude, o legislador decidiu incluir regras destinadas a evitar a comunicação duplicada de informação. Por um lado, havendo o surgimento de múltiplas obrigações perante autoridades competentes de mais de um EM, a informação apenas deverá ser apresentada num deles, de acordo com vários critérios hierárquicos<sup>628</sup>. Por outro lado, sempre que exista uma multiplicidade de intermediários, todos terão de comunicar, sendo que o cumprimento por um exonera da obrigação todos os demais se estes fizerem prova de tal cumprimento<sup>629</sup>. Nesta segunda situação não foram, lamentavelmente, previstos quaisquer critérios para determinar quem está primariamente obrigado a comunicar, o que poderá dar origem a múltiplas e desnecessárias comunicações sobre um mesmo esquema e a maiores custos de cumprimento e de administração<sup>630</sup>.

A obrigação de comunicação pode ainda recair sobre o “contribuinte relevante”. Tal verificar-se-á quando o mecanismo seja criado *in house* ou quando não exista um intermediário à luz dos requisitos previstos na Diretiva<sup>631</sup>. Também se verificará quando o intermediário esteja vinculado a um dever de sigilo profissional legalmente protegido que o desonere da obrigação, caso em que terá obrigatoriamente de comunicar a sua escusa ao contribuinte relevante<sup>632</sup>. Relativamente às comunicações por parte do contribuinte, é de salutar a previsão de critérios hierárquicos para os casos em que este esteja sujeito à obrigação de apresentar informações sobre um mesmo mecanismo

---

<sup>626</sup> Art. 8.º-AB/1.

<sup>627</sup> O ponto 21 aditado ao art. 3.º define intermediário como “qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo transfronteiriço a comunicar”. Também estará abrangida pela noção “qualquer pessoa que (...) saiba ou possa razoavelmente esperar-se que saiba que se comprometeu a prestar, diretamente ou através de outras pessoas, ajuda, assistência ou aconselhamento no que diz respeito à conceção, comercialização, organização ou disponibilização para a aplicação ou administração da aplicação de um mecanismo transfronteiriço a comunicar”.

<sup>628</sup> As informações deverão ser comunicadas no EM no qual que o intermediário i) é residente para efeitos fiscais; ii) tem um estabelecimento estável através do qual presta os serviços relacionados com o mecanismo; iii) está constituído ou por cujas leis é regido; ou iv) está registado junto de uma associação profissional relacionada com a prestação serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria; conforme o que se verificar primeiro (cfr. art. 8.º-AB/3/4).

<sup>629</sup> Cfr. art. 8.º-AB/9.

<sup>630</sup> Dado que será difícil para um intermediário saber e fazer prova de que outro intermediário procedeu à comunicação, na dúvida, aquele irá optar por comunicar o esquema. Tal poderá levar, inclusive, à comunicação de informações contraditórias, o que dificultará o trabalho das administrações fiscais.

<sup>631</sup> Por exemplo, quando o intermediário não tenha presença na UE.

<sup>632</sup> Art. 8.º-AB/5/6 da Diretiva. *BEPS Action 12*, § 76.

perante as autoridades de mais de um Estado-Membro<sup>633</sup>, bem como para aqueles em que haja mais do que um contribuinte relevante<sup>634</sup>.

Havendo a troca automática de informações, basta a comunicação por uma única entidade e num único EM para que todos tenham acesso. Posto isso, o regime deveria estar configurado de modo a reduzir ao máximo a multiplicidade de comunicações, o que nem sempre se verifica.

### **2.2.3. Âmbito de aplicação territorial**

Apenas deverão ser reportadas informações respeitantes a mecanismos transfronteiriços, ou seja, relativas a mais do que um EM ou a um EM e a um país terceiro<sup>635</sup>. Uma vez que o grosso das situações de planeamento fiscal mais sofisticado implicam a interação entre jurisdições, esta solução parece-nos proporcional.

Quando a obrigação recair sobre o intermediário, este apenas terá de comunicar quando existir um nexo entre este e a UE<sup>636</sup>.

### **2.2.4. Âmbito de aplicação temporal**

Caso a implementação seja feita atempadamente, a partir de 1 de julho de 2020, tanto intermediários como contribuintes relevantes terão a obrigação de comunicar os mecanismos abrangidos no prazo de 30 dias<sup>637</sup> a contar i) do dia seguinte àquele em que o mecanismo é disponibilizado para ser aplicado ou ii) esteja pronto para ser aplicado ou iii) tenha sido realizado o primeiro passo da sua aplicação, consoante o que acontecer primeiro<sup>638</sup>.

Os intermediários serão também obrigados a apresentar informações no prazo de 30 dias a contar do dia seguinte àquele em terão prestado ajuda, assistência ou

---

<sup>633</sup> Assim, deverá proceder à comunicação no EM de que i) é residente para efeitos fiscais; ii) tem um estabelecimento estável que beneficie do mecanismo; iii) recebe rendimentos ou gera lucros; ou iv) exerce uma atividade; conforme o que se verificar primeiro. (cfr. art. 8.º-AB/7).

<sup>634</sup> Deverá comunicar o contribuinte relevante que i) acordou com o intermediário o mecanismo transfronteiriço a comunicar; ou, subsidiariamente, ii) o que administra a aplicação do mecanismo. Ademais, ficarão isentos de apresentar as informações se conseguirem comprovar que as mesmas informações já foram apresentadas por outro contribuinte relevante (cfr. art. 8.º-AB/10).

<sup>635</sup> V.g., quando os participantes no mecanismo não sejam todos residentes numa mesma jurisdição ou exerçam uma atividade noutra jurisdição. Vd. todas as condições adicionais no ponto 18 do art. 3.º.

<sup>636</sup> Devendo para isso estar preenchida pelo menos uma das condições adicionais previstas no para. 3 do ponto 21 do art. 3.º.

<sup>637</sup> Pois “quanto mais cedo for a comunicação, mais rapidamente poderão as administrações fiscais agir contra o esquema. Isto pode majorar os efeitos dissuasivos” (tradução nossa). *BEPS Action 12*, p. 49.

<sup>638</sup> Relativamente ao segundo critério, parece-nos ser difícil determinar qual o momento exato em que o esquema se pode considerar “pronto para ser aplicado”. Além disso, a Diretiva parece ter ido mais longe do que as recomendações da OCDE, no sentido de que, caso a obrigação recaia sobre o contribuinte, o momento relevante deverá ser o da implementação; ao passo que se tal obrigação recair sobre o intermediário, o momento relevante deverá ser o da disponibilidade do esquema, devendo o período temporal para a comunicação ser mais curto. *BEPS Action 12*, p. 52.



aconselhamento a um dos mecanismos abrangidos. No caso dos mecanismos comercializáveis, o intermediário terá de apresentar um relatório quadrimestral, providenciando informações sobre os respetivos usuários<sup>639</sup>.

Terão também de ser comunicados até 31 de agosto de 2020 os mecanismos cujo primeiro passo da sua aplicação tenha lugar entre a data de entrada em vigor (25/06/2018) e a data de aplicação (01/07/2020) da Diretiva<sup>640</sup>.

A inclusão do regime no seio da DAC visa, precisamente, que se proceda à troca das informações<sup>641</sup> recolhidas entre as administrações fiscais dos EMs<sup>642</sup>. Estas devem levá-la a cabo no prazo de um mês a contar do fim do trimestre em que a sua comunicação ocorreu. A primeira troca de informações terá lugar até 31 de outubro de 2020<sup>643</sup>.

### **2.2.5. Consequências do incumprimento**

Relativamente ao regime de sanções aplicável ao incumprimento, é dada uma margem de conformação aos EMs para estabelecerem o regime aplicável, apenas se exigindo que as mesmas sejam efetivas, proporcionadas e tenham efeitos dissuasivos sobre contribuintes e intermediários<sup>644</sup>.

## **3. Impacto nos direitos fundamentais dos obrigados à comunicação**

### **3.1. Introdução**

A Diretiva contém alguns traços controversos, tais como o recurso a “características-chave”, a definições amplas, ao teste do benefício principal e uma aplicação de natureza alegadamente retroativa. Para além disso, as obrigações exigidas aos intermediários parecem constituir *prima facie* um constrangimento aos deveres de

---

<sup>639</sup> Art. 8.º-AB/1/2.

<sup>640</sup> Art. 8.º-AB/12.

<sup>641</sup> Relativamente às informações a reportar, estas foram estabelecidas no “Regulamento de Execução (UE) 2019/532 da Comissão de 28 de março de 2019 que altera o Regulamento de Execução (UE) 2015/2378 no que respeita aos formulários normalizados, incluindo o regime linguístico, para a troca automática de informações obrigatória sobre mecanismos transfronteiriços a comunicar”. Tais elementos deverão ser os enumerados no art. 8.º-AB, n.º 14, aos quais a CE acrescentou a necessidade de especificação do número de referência associado ao mecanismo.

<sup>642</sup> A nova alteração ao art. 21.º vem estabelecer que a troca automática terá lugar através de um “diretório central seguro”, ao qual as autoridades competentes de todos os EMs terão acesso.

<sup>643</sup> Art. 8.º-AB/18.

<sup>644</sup> Art. 25.º-A. Tal opção poderá revelar-se problemática. Tendo em conta os diferentes regimes e tradições legais nacionais, é de esperar que, para um mesmo incumprimento, as sanções possam ser consideravelmente diferentes.

confidencialidade entre estes e os contribuintes. Da mesma forma, suscitam-se questões relativas ao respeito da proibição da autoincriminação.

No presente capítulo examinaremos, em detalhe, o impacto da Diretiva nesses direitos fundamentais.

### **3.2. Direito à certeza jurídica**

Trata-se de uma exigência fundamental<sup>645</sup> decorrente do princípio do Estado de Direito, sendo um princípio geral de DUE<sup>646</sup> já por várias vezes densificado pelo TJUE<sup>647</sup>.

É ainda amplamente reconhecido nos ordenamentos jurídicos internos dos vários EMs<sup>648</sup>.

#### **3.2.1. Défices em termos de certeza jurídica**

##### **3.2.1.1. A ausência de uma definição de planeamento fiscal agressivo**

O legislador europeu optou por não concretizar o conceito de planeamento fiscal potencialmente agressivo como intermédio da determinação do âmbito objetivo da obrigação de comunicar.

Tal pode dever-se, por um lado, à dificuldade de encontrar um consenso sobre tal definição<sup>649</sup>. Por outro lado, entendeu-se que o recurso às “características-chave” seria mais eficaz por ser mais ajustável às alterações da parte dos operadores económicos e às contramedidas defensivas adotadas pelas administrações fiscais<sup>650</sup>.

Em nossa opinião, as “características-chave” consistem, no fundo, numa objetivação daquilo que o legislador entende como planeamento fiscal potencialmente

---

<sup>645</sup> Segundo a qual “aqueles que se encontrem sujeitos à lei devem conhecer o que ela é, de modo a poderem planear as suas ações em conformidade”, adquirindo particular importância no direito económico, uma vez que “a vida económica e comercial é baseada no planeamento antecipado” (tradução nossa) (Tridimas, 2007, p. 242).

<sup>646</sup> Cfr. Terra & Wattel, 2018, parte 1, cap. 4. Vd. também Hofmann, 2017, pp. 210 e ss.

<sup>647</sup> De acordo com o TJUE, as regras jurídicas devem ser claras e precisas, em particular quando prevejam consequências negativas para os indivíduos e empresas. Assim, deve ser assegurada a previsibilidade das situações e relações legais sindicadas pela lei europeia, para que os indivíduos possam determinar quais os seus direitos e obrigações e agirem em conformidade. Cfr. Acs. do TJUE, 1 de 15 de fevereiro de 1996, C-63/93, *Duff*, § 20; de 13 de fevereiro de 1996, C-143/93, *Van Es*, § 27; de 7 de junho de 2007, C-178/05, *Commission/Greece*, § 33; de 5 de julho de 2012, C-318/10, *SIAT*, § 58-59; de 3 de outubro de 2013, C-282/12, *Itelcar*, § 44.

<sup>648</sup> Entre nós, a segurança jurídica na relação jurídica tributária é um imperativo do Estado de Direito e uma condição essencial ao normal funcionamento da economia, adquirindo especial relevância no direito fiscal. Cfr. Saldanha Sanches, 2002, p. 75; Xavier, 1981, pp. 190-192.

<sup>649</sup> Sendo que já começa a haver uma consonância doutrinal sobre o conceito de planeamento fiscal agressivo, vd. Piantavigna, 2017, p. 94; Dourado, 2015, pp. 42 e ss.

<sup>650</sup> Cfr. Preâmbulo 9 da Diretiva.

agressivo para efeitos da Diretiva<sup>651</sup>. Com efeito, acreditamos que a subsunção de esquemas a uma definição geral seria mais propensa à subjetividade e à insegurança<sup>652</sup>, pelo que esta opção é suscetível de trazer mais certeza jurídica (reforçando a proteção dos direitos dos contribuintes, a este nível).

### **3.2.1.2. A opção por definições amplas e conceitos indeterminados**

Estando longe de ser uma opção inédita, também a determinação do âmbito de aplicação da Diretiva está fortemente marcada pelo recurso a definições amplas e a conceitos jurídicos indeterminados.

Por exemplo, o esquema tem de ser “relativo” a mais do que um EM ou a este e a um país terceiro, existindo ainda a necessidade de preenchimento de uma de cinco condições adicionais para que se efetive essa componente transfronteiriça<sup>653</sup>. Parece-nos que a expressão “relativo” motiva a dúvida e traz sérios problemas de indeterminabilidade. Porém, as condições adicionais, porque vêm concretizá-la, têm o mérito de providenciar ao intérprete uma maior certeza acerca dos mecanismos abrangidos. No entanto, tal clareza é parcialmente posta em causa se atendermos à última das condições enunciadas<sup>654</sup>, que se afasta do *rationale* subjacente às restantes<sup>655</sup>.

A descrição das características-chave não nos parece demasiado vaga. Aliás, em determinados casos, é de notar algum cuidado com a explicitação da conjuntura associada a determinado elemento caracterizador<sup>656</sup>. Daí apenas entendermos que as mesmas estão definidas de uma maneira bastante ampla de modo a abarcarem uma extensa multiplicidade de operações que o legislador achou pertinente chegarem ao conhecimento das autoridades fiscais<sup>657</sup>.

---

<sup>651</sup> “(...) tratar de definir el concepto de ‘planificación fiscal potencialmente agresiva’ resulta realmente complejo, (...) De esta dificultad es plenamente consciente la Directiva y de ahí que renuncie a efectuar una mínima definición (...). A partir de aquí, la Directiva apuesta por un método que trata de ser lo más objetivo posible” (Martín-Abril y Calvo, 2018, p. 84).

<sup>652</sup> E, consequentemente, ao conflito entre as administrações fiscais e os obrigados à declaração.

<sup>653</sup> Vd. supra, 2.2.3.

<sup>654</sup> A alínea e) do n.º 18 do art. 3.º prevê a condição de o mecanismo ter “um possível impacto na troca de informações ou na identificação do beneficiário efetivo”. Note-se que na proposta da Comissão de 2017 se requeria que o mecanismo tivesse um impacto fiscal em pelo menos duas jurisdições (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PCo335>, p. 21).

<sup>655</sup> A exigência de se ter de examinar um “possível impacto” irá providenciar às autoridades fiscais uma enorme margem discricionária. Ademais, já existem características-chave específicas relativas à falta de transparência (categoria D), pelo que não vemos esta inclusão como necessária.

<sup>656</sup> V.g., nos casos em que um mecanismo envolva a dedutibilidade de pagamentos efetuados entre duas ou mais empresas associadas, ou em que possa ter o efeito de circundar a obrigação de apresentação de informações relativas a contas financeiras, houve a preocupação de previsão das circunstâncias específicas em que haverá a obrigação de comunicação.

<sup>657</sup> “The various hallmarks in the EU Directive are often criticised as being too undetermined – but they are not. They are simply set in an extremely wide fashion covering a vast variety of transactions” (Haines, 2018, para. 19).

No que diz respeito ao âmbito de aplicação subjetiva, notámos que a definição de intermediário era bastante ampla<sup>658</sup>. Não obstante, a lei dá a possibilidade de que seja feita prova de que determinada entidade não teve qualquer envolvimento no esquema. Em nosso entender, é esta possibilidade de ser feita prova em contrário que torna o regime admissível e desprovido de uma inaceitável arbitrariedade.

Pelo exposto, não consideramos que o recurso a conceitos amplos e indeterminados coloque em causa o princípio da segurança e certeza jurídicas, pelo menos com uma intensidade que permita uma sindicância por parte do TJUE.

### **3.2.2. O teste do benefício principal**

Constituindo um requisito adicional a que algumas das “caraterísticas-chave” têm obrigatoriamente de atender, a sua inclusão gera alguma controvérsia.

A avaliação exigida pelo teste envolve algum grau de subjetividade, já que pretende não só abranger os casos em que é obtida uma vantagem fiscal, como aqueles em que se pode “razoavelmente esperar” que a mesma é obtida.

O facto de não existir uma definição daquilo que pode ser considerado uma vantagem fiscal para efeitos da Diretiva poderá suscitar alguns problemas de interpretação da expressão. A este respeito, defendemos que a mesma deve ser interpretada de modo amplo<sup>659</sup>, sob pena de os objetivos da iniciativa e o efeito útil do teste saírem frustrados. Ademais, a interpretação restritiva apenas teria de ter lugar se estivéssemos no âmbito de uma norma fiscal substantiva. Não obstante, pensamos que será prudente da parte das autoridades fiscais apenas considerarem o teste como satisfeito quando for de esperar que um mínimo de vantagens fiscais advenha do mecanismo.

No nosso entender, o teste está apenas conformado de modo a que, perante cada caso concreto, seja possível aos aplicadores do regime terem uma essencial margem de apreciação sobre os mecanismos a comunicar. Isto porquanto nos parece ser especialmente complexo e difícil prever, em abstrato, para cada tipo de mecanismo, a porção ideal de benefícios fiscais suscetível de levar à sua comunicação.

---

<sup>658</sup> Vd. supra, 2.2.2.

<sup>659</sup> Por exemplo, uma interpretação semelhante à levada a cabo pelo legislador português no art. 3.º al. d) do DL 29/2008, ao considerar como vantagem fiscal “a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema ou a atuação”.

### **3.2.3. A alegada retroatividade**

De acordo com a Diretiva, os mecanismos cujo primeiro passo da sua aplicação tenha lugar entre a data de entrada em vigor e a sua data de aplicação terão de ser comunicados até 31 de agosto de 2020<sup>660</sup>.

Para alguns autores esta opção é problemática. Por um lado, por a considerarem retroativa. Por outro lado, visto que a Diretiva se aplica a atos que têm lugar antes da entrada em vigor das leis nacionais que a transpõem, levando a que se estejam a implementar mecanismos cuja subsunção ao regime da Diretiva pode ser incerta<sup>661</sup>.

No nosso entendimento, não se colocam quaisquer problemas de retroatividade, porquanto a Diretiva não se vai aplicar a esquemas que tenham sido postos em prática antes da sua entrada em vigor, apenas afetando situações constituídas a partir desse momento<sup>662</sup>. Relativamente ao segundo argumento, partindo do pressuposto que a publicação e respetiva entrada em vigor das disposições nacionais ocorrerão no limite do prazo para a transposição, os intermediários e contribuintes terão um período de sensivelmente oito meses<sup>663</sup> para identificarem (com certeza) os esquemas sujeitos a comunicação, prepararem e entregarem a respetiva informação. No nosso entender, tal período temporal é perfeitamente razoável para o efeito.

Esta particularidade do regime leva autores a desaconselharem a aplicação de sanções por incumprimentos que tenham lugar entre a entrada em vigor e a aplicação da Diretiva<sup>664</sup>. Não podemos concordar, dado que vemos a opção legislativa adotada como legítima e conforme ao princípio da certeza jurídica e, sem sanções, dificilmente existirá uma verdadeira obrigação e o respetivo cumprimento.

### **3.2.4. Apreciação**

Na nossa perspetiva, é inegável que a Diretiva dá aso a alguns défices em termos de certeza jurídica<sup>665</sup>. Ainda assim, entendemos que o equilíbrio entre precisão e

---

<sup>660</sup> Vd., supra, 2.2.4.

<sup>661</sup> “Such a retroactive application from June 25, 2018 is very much comparable to a direct application from day 1 – but a direct applicability is a legal effect reserved for regulations and not available to directives” (Haines, 2018, para. 14). “(...) los posibles afectados deberían conocer los términos concretos de la transposición (...) En definitiva, esta ‘retroactividad’ de la Directiva conllevará importantes problemas, algunos, de imposible solución” (Martín-Abril y Calvo, 2018, p. 109). “How can advisers and intermediaries fulfil their reporting obligations under DAC 6 when it has not yet been implemented into U.K. domestic law and its parameters are uncertain?” (Lynch, 2018, para. 9).

<sup>662</sup> Partilhando essa visão, Čicin-Šain, 2019, p. 82.

<sup>663</sup> De 31 de dezembro de 2019 a 31 de agosto de 2020.

<sup>664</sup> Nesse sentido, García Prats, 2019, p. 68.

<sup>665</sup> Ao ponto de alguns autores o considerarem violador do princípio da certeza jurídica, tecendo duras críticas ao regime. Vd. Vanistendael, 2018, pp. 994-995; Dodwell, 2018, p. 17; Larking, 2018, pp. 25-29.

flexibilidade que deve estar subjacente a qualquer normativo<sup>666</sup> não foi extravasado de modo manifestamente desproporcional ou inaceitável. Ou seja, apesar de se verificarem certas carências de determinabilidade, foram cumpridas as exigências mínimas de certeza jurídica<sup>667</sup>.

As indeterminações são suscetíveis de serem reduzidas aquando da transposição. Por um lado, tal pode gerar assimetrias suscetíveis de dar lugar a um “intermediary shopping” e a problemas concorrenciais<sup>668</sup>. No entanto, a não redução das indeterminações acarretará custos de cumprimento mais elevados e dificultará o processamento da informação por parte das autoridades tributárias.

É também necessário ter presente que as dúvidas iniciais, como em qualquer outro diploma legal com idêntica indeterminação, serão progressivamente preenchidas com os essenciais contributos da doutrina e jurisprudência europeias, que levarão a uma diminuição da insegurança jurídica.

### **3.3. Direito ao aconselhamento jurídico**

As obrigações exigidas aos intermediários parecem constituir *prima facie* um constrangimento à confidencialidade entre estes e os contribuintes. Isto porque o direito ao aconselhamento jurídico pressupõe uma relação de sigilo<sup>669</sup> que a comunicação obrigatória poderá colocar em causa.

Existe algum receio que o regime possa dissuadir os contribuintes de pedir aconselhamento jurídico e os intermediários de o prestar, já que tal poderá conduzir à divulgação do esquema<sup>670</sup>. Não concordamos, porquanto a (in)existência de um intermediário é indiferente para o surgimento da obrigação<sup>671</sup>. Pelo contrário, julgamos que a complexidade acrescida e a existência de sanções levarão a um aumento da procura de serviços de consultadoria por parte dos contribuintes que até agora eventualmente

---

<sup>666</sup> Uma norma legal tem de oferecer, por um lado, um mínimo de precisão, suficiente para permitir a previsibilidade, e, por outro, e de um ponto de vista de justiça, ser suficientemente flexível para deixar espaço às especificidades do caso concreto e para a sua vigência no futuro. Cfr. Peeters, 2013, p. 112. Para mais desenvolvimentos, vd., entre nós, Saldanha Sanches, 2006, pp. 36-41.

<sup>667</sup> Entendemos que não está em causa uma norma que, pela sua natureza, obvia, “de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva aqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar” (Morais, 2012, p. 31).

<sup>668</sup> Cfr. Offermanns, 2018, p. 219.

<sup>669</sup> Para mais desenvolvimentos, Baker, 2005, pp. 11-12. Vd. também *Observatory on the protection of taxpayers' rights: 2015-2017 general report on the protection of taxpayers' rights: National reports for the Observatory for the protection of taxpayers' rights*, April 2018, pp. 37-38. Retirado de [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/OPTR\\_General-Report.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/OPTR_General-Report.pdf).

<sup>670</sup> Nesse sentido, Baker, 2015, p. 90; De Haro, 2018.

<sup>671</sup> Não existindo um intermediário, terão de ser os próprios contribuintes a divulgar o esquema.

decidiram implementar mecanismos de planeamento fiscal sem qualquer aconselhamento<sup>672</sup>.

### **3.3.1. A existência de um dever de sigilo profissional**

A Diretiva veio prever que, existindo um dever de sigilo profissional legalmente protegido ao abrigo do direito nacional dos EMs, estes têm margem de conformação para tomarem as medidas necessárias a fim de dispensarem os intermediários da apresentação de informações, devendo, nesses casos, ser o contribuinte a reportar<sup>673</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais Europeus tem sido bastante restritiva no que toca à invocação do privilégio profissional em circunstâncias análogas<sup>674</sup>, sendo essa invocação apenas possível quando o aconselhamento jurídico seja prestado num contexto que tenha conexão com um processo judicial. O TJUE, a nosso ver corretamente, veio estabelecer que “as obrigações de informação e de colaboração só se aplicam aos advogados quando estes prestam assistência na conceção ou execução de determinadas transações, essencialmente de ordem financeira e imobiliária (...) pela sua própria natureza, essas atividades situam-se num contexto que não tem conexão com um processo judicial e portanto fora do âmbito de aplicação do direito a um processo equitativo”<sup>675</sup>. Também o TEDH confirmou que “a obrigação de reportar suspeitas refere-se, portanto, apenas a tarefas desempenhadas por advogados semelhantes às desempenhadas por outras profissões sujeitas à mesma obrigação, e não ao papel que desempenham na defesa dos seus clientes”, concluindo que “os advogados não estão sujeitos à obrigação quando a atividade em questão se relacione com processos judiciais”<sup>676</sup>.

Do mesmo modo, tal visão restritiva sustentada pela jurisprudência europeia também pode ser extraída da sua apreciação relativamente a invocações do dever de sigilo profissional contra algumas atuações da Comissão Europeia no seio do direito da concorrência. A este respeito, o TJUE veio várias vezes confirmar que a invocação do

---

<sup>672</sup> Já na perspetiva das grandes consultoras, a preparação e a comunicação da informação vão representar um aumento da oferta de serviços e uma oportunidade de negócio. Veja-se o caso do Reino Unido, em que a implementação das regras de comunicação obrigatória não parece ter tido um impacto negativo na indústria, já que continua a albergar um dos maiores números de consultores fiscais da UE. Vd. os números em Murphy & Stausholm, 2017, p. 14.

<sup>673</sup> Cfr. art. 8.º-AB/5/6 da Diretiva. *BEPS Action 12*, § 76.

<sup>674</sup> A questão colocou-se relativamente às obrigações de informação e cooperação decorrentes da Diretiva 91/308 (relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, mais conhecida por “AML Directive”). Estava em causa saber se os advogados deveriam cumprir com tais regras ou se, por outro lado, isso constituiria uma violação do direito a um processo equitativo ou do direito à confidencialidade, pelo que poderiam invocar o sigilo profissional para se desobrigarem do respetivo cumprimento.

<sup>675</sup> Ac. do TJUE, de 26 de junho de 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, § 32 e ss.

<sup>676</sup> Ac. do TEDH, de 6 de dezembro de 2012, Proc. n.º 12323/11, *Michaud v. France*, §127.

sigilo profissional teria de estar ligada ao direito de defesa do cliente e que “a correspondência suscetível de beneficiar da proteção da confidencialidade deve ser trocada com um ‘advogado independente’”, pelo que tal proteção “não abrange os contactos com os assessores jurídicos no interior de uma empresa ou de um grupo”<sup>677</sup>.

Para alguns autores, sendo o objetivo do sigilo a proteção do contribuinte, a transferência da obrigação para o contribuinte quando o intermediário alegue o sigilo é contrária a essa tutela<sup>678</sup>. Não concordamos com tal visão, porquanto essa transferência é exigida no seio de um procedimento administrativo, não se verificando a conexão com um processo judicial suscetível de legitimar a invocação do sigilo nos termos definidos pela jurisprudência europeia relevante.

### **3.3.2. A ausência de harmonização**

Não existe harmonização no que se refere à configuração e ao âmbito do dever de sigilo profissional<sup>679</sup>. Como tal, haverá intermediários a reclamá-lo e outros que não o poderão fazer.

Em grande parte das jurisdições, apesar de o aconselhamento jurídico-fiscal poder ser prestado por especialistas de uma multiplicidade de profissões, apenas os advogados poderão beneficiar do sigilo profissional. Por conseguinte, haverá situações substancialmente iguais (pois o aconselhamento será o mesmo) a serem tratadas de forma desigual. Assim, a Diretiva, ao dar uma margem de conformação aos legisladores nacionais, poderá dar aso a uma situação discriminatória entre as diferentes categorias profissionais de intermediários fiscais.

No nosso entender, os esquemas transfronteiriços abrangidos serão, na sua maioria, elaborados pelas grandes consultoras. A confirmar-se, serão raros os casos em que haverá um dever de sigilo profissional legalmente protegido a funcionar como dispensa.

---

<sup>677</sup> Ac. do TJUE de 14 de setembro de 2010, C-550-07, *Akzo Nobel*, § 43-44. Uma decisão que reforça o disposto no Ac. do TJUE de 18 de maio de 1982, C-155/79, *AM & S*, § 21-22.

<sup>678</sup> Vd. Calderón Carrero, 2018, p. 58; Geelen & Law, 2018.

<sup>679</sup> Em Espanha, Itália, Suíça e Reino Unido, apenas os advogados beneficiam do sigilo profissional. Já na Áustria e na Alemanha, quando os consultores fiscais possam representar os seus clientes perante tribunais criminais, também beneficiarão. Em França, na Polónia e na República Checa é igualmente extensível aos consultores fiscais nas suas relações com as administrações fiscais e o Ministério Público e perante os tribunais fiscais e criminais. Cfr. Confédération Fiscale Européenne, 2017, p. 6.



### 3.3.3. Apreciação

Sendo que a Diretiva respeita todos os requerimentos da jurisprudência e é, em alguns casos, mais garantística<sup>680</sup>, consideramos que a mesma respeita o direito do contribuinte ao sigilo profissional.

Na nossa perspetiva, a invocação do sigilo profissional só fará sentido na medida em que a divulgação do esquema afete o direito à defesa e à tutela jurisdicional efetiva<sup>681</sup>. Por conseguinte, pensamos que a opção poderia ter passado pela previsão expressa de que o direito ao sigilo profissional se limitaria apenas ao aconselhamento jurídico conexo com processos judiciais<sup>682</sup>, independentemente do tipo de intermediário que o preste<sup>683</sup>. Em tais casos, logicamente que não faria sentido a obrigação transitar para o contribuinte.

Com isso, cessariam as discrepâncias no tratamento dos intermediários, assegurar-se-ia que o privilégio profissional não se torna num expediente de fácil mobilização para obstaculizar ao cumprimento eficaz da obrigação de comunicação e respeitar-se-ia a jurisprudência europeia.

### 3.4. Direito à não autoincriminação

Em determinadas circunstâncias<sup>684</sup>, a obrigação de reportar caberá ao contribuinte relevante. Assim sendo, será pertinente averiguar a existência de uma possível colisão com o seu direito à não autoincriminação<sup>685</sup> e determinar quais as garantias providenciadas pela CEDH e pela jurisprudência europeia relevante.

Para além dos contribuintes, parece-nos que também os intermediários deverão poder invocar o *nemo tenetur*.

---

<sup>680</sup> A Diretiva prevê que os EM poderão dispensar a comunicação nos casos em que o beneficiário goze do sigilo à luz da lei nacional, ainda que esteja em causa um procedimento meramente administrativo, sem conexão com um processo judicial. Além do mais, não impõe uma diferenciação entre advogados *in-house* e advogados independentes.

<sup>681</sup> Posto de outra forma, o advogado, quando está a atuar como consultor, não deverá poder invocar o sigilo, porquanto o acompanhamento de advogado está “constitucionalmente associado à defesa dos direitos – *advogado amigo dos direitos fundamentais* – tornando-se a sua participação em elemento equitativo (‘o direito a não estar só e desamparado no processo’)” (Canotilho & Moreira, 2014, p. 412).

<sup>682</sup> Partilhando a nossa visão, vd. Voje, 2017, p. 199. Em sentido inverso, Martín-Abril y Calvo, p. 98.

<sup>683</sup> Uma solução semelhante à presente no art. 34/2 da Diretiva 2015/849 (a nova “AML Directive”).

<sup>684</sup> Vd., supra, 2.2.2.

<sup>685</sup> Segundo Costa Andrade, “o direito tributário faz impender sobre o contribuinte deveres de colaboração e de verdade, que podem coenvolver a prestação de declarações ou a entrega de documentos de conteúdo autoincriminatório; enquanto isto, o direito processual penal arma o arguido de um consistente *nemo tenetur se ipsum accusare*” (Costa Andrade, 2014, p. 385).

### **3.4.1. Entre o planeamento fiscal agressivo e a evasão fiscal**

De acordo com a OCDE, não haverá risco de autoincriminação, uma vez que a informação obtida no âmbito de um regime de *MDR* coincide geralmente com a que pode ser obtida no seio de uma inspeção tributária<sup>686</sup>.

Em nossa opinião, as situações não são comparáveis. Desde logo, e pela análise das características-chave, percebemos que o que está em causa é a obtenção de informação privilegiada e detalhada sobre esquemas elaborados, aquela que nem sempre à primeira vista e com facilidade poderá ser obtida no âmbito de uma inspeção. Além disso, neste caso, será obrigatoriamente o contribuinte a fazer chegar tal informação ao conhecimento das administrações fiscais, e não estas últimas a ter de mobilizar esforços nesse sentido.

Ademais, por estar em causa a comunicação de esquemas em que haja um risco de planeamento fiscal agressivo e a fronteira entre este e a evasão fiscal ser muitas vezes ténue e variável, será eventualmente difícil determinar quando poderá haver um perigo de autoincriminação. Por outras palavras, para algumas jurisdições, determinados mecanismos transfronteiriços podem ser tidos não só como esquemas de elisão fiscal, mas também conduzir a situações de evasão<sup>687</sup>. Assim, em muitos casos surgirão dificuldades em saber quando a comunicação pode levar à responsabilidade criminal<sup>688</sup>.

### **3.4.2. A proteção da CEDH e do TEDH**

É jurisprudência assente que o direito à não autoincriminação constitui um pressuposto essencial do direito a um processo equitativo<sup>689</sup>. Essa salvaguarda pode refletir-se a vários níveis.

Desde logo, no que respeita à utilização da informação obtida. Decorre da jurisprudência do TEDH que, num processo criminal, as autoridades devem provar os factos que sustentam a acusação sem o recurso a meios coercivos<sup>690</sup>. *A contrario*, a

---

<sup>686</sup> *BEPS Action 12*, Anexo B, p. 85.

<sup>687</sup> Pense-se, desde logo, na característica chave que abarca as situações em que o mecanismo possa ter o efeito de contornar a obrigação de apresentação de informações relativas a Contas Financeiras (cat. D).

<sup>688</sup> “The borders between sham and avoidance have always been elusive, and determining the difference has never been easy. Therefore, taxpayers in certain countries may face major uncertainty as to whether their disclosure might lead to subsequent incrimination and in fine punishment” (Čičin-Šain, 2019, p. 99).

<sup>689</sup> Por várias vezes, o TEDH reiterou que o direito de qualquer pessoa acusada a permanecer em silêncio e o direito à não autoincriminação são reconhecidos como padrões internacionais que estão no cerne da noção de um processo equitativo, nos termos do artigo 6.º da CEDH. Cfr., v.g., Acs. do TEDH de 25 de fevereiro de 1993, Proc. n.º 10828/84, *Funke v. France*, § 44, de 8 de fevereiro de 1996, Proc. n.º 18731/91, *John Murray v. The United Kingdom*, §4 5, de 17 de dezembro de 1996, Proc. n.º 19187/91, *Saunders v. The United Kingdom*, § 60.

<sup>690</sup> Cfr. Ac. do TEDH de 3 de maio de 2001, Proc. n.º 31827/96, *J.B. v. Switzerland*, § 64.

informação exigida ao contribuinte através de meios coercivos apenas poderá ser utilizada para a cobrança de impostos<sup>691</sup>. Assim, haverá a garantia que a informação obtida a partir da divulgação dos esquemas não poderá ser utilizada para a instauração ou no seio de processos criminais.

Em segundo lugar, existirá a possibilidade de invocação do *nemo tenetur* como fundamento de recusa da divulgação, já que o incumprimento está sujeito a sanções. Deve distinguir-se entre as situações de comunicação de esquemas a serem postos em prática daquelas em que efetivamente já ocorreu a sua implementação. Ora, apenas nesta última hipótese será possível a recusa, porquanto apenas nesse caso poderá haver a prática anterior de um delito<sup>692</sup>. Essa recusa poderá ter lugar a partir do instante em que for possível considerar que a posição do contribuinte se encontra “substancialmente afetada”<sup>693</sup> pela informação disponibilizada. Esse momento terá de ser identificado caso a caso.

O TEDH adota uma aceção autónoma e muito ampla daquilo que pode ser considerado uma “sanção penal”, nos termos do chamado critério *Engel*<sup>694</sup>. Assim, se as sanções previstas para o não cumprimento (ainda que formalmente de natureza administrativa) forem consideradas de natureza penal à luz do critério supramencionado, um procedimento administrativo como é o da Diretiva pode ser classificado como um “processo criminal” para efeitos da aplicação do art. 6.º da CEDH.

Para já, é impossível precisar se as sanções preencherão o critério, dado que a sua determinação caberá aos legisladores nacionais<sup>695</sup>. Se, efetivamente, o preencherem, parece-nos que os contribuintes poderão alegar isso mesmo e recusar-se a comunicar as informações, ao abrigo do seu direito à não autoincriminação.

Em terceiro lugar, o TEDH veio também prever que, nas situações em que existam consideráveis conexões entre os dois, o processo criminal pode ser considerado como

---

<sup>691</sup> Cfr. Ac. do TEDH, de 16 de junho de 2015, Proc. n.º 784/14, *Van Weerelt v. The Netherlands*, § 61 e 62.

<sup>692</sup> Note-se que, contrariamente aos casos *Funke* e *J.B.*, noutros o Tribunal considerou não haver violação do art. 6.º CEDH já que não estava em causa um inquérito sobre a prática de delitos anteriores (Cfr. Acs. do TEDH, de 16 de novembro de 2004, Proc. n.º 13881/02, *King v. The United Kingdom*, de 12 de julho de 2013, Proc. n.º 25424/09, *Allen v. The United Kingdom*).

<sup>693</sup> Cfr., v.g., Ac. Do TEDH de 15 de julho de 1982, Proc. n.º 8130/78, *Eckle vs Germany*, § 73, de 12 de maio de 2017, Proc. n.º 21980/04, *Simeonovi v. Bulgaria*, § 110 e 121. “That moment starts where the purposes of the investigation are no longer exclusively connected with tax purposes, but with punitive ones” (Dourado & Silva Dias, 2011, p. 137).

<sup>694</sup> A ponderação deverá ter em conta três parâmetros: i) a caracterização da ofensa pela lei nacional; ii) a natureza da ofensa; e iii) a severidade da sanção que a pessoa em causa corre o risco de incorrer (Cfr. Ac. do TEDH de 8 de junho de 1986, Proc. n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel and Others v. The Netherlands*, § 82 e 83). O primeiro parâmetro é meramente formal, não passando de um ponto de partida de análise. Na avaliação do segundo deverá, fundamentalmente, averiguar-se se a norma legal em causa tem um propósito dissuasivo ou punitivo. O terceiro deve ser determinado por referência à pena máxima potencialmente aplicável prevista pela lei nacional. É de notar que os dois últimos critérios não são necessariamente cumulativos, e o peso dado a cada um deles poderá variar consoante o caso em apreço. Cfr. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial*, pp. 9-10 ([https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf)).

<sup>695</sup> Cfr. Art. 25.ºA da Diretiva.

uma extensão do procedimento administrativo, levando a que este último seja também considerado de cariz criminal<sup>696</sup>. No nosso entender, tal jurisprudência é particularmente relevante para esta temática, na medida em que a recusa da divulgação dos esquemas será considerada legítima caso mais tarde haja uma investigação criminal da qual se possa concluir que a mesma constitui uma mera extensão do procedimento da Diretiva.

Por último, parece-nos que os contribuintes também poderão invocar o *nemo tenetur* sempre que considerem que o mecanismo em questão pode resultar num processo criminal, nomeadamente quando tal já tiver ocorrido em esquema substancialmente semelhante<sup>697</sup>.

Em síntese, percebemos que haverá casos em que será possível aos contribuintes valerem-se da CEDH e da jurisprudência do TEDH, fazendo vingar o seu direito à não autoincriminação.

### **3.4.3. Intermediários e o *nemo tenetur***

Coloca-se a questão de saber se os intermediários também poderão invocar o *nemo tenetur*, recusando comunicar os esquemas e beneficiando das garantias providenciadas pela CEDH e jurisprudência do TEDH.

Ao elaborarem e disponibilizarem os esquemas aos contribuintes e ao prestarem aconselhamento jurídico, os intermediários também poderão ser acusados pela prática de crimes tributários<sup>698</sup>. Portanto, sobre eles também recairá um risco de autoincriminação<sup>699</sup>, pelo que entrará em jogo o *nemo tenetur*<sup>700</sup>.

---

<sup>696</sup> Na decisão *Chambaz v. Switzerland*, no seio de uma inspeção, foi negado ao contribuinte uma determinada dedução na sua declaração de rendimentos para o ano fiscal de 1989-1990, tendo-lhe sido exigido que apresentasse mais informações. O Sr. Chambaz recusou-se a apresentar tais documentos. Passados quatro anos, foi-lhe exigido que pagasse duas coimas pelo incumprimento, tendo recorrido de tal decisão. Mais tarde, enquanto o processo estava a correr no tribunal administrativo suíço, as autoridades fiscais abriram uma investigação por evasão fiscal relativa aos anos de 1999 e 2000. Os tribunais suíços não deram razão ao contribuinte, tendo mantido as coimas. Posto isso, o TEDH concluiu que, ao serem mantidas tais coimas enquanto estava a decorrer uma investigação sobre assuntos conexos com aqueles a respeito dos quais o contribuinte optou por não fornecer informações, os tribunais suíços estariam a obrigar o contribuinte a autoincriminar-se. Assim, concluiu que a investigação relativa à evasão fiscal constituiu uma mera extensão do procedimento tributário que teve lugar uns anos antes. Ou seja, que existiriam conexões suficientes entre os dois para que o carácter criminal do inquérito se estendesse ao procedimento tributário, sendo legítima a invocação do *nemo tenetur* em tal procedimento (cfr. Ac. do TEDH, de 5 de abril de 2012, Proc. n.º 11663/04, *Chambaz v. Switzerland*, § 48).

<sup>697</sup> Assim, Dourado & Silva Dias, 2011, p. 149.

<sup>698</sup> “Só há responsabilidade do consultor se a sua intervenção constituir alguma forma de participação no crime sob qualquer das formas previstas na lei comum”. Por conseguinte, “nada impede que possam ser responsabilizados como instigadores, coautores ou cúmplices, desde que se verifiquem os respetivos pressupostos” (Marques da Silva, 2018, pp. 116-117).

<sup>699</sup> É a própria OCDE a admitir que o problema da autoincriminação também se pode colocar ao nível dos intermediários: “In addition there should not be an issue with self-incrimination where a promoter is obliged to disclose instead of a taxpayer except in the circumstances where the promoter could have criminal liability in relation to the promotion or facilitation of a scheme” (*BEPS Action 12*, p. 86).

<sup>700</sup> Nesse sentido, vd. Feinschreiber & Kent, 2015, p. 1040; Blum & Langer, 2019, p. 317.

Assim, todas as garantias acima enunciadas deverão também valer para os intermediários.

#### **3.4.4. As soluções propostas para a colisão**

Pelo exposto, é notório que haverá um conflito entre o direito à não autoincriminação e a efetiva implementação de *MDRs*. Antecipando-o, a OCDE optou por apresentar soluções<sup>701</sup>. A nosso ver, são altamente criticáveis.

É proposto aos países que especifiquem que o direito à não autoincriminação constitui uma justificação válida para a não divulgação do esquema. Na verdade, a ser implementada tal abordagem, os contribuintes poderão facilmente desafiar o regime e contornar a obrigação de reportar<sup>702</sup>. Paralelamente, podemos supor que tal recusa irá muito provavelmente incentivar as autoridades a mobilizarem esforços no sentido da descoberta dos factos ilícitos que serviram de base à recusa e a reagir contra os mesmos<sup>703</sup>.

Como alternativa, a Ação 12 recomenda que, ao invés, os países optem por excluir transações do escopo do regime. Esta sugestão também não nos convence, porquanto se estariam a excluir da obrigação de comunicação mecanismos que apenas potencialmente poderão ser considerados delitos criminais<sup>704</sup>.

Uma outra solução é a constante do diploma que rege o regime português de *MDRs*, segundo o qual a prestação de informações não implica para quem as preste qualquer tipo de responsabilidade penal<sup>705</sup>. Esta é, para nós, a resposta menos deficitária, já que se mantêm as obrigações de comunicação e é respeitado o *nemo tenetur*, com a consequência de a punição não ter lugar.

#### **3.4.5. Apreciação**

A solução da Diretiva para esta colisão é o silêncio, sendo simplesmente ignorada a possibilidade de ocorrência de tal conflito e do risco de autoincriminação.

---

<sup>701</sup> Vd. *BEPS Action 12*, p. 86.

<sup>702</sup> “Namely, taxpayers could simply defy the rules and not comply. If they would later on get caught and questioned (...) they could easily make an honest or a false argument that due to the similarity in the concepts of tax avoidance and tax fraud, they were convinced that they were exonerated of the obligation to report” (Čičin-Šain, 2019, p. 106).

<sup>703</sup> “If a taxpayer explicitly notifies the tax authorities that he does not want to disclose a certain scheme because it may be fraudulent (...) can it really be assumed that there won’t be any further consequences?” (De Haro, 2018, 10.2.2.3.).

<sup>704</sup> “This approach is unsatisfactory for many reasons, principally because the tax administration is unlikely to know at the outset the potential criminal liability of a particular transaction” (Feinschreiber & Kent, 2015, p. 1040).

<sup>705</sup> Art. 12.º do DL 29/2008, de 25 de fevereiro.

A posição da jurisprudência europeia e da doutrina majoritária vai no sentido de ser dada uma tutela absoluta ao *nemo tenetur*<sup>706</sup>. Portanto, e ainda que não haja previsões expressas nesse sentido, não é por isso que as suas garantias devem deixar de prevalecer<sup>707</sup>.

### 3.5. Conclusões intermédias

Em suma, existe uma inevitável dificuldade em conciliar a obrigação de comunicação com o respeito por direitos fundamentais conflitantes<sup>708</sup>.

Tendo em conta a nossa análise, somos da opinião que, do ponto de vista de um juízo de concordância prática, o fim da tutela do sistema fiscal deverá prevalecer perante pontuais e ultrapassáveis défices de certeza jurídica. Deve também preponderar sobre o dever de sigilo profissional, exceto quando tal obste ao direito de defesa e ao direito a um processo equitativo. E terá necessariamente de ceder perante o direito à não autoincriminação, já que a sua tutela deve ser absoluta.

## 4. Recomendações ao legislador português

Apesar da existência de um regime nacional de comunicação obrigatória de determinados esquemas de planeamento fiscal<sup>709</sup>, este é deveras insuficiente para dar cumprimento ao requerido pela Diretiva<sup>710</sup>. Assim, a sua transposição irá conduzir à necessidade de serem levadas a cabo mudanças substanciais.

---

<sup>706</sup> “(...) soa hoje consensual o entendimento segundo o qual o *nemo tenetur* goza de uma tutela absoluta pelo que não deve ser submetido a um qualquer juízo de ponderação (*Abwägungstest*) mesmo face aos interesses ou valores de maior relevo e eminência comunitária”. Costa Andrade, 2014, p. 423. Não partilhando tal entendimento, Marques da Silva, 2018, pp. 175 e ss.

<sup>707</sup> Relativamente a uma das garantias enunciadas, a doutrina portuguesa deixa claro que “o facto de não existir legislação adequada para proteger o direito ao silêncio, não significa automaticamente que as informações prestadas pelo sujeito passivo vão ser usadas contra ele no processo-crime” (Dourado, 2018, p. 378). No mesmo sentido, Costa Andrade, 2014, p. 433.

<sup>708</sup> Por um lado, a capacidade das multinacionais e dos mais ricos de recorrerem a esquemas de planeamento pode afetar diretamente os direitos económicos e sociais dos demais cidadãos. Por outro, algumas técnicas utilizadas pelos Estados como forma de reação poderão violar outros direitos humanos daqueles que levam a cabo tais práticas. Cfr. Avi-Yonah & Mazzoni, 2016.

<sup>709</sup> Não nos cabendo aqui proceder a uma análise detalhada do mesmo, esta pode ser encontrada em Silva & Neves, 2008; Loureiro & Neves, 2008; e Cunha de Sousa, 2012.

<sup>710</sup> Primeiro, dado que o escopo do DL 29/2008 se limita apenas a esquemas nacionais e a Diretiva exige que esteja em causa um “mecanismo transfronteiriço”. Em segundo lugar, o regime português exige sempre que os esquemas ou atuações determinem, ou se espere que determinem, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal, enquanto para a Diretiva basta que a obtenção da vantagem fiscal seja o principal ou um dos principais benefícios que se espere obter do esquema (sendo que nem sempre será exigida a verificação do “teste do benefício principal”). Para além disso, enquanto o DL apenas consagra quatro características-chave, com a Diretiva haverá uma abrangência muito maior dos esquemas a comunicar. Surgirá também a necessidade de identificação dos contribuintes relevantes e a troca automática de informações.

Foi apresentado um anteprojeto de diploma de transposição<sup>711</sup>, sobre o qual versará a nossa análise.

#### **4.1. Uma transposição de máximos**

Uma vez que o regime nacional incide sobre transações internas e a Diretiva exige que o mecanismo tenha um impacto transfronteiriço, poderá haver interesse na manutenção em vigor do regime nacional para que os mecanismos puramente domésticos continuem a ser reportáveis. A opção do anteprojeto passou pela criação de um novo diploma e pela revogação do DL de 2008. Em nosso entender, tal traz clareza e simplicidade.

No entanto, o diploma vai além da mera transposição, uma vez que estende a obrigação de comunicação a mecanismos puramente internos<sup>712</sup>. É certo que estão em causa normas mínimas de harmonização, podendo os EMs estabelecer normas mais rigorosas, indo além do exigido pela Diretiva<sup>713</sup>, pelo que nos parece que nada impede os EMs de alargarem o regime a situações puramente internas. Como consequência, também em relação a esses casos o TJUE será competente para dirimir quaisquer questões interpretativas, de modo a assegurar a interpretação uniforme dos conceitos de DUE<sup>714</sup>.

Todavia, não somos a favor desta atitude de “bom aluno” e da extensão do regime. Desde logo, e principalmente, porque nos parece ser razoável concluir que as grandes manobras de planeamento fiscal agressivo têm lugar num contexto complexo de interação e de aproveitamento das disparidades existentes entre vários ordenamentos jurídicos. Em segundo lugar, porquanto isso dá origem a um aumento exponencial de comunicações, o que representa um acréscimo dos custos de cumprimento para os contribuintes e de administração para a AT. Para além disso, não sairia frustrado o princípio da proibição da não discriminação, já que seria dado um mesmo tratamento às operações internas e transfronteiriças<sup>715</sup>. Assim, por razões de proporcionalidade, racionalidade e igualdade defendemos que tal extensão não deverá ter lugar.

---

<sup>711</sup> Com o objetivo de fomentar a consulta pública, foi divulgado na página da AT ([http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto\\_DAC\\_6.pdf](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto_DAC_6.pdf)).

<sup>712</sup> Cfr. art. 2.º/1, als. a) e b) do anteprojeto. As informações respeitantes a tais mecanismos não serão alvo de troca automática de informações – vd. art. 13.º do anteprojeto.

<sup>713</sup> Cfr. ponto 10 do preâmbulo da Diretiva.

<sup>714</sup> Cfr. Ac. do TJUE, de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*, § 21.

<sup>715</sup> Por exemplo, a concretizar-se, o alargamento proposto vai significar que a troca automática de informações será obrigatória estando em causa um mecanismo transfronteiriço, o que não se verificará se for comunicado um mecanismo puramente interno. Vd. o art. 13 do anteprojeto.

Ademais, nos mecanismos puramente internos, optou-se por incluir o IVA nos impostos abrangidos por tal normativo<sup>716</sup>. Sendo certo que os grandes desafios que se colocam ao nível deste imposto estão relacionados com situações transfronteiriças e não com mecanismos puramente internos, parece-nos que tal alargamento não fará sentido. Ainda, tal é violador de uma ideia de igualdade, já que se coloca em posição diferente o sujeito passivo do mesmo imposto tendo em conta o sítio em que se encontra, o que poderá causar repercussões negativas no mercado interno.

Este ensejo de “ir mais além” reflete-se também na criação de novas características-chave não previstas pela Diretiva<sup>717</sup>. Apesar de os autores do anteprojeto o justificarem com a necessidade de integração do diploma de 2008<sup>718</sup>, parece-nos que a sua real motivação se prende com a intenção de levar a cabo um alargamento do escopo do regime, sendo discutível a pertinência de tal opção<sup>719</sup>.

Em suma, defendemos que o legislador português se deve abster de criar um regime ainda mais oneroso, quer para os contribuintes, quer para a AT. Para além disso, achamos que a melhor solução para o combate ao planeamento fiscal agressivo assenta numa ação coordenada entre os vários EMs<sup>720</sup>. Assim, somos da opinião que deve antes ser levada a cabo uma transposição de mínimos<sup>721</sup>.

## 4.2. O dever de sigilo profissional

No nosso ordenamento jurídico, a conformação do sigilo profissional é bastante ampla, estando em causa um dever legalmente consagrado que os profissionais dos diversos domínios jurídicos devem cumprir<sup>722</sup>.

---

<sup>716</sup> Cfr. art. 4/a/b do anteprojeto. Note-se que, no caso dos mecanismos transfronteiriços, a extensão do âmbito de aplicação do regime ao IVA está expressamente vedada pelo art. 2/2 da Diretiva.

<sup>717</sup> Sendo questionável até que ponto foi deixada margem de conformação aos EMs para configurarem novas características-chave, já que a Comissão deverá apresentar um relatório (que poderá ser acompanhado por proposta legislativa) sobre a pertinência das características-chave presentes no anexo IV da Diretiva. Cfr. art. 27.º/2 da Diretiva.

<sup>718</sup> “(...) a integração do regime com impacto ao nível meramente nacional aconselhou a desenvolver criteriosamente, aqui ou ali, a tipificação das características-chave”. Anteprojeto, p. 5.

<sup>719</sup> Atente-se, v.g., à al. b) do n.º 1 do seu art. 9.º, na qual se prevê como característica-chave genérica (condicionada à verificação do teste do benefício principal) a exclusão de responsabilidade do contribuinte, intermediário ou outro participante do mecanismo. Ora, não é possível alegar que está em causa essa necessidade de integração com o regime anterior quando tal característica-chave nem sequer estava prevista no DL 29/2008. Ademais, e sendo a existência destas cláusulas uma prática comum nas relações entre consultores e contribuintes, alarga-se bastante o âmbito das comunicações obrigatórias, ainda para mais quando se incluem também situações meramente internas.

<sup>720</sup> Isto é, defendemos que a comunicação dos mecanismos deve ser feita de forma coordenada, sob pena de poder gerar-se “una problemática aplicación asimétrica de las obligaciones contenidas en la Directiva – tanto de exigencia de revelación a los intermediarios financieros, como del posterior intercambio de la información así obtenida” (García Prats, 2019, p. 16).

<sup>721</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as razões que nos levam a crer que será esse o melhor caminho, vd. García Prats, 2019, pp. 22 e ss.

<sup>722</sup> Vd., entre outros, os arts. 92.º do EOA, 23.º do EN, 84.º do EOROC, 10.º do CDCC, e o 127.º do EOSAE.



O anteprojeto estatui que o dever de sigilo profissional legal ou contratualmente protegido só prevalecerá sobre o cumprimento das obrigações de comunicação nos casos que envolvam o aconselhamento jurídico ou exercício de mandato no âmbito de um procedimento administrativo tributário, de processo de impugnação tributária, de processo penal tributário ou de processo de contraordenação<sup>723</sup>.

Ou seja, os seus autores poderiam ter feito prevalecer as disposições relativas ao segredo profissional presentes nos vários estatutos e códigos deontológicos. Ao invés, optaram por afrontar diretamente tais preceitos, limitando o seu alcance.

A Ordem dos Advogados já veio tomar posição, alegando, naturalmente, que a proposta viola o sigilo profissional<sup>724</sup>. Todavia, a sua argumentação é, a nosso ver, superficial e errónea. Por um lado, refere-se que a Diretiva “reconhece, como regra, a manutenção do sigilo profissional”, quando aquela apenas se limita a dar uma margem de conformação aos legisladores nacionais para estes decidirem a respeito da prevalência do sigilo profissional sobre a obrigação de comunicação<sup>725</sup>. Por outro lado, limita-se a argumentar que a solução “coloca em causa o próprio Estado de Direito Democrático”, esquecendo-se que devem ser balanceados vários valores constitucionalmente relevantes.

No nosso entender, esta solução é valorosa, pois assegura o cumprimento eficaz das obrigações de comunicação, respeita o direito à defesa<sup>726</sup> e a jurisprudência europeia, e não dá aso a qualquer discriminação em função do tipo de intermediário que preste o aconselhamento<sup>727</sup>.

#### **4.3. A divulgação pública de esquemas considerados “agressivos”**

No anteprojeto está prevista a divulgação pública dos esquemas considerados abusivos no portal das finanças<sup>728</sup>. Tratando-se da mera qualificação de um esquema como abusivo e da sua descrição em termos gerais e abstratos e de forma anonimizada,

---

<sup>723</sup> Cfr. art. 8.º/1 e 7.º/5 do anteprojeto. É de notar ainda que, nos termos da Diretiva, a obrigação de comunicar passa para o contribuinte quando (entre outros), o intermediário seja dispensado de comunicar pelos legisladores nacionais por estar sujeito a um dever de sigilo legalmente protegido (cfr. art. 8.º-AB/6 da Diretiva). No entanto, nos termos do anteprojeto português, o segredo profissional não obsta à comunicação, o que retira o efeito útil dessa possibilidade mencionada na Diretiva.

<sup>724</sup> O seu Comunicado está acessível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/comunicados/2019/comunicado-transposicao-da-directiva-ue-2018822/>.

<sup>725</sup> No n.º 13 do art. 8.º-AB da Diretiva, o elemento deontico permissivo “pode” indica-nos isso mesmo.

<sup>726</sup> Aliás, os autores foram até bastante generosos ao preverem que o sigilo prevalecerá no âmbito de um procedimento administrativo tributário.

<sup>727</sup> Ao contrário do disposto no art. 6.º do DL 28/2009, em que o privilégio profissional é apenas reconhecido a advogados, solicitadores e revisores oficiais de contas.

<sup>728</sup> À semelhança do art. 15.º do DL de 2008.

não haverá qualquer exposição dos envolvidos no esquema, pelo que estes não terão de se preocupar com eventuais danos reputacionais a este nível.

Vemos esta divulgação como uma garantia a favor dos contribuintes<sup>729</sup>. No entanto, é questionável até que ponto a AT terá legitimidade para determinar os esquemas que o sistema considera inaceitáveis<sup>730</sup>. Para além disso, as divulgações não poderão ser diretamente sindicáveis pelo TJUE, o que acarretará problemas de harmonização.

Ainda, note-se que esta é uma mera faculdade e não uma obrigação<sup>731</sup>, pelo que se corre o risco de tal divulgação ter lugar em termos muito residuais ou, até, nunca ter lugar<sup>732</sup>.

#### **4.4. Disposições transitórias**

A Diretiva vem estabelecer a necessidade de serem previstas disposições transitórias específicas. Obedecendo a essa exigência, o anteprojeto vem deixar claro que os mecanismos cujo primeiro passo da sua aplicação tenha lugar entre a data de entrada em vigor e a data de aplicação da Diretiva têm de ser comunicados até 31 de agosto de 2020<sup>733</sup>.

Para além de já nos termos pronunciado sobre a admissibilidade desta solução<sup>734</sup>, esta é perfeitamente consonante com o nosso ordenamento jurídico<sup>735</sup>. Não nos parece, inclusive, que o anteprojeto tivesse margem para proceder de modo diferente.

#### **4.5. O regime sancionatório**

Foi deixada aos EMs a tarefa de estabelecer o regime de sanções aplicável ao incumprimento dos deveres de comunicação decorrentes da Diretiva.

---

<sup>729</sup> Por um lado, poderão conformar a sua atuação de acordo com tais entendimentos; por outro lado, na circunstância de optarem por manter tais esquemas operacionais, já estarão cientes da possibilidade e eminência de lhes serem aplicadas normas antiabuso, podendo preparar mais atempadamente a sua defesa.

<sup>730</sup> Uma coisa é a reação contra o esquema concretamente determinado, que caberá, em primeira linha, à AT. Outra é a reação do sistema jurídico contra (todos) os tipos de mecanismos que aquele não queira que continuem a ser utilizados. Isto poderá colocar problemas ao nível da separação de poderes, já que a própria AT estará, na prática, a desenvolver critérios normativos.

<sup>731</sup> No n.º 2 do art. 14.º prevê-se que não haverá lugar à divulgação do mecanismo caso, “face à complexidade ou novidade deste, se revele inadequado para efeitos de prevenção da evasão (leia-se elisão) fiscal ou da defesa do interesse público”.

<sup>732</sup> Até porque é duvidoso que a AT realmente quera proceder a tal divulgação imposta pelo legislativo. Veja-se o que sucedeu nos já 10 anos de vigência do DL 28/2009, em que houve apenas uma divulgação de esquemas qualificados como abusivos.

<sup>733</sup> Cfr. art. 15/1/b do anteprojeto.

<sup>734</sup> Vd., supra, 3.2.3.

<sup>735</sup> Pois “as normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes” (cfr. art. 12/3 da LGT). A Diretiva não se vai aplicar a esquemas que tenham sido postos em prática antes da sua entrada em vigor, apenas afetando situações constituídas a partir desse momento, pelo que não haverá qualquer interesse legítimo digno de proteção.

Tendo presentes exigências ao nível da proporcionalidade e igualdade material, defendemos a previsão de diferenciações ao nível das sanções aplicáveis, nomeadamente, o estabelecimento de sanções mais gravosas quando o incumprimento se verifique da parte dos promotores e quando estejam em causa entes coletivos (sejam eles promotores ou contribuintes).

No art. 17.º da proposta foram previstas, para a não apresentação ou apresentação fora do prazo das comunicações, coimas de 6 000 a 80 000 euros. Ao ser feita a remissão para o RGIT no art. 18.º, os limites máximos e mínimos das coimas são elevados para o dobro sempre que estas sejam aplicadas a uma pessoa coletiva ou outra entidade fiscalmente equiparada<sup>736</sup>. Parece-nos bem que tenham sido estipuladas coimas iguais para todos os promotores, independentemente da sua categoria profissional. Todavia, e na nossa opinião, devem prever-se limites mais modestos para as situações em que a obrigação de reportar caíba ao contribuinte, que, por – em princípio – não se dedicar profissionalmente à promoção dos esquemas, deve ser confrontado com coimas menos onerosas.

Os montantes previstos no anteprojeto são consideravelmente mais elevados do que os previstos no DL 29/2008. Apesar de alguns autores já se terem pronunciado pela desproporcionalidade do regime sancionatório estabelecido no DL<sup>737</sup>, entendemos que as consequências do não cumprimento devem ser consideráveis. Não podem constituir apenas mais um elemento a ser tido em consideração e incorporado no risco e no preço inerentes à implementação do esquema, sob pena de estas não serem efetivas nem dissuasivas. Para além disso, quando comparada com as molduras de outras contraordenações fiscais, a prevista no anteprojeto não se afasta desmesuravelmente das mesmas<sup>738</sup>. Por último, o facto de estar agora em causa a comunicação num contexto transfronteiriço poderá justificar a opção pela previsão de coimas mais elevadas.

Ao analisar as sanções previstas no DL supramencionado, a doutrina portuguesa já se veio pronunciar pela sua compatibilidade com o *nemo tenetur*<sup>739</sup>. Assim concluiu, porquanto, por um lado, estava expressamente prevista a exclusão de qualquer tipo de responsabilidade pela prestação de informações<sup>740</sup> e, por outro lado, visto que, caso não

---

<sup>736</sup> Cfr. o n.º 4 do art. 26.º do RGIT (Lei 21/2001, de 05 de junho).

<sup>737</sup> Assim, vd. Silva & Neves, 2008, p. 146.

<sup>738</sup> Vd., v.g., o art. 113.º do RGIT, relativo à recusa dolosa de entrega, exibição ou apresentação de escrita e de documentos fiscalmente relevantes, em que podemos considerar estarem em causa obrigações algo semelhantes, e que prevê uma moldura máxima de 75 000, elevada para 150 000 se estiver em causa pessoa coletiva ou entidade fiscalmente equiparada.

<sup>739</sup> Cfr. Dourado & Silva Dias, 2011, pp. 149 e 150.

<sup>740</sup> Ou seja, que não estaria verificado o segundo critério *Engel*, em razão de a sanção ter, assim, uma natureza de carácter meramente dissuasivo e não punitivo.

fosse cumprida a obrigação de reportar nem paga a coima por esse incumprimento, o incumpridor nunca se arriscaria a ver-lhe aplicada a pena de prisão<sup>741</sup>.

Relativamente ao anteprojeto, ainda que a previsão da exclusão de responsabilidade não venha a estar presente na versão final, defendemos que é necessário concluir que a prestação de informações ao abrigo do regime deverá obstar a qualquer responsabilidade penal, sob pena de violação da CRP e da CEDH. Relativamente à segunda premissa, a pena de prisão continua a não figurar como sanção hipoteticamente aplicável. Assim, pensamos que as coimas previstas (e o procedimento) dificilmente poderão ser consideradas de natureza criminal, pelo que os obrigados não poderão invocar o *nemo tenetur* como fundamento de recusa da comunicação.

Por último, e por razões de arrumação e coerência sistemáticas, gostaríamos de sugerir que tais sanções transitassem para o RGIT.

---

<sup>741</sup> Não se verificaria o terceiro critério *Engel*, que obriga a que se atenda à gravidade da sanção quando confrontada com a sanção máxima potencialmente aplicável pelo sistema (que neste caso será, sem dúvida, a pena de prisão).

## 5. Conclusões

- I. A Diretiva implementa pela primeira vez, no espaço europeu, um sistema comum de regras de comunicação obrigatória de informações relativas a mecanismos transfronteiriços de planeamento fiscal, prevendo a troca automática e obrigatória de tais informações entre as autoridades fiscais dos EMs.
- II. O regime contém traços controversos, suscetíveis de causarem um impacto negativo nos direitos fundamentais das pessoas obrigadas à comunicação.
- III. Em nossa opinião, o recurso às “características-chave” é uma opção suscetível de trazer mais certeza jurídica do que a subsunção de esquema a uma definição geral.
- IV. Ainda que a referência a definições amplas e conceitos jurídicos indeterminados seja uma constante, a previsão da necessidade de preenchimento de condições adicionais e da possibilidade de serem feitas provas em contrário torna o regime aceitável.
- V. Uma correta aplicação do teste do benefício principal deve pressupor uma interpretação bastante ampla do conceito de vantagem fiscal. Além disso, vemos como aceitável o facto de apenas algumas “características-chave” terem de satisfazer o teste. A introdução cumulativa de um limite quantitativo poderá contribuir para uma melhor seleção dos mecanismos a comunicar num contexto transfronteiriço; todavia, isso poderá trazer inconvenientes.
- VI. No nosso entendimento, não se colocam quaisquer problemas de retroatividade, porquanto a Diretiva apenas afeta situações constituídas a partir da sua entrada em vigor.
- VII. Na nossa perspetiva, apesar de se verificarem certas carências de determinabilidade, foram cumpridas as exigências mínimas de certeza jurídica.
- VIII. As obrigações exigidas aos intermediários parecem constituir *prima facie* um constrangimento à confidencialidade entre estes e os contribuintes, afetando o seu direito ao aconselhamento jurídico. No entanto, na medida em que a iniciativa respeita os requerimentos da jurisprudência europeia e é, em alguns casos, mais garantística, consideramos que é respeitado o direito ao sigilo profissional.
- IX. No entanto, ao dar uma margem de conformação aos legisladores nacionais, a Diretiva poderá dar aso a uma situação discriminatória entre as diferentes categorias profissionais de intermediários fiscais.
- X. Na nossa perspetiva, a invocação do sigilo profissional só fará sentido na medida em que a divulgação do esquema afete o direito de defesa, pelo que pensamos que a opção poderia ter passado pela previsão expressa de que o direito ao sigilo

profissional limitar-se-ia apenas ao aconselhamento jurídico associado a processos judiciais.

- XI. O perigo de autoincriminação poderá existir, porquanto está em causa a comunicação de esquemas em que há um risco de planeamento fiscal agressivo, e a fronteira entre este e a evasão fiscal é muitas vezes ténue e variável.
- XII. Haverá casos em que será possível aos contribuintes e intermediários valerem-se das garantias providenciadas pela CEDH e pela jurisprudência do TEDH, fazendo vingar o seu direito à não autoincriminação.
- XIII. Entre outras salvaguardas, existirá, à luz do critério *Engel*, mobilizado pelo TEDH, a possibilidade de recusa da comunicação caso as sanções por incumprimento tenham natureza penal.
- XIV. Assim, poderá originar-se um conflito entre o direito à não autoincriminação e a efetiva implementação da Diretiva para o qual o legislador europeu não oferece resposta. A posição da jurisprudência europeia e da doutrina majoritária vai no sentido de ser dada uma tutela absoluta ao *nemo tenetur*. Portanto, e ainda que não haja previsões expressas nesse sentido, as suas garantias devem preponderar.
- XV. Em resumo, e tendo em conta a nossa análise, somos da opinião que o fim da tutela do sistema fiscal deverá prevalecer diante pontuais e ultrapassáveis défices de certeza jurídica. Deve também primar sobre o dever de sigilo profissional, exceto quando tal obste ao direito de defesa. E terá necessariamente de ceder perante o direito à não autoincriminação, já que a sua tutela deve ser absoluta.
- XVI. O atual regime português de *MDRs* é insuficiente para dar cumprimento ao requerido pela Diretiva, tendo sido já apresentado em anteprojeto de diploma que visa a sua transposição.
- XVII. Somos a favor de uma transposição de mínimos, discordando com a proposta dos autores de extensão do regime a mecanismos puramente internos, da sua extensão ao IVA e da criação de novas “características-chave”.
- XVIII. A possibilidade de invocação do sigilo profissional tem em conta os diversos valores em conflito e é respeitadora da jurisprudência europeia.
- XIX. Sendo questionável até que ponto a AT terá legitimidade para proceder à divulgação pública dos esquemas considerados abusivos, aquela poderá dar aso a uma aplicação desarmonizada da Diretiva.
- XX. Na nossa opinião, as sanções aplicáveis pelo incumprimento da obrigação de comunicar dificilmente poderão ser consideradas de natureza penal, nos termos do critério autónomo mobilizado pelo TEDH. Por razões de arrumação e coerência sistemáticas, gostaríamos de sugerir que tais sanções transitassem para o RGIT.

## Bibliografia

### Livros e artigos científicos:

AVI YONAH, R. S. & XU, H. (2017). Evaluating BEPS. *Erasmus Law Review*, vol. 10, n.º 1, pp. 3-11.

AVI YONAH, R. S. & MAZZONI, G. (2016). *Taxation and human rights: A delicate balance*. *University of Michigan Public Law Research Paper* no. 520.

BÁEZ MORENO, A. (2016). A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases. *British Tax Review*, vol. 1, pp. 143-151.

BAKER, P. (2005). Legal professional privilege and tax avoidance disclosure. *Tax Adviser* (Jan), pp. 11-12.

BAKER, P. (2015). The BEPS Project: Disclosure of aggressive tax planning schemes. *Intertax*, vol. 43, n.º 1, pp. 85-90.

BLUM, D. W. & LANGER A. (2019). At a crossroads: Mandatory disclosure under DAC-6 and EU primary law: Part 1. *European Taxation*, vol. 59, n.º 6, pp. 282-290.

BLUM, D. W. & LANGER A. (2019). At a crossroads: Mandatory disclosure under DAC-6 and EU Primary law: Part 2. *European Taxation*, vol. 59, n.º 7, pp. 313-319.

BROWN, V., GRACIA, E. & GARDNER, N. (2018). EU reporting rules on cross-border tax planning. *Global Tax Insight*, vol. 4, pp. 3-8.

BRONZEWSKA, K. & MAJDANSKA, A. (2019). Austria/Belgium/Poland – The new wave of Cooperative Compliance Programmes and the impact of new technology. *European Taxation*, vol. 59(2/3).

CACHIA, F. (2018). Tax transparency for intermediaries: The mandatory disclosure rules and its EU impact. *EC Tax Review*, vol. 27, n.º 4, pp. 206-217.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2018). El nuevo marco europeo de transparencia sobre esquemas transfronterizos sujetos a declaración por intermediarios fiscales y contribuyentes: Las “EU Tax Disclosure Rules” y sus implicaciones. *Quincena Fiscal*, vol. 10, pp. 37-62.

CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada – vol. 1*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CASTRO DE LUNA, M. J. (2019). La nueva obligación formal que se avecina: Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/EU. *Quincena Fiscal*, vol. 7, pp. 103-120.

ČIČIN-ŠAIN, N. (2019). New mandatory disclosure rules for tax intermediaries and taxpayers in the European Union: Another “bite” into the rights of the taxpayer? *World Tax Journal*, vol. 11, n.º 1, pp. 77-119.

COSTA ANDRADE, M. (2014). *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, Tomo I, pp. 385-451.

CUNHA DE SOUSA, C. (2012). O planeamento fiscal abusivo: O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo. *Working Paper* da Universidade do Minho.

DE BROE, L. & BECKERS, D. (2017). The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European Court of Justice's case law on abuse of EU law. *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 3, pp. 133-144.

DE HARO, A. (2018). The lack of certainty and the infringement of taxpayers' rights. In Pistone, P. & Weber, D. *The implementation of anti-BEPS rules in the EU: A comprehensive study*. IBFD, pp. 187-208.

DODWELL, B. (2018). Too wide a net. *Tax Adviser* (Jun), p. 17.

DOURADO, A.P. (2018). *Governança fiscal global*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

DOURADO, A.P. (2015). Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: The EC recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, vol. 43, n.º 1, pp. 42-57.

DOURADO, A.P. & SILVA DIAS, A. (2011). Information duties, aggressive tax planning and nemo tenetur se ipsum accusare in the light of Art. 6(1) of ECHR. In Poiares Maduro M., Pistone P. [et al.]. *Human rights and taxation in Europe and the world*. IBFD, pp. 131-152.

FEINSCHREIBER, R. & KENT, M. (2015). The OECD challenges aggressive tax planning a moving target. *Tax Notes International*, vol. 79, n.º 12, pp. 1037-1042.

GARCÍA PRATS F. (2019). La transposición en España de la Directiva sobre Intermediarios Tributarios (DAC6). *AEDAF Paper* n.º 14, Asociación Española de Asesores Fiscales.

HAINES, A. (2018). DAC 6 reporting requirements pose numerous compliance problems. *International Tax Review*, 31/12.

HOFMANN, H. (2018). General principles of EU law and EU administrative law. In Barnard, C., Peers, S. [et al.]. *European Union Law*, 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford University Press, pp. 198-226.

LARKING, B. (2018). No pain, no gain: Overkill in the EU's mandatory disclosure rules. *Tax Notes International*, vol. 92, n.º 1, pp. 25-29.

LOUREIRO, C. & NEVES A. B. (2008). Breve comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2. Coimbra: Almedina.

LYNCH, F. (2018). DAC 6 – New EU tax disclosure rules cause for concern. *Tax Planning International Review*, vol. 45, n.º 8, pp. 1-3.

MARQUES DA SILVA, G. (2018). *Direito penal tributário*, 2.ª Edição. Universidade Católica Editora.

MARTÍN-ABRÍL Y CALVO, D. (2018). Revelación de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal agresiva: Una nueva directiva que afecta a los asesores fiscales, a otros intermediarios y a los propios contribuyentes. *Contabilidad y Tributación: Comentarios y Casos Prácticos*, n.º 427, pp. 69-110.

MORAIS, R. (2012). *Manual de procedimento e processo tributário*. Coimbra: Almedina.

OFFERMANN, R. (2018). Symposium on mandatory disclosure. *European Taxation*, vol. 58, n.º 5, pp. 217-222.



PEETERS, B. (2013). European supervision on the use of vague and undetermined concepts in tax laws. *EC Tax Review*, vol. 22, n.º 3, pp. 112-114.

PIANTAVIGNA, P. (2017). Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: How the EU Law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal*, vol. 9, n.º 1, pp. 37-98.

PISTONE P. (2014). Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in international tax law. *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, pp. 3-9.

SALDANHA SANCHES, J. (2002). *Manual de direito fiscal*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

SALDANHA SANCHES, J. (2006). *Os limites do planeamento fiscal – Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, F. C. & NEVES T. C. (2008). Planeamento fiscal abusivo, o caso português no contexto internacional. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, pp. 115-150.

TERRA B., & WATTEL, P. (2018). *European tax law*, 7.<sup>a</sup> Edição. Kluwer Law International.

TRIDIMAS, T. (2007). *The general principles of EU law*, 2.<sup>a</sup> Edição. Oxford University Press.

VANISTENDAEL, F. (2018). The EU Directive on aggressive tax planning the wrong approach. *Tax Notes International*, vol. 92, n.º 10, pp. 993-998.

VOJE, J. (2017). EU implementation of BEPS Action 12 in light of human rights requirements. *European Taxation*, vol. 57, n.º 5, pp. 192-200.

XAVIER, A. (1981). *Manual de direito fiscal I*. Lisboa: Faculdade de Direito.

#### **Fontes eletrónicas:**

AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA (2019). Divulgação do anteprojeto de diploma sobre a transposição da Diretiva (UE) 2018/822 (DAC 6). Retirado de [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto\\_DAC\\_6.pdf](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto_DAC_6.pdf).

CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE (2015). *Joint opinion statement FC 7/2015 and PAC 1/2015 on mandatory disclosure rules (BEPS Action 12)*. Retirado de <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/12/CFE-and-AOTCA-Opinion-Statement-FC-7-2015-on-Mandatory-Disclosure-Rules-BEPS-Action-12.pdf>.

CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE (2017). *Joint PAC/FC opinion statement 1/2017 on the European Commission public consultation ‘Disincentives for advisers and intermediaries for potentially aggressive tax planning schemes’*. Retirado de <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/05/CFE-PAC-FC-Joint-Opinion-Statement-Effective-Disincentives-1-2017.pdf>.

CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE (2017). *Opinion statement PAC 3/2017 on the European Commission Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation COM/2016/025 final - 2016/010 (CNS)*. Retirado de <https://taxadviserseurope.org/wp->

content/uploads/2018/04/CFE-Opinion-Statement-on-the-EC-Intermediaries-Directive-Proposal-27-Jul.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA (2017). *Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements*, SWD/2017/0236 final - 2017/0138 (CNS). Retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017SC0236>.

COMISSÃO EUROPEIA (2019). *Commission staff working document: Evaluation of the Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC* SWD/2019/328 final. Retirado de [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/2019\\_staff\\_working\\_document\\_evaluation\\_on\\_dac.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2019_staff_working_document_evaluation_on_dac.pdf)

GEELEN, P. & LAW, S. (2018). *EU adopts directive on mandatory disclosure of aggressive tax planning schemes: key takeaways*. Retirado de <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2018/03/eu-adopts-directive-on-mandatory-disclosure-of-aggressive-tax-planning-schemes-key-takeaways/>.

INTERNATIONAL BUREAU FOR FISCAL DOCUMENTATION (2018). *Observatory on the protection of taxpayers' rights: 2015-2017 general report on the protection of taxpayers' rights: National reports for the Observatory for the protection of taxpayers' rights, April 2018*. Retirado de [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/OPTR\\_General-Report.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/OPTR_General-Report.pdf).

MURPHY, R., & STAUSHOLM, S. (2017). *The big four: A study of opacity*. Retirado de <http://www.taxresearch.org.uk/Documents/GUENGLBigFourWeb.pdf>.

OCDE, (2008). *Study into the role of tax intermediaries*. OECD Publishing. Retirado de [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/study-into-the-role-of-tax-intermediaries\\_9789264041813-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/study-into-the-role-of-tax-intermediaries_9789264041813-en#page1).

OCDE, (2013). *Co-operative compliance: A framework: From enhanced relationship to co-operative compliance*, OECD Publishing. Retirado de [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/co-operative-compliance-a-framework\\_9789264200852-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/co-operative-compliance-a-framework_9789264200852-en#page1).

OECD, (2013). *Addressing base erosion and profit shifting*. OECD Publishing. Retirado de [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en#](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#).

OECD, (2015). *Mandatory disclosure rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 base erosion and profit shifting project. OECD Publishing. Retirado de <https://www.oecd.org/tax/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report-9789264241442-en.htm>.

OECD, (2019). *International exchange framework for mandatory disclosure rules on CRS avoidance arrangements and opaque offshore structures*. OECD Publishing. Retirado de <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/international-exchange-framework-for-mandatory-disclosure-rules-on-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structure.pdf>.

ORDEM DOS ADVOGADOS (2019). Transposição da Diretiva (UE) 2018/822. Violação do sigilo profissional. Retirado de <https://portal.oa.pt/comunicacao/comunicados/2019/comunicado-transposicao-da-directiva-ue-2018822/>.

TEDH (2019). *Guide on article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial*. Retirado de [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf).

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 1982, C-155/79, *AM & S*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 1996, C-63/93, *Duff*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1996, C-143/93, *Van Es*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 2007, C-178/05, *Commission/Greece*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de junho de 2007, C-305/05, *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de setembro de 2010, C-550-07, *Akzo Nobel*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2012, C-318/10, *SIAT*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de outubro de 2013, C-282/12, *Itelcar*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 15 de julho de 1982, Proc. no. 8130/78, *Eckle vs Germany*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de junho de 1986, Proc. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel and Others v. The Netherlands*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de fevereiro de 1993, Proc. no. 10828/84, *Funke v. France*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de fevereiro de 1996, Proc. no. 18731/91, *John Murray v. The United Kingdom*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 17 de dezembro de 1996, Proc. no. 19187/91, *Saunders v. The United Kingdom*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 3 de maio de 2001, Proc. no. 31827/96, *J.B. v. Switzerland*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de novembro de 2004, Proc. no. 13881/02, *King v. The United Kingdom*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 5 de abril de 2012, Proc. no. 11663/04, *Chambaz v. Switzerland*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de dezembro de 2012, Proc. no. 12323/11, *Michaud v. France*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 12 de julho de 2013, Proc. no. 25424/09, *Allen v. The United Kingdom*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de junho de 2015, Proc. no. 784/14, *Van Weerelt v. The Netherlands*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 12 de maio de 2017, Proc. no. 21980/04, *Simeonovi v. Bulgaria*.

**A natureza jurídica da garantia autónoma “on first demand”**

Carolina Paula Rocha Carneiro

Sob a orientação do Professor  
Doutor António Agostinho Guedes

Ao meu avô.

“Direito é discurso e discurso é rigor”

Orlando de Carvalho

## **Agradecimentos**

À minha mãe, por me ter oferecido o que de melhor há na vida: o seu amor incomensurável e o seu conhecimento. A vida toda será pouca para te agradecer e te amar, mas tentarei.

Ao meu pai, por ter permitido que tudo fosse possível.

À minha avó, que torna o meu mundo melhor.

À minha irmã, pelo amor, incentivo e dedicação.

Aos meus tios, que sempre viveram da mesma forma que eu as minhas conquistas.

À Filipa, às Joanas e ao Maxilu, em primeiro pela amizade que me enche a alma, e em segundo pela compreensão do meu amor pela garantia autónoma “*on first demand*”, que certamente jamais esquecerão o que é.

Ao Professor Doutor Agostinho Guedes, por todos os sábios ensinamentos, pelo apoio constante e por me demonstrar como é maravilhoso questionarmo-nos. Ser-lhe-ei eternamente grata.

Ao meu avô, a quem dedico a minha dissertação. “Dizia nunca esquecerei. E hoje lembro-me”.

A todos,

Sou-vos grata.



## Resumo

Em meados do século XX nasce a garantia autónoma, fruto do emergente crescimento do comércio internacional. Uma garantia mais segura, mais eficaz e mais sólida do que qualquer outra. Com ela surge também a cláusula à primeira solicitação, o apogeu da segurança de qualquer credor.

Dúvidas não existem no que toca em enquadrar a garantia autónoma no seio das garantias pessoais, ainda que não esteja legalmente prevista.

A presente análise a que nos propusemos terá como objetivo visitar a garantia autónoma, na sua modalidade “*on first demand*”. Assim sendo, iremos expor as diversas relações que emergem da garantia autónoma, explicando as demais características das mesmas.

De todo o modo, o foco do nosso trabalho será a natureza jurídica da obrigação do garante na garantia autónoma. Tentaremos, em primeira análise, reconstruir tal obrigação e, numa segunda fase, iremos tentar descortinar a génese da obrigação.

**Palavras-chave:** Garantia; garantia autónoma *on first demand*; obrigação do garante.

## Abstract

In the mid twentieth century, and due to the growing of international trade, autonomous guarantees were created, which are safer, stronger, and more efficient than any others. And, together with autonomous guarantees, the peak of creditors' security came along, namely autonomous *on first demand* guarantees. Yet, although autonomous guarantees are, undoubtedly, personal guarantees of obligations, they have no legal provision.

Thus, in this study, we will address autonomous guarantees, particularly *on first demand* guarantees. We will go through the genesis, characteristics, and the relationships which emerge therefrom, focusing on the legal nature of guarantor obligations herein.

**Keywords:** Guarantees; autonomous guarantees; on first demand guarantees; on first demand clause; guarantor obligations.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|       |                                  |
|-------|----------------------------------|
| Ac.   | Acórdão                          |
| Art.  | Artigo                           |
| BMJ   | Boletim do Ministério de Justiça |
| CC    | Código Civil                     |
| Cit.  | Citada                           |
| Ob.   | Obra                             |
| N.º   | Número                           |
| P.    | Página                           |
| PP.   | Páginas                          |
| Proc. | Processo                         |
| TRG   | Tribunal da Relação de Guimarães |
| TRL   | Tribunal da Relação de Lisboa    |
| TRP   | Tribunal da Relação do Porto     |
| STJ   | Supremo Tribunal de Justiça      |

# Índice

Introdução

1. Garantia das obrigações
2. Caracterização geral da garantia autónoma
3. O seguro-caução e a garantia autónoma
4. A cláusula “on first demand” no contrato de garantia autónoma
  - 4.1. A relação jurídica entre o devedor e o credor
  - 4.2. A relação jurídica entre o devedor do contrato-base e o garante
  - 4.3. Relação jurídica entre o garante e o credor/beneficiário: o exercício de um direito potestativo?
5. A natureza jurídica da obrigação do garante no contrato de garantia autónoma: um *plus* de garantia
6. O direito do garante após a prestação da garantia: sub-rogação ou direito de reembolso?
7. Os limites da autonomia e da automaticidade na garantia autónoma “*on first demand*”

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

## Introdução

Quando falamos da garantia autónoma, imediatamente surge um nome na nossa cabeça: Rudolf Stammler.

É inegável o contributo deste autor germânico para o desenvolvimento da figura que nos propomos a analisar, sendo, por tal motivo, considerado o “pai da garantia autónoma”.

A garantia autónoma assume maior destaque em meados do século XX, e as razões que levaram não só à sua criação, mas ao seu sucesso, são de diversa índole: o desenvolvimento do comércio internacional, a sua eficiência em detrimento de outros tipos de garantias, a sua celeridade e aparente simplicidade, a sua autonomia e independência em relação à obrigação principal e, essencialmente, a confiança que transmitia aos seus utilizadores.

Por todas estas razões, e recorrendo à expressão do juiz inglês Kerr, esta figura foi considerada o “sangue do comércio internacional”<sup>742</sup>.

Rudolf Stammelr acaba com o paradigma tradicional da acessoriedade das garantias, tendo estabelecido na sua obra *Der Garantievertrag* a clara distinção entre uma garantia acessória do crédito e uma garantia com autonomia relativamente ao crédito.

Sendo uma inovação no plano das garantias, a criação e o desenvolvimento desta figura gerou discussão na doutrina e na jurisprudência.

Entre nós, os primeiros a abordar a admissibilidade desta figura no ordenamento jurídico português foram Vaz Serra<sup>743</sup> e Mota Pinto<sup>744</sup>. Contudo, face ao seu claro interesse científico, muitos outros contribuíram para o seu desenvolvimento, como Pinto Monteiro<sup>745</sup>, Ferrer Correia<sup>746</sup>, Almeida Costa<sup>747</sup>, Simões Patrício<sup>748</sup> e Galvão Telles<sup>749</sup>.

É indubitável que o nascimento da garantia autónoma é fruto da autonomia privada, como expressão do princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil, visto que não se encontra tipificada legalmente.

Interessante, parece-nos, é que apesar da falta de regulação da garantia autónoma, esta é utilizada de forma frequente, ajustando-se plenamente aos interesses das partes.

Posteriormente, à autonomia inerente a esta figura juntou-se a automaticidade, com a criação da cláusula “*on first demand*”, “à primeira solicitação”. Esta cláusula

---

<sup>742</sup> Kerr, *apud* Costa & Monteiro, 1986, p. 19.

<sup>743</sup> Serra, 1957, pp. 19 e ss.

<sup>744</sup> Pinto, 1982.

<sup>745</sup> Costa & Monteiro, 1986, pp. 15-34.

<sup>746</sup> Correia, 1982, pp. 247-258.

<sup>747</sup> Costa & Monteiro, 1986, pp. 15-34.

<sup>748</sup> Patrício, 1983, pp. 677-718.

<sup>749</sup> Telles, 1988.

permitiria ao beneficiário da garantia interpelar o garante para pagar assim que entendesse, isto é, sem necessitar de provar os pressupostos da existência do seu direito ao crédito.

É precisamente esta cláusula “*on first demand*” que motiva esta análise.

Este mecanismo, a cláusula à primeira solicitação, vem acompanhada de inúmeros riscos, tanto para o garante como para o devedor. É notória a posição de grande fragilidade em que estas duas partes se encontram, estando sujeitas a comportamentos abusivos por parte do beneficiário da garantia.

As questões que se colocam são as seguintes: Poderá o garante recusar o pagamento da soma objeto da garantia, sendo colocada uma cláusula “*on first demand*”? Qual a natureza jurídica da obrigação do garante? Será o direito do beneficiário um direito potestativo? E, assim sendo, o comportamento do garante reconduz-se a uma sujeição?

Ora, na presente dissertação, temos como objetivo revisitar o mecanismo da garantia autónoma, *maxime*, a garantia autónoma “*on first demand*”, e, nesse sentido, tentar lançar alguma luz sobre a natureza jurídica da obrigação do garante.

## **1. Garantia das obrigações**

O pontual cumprimento de uma obrigação é garantido pelo património do devedor, o que significa que o património do devedor, excetuando os bens insuscetíveis de penhora, corresponde ao objeto da garantia geral<sup>750</sup> das obrigações.

A par da garantia geral das obrigações, e como fortificação da mesma, existem as garantias especiais das obrigações. As garantias especiais dividem-se em garantias pessoais e garantias reais.

Para efeitos da presente análise vamos focar a nossa atenção nas garantias pessoais das obrigações.

No que concerne às garantias pessoais, importa referir que estas podem ser prestadas por terceiros, como é o caso do aval, da fiança<sup>751</sup> e da garantia autónoma. Nesse sentido, representam um reforço quantitativo<sup>752</sup> da expectativa do credor de satisfação do crédito.

Isto é, além do devedor, uma ou mais pessoas se obrigam ao cumprimento pontual da obrigação, respondendo com os seus patrimónios. Daí nos referirmos a um reforço quantitativo.

---

<sup>750</sup> Ver art. 601.º do CC.

<sup>751</sup> Ver arts. 627.º a 654.º do CC.

<sup>752</sup> Branco, 1993, p. 66.

Neste sentido, estes terceiros assumem uma obrigação própria, através da qual ficam responsáveis pelo cumprimento da obrigação principal do devedor, subsidiária ou solidariamente<sup>753</sup>.

No seio das garantias pessoais prevalece o princípio da acessoriedade e da subsidiariedade<sup>754</sup>. Assim sendo, em primeiro lugar, a garantia encontra-se ligada funcional e materialmente ao crédito garantido e, em segundo lugar, o terceiro assume uma obrigação que é subsidiária da obrigação garantida, isto é: a sua obrigação torna-se exigível se, e no momento, em que todos os bens do devedor tenham sido executados ou na hipótese dos bens no património do devedor principal não serem suficientes para a satisfação do crédito<sup>755</sup>.

É esse o caso da fiança, por exemplo. Porém, não é esse o caso da garantia autónoma, como veremos adiante.

## **2. Caracterização geral da garantia autónoma**

Tendo em consideração que *in iure omnis definitio periculosa est*, não tentaremos definir esta interessante figura, mas sim caracterizá-la.

A garantia autónoma constitui um reforço da garantia geral, o património do devedor, integrando-se, nesse sentido, nas garantias especiais, *maxime*, nas garantias pessoais, porém, apresenta características que a tornam uma figura singular dentro das garantias pessoais.

Tomando de empréstimo as sábias palavras de Inocêncio Galvão Teles<sup>756</sup>, a garantia autónoma consiste no seguinte:

Um banco obriga-se, por proposta de um seu cliente habitual ou ocasional, parte em determinado contrato (...), a pagar-lhe, logo que ele o solicite por escrito, certa soma em dinheiro ou uma soma em dinheiro até certo limite, como devida pela outra parte (...) por falta de cumprimento ou mau cumprimento. Ao banco não assiste a faculdade de opor quaisquer meios de defesa relacionados com o contrato em causa<sup>757</sup>.

Antes de mais, importa densificar a relação complexa que emerge da garantia autónoma. Na douda expressão de Galvão Telles<sup>758</sup>, “a garantia autónoma é uma figura triangular”, ou seja, desta nascem três relações jurídicas:

---

<sup>753</sup> Leitão, 2017.

<sup>754</sup> De todo o modo, importa sublinhar que a subsidiariedade poderá ser uma característica eventual, e não essencial. Veja-se que, no caso da fiança, a subsidiariedade pode ser afastada pelas partes, desde logo se o fiador renunciar previamente ao benefício da excussão prévia.

<sup>755</sup> Branco, 1993, p. 68.

<sup>756</sup> Telles, 2010, p. 508.

<sup>757</sup> Telles, 2010, p. 508.

<sup>758</sup> Telles, 2010, p. 514.

I- A primeira é estabelecida entre os sujeitos da obrigação garantida, sendo o garante alheio à mesma. Daqui surge o contrato-base celebrado entre o devedor principal e o beneficiário;

II- A segunda tem como intervenientes o devedor da relação principal e o garante, na maioria dos casos um banco. Nesta relação jurídica, o garante obriga-se a prestar uma garantia ao beneficiário/credor, mediante uma retribuição;

III- A terceira constitui-se entre o credor/beneficiário e o garante. Nesta relação jurídica, o banco garante compromete-se a pagar ao credor certo montante, até ao valor da garantia, mediante pedido do mesmo credor, logo que este prove a ausência de cumprimento do dever garantido na relação jurídica de base ou imediatamente, no caso de ter sido aposta uma cláusula “*on first demand*”.

A garantia autónoma é um contrato unilateral, não sinalagmático, no sentido em que só gera obrigações para uma das partes: o garante.

No que concerne à antiga querela doutrinal relativamente à garantia autónoma ser ou não um negócio causal, problemática que não iremos abordar exaustivamente no presente estudo, abraçamos a opinião da doutrina dominante<sup>759</sup> e da jurisprudência<sup>760</sup>, no sentido de assumir que a garantia autónoma é um negócio jurídico causal<sup>761</sup>.

Ora, a causa desta figura reside no fim de garantia. Se assim não fosse, o negócio seria nulo, uma vez que a admissibilidade dos negócios jurídicos abstratos no direito português só existe em casos especiais e com fortes limitações<sup>762</sup>.

Note-se, contudo, que o facto de a causa ser o escopo de garantia não significa que encontre a sua justificação no contrato-base, do qual é claramente autónomo.

O que mais se destaca, em sede dos elementos essenciais da garantia autónoma, é a ausência de acessoriedade em relação à obrigação garantida, característica essencial no núcleo das garantias pessoais.

Por tal motivo, afigura-se totalmente erróneo confundir a garantia autónoma com a fiança. Ora, é inegável que ambas as figuras desempenham um fim de garantia, contudo, os seus traços fundamentais separam-nas. Vejamos.

Na fiança, o compromisso levado a cabo pelo fiador é acessório, comprometendo-se a pagar a dívida de outrem. O que significa que a obrigação do fiador é moldada pela obrigação principal. Por outro lado, na garantia autónoma, o garante não se sujeita a satisfazer uma dívida alheia, no sentido em que a garantia prestada pelo garante não

---

<sup>759</sup> No sentido de considerar a garantia autónoma como um negócio jurídico causal, Telles, 2010, p. 513; Costa & Monteiro, 1986, p. 22; Correia, 1982, p. 248, entre outros.

<sup>760</sup> Veja-se o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 19-03-2013 (Proc. n.º 5231/12.8TBBERG-A.G1, Relator: Filipe Caroco), a título de exemplo.

<sup>761</sup> Em dissensão, Patrício, 1983, pp. 692 a 706, que entende que o contrato de garantia autónoma tem natureza abstrata.

<sup>762</sup> Correia, 1982, p. 248.

comporta qualquer identidade com a obrigação do devedor do contrato-base, sendo funcionalmente e materialmente distinta, desde logo porque não depende da existência, da extensão, da validade ou mesmo da exequibilidade da obrigação do devedor<sup>763</sup>.

Daqui resulta que, contrariamente ao que se passa na fiança, na garantia autónoma não existem sinais de acessoriedade, muito pelo contrário. Aliás, o próprio nome desta figura demonstra-nos tal: garantia autónoma. O garante assume uma obrigação própria e diversa da obrigação do devedor principal.

Curioso, parece-nos, existir um tipo de garantia cuja principal característica é a autonomia. Todavia, na nossa opinião, não será esta a característica mais peculiar da figura, como veremos adiante.

### **3. O seguro-caução e a garantia autónoma**

Em virtude da proximidade destas figuras, afigura-se-nos imperativo traçar, ainda que de forma breve, as linhas orientadoras da figura do seguro-caução.

O seguro-caução encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de maio<sup>764</sup>.

Veja-se o disposto no artigo 6.º do diploma mencionado: “O seguro de caução cobre, direta ou indiretamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam suscetíveis de caução, fiança ou aval”.

E, ainda, o artigo 162.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, relativamente ao seguro-caução: “Por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal.”

No seguro-caução verifica-se, tal como na garantia autónoma, a existência de três intervenientes: o credor (segurado), o devedor (tomador do seguro) e o segurador.

Neste sentido, refere Pestana de Vasconcelos<sup>765</sup> que o “seguro-caução assenta, no entanto, numa relação entre três sujeitos: as partes do contrato e o credor/beneficiário”.

*Prima facie*, a figura do seguro-caução parece-nos idêntica à garantia autónoma. Contudo, nem tudo o que parece é.

Ora, deste contrato emergem duas relações jurídicas, uma primeira entre o tomador (devedor) e o segurador, e uma segunda entre o beneficiário (segurado) e o segurador. Note-se que, na relação jurídica estabelecida entre o segurador e o beneficiário, este último tem o direito de exigir uma indemnização ao segurador, no caso

---

<sup>763</sup> Sobre a distinção entre a fiança e a garantia autónoma, ver o Ac. do STJ de 22-05-2014 (Proc. n.º 724/12.0YYPRT -A.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca).

<sup>764</sup> Tendo sido a sua última alteração pelo Decreto-Lei n.º 94/2018, de 14 de novembro.

<sup>765</sup> Vasconcelos, 2009, p. 384.



de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações a que o devedor (tomador) se encontra adstrito<sup>766</sup>.

No seguro-caução torna-se claro que o garante assume o dever de indemnizar. Isto é, a obrigação do segurador reveste uma natureza puramente indemnizatória. Será isso que se passa na garantia autónoma? Veremos no capítulo quinto da presente análise.

Como sabemos, o núcleo de qualquer contrato de seguro é a cobertura de um risco do segurado. Isto é, o contrato de seguro encontra-se funcionalmente ligado ao interesse do segurado na cobertura do risco.

Por conseguinte, a função do contrato de seguro, neste caso, o seguro-caução, será garantir o cumprimento de uma obrigação principal, no sentido em que, através do seguro-caução, “a seguradora se obriga, perante o segurado, a indemnizar os prejuízos apurados (...), até ao limite da quantia segura, que lhe advierem por incumprimento contratual de outrem (o tomador)”<sup>767</sup>.

Veja-se aqui a importante diferença relativamente à garantia autónoma: o segurador não assume a obrigação de pagar um montante previamente fixado, ao contrário do que o garante, na garantia autónoma, se obriga. A seguradora, por seu turno, ressarcе os danos efetivamente sofridos, até à quantia segura. Isto é, no seguro-caução, a indemnização não é calculada abstratamente, mas sim referida a um dano concreto e efetivo, contrariamente à realidade da garantia autónoma.

Em boa verdade, sendo o seguro-caução indubitavelmente um contrato de seguro, nunca se poderia abstrair na totalidade dos interesses do segurado, na medida em que a obrigação da seguradora surge e é modelada pela pretensão do mesmo.

Pelo acima exposto, somos da opinião que o seguro-caução, além de todas as diferenças formais de que não nos ocuparemos, é materialmente distinto da garantia autónoma. Seguimos o entendimento do ilustre Pestana de Vasconcelos<sup>768</sup>, ao negar a qualidade de garantia autónoma ao seguro-caução, no caso de ser estabelecida uma cláusula “*on first demand*” no seguro-caução:

Simplemente, mesmo assim, não estaríamos face a um contrato de garantia autónoma. Este tem como parte o garante e o garantido, sendo, conforme se referiu a este propósito, um contrato unilateral e, em si, gratuito. O contrato de seguro (bilateral e oneroso) pelo contrário é concluído entre o tomador do seguro (devedor) e o próprio segurador, sendo daí que resulta o direito do segurado.

---

<sup>766</sup> Vasconcelos, 2009, p. 384.

<sup>767</sup> Jardim, 2002, pp. 242 e 243.

<sup>768</sup> Vasconcelos, 2009, p. 387.

Porém, há vozes na doutrina e na jurisprudência<sup>769</sup> que entendem que o seguro-caução se pode assumir como uma garantia autónoma.

No mesmo sentido, na doutrina, Margarida Lima Rego<sup>770</sup> admite a identidade entre a garantia autónoma e o seguro-caução, afirmando o seguinte:

se, por um lado, procurarmos despir a definição de seguro de tudo o que não seja sua nota necessária, comum a todas as suas modalidades, e, por outro lado, fizermos exatamente o mesmo com a definição de garantia autónoma, (...) as definições a que chegarmos poderão bem conduzir-nos à conclusão de que as figuras são absolutamente indestrinçáveis.

Ora, por igualdade de razão, esta autora, ao admitir a confundibilidade do seguro-caução com a garantia autónoma, admite, de igual forma, que a garantia autónoma poderá ser qualificada como um contrato de seguro.

Não nos parece que a garantia autónoma seja um contrato de seguro, nem tão-pouco nos parece que um contrato de seguro, neste caso o seguro-caução, seja considerado, indistintamente, uma garantia autónoma.

Ademais, assumindo que o seguro-caução é um contrato a favor de terceiro, e sabendo que o contrato autónomo de garantia não o é, não podemos, de maneira alguma, ignorar as distinções entre estas duas figuras e, muito menos, tratá-las como figuras idênticas.

Recordando os ensinamentos do ilustre Moitinho de Almeida<sup>771</sup>, este define o contrato de seguro da seguinte forma:

aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada, a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou, tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de prestação a realizar em data determinada.

Por aqui conseguimos entender que a prestação a que o banco fica adstrito perante o beneficiário-credor em nada se assemelha à do segurador. Ademais, assumindo a existência de um contrato de seguro, tal só se verificaria entre o banco-garante e o

---

<sup>769</sup> Neste sentido, na jurisprudência, ver Ac. do STJ de 9-02-2006 (Proc. n.º 06Bo24, Relator: Salvador da Costa).

<sup>770</sup> Rego, 2008, disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR\\_TD\\_2008.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR_TD_2008.pdf), pp. 354-355.

<sup>771</sup> Almeida, 1971, pp. 23-24.

devedor principal. Isto porque, nesta relação, o banco obriga-se a entregar uma soma determinada a um terceiro, o credor, mediante retribuição<sup>772</sup>.

De todo o modo, estamos no plano da hipótese, uma vez que não somos da opinião que a relação entre o devedor principal e o banco garante se consubstancia num contrato de seguro, mas sim num mandato sem representação, pelas razões que mais à frente iremos expor.

Em suma, mesmo que se entendesse que entre o devedor principal e o banco-garante se celebra um contrato de seguro, a garantia autónoma só nasce da relação entre o credor e o garante, pelo que só nos restaria concluir que a garantia autónoma não é, nem nunca poderá ser, um contrato de seguro.

#### **4. A cláusula “*on first demand*” no contrato de garantia autónoma**

Uma das características do contrato de garantia autónoma, ainda que eventual, é a automaticidade, encontrando o seu núcleo duro na cláusula “*on first demand*”, “à primeira solicitação”.

A cláusula “*on first demand*” exponencia a autonomia do contrato autónomo de garantia, na medida em que, com a sua inclusão, o beneficiário fica dispensado de provar os pressupostos do seu direito de crédito, desaparecendo o único elo de ligação entre a garantia autónoma e o contrato-base<sup>773</sup>.

Ora, sendo colocada esta cláusula no contrato de garantia, tal significa que o garante fica obrigado a entregar a soma pecuniária fixada assim que o credor o interpelar para tal. Veja-se que, como antes referido, o credor fica dispensado do ónus da prova dos pressupostos que legitimam o seu direito de crédito contra o banco, ou seja, não terá de demonstrar que o devedor principal não cumpriu, o que no caso das garantias clássicas é o que torna exigível a obrigação do garante, ou qualquer outro evento que se tenha estabelecido como pressuposto da exigibilidade.

Afigura-se-nos peculiar a cláusula ser designada “à primeira solicitação”, isto porque, na verdade, não existe segunda solicitação. Estamos, na realidade, na presença de uma cláusula à mera solicitação<sup>774</sup>. Ou, perdoe-se-nos a ousadia, à mercê do credor.

Assim sendo, o garante, na maioria dos casos um banco, deverá pagar sem levantar qualquer tipo de discussão, não lhe assistindo qualquer direito de invocar, perante o credor, vicissitudes da sua relação com o devedor do contrato-base ou entre o credor e o devedor principal. Em suma, não poderá opor perante o credor qualquer exceção que

---

<sup>772</sup> Pinheiro, 1992, p. 433.

<sup>773</sup> Jardim, 2002, pp. 147 e 148.

<sup>774</sup> Cordeiro, 2016, p. 850.

derive das relações às quais é alheio. Parece-nos claro que se ultrapassa a última barreira da garantia autónoma: o ónus da prova da exigibilidade do direito do credor.

Aquando do surgimento da cláusula “*on first demand*”, muitos foram aqueles que levantaram a questão da sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Em termos gerais, a resposta foi no sentido da admissibilidade da figura, com base no princípio da liberdade contratual e da autonomia privada<sup>775</sup>.

Contudo, torna-se imperioso destacar a visão *sui generis* de Simões Patrício<sup>776</sup>, que muito se debruçou sobre a legalidade da garantia autónoma à primeira solicitação. Ora, apesar de considerar a garantia autónoma “*on first demand*” como um negócio jurídico abstrato<sup>777</sup> (sendo certo que no nosso ordenamento jurídico os negócios jurídicos abstratos são, salvo raras exceções, nulos<sup>778</sup>), conseguiu justificar a sua admissibilidade recorrendo ao direito comercial. Ou seja, considerou que a garantia autónoma pertencia ao domínio comercial e, por conseguinte, não se regia pelas regras do direito civil, nomeadamente, a proibição dos negócios jurídicos abstratos.

Como começámos por expor no ponto 2 da presente dissertação, apresentando a primeira característica da garantia autónoma “*on first demand*”, a autonomia, referimos que mais peculiar se apresenta a segunda característica, a automaticidade.

Creemos que a peculiaridade da automaticidade no seio de uma garantia se prende pelo facto ser uma característica que, *a priori*, não esperamos encontrar.

Aqui chegados, claro se tornou que a autonomia e a automaticidade são características distintas. A primeira encontra-se em todo o tipo de garantias autónomas, ou seja, é uma característica essencial desta figura, tendo como função impedir que o garante possa opor ao credor exceções relativas ao contrato-base; a segunda, por outro lado, é uma característica eventual da garantia autónoma, estando apenas presente quando esta inclui a cláusula à primeira solicitação, sendo o seu objetivo isentar o beneficiário do ónus da prova dos pressupostos que legitimam seu direito de crédito.

Salvo todas as razões que a tornam um perigo iminente, a automaticidade da garantia autónoma fá-la mais segura, eficaz e expedita para o credor, uma vez que este último recebe o pagamento por parte do garante de olhos fechados.

Todavia, nem só de virtudes é feita a garantia autónoma à primeira solicitação, nem tão-pouco é nossa intenção admitir tal, muito pelo contrário. São inegáveis, parece-nos, os riscos que esta figura pode acarretar, *maxime* para o devedor do contrato-base, além de que é substancialmente mais cara, em comparação com outro tipo de garantias.

---

<sup>775</sup> Neste sentido, Telles, 2010, p. 507; Costa & Monteiro, p. 22; Correia, 1982, p. 247, entre outros.

<sup>776</sup> Patrício, 1983, pp. 698 a 700.

<sup>777</sup> Questão que, nos dias de hoje, já se encontra ultrapassada. A doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes em relação à existência de causa na garantia autónoma “*on first demand*”.

<sup>778</sup> Ver art. 458.º do CC.

Com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*” atinge-se o apogeu da segurança: deixa de existir o ónus da prova dos pressupostos do direito de crédito do beneficiário. Contudo, importa alertar: o facto de o credor ficar dispensado de provar o seu direito ao crédito não significa que o mesmo possa não existir. De todo o modo, constitui um risco.

Por outras palavras, com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*” torna-se permissível ao credor exigir ao garante a sua prestação, sem qualquer verificação dos pressupostos do seu direito de crédito<sup>779</sup>. E ao garante, por seu turno, resta-lhe apenas entregar ao credor a quantia determinada, assim que este último o interpele. O garante paga sem qualquer discussão, de olhos fechados.

Mas será assim tão linear? Não existirão limites à automaticidade e à autonomia da garantia autónoma? Resposta que tentaremos dar no ponto 7 da presente dissertação.

#### **4.1. A relação jurídica entre o devedor e o credor**

Como começámos por identificar no início da nossa análise, não existem dúvidas de que a garantia autónoma é uma figura triangular, surgindo da mesma três relações jurídicas distintas entre si.

A primeira será, evidentemente, a relação que se estabelece entre o credor e o devedor principal. Daqui surge o contrato-base, a relação jurídica principal.

Da relação estabelecida entre estes dois sujeitos, o credor e o devedor principal, o devedor obriga-se, desde logo, a conseguir que alguém, na maioria dos casos um banco “de sólida reputação internacional”<sup>780</sup>, se vincule a prestar a garantia, e fá-lo, claramente, a favor do credor.

Aqui começamos de imediato a identificar sinais do futuro contrato de garantia autónoma.

#### **4.2 A relação jurídica entre o devedor do contrato-base e o garante**

A segunda relação jurídica tem como intervenientes o devedor principal e o garante. Ora, nesta relação, o garante obriga-se perante o devedor principal, mediante retribuição, a celebrar com o credor o contrato de garantia autónoma.

Isto é, o devedor principal encarrega o garante de celebrar um contrato de garantia autónoma com o credor beneficiário. Estamos cada vez mais próximos do tão esperado contrato de garantia autónoma.

---

<sup>779</sup> Relembre-se que para efeitos da presente análise estamos a trabalhar com a garantia autónoma “*on first demand*” sem ser acompanhada de prova documental.

<sup>780</sup> Cortez, 1992, p. 524.

Mas, afinal, qual a natureza jurídica do contrato celebrado entre o devedor principal e o garante?

A doutrina majoritária<sup>781</sup> aceita pacificamente que estamos na presença de um mandato sem representação, opinião essa que abraçamos.

Contudo, outrora, colocou-se a hipótese de estarmos na presença de uma assunção de dívida ou, até, de um contrato a favor de terceiro. Não cremos que a natureza jurídica da relação aqui em causa se reconduza a nenhuma dessas figuras, pelas razões que iremos enunciar.

Ora, tomando de empréstimo o entendimento do saudoso Antunes Varela<sup>782</sup>, a assunção de dívida<sup>783</sup> define-se pela “operação pela qual um terceiro ‘assuntor’ se obriga perante o credor a efetuar a prestação devida por outrem”. Isto é, nesta figura jurídica, assiste-se a uma alteração na pessoa do devedor, passando a ser este terceiro, mas sem qualquer alteração na obrigação assumida por este último. Em suma: o terceiro “assuntor” obriga-se nos mesmos termos que o antigo devedor.

Parece-nos claro que não podemos reconhecer na relação estabelecida entre o devedor principal e o garante a existência de uma assunção de dívida. Isto porque, tal como fomos expondo ao longo da presente análise, a obrigação assumida pelo garante é distinta da obrigação assumida pelo devedor principal. O garante assume, perante o credor beneficiário, uma obrigação própria.

Por outro lado, o contrato a favor de terceiro é aquele em que uma das partes (promitente) assume perante outra (promissário) a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio<sup>784</sup>.

Assim sendo, este terceiro tem direito à prestação independentemente da sua aceitação. Ora, no contrato a favor de terceiro, “é atribuído um benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem”<sup>785</sup>.

Ora, não é o que se passa na garantia autónoma. O direito do credor beneficiário no contrato autónomo de garantia, face ao banco garante, não decorre do contrato celebrado entre o devedor principal e o garante. Na relação estabelecida entre o devedor principal e o garante não surge qualquer direito para o credor beneficiário.

Alias, se assumíssemos que a relação entre o dador da ordem e o garante se consubstancia num contrato a favor de terceiro, seria impossível explicar a autonomia inerente ao contrato de garantia autónoma e, por conseguinte, a inoponibilidade, pelo garante ao beneficiário, das exceções relativas ao contrato celebrado entre si e o devedor

---

<sup>781</sup> Costa & Monteiro, 1986, p. 19; Pinheiro, 1992, p. 434; Cortez, 1992, p. 526, entre outros.

<sup>782</sup> Varela, 2012, p. 361.

<sup>783</sup> Ver arts. 595.º e ss. do CC.

<sup>784</sup> Art. 443.º, n.º 1, do CC.

<sup>785</sup> Campos, 1980, p. 13.

principal. Isto porque, de acordo com o artigo 449.º do CC, no contrato a favor de terceiro são oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa relativos do contrato celebrado com o promissário<sup>786</sup>.

Em suma, e fazendo nossas as palavras de Francisco Cortez<sup>787</sup>, “como a garantia autónoma nasceria diretamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato de garantia deixaria de existir”.

Posto isto, não existem dúvidas de que o contrato celebrado entre o devedor principal e o banco garante é um mandato sem representação.

Da quase unanimidade encontrada na doutrina no que concerne à qualificação da relação *in casu* como um mandato sem representação, diverge a posição adotada por Galvão Telles<sup>788</sup>, pelo que urge expô-la.

Ora, este autor afirma o seguinte:

o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem [ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário em que o banco paga por conta do comprador embora em nome próprio (mandato sem representação)], mas a título de garante de determinado contrato.

Descreve-o, ainda, como sendo “o contrato pelo qual o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante retribuição a prestar-lhe o serviço de fornecer a garantia pretendida”<sup>789</sup>.

Cremos que este autor assume a opinião de que estamos perante um contrato de prestação de serviços, inibindo-se de o incluir na modalidade de contrato de mandato<sup>790</sup>.

Tomando de empréstimo as palavras de Pessoa Jorge<sup>791</sup>,

a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de atos materiais, tem por objeto fundamental um ato jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma atividade de carácter material, em que os atos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal.

Ora, não existem dúvidas de que o garante se obriga à celebração de um contrato, o contrato de garantia autónoma, pelo que se reconduz ao exercício de um ato jurídico, sendo esse o objeto principal do contrato de mandato.

---

<sup>786</sup> Jardim, M., 2002, p. 52.

<sup>787</sup> Cortez, 1992, p. 527, nota 38.

<sup>788</sup> Telles, 1988, pp. 289 e ss.

<sup>789</sup> Telles, 1988, pp. 289 e ss.

<sup>790</sup> Cortez, 1992, p. 526.

<sup>791</sup> Jorge, 1961, p. 229.

Seguimos, assim, a doutrina dominante que reconhece nesta relação a existência de um mandato sem representação.

Veja-se que o mandato, em termos gerais, tal como estipulado no artigo 1157.º do Código Civil, “é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”, e, em termos particulares, no mandato sem representação, diz-nos o artigo 1180.º que o “mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos atos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que participem nos atos ou sejam destinatários destes”.

Parece-nos que é precisamente isto que se passa na relação entre o devedor principal e o garante.

O devedor principal encarrega o garante de celebrar com o credor o contrato de garantia autónoma e, nesse contrato, o garante assume uma obrigação própria, perfeitamente autónoma. Cremos que se dúvidas existiam quanto à qualificação da relação estabelecida entre estes dois intervenientes, não mais existem.

#### **4.3. Relação jurídica entre o garante e o credor/beneficiário: o exercício de um direito potestativo?**

Finalmente, o tão aguardado contrato de garantia autónoma.

Por força do contrato de mandato sem representação, celebrado entre o devedor principal (mandante) e o garante (mandatário), este último obriga-se a celebrar com o credor beneficiário o contrato de garantia autónoma.

Ora, neste contrato de garantia autónoma, o garante obriga-se perante o credor a entregar uma soma pecuniária determinada, ou até ao limite de certo montante, logo que este último o interpele para tal, isto no contrato de garantia autónoma com a cláusula “*on first demand*”, figura com que nos ocuparemos, para efeitos da presente análise<sup>792</sup>.

É precisamente nesta terceira relação jurídica que iremos direcionar o nosso pensamento, expondo, numa primeira fase, as características dessa mesma relação e, numa fase posterior, elaborando uma reflexão sobre estas, tentando, ainda que se nos afigure uma tarefa arriscada, apresentar um conjunto de conclusões.

Voltando à análise a que nos propusemos, cremos que dúvidas não existem que estamos na presença de um contrato, ainda que com carácter unilateral, não sinalagmático<sup>793</sup>. Veja-se que, efetivamente, o contrato autónomo de garantia apenas cria

---

<sup>792</sup> No caso de se tratar de um contrato de garantia autónoma simples, o credor teria de provar o incumprimento dos deveres da relação jurídica subjacente, o que não se verifica com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*”. Note-se, ainda assim, que não nos ocuparemos da garantia autónoma “*on first demand*” acompanhada de justificação documental. O núcleo deste trabalho tem em vista somente a garantia “*on first demand*” como pedido puro, simples e imotivado.

<sup>793</sup> Neste sentido, Telles, 2010, p. 512; Costa & Monteiro, 1986, p. 19; Pinheiro, 1992, p. 430, entre outros. Aliás, é caso para dizer que este é o entendimento geral dos autores.



obrigações para uma das partes, o garante, sendo esta a entrega da soma pecuniária, tendo como correlativo o direito de crédito do credor beneficiário.

Não aderimos à tese da doutrina minoritária que considera o contrato de garantia autónoma como um negócio jurídico unilateral. Veja-se que, de acordo com o artigo 457.º do CC, aos negócios jurídicos unilaterais encontra-se ligado o princípio da tipicidade, pelo que, se considerássemos o contrato autónomo de garantia como um negócio jurídico unilateral, teríamos, forçosamente, de recusar a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português, uma vez que este é um negócio jurídico atípico<sup>794</sup>.

Ora, sendo o contrato autónomo de garantia um negócio jurídico atípico, por não ser, no nosso ordenamento jurídico e não só, regulado diretamente pela lei, não possui exigências de forma, o que nos leva à aplicação do artigo 219.º do CC, permitindo a este contrato, tão arriscado e tão complexo, a liberdade de forma.

Esta preocupação encontra abrigo nos pensamentos de Menezes Leitão<sup>795</sup>. Segundo este autor, em virtude do risco inerente a este tipo de contrato, torna-se imperativa a existência de um documento escrito, no que concerne à declaração do vinculado à garantia autónoma, o garante. Por outro lado, em relação à declaração de aceitação por parte do credor, o autor já não considera o mesmo grau de exigência, opinião essa que abraçamos, até porque, nas mais das vezes, a declaração do credor será tácita, ou seja, o contrato fica concluído “logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta”<sup>796</sup>. Contudo, e indo ao encontro do entendimento de Manuel Januário da Costa Gomes<sup>797</sup>, esta dispensa de declaração expressa de aceitação não é sinónimo de dispensa de aceitação.

Note-se, todavia, que a inexistência de um documento escrito no que concerne à declaração do garante não acarreta a nulidade da mesma, uma vez que, como referido supra, o contrato de garantia autónoma não possui exigências de forma. Contudo, a nosso ver, será sempre mais seguro a presença de um documento.

Perante todas estas características que enunciámos relativamente à relação que se estabelece entre o credor e o garante, o nosso foco direciona-se inevitavelmente para uma em especial: a automaticidade inerente à cláusula “*on first demand*”.

Muitas foram as questões que nos surgiram aquando do estudo desta tão invulgar característica. O nosso processo de pensamento foi, talvez, o comum. Começámos por estranhar a sua existência e, posteriormente, por entranhá-la, com as devidas reservas.

Mas as dúvidas e confusões persistem. Trataremos de as expor.

---

<sup>794</sup> Cortez, 1992, p. 530.

<sup>795</sup> Leitão, 2012, p. 127.

<sup>796</sup> Art. 234.º do CC.

<sup>797</sup> Gomes, 2000, p. 388.

A presença de uma cláusula à primeira interpelação no contrato autónomo de garantia coloca o Banco garante numa posição quase de sujeição, como se, por alguma razão (que até então se desconhece!), o direito do credor beneficiário de acionar a garantia tivesse a natureza de um direito potestativo. Neste sentido, nas palavras de Januário Gomes<sup>798</sup>, a este poder potestativo do beneficiário “corresponde, da parte do garante, uma sujeição: a constituição no dever de honrar a garantia, ou seja, do dever de pagar”<sup>799</sup>.

Note-se, todavia, que o garante poderá obstar à situação de “sujeição”, recusando-se a pagar, lançando mão dos (escassos) fundamentos que lhe permitem tal atitude, como veremos mais à frente.

Todavia, e ainda que possamos compreender a posição do sábio Januário Gomes, não cremos que o garante se encontre numa situação de sujeição. Veja-se que a obrigação do garante já existia, tornando-se exigível aquando interpelação do credor, de forma desmotivada, como fomos expondo ao longo da nossa análise, precisamente porque fora assim estabelecido no contrato de garantia autónoma. Isto é, o pagamento à primeira interpelação é uma das particularidades inerentes ao contrato de garantia autónoma “*on first demand*”, particularidade essa aceite e reconhecida pelas partes.

Concretizando: só poderíamos falar de uma situação de sujeição no caso da obrigação do garante nascer aquando da interpelação do credor, o que não acontece.

Ora, com esta cláusula aposta no contrato de garantia autónoma, o credor está seguro de que irá receber a prestação do garante, independentemente de qualquer controvérsia que possa existir entre este último e o devedor do contrato-base. Aliás, e entre nós, parece-nos ser o benefício mais gritante para o credor: este último exige a prestação da garantia sem ter o ónus de provar os fundamentos da sua pretensão.

Veja-se, com clareza, o que se passa.

Em virtude da cláusula “*on first demand*”, o credor pode, de forma automática, desmotivada e potestativa, interpelar o garante a cumprir.

Mas, note-se, o garante de uma garantia autónoma, seja ela simples ou à primeira solicitação, assume uma obrigação diferente da obrigação assumida pelo devedor da primeira relação jurídica, fruto do contrato celebrado pelo credor beneficiário e o devedor principal.

Isto é, não cumpre ao garante garantir a dívida alheia, *in casu*, do devedor do contrato-base. Tal obrigação é-lhe totalmente alheia. O compromisso assumido pelo garante de uma garantia autónoma é, notoriamente, distinto do compromisso levado a

---

<sup>798</sup> Gomes, 2010, p. 182.

<sup>799</sup> Gomes, 2010, p. 182.

cabo pelo fiador, ou, até, de um avalista. O garante de um contrato de garantia autónoma responsabiliza-se por assegurar o interesse do credor, não pelo pagamento de uma dívida alheia do garantido<sup>800</sup>.

Ora, tomando de empréstimo as palavras do ilustre Manuel Januário da Costa Gomes<sup>801</sup>, a função da garantia autónoma

não é garantir o cumprimento da obrigação do devedor principal (como, ao invés, acontece na fiança, onde o fiador garante o cumprimento de um débito de outrem, obrigando-se a realizar uma prestação de conteúdo idêntico à do devedor principal) mas a de assegurar a satisfação do interesse económico do beneficiário.

Surge de imediato a questão: qual a natureza jurídica da obrigação do garante? Qual a gênese daquilo a que o garante se obriga? Trataremos de expor o nosso pensamento sobre tal quesito no ponto 5 da presente análise.

Em suma, tornando-se claro que a obrigação assumida pelo garante é substancialmente diferente da obrigação do garantido, afigura-se-nos mais admissível a inclusão de uma cláusula “*on first demand*”, uma vez que a obrigação contraída pelo garante não está dependente do incumprimento do devedor principal para se tornar exigível.

A exigibilidade da obrigação contraída pelo garante depende apenas de uma coisa: da vontade do credor.

Esta modalidade de garantia certamente eleva ao mais alto nível o benefício atribuído ao credor; contudo, simetricamente, também eleva exponencialmente os riscos práticos para o devedor do contrato-base. Por tal motivo, a doutrina e a jurisprudência esforçaram-se por relativizar a autonomia e a automaticidade inerentes à garantia autónoma à primeira solicitação. Todavia, com muitas reservas, como se verá mais adiante.

## **5. A natureza jurídica da obrigação do garante no contrato de garantia autónoma: um *plus* de garantia**

Como já tivemos oportunidade de expor supra, a questão da natureza jurídica da obrigação do garante é um tema que também urge discutir.

Iniciaremos por uma desconstrução da obrigação a que o banco garante se encontra adstrito.

---

<sup>800</sup> Neste sentido, Ac. do TRL de 03/04/2014, que refere que “O garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (do garantido); não se trata de garantir o cumprimento da obrigação do devedor, mas antes de assegurar o interesse do credor beneficiário de tal garantia”.

<sup>801</sup> Gomes, 2010, p. 144.

Ora, o objeto imediato desta relação jurídica consiste na entrega de uma determinada quantia pecuniária<sup>802</sup> e, por outro lado, o próprio dinheiro a ser entregue constitui o objeto mediato.

Contudo, tendo sido fácil a identificação do objeto da obrigação do garante, o mesmo não se verifica no que toca à natureza jurídica da mesma.

Grande parte da doutrina entende que a obrigação tem natureza indemnizatória. Ora, de acordo com a linha de pensamento desta tese, o garante assegura ao credor certo resultado e, por conseguinte, responsabiliza-se de forma objetiva pela não verificação do mesmo. Isto é, “a obrigação a que se vincula é, assim, verdadeiramente indemnizatória, sendo assumida mesmo que o incumprimento não seja imputável ao devedor por resultar de uma circunstância fortuita ou de força maior”<sup>803</sup>.

No mesmo sentido, Mónica Jardim entende que a obrigação assumida pelo garante tem natureza indemnizatória, uma vez que este último “não se obriga a produzir o resultado que assegura, mas sim reparar um dano que a outra parte sofra”<sup>804</sup>.

De acordo com a nossa perspetiva, esse entendimento não procede. Por tal motivo, afigura-se-nos imperativo revisitar a obrigação de indemnização.

Ora, considerarmos que a obrigação do garante é uma obrigação de indemnização significa que certos pressupostos terão de se verificar, sendo estes o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Sabemos que a doutrina que defende o carácter indemnizatório da obrigação do garante vem invocar a presença de uma responsabilidade objetiva, pelo que prescinde de um dos requisitos: a culpa. Todavia, todos os outros terão de se verificar para que se possa falar de uma obrigação de indemnização.

Não podemos negar, contudo, a função da obrigação de indemnização: a reparação de um dano, independentemente de estarmos na presença de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Concretizando, “não existe constituição da obrigação de indemnização se não se verificar um dano”<sup>805</sup>.

Por conseguinte, considerando que a obrigação do garante tem carácter indemnizatório, qual é o dano que pretende reparar? Qual foi o prejuízo sofrido pelo beneficiário?

Não conseguimos dar resposta às perguntas acima expostas, isto porque, na nossa opinião, não existe qualquer dano, nem qualquer prejuízo sofridos pelo beneficiário e, a existir, nunca seriam imputáveis ao garante.

---

<sup>802</sup> Note-se que a obrigação do garante será sempre uma prestação pecuniária, ainda que obrigação decorrente do contrato-base seja de outra natureza.

<sup>803</sup> Cortez, 1992, p. 588.

<sup>804</sup> Jardim, 2002, pp. 230 e 231.

<sup>805</sup> Leitão, 2017, pp. 245 e 246.

Note-se que assistimos não só a uma subtração de certos pressupostos da obrigação de indemnização, como também a uma mudança da mesma. Em primeiro lugar, inexistente a necessidade de culpa do devedor e fixa-se previamente o quantum indemnizatório, como se de uma cláusula penal se tratasse. Em segundo lugar, não se apura a existência de um dano e, ao mesmo tempo, não se verifica qualquer prejuízo sofrido pelo beneficiário. E, por último (e talvez o mais chocante!), esta obrigação de indemnizar apresenta-se totalmente independente da obrigação principal.

É caso para dizer, com o devido respeito, que a autonomia inerente a este tipo de garantia é mágica, fazendo nascer uma obrigação de indemnização sem se verificar qualquer um dos pressupostos da mesma.

Ora, tomando de empréstimo a exposição de Francisco Cortez<sup>806</sup>, o contrato autónomo de garantia consegue uma tripla vantagem:

fazer o devedor responder – indiretamente através do garante que tem depois direito de regresso – ainda que o incumprimento não lhe seja imputável mas devido a circunstâncias fortuitas ou de força maior, recolhendo assim as vantagens da cláusula de garantia; operar uma liquidação prévia do dano dispensando o credor da sua prova, fazendo assim sua uma vantagem própria da cláusula penal; e finalmente, tornar, na prática, independentes a obrigação principal de prestar e a obrigação de indemnização.

No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte<sup>807</sup> consideram que “a garantia autónoma tem sido mais frequentemente usada como caução de uma eventual indemnização derivada do incumprimento contratual”.

Também Almeida Costa e Pinto Monteiro<sup>808</sup> entendem que na garantia autónoma o garante assegura ao credor um resultado, assumindo o risco da sua não produção. Assim, também estes autores reconhecem o carácter indemnizatório da obrigação do garante.

Ora, ainda que seja possível admitir a existência de uma obrigação de indemnização que se afasta das regras gerais, isto é, uma obrigação de indemnização em que o incumprimento não é imputável ao devedor, por se prescindir do requisito da culpa; ou que a quantia a entregar ao lesado seja previamente estabelecida e, por isso, teríamos uma indemnização calculada de forma abstrata, desligada do dano efetivamente sofrido, como é o caso da cláusula penal, não podemos aceitar a existência de uma obrigação de indemnização sem a existência de um prejuízo sofrido pelo credor,

---

<sup>806</sup> Cortez, 1992, p. 589.

<sup>807</sup> Martinez & Ponte, 2006, p. 51.

<sup>808</sup> Costa & Monteiro, 1986, p. 16.

prejuízo esse que teria, necessariamente, de ser causado pelo garante, na medida em que este último assume uma obrigação própria perante o beneficiário.

É por todas estas razões que não conseguimos entender como se pode imputar um caráter indenizatório à obrigação do garante.

Ora, para ser passível de impor a alguém, *in casu*, ao garante, o dever de indenizar, será sempre necessário que os prejuízos lhe sejam imputáveis. cremos que tal não se verifica.

Ademais, note-se que do dever de prestar se assiste a uma evolução para o dever de indenizar. Significa que, incumprido o dever de prestar, surge esse primário, surge o dever de indenizar, esse secundário. O dever de indenizar será sempre um sucedâneo do dever de prestar<sup>809</sup>.

Contudo, quem entende estarmos na presença de uma obrigação de indenização pretende inculcar a ideia de uma independência do dever de prestar relativamente ao dever de indenizar. Isto é, o dever de prestar caberia ao devedor do contrato-base, ao passo que o dever de indenizar caberia ao garante.

Ora, não conseguimos acompanhar este entendimento. O dever de indenizar só será imputável ao garante na hipótese de lhe ser imputável o prejuízo que emerge do incumprimento do dever de prestar. Concretizando: só poderíamos atribuir a natureza indenizatória à obrigação do garante se este último incumprisse a sua obrigação para com o beneficiário, ou seja, o seu dever de prestar, visto que, e perdoe-se-nos a insistência, o garante assume uma obrigação própria!

Urge clarificar que estamos cientes da possibilidade de uma obrigação ser, na sua génese, uma obrigação de indenização, isto é, não ter de ser, obrigatoriamente, um sucedâneo do dever de prestar, mas assumir-se, *ab initio*, como uma obrigação de indenização.

De facto, tal realidade não é impossível de conceber, basta-nos pensar no contrato de seguro, em que uma das partes (o segurador) se obriga, contra o pagamento de certa importância (prémio), a indenizar um terceiro, pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos. Aqui, a obrigação do segurador assume uma natureza puramente indenizatória.

De todo o modo, também estamos esclarecidos que não é essa a natureza da obrigação assumida pelo garante no contrato autónomo de garantia.

Contra a tese por nós defendida vêm os defensores da natureza jurídica indenizatória da obrigação do garante dizer que se trata de uma responsabilidade objetiva e, por tal motivo, não depende de culpa do devedor principal. Por conseguinte, o garante terá de responder, ainda que o incumprimento não seja imputável ao devedor.

---

<sup>809</sup> Gomes, 2010, p. 33.

Também não procede.

Não está aqui em causa tratar-se de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Trata-se, na verdade, de não ser possível atribuir a obrigação de indemnizar ao garante, uma vez que nenhum dano lhe é imputável. Isto é, em sede da qualificação da natureza jurídica da obrigação do garante, é totalmente irrelevante se o possível incumprimento do devedor do contrato-base depende ou não de culpa, isto porque nada disso tem influência no tipo de obrigação a que o garante está adstrito! E não influencia, e mais uma vez urge repetir, na medida em que a obrigação do garante é autónoma em relação à obrigação do devedor principal. E, sendo isto verdade, que sentido faria qualificarmos a obrigação do garante através de contingências da relação jurídica estabelecida entre o credor e o devedor principal?

Parece-nos, com o devido respeito, que nenhum destes aspetos é cabalmente explicado pela doutrina dominante.

Na verdade, esta estabelece como máxima que o garante não poderá opor ao beneficiário qualquer circunstância relativa à relação jurídica entre o credor e o devedor principal. Contudo, atribui natureza indemnizatória à obrigação do garante com base no incumprimento do devedor principal, incumprimento esse relativo à relação jurídica entre este último e o beneficiário.

Ao mesmo tempo que entende que a obrigação do garante é de índole indemnizatória, aceita pacificamente que a obrigação do garante é própria, ou seja, autónoma da do devedor principal<sup>810</sup>. Ora, mais uma vez com o devido respeito, parece que estamos perante um paradoxo difícil de explicar.

Ademais, encontramos na doutrina e na jurisprudência a ideia de que a soma pecuniária que o garante se obriga a entregar a favor do credor se traduz na fixação de uma indemnização antecipada. Melhor dizendo, numa cláusula penal.

Veja-se, nesse sentido, o aresto do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/12/2010 (Proc. n.º 5165/06.5TVLSB.L1-2, Relator: Ana Paula Boularot), que admite expressamente que a garantia autónoma à primeira solicitação e a cláusula penal desempenham a mesma dupla função: ressarcitória e coercitiva. Refere, ainda, que ambas fixam à partida a indemnização a prestar no caso de incumprimento, ou de cumprimento inexacto (através dela as partes pré-avaliam e liquidam o dano de uma forma “*forfaitaire*” e preventiva) – com a imediata satisfação daquela indemnização no caso da garantia –, e, por outro lado, ambas atuam como meio de pressão ao exato e pontual cumprimento da obrigação.

---

<sup>810</sup> Atente-se, neste sentido, nas palavras de Jardim, 2002, p. 181, “O garante assume uma obrigação de indemnização baseada na responsabilidade objetiva, obrigação essa que é própria e distinta da obrigação cujo cumprimento garante. Obrigação que é autónoma e independente e que, de forma alguma, se molda sobre a obrigação do devedor do contrato base (de prestar ou indemnizar)”.

Também a doutrina italiana, na voz de Luciano Pontiroli<sup>811</sup>, admite que as partes do contrato base, o devedor principal e o credor, tendo como objetivo cobrir o risco do contrato, convencionam sanções aplicáveis independentemente da prova de incumprimento por parte do devedor, acordando que esse pagamento deverá ser efetuado por um terceiro, *in casu*, o garante. Isto é, para este autor, o garante de uma garantia autónoma paga o que era devido pelo devedor do contrato-base, por força de uma cláusula penal.

Ora vejamos, de forma muito breve, em que consiste a cláusula penal.

De acordo com os ensinamentos de Pinto Monteiro<sup>812</sup>, a cláusula penal é a estipulação mediante a qual as partes convencionam antecipadamente – isto é, antes de ocorrer o facto constitutivo de responsabilidade – uma determinada prestação, normalmente, uma quantia em dinheiro, que o devedor deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (*maxime* em tempo) da obrigação.

Importa, ainda, atentar no que explica o autor citado, quando refere que o “devedor só incorre na pena caso tenha procedido com culpa”<sup>813</sup>.

Ora, não nos parece que a obrigação do garante se traduza numa indemnização antecipada. Aliás, como referiu Pinto Monteiro, essa quantia pecuniária fixada antecipadamente apenas será exigível ao devedor em caso, e no momento, do não cumprimento ou do não cumprimento perfeito. E mais, como afirma Pinto Monteiro<sup>814</sup>, “com a cláusula penal (...) parece não poder recusar-se a uma natureza mista: indemnizatória e sancionatória”. Parece-nos evidente que, pelo menos no que concerne à função sancionatória, a culpa será um elemento essencial, ou seja, a exigibilidade da cláusula penal pressupõe a existência de um incumprimento culposos.

Vejamos.

Em primeiro lugar, e parece-nos que nunca será demais frisar, a obrigação do garante é autónoma em relação à obrigação do devedor do contrato-base. Este assume uma obrigação própria, o que o impede, desde logo, de assumir a responsabilidade por algo que lhe é alheio. Questionamo-nos como se pode entender a obrigação do garante como uma obrigação de indemnização, sob a forma de uma cláusula penal ou não, quando nos estamos a referir a uma obrigação que não é acessória da obrigação do devedor principal.

Veja-se que, no caso das garantias clássicas, como a fiança e o aval, a obrigação do garante tem, precisamente, a natureza jurídica de garantia. A diferença, no caso das

---

<sup>811</sup> Pontiroli, 1992, pp. 63 e ss.

<sup>812</sup> Monteiro, 2003, p. 136.

<sup>813</sup> Monteiro, 1990, p. 683.

<sup>814</sup> Monteiro, 2003, p. 147.



garantias autónomas, é a autonomia dessa obrigação em relação ao contrato-base e, em virtude de tal autonomia, o garante não assume o cumprimento de uma dívida alheia, mas o de assegurar o interesse económico do beneficiário. De todo o modo, e no nosso entendimento, tal tem, notoriamente, uma função de garantia e não de indemnização.

Partilhamos a opinião versada no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/04/2014 (Proc. n.º 5063/11.0TBOER.L1-6, Relator: Ana Lucinda Cabral) quando considera existir uma confusão de institutos entre a garantia autónoma e a cláusula penal, acrescentando o seguinte:

a garantia bancária em apreciação só pode ser entendida como um aumento de garantia de cumprimento das obrigações contratuais, traduzido na intervenção de um Banco que se obriga, *prima facie*, a pagar determinada quantia estipulada. Não podemos admitir que a garantia autónoma traduza a fixação de uma indemnização antecipada, mas sim um acréscimo de garantia em relação à garantia que é património do devedor.

No mesmo sentido, veja-se o aresto do Tribunal da Relação do Porto de 16/05/2017 (Proc. n.º 1614/13.4TJPRT.P1, Relator: Márcia Portela), que também assume a clara distinção entre a garantia autónoma e a cláusula penal, afirmando que “a garantia bancária *“on first demand”* é uma garantia pessoal que reforça a garantia geral das obrigações, não configurando uma fixação antecipada do dano”.

Posto isto, e não obstante já o tendo demonstrado ao logo do presente capítulo, não podemos concordar que o garante se obrigue a uma obrigação de indemnização que, uma vez estipulada antecipadamente, seria configurada como uma cláusula penal.

Temos de ter presente, no nosso raciocínio jurídico, que o garante apenas se responsabiliza pelo pagamento de uma obrigação própria, não pelo incumprimento da obrigação do devedor do contrato-base. Aliás, tal afigura-se-nos inconcebível, uma vez que o garante se encontra totalmente alheio à relação que se estabelece entre o beneficiário e o devedor/mandante. É importante nunca olvidar que a obrigação do garante não se subordina à obrigação do devedor do contrato-base!

Neste sentido, perguntamos: como podemos aceitar, pacificamente, que a natureza jurídica da obrigação do garante seja de cariz indemnizatório?

Ora, com todo o respeito pelos defensores dessa tese, não podemos e não devemos acolher tal entendimento!

Aquilo a que o garante se obriga tem a natureza jurídica de garantia, apesar de ser uma obrigação autónoma à do devedor do contrato-base. É um *plus* de garantia, e nada mais.

## 6. O direito do garante após a prestação da garantia: sub-rogação ou direito de reembolso?

Tendo o garante entregue ao credor a quantia pecuniária fixada, terá, naturalmente, direito ao reembolso, reembolso esse que será levado a cabo pelo devedor do contrato-base.

Ora, este direito de reembolso também será efetuado à primeira solicitação, ou seja, o devedor não poderá opor ao garante exceções relativamente ao seu crédito com o beneficiário, devendo, por seu turno, entregar automaticamente a quantia ao garante.

Note-se que, como foi exposto anteriormente, entre o devedor principal e o garante estabelece-se um mandato sem representação e, nos termos do artigo 1182.º do Código Civil, o mandante deverá reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de mandato.

Contudo, e erroneamente, parece-nos, alguma doutrina parece utilizar de forma indiscriminada a expressão direito de reembolso e sub-rogação, o que (disso não há dúvidas) são direitos diferentes. Outros assumem perentoriamente que estamos perante o instituto da sub-rogação, o que não podemos subscrever, pelas razões que apresentaremos.

Veja-se, a título de exemplo, Menezes Leitão<sup>815</sup>, que refere, relativamente à garantia autónoma, que “após efetivação da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do art. 592.º”.

Ora, a sub-rogação<sup>816</sup> consiste na

situação que se verifica quando, cumprida uma obrigação por terceiro, o crédito respetivo não se extingue, mas antes se transmite por defeito desse cumprimento para terceiro que realiza a prestação ou forneceu os meios necessários para o cumprimento<sup>817</sup>.

Isto é, com sub-rogação, o sub-rogado torna-se titular do mesmo direito de crédito que pertencia ao credor primitivo porque realizou a prestação devida pelo devedor. Assiste-se, na sub-rogação, a uma identidade do vínculo obrigacional<sup>818</sup>.

Por outro lado, no direito de reembolso surge um direito *ex novo* na esfera jurídica daquele à custa de quem a relação se considerou extinta<sup>819</sup>.

Parece-nos que se torna claro, após a explicitação do que é a sub-rogação, que não é isso que se passa na garantia autónoma.

---

<sup>815</sup> Leitão, 2017, p. 342.

<sup>816</sup> Arts. 589.º e ss. do CC.

<sup>817</sup> Leitão, 2017, p. 33.

<sup>818</sup> Gomes, 2000, p. 887.

<sup>819</sup> Varela, 2012, p. 346.

Na garantia autónoma, como tivemos oportunidade de expor ao longo da nossa dissertação, o garante assume uma obrigação própria, não subordinada à obrigação do devedor principal. Assim sendo, o garante não cumpre a obrigação do devedor, mas uma obrigação própria. Logo, em momento algum poderia o garante tornar-se titular do mesmo direito de crédito do beneficiário, uma vez que o garante nunca se obriga ao cumprimento da obrigação assumida pelo devedor principal.

Relembre-se que entre o devedor e o garante se celebra um contrato de mandato e, segundo o artigo 1157.º do CC, o mandato é “o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Mais especificamente, celebram um mandato sem representação, ou seja, ainda que seja por conta do mandante, o mandatário age em nome próprio<sup>820</sup>.

Ora, neste sentido, repare-se que o artigo 1167.º, al. b) do CC estabelece, como obrigação do mandante, o dever de “reembolsar o mandatário das despesas feitas que este fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais desde que foram efetuadas”.

Neste sentido, e se dúvidas não existem quanto à qualificação da relação entre o devedor principal e o garante como um mandato sem representação, entendemos que o garante tem direito ao reembolso, direito esse que decorre do regime do contrato de mandato<sup>821</sup>.

Por tal motivo, “o garante terá direito de reembolso em função do contrato de mandato estabelecido com o dador de ordem e não por sub-rogação nos direitos do credor do contrato-base (beneficiário)”<sup>822</sup>.

## **7. Os limites da autonomia e da automaticidade na garantia autónoma “*on first demand*”**

Como fomos expondo ao longo da nossa análise, o garante tem de pagar assim que o credor o interpele para tal, uma vez que estamos na presença de uma garantia autónoma à primeira solicitação. Em suma: “primeiro paga, discute depois”.

Mas será assim tão linear? Não existirão limites à automaticidade da garantia autónoma?

Cremos que existem, pelo que importa explicá-los.

Primeiro, convém voltar a reforçar a ideia de que, relativamente às relações entre devedor e garante, e entre garante e credor, a regra é a inoponibilidade face ao

---

<sup>820</sup> Ver art. 1180.º do CC.

<sup>821</sup> Jardim, 2002, p. 313.

<sup>822</sup> Ataíde, 2007, pp. 190 e 191.

beneficiário. Por outro lado, quanto à relação estabelecida entre o garante e o beneficiário, a regra é a da oponibilidade ao credor.

Ou seja, se dúvidas não existem no que toca à possibilidade de o garante invocar as exceções relativas à sua relação com o beneficiário, o mesmo não se verifica relativamente à sua relação com o devedor do contrato-base e/ou da relação entre o credor e o devedor do contrato-base.

Isto porque, e como tivemos oportunidade de referir na presente dissertação, a obrigação do garante prossegue fins próprios, sendo autossuficiente e autónoma em relação à obrigação do devedor do contrato-base<sup>823</sup>.

Entre nós, não podemos negar a importância da existência de situações que tornem a recusa de pagamento por parte do garante legítima, uma vez que é notória a situação frágil em que se encontra o devedor principal (bem mais do que o garante!) perante eventuais abusos do beneficiário<sup>824</sup>.

Ora, existem certos casos em que o garante pode – e deve – recusar de forma legítima a prestação a que está obrigado por força do contrato de garantia autónoma.

Ainda que se trate de uma tarefa complexa, parte da doutrina tentou enumerar alguns dos casos em que o garante se poderia escusar ao pagamento da quantia pecuniária ao beneficiário. Iremos revisitar esses casos.

De uma forma geral, o garante poderá furtar-se à sua obrigação sempre que se verificar que o beneficiário agiu de manifesta má-fé, exercendo o seu direito de forma abusiva e na circunstância de a causa subjacente ao contrato-base ser ilícita e, por tal motivo, contrária à ordem pública.

No que toca à exceção de fraude, vêm a doutrina<sup>825</sup> e a jurisprudência<sup>826</sup> admitir a escusa do pagamento por parte do garante sempre que seja evidente a fraude ou patente a má-fé do beneficiário.

Ora, esta exceção tem como base legal o artigo 334.º do Código Civil, que torna ilegítimo o exercício de um direito sempre que o mesmo ultrapasse manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Direito esse que, se não fosse exercido de forma manifestamente abusiva, seria totalmente legítimo.

Note-se que a parte que abusa do direito, *in casu*, o beneficiário, atua de forma aparentemente legítima, na medida em que o direito existe na sua esfera jurídica, mas fá-lo de uma forma que fere o sentido de justiça dominante.

---

<sup>823</sup> Cordeiro, 2016, p. 852.

<sup>824</sup> Correia, 1982, p. 258.

<sup>825</sup> Neste sentido, Galvão Teles, Almeida Costa e Pinto Monteiro, João Simões Patrício, Mónica Jardim, Maria do Rosário Epifânio.

<sup>826</sup> Neste sentido, veja-se Ac. do STJ de 13-11-2014 (Proc. n.º 4103/12.0TBSXL-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos).

Atente-se, contudo, que é necessário, para se considerar o exercício desse direito abusivo, que o garante demonstre factos concretos (prova líquida!), através dos quais seja inerente concluir que o beneficiário agiu de forma manifestamente ilegítima, ou seja, de má-fé. Significa isto que uma simples suspeita de abuso de direito por parte do credor não será suficiente<sup>827</sup>.

Sucedem que, e como sabemos, o conceito de má-fé patente, abuso manifesto ou fraude evidente não é claro. Ainda que existam situações em que se torna fácil a apresentação dessa “prova líquida”, cremos que muitas vezes não será.

Ora, entendemos, por um lado, que a tarefa do garante tenha de ser dificultada neste campo, uma vez que, se este último pudesse facilmente escusar-se da sua obrigação, a natureza jurídica da garantia autónoma “*on first demand*” adulterar-se-ia, o que não podemos admitir.

Neste sentido, como doutamente apontam Almeida Costa e Pinto Monteiro<sup>828</sup>, “exceto em caso de fraude manifesta, o banco deve honrar de imediato o seu compromisso”.

Assim sendo, têm a doutrina e a jurisprudência admitido, a título de exemplo, como um caso flagrante de fraude, de má-fé evidente, o acionamento da garantia por parte do beneficiário quando o devedor principal já cumpriu.

Contudo, e nunca será demais reforçar, o garante só poderá recusar a prestação da garantia se tiver na sua posse prova líquida, clara, evidente da má-fé do beneficiário. Veja-se, neste sentido, o Ac. do STJ de 13-11-2014, que entende que, para proceder a escusa de pagamento por parte do garante, “é necessário que seja colocada à sua disposição prova ‘líquida e inequívoca’ da ‘ má-fé patente’, da ‘ fraude evidente’ ao ponto de ‘ entrar pelos olhos dentro’”.

Ora, cumpre-nos esclarecer, parece-nos, o que se deve entender por “prova líquida”.

No que toca à densificação deste conceito, a doutrina apresenta-nos posições diferentes em relação ao tipo de prova admissível para o efeito. Vejamos.

Há quem entenda, na doutrina italiana, que a fraude ou abuso do direito poderá ser comprovada através de qualquer um dos meios de prova legalmente admissíveis<sup>829</sup>.

Para a doutrina maioritária<sup>830</sup>, será lícito o recurso à prova documental de imediata interpretação<sup>831</sup>.

---

<sup>827</sup> Jardim, 2002, p. 291.

<sup>828</sup> Costa & Monteiro, 1986, p. 20.

<sup>829</sup> Bozzola, 1992, p. 751, *apud* Jardim, 2002, p. 293.

<sup>830</sup> Jardim, 2002, p. 293; Telles, 1988, p. 290, entre outros.

<sup>831</sup> Jardim, 2002., p. 293.

Quanto a nós, cremos que a prova documental satisfaz de forma completa o conceito de “prova líquida”, “irrefutável”. De todo o modo, e abraçando o entendimento de Mónica Jardim<sup>832</sup>, no caso de a fraude/abuso do direito se reportar a factos extremamente complexos, concordamos que um mero documento não seja suficiente. Ora, neste caso, a autora entende que será necessária uma sentença judicial transitada em julgado.

Por conseguinte, torna-se claro que o ónus da prova recai sobre o garante, pelo que, tendo este últimas dúvidas em relação à existência de fraude, abuso de direito ou má-fé por parte do beneficiário, resta-lhe apenas pagar primeiro e, posteriormente, discutir.

No que diz respeito ao segundo grupo de casos, entende-se que o garante pode recusar a prestação da garantia em virtude de ilicitude do contrato-base, por ser contrário à ordem pública ou aos bons costumes.

Ora, compreendemos que *prima facie* se estranhe este fundamento, na medida em que o garante se estaria a escusar a prestar a garantia por contingências inerentes à relação entre o credor e o devedor principal. Contudo, veja-se atentamente: a causa do contrato de garantia autónoma é, precisamente, a função de garantir o contrato-base, logo, sendo este último nulo, por ser contrário à ordem pública e aos bons costumes, por identidade de razão, o contrato autónomo também o será<sup>833</sup>.

Tomando de empréstimo as sábias palavras de Almeida Costa e Pinto Monteiro<sup>834</sup>, “se o contrato garantido (o contrato-base) ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia”.

Ora, a maioria dos autores que preconiza a exceção da ilicitude da causa como um dos casos que legitima o garante a escusar-se a prestar a garantia entende (e bem!) que uma norma imperativa, como aquela que consta do artigo 280.º do CC, tem, necessariamente, de prevalecer em relação à regra da inoponibilidade<sup>835</sup>.

---

<sup>832</sup> *Idem.*

<sup>833</sup> Jardim, 2002, p. 284.

<sup>834</sup> Costa & Monteiro, 1986, p. 22.

<sup>835</sup> Jardim, 2002, p. 284.

## Conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos tecer as considerações finais.

Pelo exposto em todas as páginas anteriores, tivemos como intenção refletir sobre a génese da garantia autónoma “*on first demand*”, as relações que dela emergem, e as particularidades que fazem dela uma figura única.

A figura da garantia autónoma, em especial, acompanhada da cláusula “*on first demand*”, na nossa modesta opinião, merece ser estudada, pensada, debatida. É uma figura peculiar, tendo tanto de interessante como de complexa.

Nesta viagem jurídica, deparámo-nos com uma questão que, se outrora não gerava qualquer controvérsia, hoje talvez possamos olhar com outros olhos. Referimo-nos à natureza jurídica da obrigação do garante na garantia autónoma “*on first demand*”.

No decorrer do nosso estudo, aquilo que mais ocupou o nosso pensamento foi, sem sombra de dúvida, a natureza jurídica da obrigação do garante. Começámos por analisar o entendimento da doutrina e concluímos que, de forma aparentemente unânime, todos aqueles que se debruçaram sobre o assunto, e que oportunamente citámos, entendiam que a obrigação do garante era de cariz indemnizatória.

Cremos que, ao longo da nossa exposição, notória se tornou a nossa discórdia. E discordamos, além de todos os argumentos que já expusemos nas páginas anteriores e, por isso, nos abstermos aqui de repetir, por entendermos que, considerando toda a lógica da garantia autónoma “*on first demand*”, julgar a natureza jurídica da obrigação do garante de carácter indemnizatório consubstanciar-se-ia num paradoxo difícil de explicar.

Veja-se que o garante assume uma obrigação própria, obrigação essa autónoma em relação à do devedor principal. Seguindo tais máximas, pareceu-nos que a qualificação da sua obrigação deveria estar em consonância com as mesmas. Assim sendo, não abraçamos o entendimento de que a natureza jurídica da sua obrigação seja indemnizatória.

Concretizando, entendemos que a natureza jurídica da obrigação do garante, que tanto tempo “habitou” na nossa mente, tem a natureza jurídica de garantia. É um *plus* de garantia, e nada mais.

## Bibliografia

ATAÍDE, D.M. (2007). A garantia autónoma e a fiança: Distinções e divergências. In Sinde Monteiro, J. (coord.). *Garantia das obrigações – Publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, J.C.M. (1971). *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Livraria Sá da Costa Editora.

BRANCO, M.C. (1993). A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 61 a 83.

CAMPOS, D.L. (1980). *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A.M. (2016). *Direito bancário*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.

CORREIA, F. (1982). Notas para o estudo do contrato de garantia bancária. *Revista de Direito e Economia*, n.º 2, pp. 247 a 258.

CORTEZ, F. (1992). A garantia bancária autónoma – Alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 513 a 609.

COSTA, A. & PINTO, M. (1986). Garantias bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer). In *Coletânea de jurisprudência*, Tomo IV, pp. 15 a 34.

GOMES, M.J.D.C. (2000). *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*. Coimbra: Almedina.

GOMES, M.J.D.C. (2010). *Estudos de direito das garantias*, vol. II. Coimbra: Almedina.

JARDIM, M. (2002). *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina.

JORGE, F.P. (1961). *O mandato sem representação*. Edições Ática.

LEITÃO, L.M.T.M. (2017). *Direito das obrigações*, vol. II, 11.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

LEITÃO, L.M.T.M. (2012). *Garantias das obrigações*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P.R. & PONTE, P.F.D. (2006). *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, P. (2003). *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, P. (1990). *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina.

PATRÍCIO, S. (1983). Preliminares sobre a garantia “on first demand”. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 677 a 718.

PINHEIRO, J.D. (1992). Garantia bancária autónoma. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 417 a 465.

PINTO, C.A.M. (1982). *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina.

PONTIROLI, L. (1992). *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: Un contributo alla lettura del sistem* (Le monografie di Contratto e impresa). CEDAM-PADOVA.

REGO, M.L. (2008). Contrato de seguro e terceiros – Estudo de direito civil. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR\\_TD\\_2008.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR_TD_2008.pdf).

SERRA, A.P.S.V. (1957). Fiança e figuras análogas. *BMJ*, n.º 71, pp. 19 e ss.

TELLES, I.G. (1988). Garantia bancária autónoma. *O Direito*, vol. 3-4 (jul-dez).



TELLES, I.G. (2010). *Manual dos contratos em geral*, Reimpressão da 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

VARELA, J.M.A. (2012). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.<sup>a</sup> reimpressão da 7.<sup>a</sup> Edição de 1997. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, L.M.P.D. (2009). O seguro financeiro na reforma do direito dos seguros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 6, pp. 361-389.

## **Jurisprudência**

Acórdão do TRG, de 19/03/2013 (Proc. n.º 5231/12.8TBBERG-A.G1, Relator: Filipe Carço), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do TRL, de 14/12/2010 (Proc. n.º 5165/06.5TVLSB.L1-2, Relator: Ana Paula Boularot), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do TRL, de 03/04/2014 (Proc. n.º 5063/11.0TBOER.L1-6, Relator: Ana Lucinda Cabral), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do TRP, de 16/05/2017 (Proc. n.º 1614/13.4TJPRT.P1, Relator: Márcia Portela), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do STJ, de 09/02/2006 (Proc. n.º 06B024, Relator: Salvador da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 2 de novembro de 2019.

Acórdão do STJ, de 22/05/2014 (Proc. n.º 724/12.0YYPRT -A.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do STJ, de 13/11/2014 (Proc. n.º 4103/12.0TBSXL-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

**O contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico  
português**

**O designado “direito ao arrependimento” da mulher gestante**

Catarina Sofia Martins de Almeida

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

À minha família.  
À memória dos meus avós.

“Para ser grande, sê inteiro: nada  
Teu exagera ou exclui.  
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és  
No mínimo que fazes.  
Assim em cada lago a lua toda  
Brilha, porque alta vive”

## **Agradecimentos**

Certo será dizer que a elaboração do presente estudo não teria sido possível sem o contributo de várias pessoas, a quem estou eternamente grata.

Aos meus pais, a quem devo tudo o que sou. Por todo o amor e amparo incondicional, que vai muito para além do que as palavras possam descrever. Por encetarem todos os esforços para que esta dissertação e todo o meu percurso académico fossem possíveis. Por isso e muito mais...

À minha irmã, por caminhar comigo lado a lado em todas as etapas da minha vida. Por viver as minhas conquistas como se suas se tratassem, e por me amparar as quedas.

Aos meus avós, que tanto amo. Por ditarem os melhores exemplos a seguir e por me ensinarem o que é o amor. Devo-lhes muito!

À minha família e amigos, por estarem sempre lá para mim.

Às minhas grandes amigas, por todas as palavras de carinho e incentivo. Por me mostrarem que a família extravasa os laços de sangue.

Em particular, à Catarina, por acreditar em mim quando nem eu própria acredito, por ser companheira de curso e de vida, e pelas memórias, tantas, que levo comigo para a vida...

Uma palavra de apreço à minha orientadora, Professora Doutora Rita Lobo Xavier, pela sábia orientação, disponibilidade e apoio prestado.

A todos, o meu profundo e sincero agradecimento!

## **Resumo**

O presente estudo analisa o regime da gestação de substituição no ordenamento jurídico português. Foi introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, na Lei da Procriação Medicamente Assistida, derrogando a versão originária que a proibia expressamente e cominava com a nulidade os eventuais negócios celebrados, sendo, em tal situação, considerada como mãe a mulher que desse à luz. Designa-se como gestação de substituição qualquer situação em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a “entregar” a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade, sendo admitida apenas a título excecional, verificados determinados pressupostos. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade de algumas normas do seu regime (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 225/2018 e 465/2019). São abordados aspetos do contrato de gestação de substituição como as características do mesmo, as consequências da sua invalidade, os modos de constituição dos vínculos da filiação da criança nascida com recurso a este contrato, o “direito ao arrependimento” da gestante, o incumprimento do contrato, e a rutura do compromisso com o projeto parental nas suas diferentes fases. O estudo conclui que as exigências impostas pelo Tribunal Constitucional quanto ao direito de desvinculação imotivada da gestante poderão implicar a inadmissibilidade de princípio do contrato de gestação de substituição, na medida em que lhe retira uma característica que constitui o seu núcleo essencial. A consagração de um regime de acordo com os ditames do Tribunal Constitucional significará que a gestação de substituição em Portugal não seja uma verdadeira gestação de substituição, e que a parturiente não seja uma autêntica gestante de substituição.

**Palavras-chave:** Procriação medicamente assistida; contrato de gestação de substituição; “direito ao arrependimento” da gestante de substituição.

## **Abstract**

The present work analyses the surrogacy regime in the Portuguese legal system. Surrogacy can be defined as any situation in which a woman is willing to carry a pregnancy on behalf of another person and to “surrender” the child right after birth, thereby renouncing both the powers and duties of motherhood. This regime was introduced in the Medically-Assisted Procreation Law by Law no. 25/2016, dated 22 August, derogating the original version, which expressly prohibited it, menaced with nullity any contracts celebrated, and considered the woman who gave birth as the mother. The Portuguese Constitutional Court, though, ruled on the unconstitutionality of some rules of the regime, issuing Decisions No. 225/2018 and 465/2019. In this study, we will address several aspects of the surrogacy contract. We will go through its characteristics, the consequences of its invalidity, the filiation of the child born by thereunder, the “right to repent” of the surrogate mother, the breach of the contract, and the rupture of the commitment to the parental project in its different phases. The conclusion is that the requirements imposed by the Constitutional Court regarding the surrogate’s right to unmotivated untying may imply the inadmissibility of the principle of the surrogacy contract. This is why the establishment of a regime in accordance to the Constitutional Court’s dictates will mean that the surrogacy in Portugal is not a true surrogacy and that the pregnant woman is not an authentic surrogate.

**Keywords:** Medically-assisted procreation; surrogacy contract; “right to repent” of the surrogate mother.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|            |                                                       |
|------------|-------------------------------------------------------|
| Ac./Acs.   | Acórdão(s)                                            |
| Al./Als.   | Alínea(s)                                             |
| AR         | Assembleia da República                               |
| Art./Arts. | Artigo(s)                                             |
| CC         | Código Civil                                          |
| CDHBiom    | Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina |
| Cf.        | Conferir                                              |
| CNECV      | Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida   |
| CNPMA      | Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida |
| CP         | Código Penal                                          |
| CRC        | Código do Registo Civil                               |
| CRP        | Constituição da República Portuguesa                  |
| DR         | Decreto Regulamentar                                  |
| Ed.        | Edição                                                |
| IRG        | Instituto dos Registos e do Notariado                 |
| IVG        | Interrupção Voluntária da Gravidez                    |
| LPMA       | Lei da Procriação Medicamente Assistida               |
| N.º/n.ºs   | Número(s)                                             |
| P./pp.     | Página(s)                                             |
| PMA        | Procriação Medicamente Assistida                      |
| PR         | Presidente da República                               |
| ss.        | Seguintes                                             |
| TC         | Tribunal Constitucional                               |
| Vd.        | <i>Vide</i>                                           |
| Vol.       | Volume                                                |

## **Advertência**

Todas as referências legais sem indicação expressa do diploma a que se reportam devem considerar-se referentes à Lei n.º 32/2006 na sua redação atual.



# Índice

## Introdução

### I. Evolução da regulação da gestação de substituição na lei portuguesa

#### 1. Versão originária da LPMA

#### 2. Principais alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006

##### 2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho

###### 2.1.1. Âmbito subjetivo

###### 2.1.2. Âmbito objetivo

##### 2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto

###### 2.2.1. Da proibição absoluta à admissibilidade legal

###### 2.2.2. Da “maternidade de substituição” à “gestação de substituição”

###### 2.2.3. Noção legal de gestação de substituição

#### 3. A declaração de inconstitucionalidade de algumas normas do regime da gestação de substituição

### II. O contrato de gestação de substituição na lei portuguesa

#### 1. Traços essenciais do “modelo português de gestação de substituição”

#### 2. Caracterização do contrato de gestação de substituição

##### 2.1. Objeto

##### 2.2. Natureza

##### 2.3. Sujeitos da relação jurídica

###### 2.3.1. Os autores do projeto parental

###### 2.3.2. A prestadora do serviço

#### 3. O estabelecimento da filiação – *Mater semper certa est?*

##### 3.1. A inscrição no Registo Civil das crianças nascidas por recurso à gestação de substituição

#### 4. A (in)validade do contrato de gestação de substituição

##### 4.1. As consequências da aplicação do regime da nulidade no contrato de gestação de substituição

### III. O “direito ao arrependimento” da gestante de substituição: a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases

#### 1. A gestante de substituição como beneficiária de técnica de PMA e o consentimento informado

#### 2. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de recusa imotivada da mulher “ainda não gestante” em prosseguir o processo terapêutico

#### 3. O “arrependimento” ulterior à transferência do embrião

##### 3.1. A (in)admissibilidade do abortamento provocado no decurso da gravidez

###### 3.1.1. O abortamento involuntário

### 3.1.2. O abortamento voluntário

4. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de a mulher depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/a

4.1. O TC e a consagração legal do direito à desvinculação imotivada da gestante de substituição

4.2. A incompreensível dissociação entre o modelo de gestação de substituição e o regime que o concretiza

4.3. A gestação de substituição e a consideração dos direitos em colisão

4.4. O exercício do “direito ao arrependimento” por parte da gestante e o estabelecimento da paternidade relativamente ao seu/sua filho/a

Conclusões

Referências bibliográficas

## **Introdução**

O debate em torno da gestação de substituição é de grande complexidade, suscitando múltiplas questões em vários domínios, sendo evidente a ausência de consenso a nível jurídico, ético, moral e político.

O desejo de ser mãe ou de ser pai é inerente a grande parte dos seres humanos; no entanto, a sua concretização pode ser perturbada pela impossibilidade física ou biológica de um ou de ambos os autores do projeto parental.

Os novos paradigmas associados aos avanços biotecnológicos e científicos no contexto das técnicas de PMA e da gestação de substituição deram lugar à pretensão de os autores de um projeto parental fazerem derivar a respetiva parentalidade da sua vontade materializada num contrato.

A análise da evolução da regulação da PMA e da gestação de substituição no ordenamento português torna-se necessária, devendo prestar-se particular atenção às diferenças entre o regime anterior e o atual. Quais foram as principais alterações introduzidas? Como se caracteriza atualmente o contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico português?

O TC veio exigir a consagração do direito de a gestante revogar o consentimento prestado após o nascimento da criança, o que levanta muitas dificuldades. Deverá a lei consagrar o direito de a gestante revogar o seu consentimento em qualquer uma das fases do processo de gestação? A exigência do TC de que a lei contemple o “direito ao arrependimento” da gestante não implicará a inadmissibilidade de princípio do contrato de gestação? Ademais, vindo a confirmar-se a previsão de tal “direito ao arrependimento”, como se estabelecerá a paternidade relativamente à criança que vier a nascer?

O presente estudo pretende abordar a questão da consagração de um direito de desvinculação imotivada da gestante em cada uma das fases do processo de gravidez.

No primeiro capítulo, far-se-á o enquadramento da LPMA, desde a versão originária até às mais recentes alterações, com particular incidência na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. No segundo capítulo, proceder-se-á à análise criteriosa das características do contrato de gestação de substituição. No último capítulo, será focado o direito à revogação do consentimento da gestante nas diferentes fases do processo de gestação, perspetivadas nas dimensões do consentimento informado, do “direito ao arrependimento” da gestante, do incumprimento do contrato e da rutura do compromisso com o projeto parental.

# **I. Evolução da regulação da gestação de substituição na lei portuguesa**

## **1. Versão originária da LPMA**

A Revisão Constitucional de 1997, tendo em vista a proteção da família, fixou como incumbência do Estado Português “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”<sup>836</sup>.

Pese embora a delonga do legislador ordinário na concretização deste preceito constitucional, cerca de 10 anos volvidos a PMA passou a ser objeto de uma disciplina legal, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho<sup>837</sup>.

Se alguns autores consideravam este diploma “equilibrado e representativo dos valores dominantes na sociedade portuguesa”; outros afirmavam estarmos perante uma lei “consideravelmente extensa”, “ambiciosa e algo desordenada”, que abrangia domínios alheios à PMA, extrapolando a finalidade para a qual foi criada<sup>838 839 840</sup>.

As técnicas de PMA surgiram como um método subsidiário de procriação<sup>841</sup>, razão pela qual “não podem ser levadas a cabo por mero ‘capricho’ dos potenciais utilizadores, mas apenas quando se preencham as condições referidas na lei”<sup>842</sup>.

Entendimento perfilhado pelo CNECV, segundo o qual

Quando se parte do princípio de que há um modelo ideal de reprodução em que devam tendencialmente confluir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica, a defesa da natureza subsidiária da PMA surge quase como natural: só quando falha a possibilidade de fazer coincidir aquelas três dimensões é que se deve poder recorrer às técnicas de PMA<sup>843</sup>.

Como condição objetiva de admissibilidade da utilização de técnicas de PMA, o legislador ordinário não reconduziu essa possibilidade apenas às situações de infertilidade medicamente certificada, reconhecendo outros motivos legítimos para se recorrer à PMA, a saber, “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”<sup>844</sup>.

No âmbito das condições subjetivas, o acesso às técnicas de PMA ficava circunscrito aos casais de sexo diferente vinculados pelo matrimónio que não se encontrassem separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto, ou que vivessem em condições análogas

---

<sup>836</sup> Aditamento da al. e) ao n.º 2 do art. 67.º da CRP.

<sup>837</sup> O Governo procedeu à respetiva regulamentação com o DR n.º 5/2008, de 11 de fevereiro.

<sup>838</sup> Raposo & Pereira, 2006, p. 89.

<sup>839</sup> Silva & Costa, 2011, p. 13.

<sup>840</sup> Ascensão, 2007, p. 1. A “maternidade de substituição”, não obstante ter como pressuposto a utilização de uma técnica de PMA, não pode ser considerada como uma técnica propriamente dita.

<sup>841</sup> *Vd.* art. 4.º, n.º 1.

<sup>842</sup> Raposo & Pereira, 2006, p. 92.

<sup>843</sup> Parecer 63/CNECV/2012, pp. 4-5.

<sup>844</sup> *Vd.* art. 4.º, n.º 2.

às dos cônjuges há pelo menos 2 anos. Por seu turno, não era admitido o acesso a pessoas singulares, bem como a casais do mesmo sexo<sup>845</sup>.

Oliveira Ascensão alerta para o facto de a lei não fazer nenhuma “referência à continuidade biológica”, pelo que “esta pode existir plenamente”, “mas pode também não existir”<sup>846</sup>. Desta forma, tanto pode suceder que os membros do casal contribuam com o seu material genético, bem como recorram a gâmetas de um terceiro dador, fornecidos por duas pessoas estranhas ao casal ou apenas por uma.

No que concerne à gestação de substituição, resultava inequivocamente da versão originária da LPMA a proibição absoluta desta figura.

Consequentemente, no art. 8.º, n.º 1 cominava-se com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de “maternidade de substituição”<sup>847</sup>.

No seu n.º 2, a lei esclarecia ainda que, nesses casos, a parturiente seria considerada mãe da criança que viesse a nascer.

Do ponto de vista da repressão criminal, previa-se uma pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias para aqueles que celebrassem ou promovessem contratos de “maternidade de substituição” somente a título oneroso (art. 39.º, n.ºs 1 e 2)<sup>848 849</sup>.

Tal não significava uma total impunidade nos casos de “maternidade de substituição” não onerosa. Se, em sede de inscrição no registo civil, a autora do projeto parental se apresentasse como mãe, ao invés da parturiente, estaríamos perante a prática de um crime de falsificação do estado civil, previsto e punido no art. 248.º do CP<sup>850</sup>.

## **2. Principais alterações introduzidas na Lei n.º 32/2006<sup>851</sup>**

### **2.1. Lei n.º 17/2016, de 20 de junho**

#### **2.1.1. Âmbito subjetivo**

A Lei n.º 17/2016 alterou o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA ao garantir o seu acesso a “todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade”<sup>852</sup>. Assim, operou uma “mudança do paradigma da utilização das técnicas de PMA, centrando as

---

<sup>845</sup> *Vd.* art. 6.º, n.º 1.

<sup>846</sup> Ascensão, 2007, p. 2. *Vd.* art. 19.º.

<sup>847</sup> A lei não fazia qualquer distinção entre a gestação de substituição genética ou meramente gestacional, isto é, consoante a gestante fornecesse ou não o seu material genético.

<sup>848</sup> Esta cominação penal indiciava que “o legislador assaca um maior juízo de desvalor à maternidade de substituição a título oneroso” (Raposo & Pereira, 2006, p. 92). O que se compreende, uma vez que “o corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros” (art. 21.º da CDHBio).

<sup>849</sup> Decorre do Ac. do TC n.º 101/2009 “que a opção seguida pelo legislador, de não criminalizar, de forma autónoma, a maternidade de substituição gratuita, não merece censura constitucional”.

<sup>850</sup> Aludindo a este tipo incriminador, Oliveira, 1999, p. 27; Loureiro, 2018, pp. 1408-1409.

<sup>851</sup> Até ao momento ocorreram seis alterações à Lei n.º 32/2006, a saber, Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; Lei n.º 17/2016, de 20 de junho; Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto; Lei n.º 58/2017, de 25 de julho; Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto; e Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

<sup>852</sup> Aditamento do n.º 3 ao art. 4.º.

questões numa realidade: que a beneficiária das técnicas é a mulher, independentemente do facto de estar ou não acompanhada por um/a parceiro/a”<sup>853</sup>.

Em 2017, com a entrada em vigor do DR n.º 6/2016, de 29 de dezembro, procurou-se garantir “o acesso sem exclusão de qualquer mulher no acesso a estas técnicas, em respeito pelo primado da igualdade”.

### **2.1.2. Âmbito objetivo**

O art. 6.º, n.º 1, *in fine*, veio permitir a casais de sexo diferente, mas também casais de mulheres, casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, ou mulheres sozinhas, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, aceder a estas técnicas<sup>854</sup>.

## **2.2. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto**

### **2.2.1. Da proibição absoluta à admissibilidade legal**

Dez anos volvidos, na sequência de um acérrimo debate legislativo, originou-se a primeira versão do projeto de lei que deu origem à nova redação do diploma<sup>855</sup>.

Primeiramente, deu lugar a um veto presidencial, nos termos do n.º 1 do art. 136º da CRP, assente no facto de o decreto enviado para promulgação não acolher as condições cumulativas *sine qua non* preconizadas pelo CNECV, “enunciadas em duas deliberações, com quatro anos de diferença, e com composições diversas do Conselho e [que] traduziram sempre a perspetiva mais aberta a uma iniciativa legislativa neste domínio”<sup>856</sup>.

Subsequentemente, alterada a redação do texto, culminou-se na promulgação, em 30 de julho de 2016, da Lei n.º 25/2016<sup>857</sup>. Esta lei veio, pela primeira vez em Portugal, permitir e regular o acesso à gestação de substituição, enquadrando-a no universo dos negócios jurídicos<sup>858</sup>.

---

<sup>853</sup> Parecer 87/CNECV/2018, p. 11.

<sup>854</sup> Apontando para a redundância da parte final da norma, na medida em que a orientação sexual não é constitucionalmente suscetível de ser sindicada (arts. 1.º, 13.º e 27.º da CRP), Pereira, 2018, p. 788.

<sup>855</sup> Refira-se que o texto da versão final votada é modificado no próprio dia da votação, concretamente quanto ao facto de a mulher que dá à luz poder revogar o seu consentimento num prazo de 48 horas após o parto. Para maiores aprofundamentos, Silva, 2018, pp. 53-55.

<sup>856</sup> Texto integral disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>.

<sup>857</sup> Texto disponível em <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417>. A promulgação do diploma na sua nova redação por parte do PR suster-se na circunstância de traduzir “uma significativa reponderação pelo legislador, que tomou em consideração partes determinantes da argumentação presidencial que sustentou o veto”, reportando-se maioritariamente ao Parecer 87/CNEV/2016. Escreveu o PR que “quanto a este, o novo diploma acolhe a maior parte das condições formuladas, efetuando, no entanto, uma interpretação restritiva da condição sobre os termos da revogação do consentimento, e as suas consequências, admitindo-a até ao início dos processos terapêuticos de PMA, mas não até ao início do parto. Quanto ao primeiro Parecer – Parecer 63/CNEV/2012 – e às condições que, nele, se encontravam mais especificadas do que no segundo, o acolhimento é infelizmente menos significativo”.

<sup>858</sup> Ressalvando que o legislador se teria limitado a admitir a gestação de substituição, mas não propriamente a regulamentá-la, *vd.* Raposo, 2017a, p. 15. No mesmo sentido, Guimarães, 2017, p. 125.

Em 2017, face à “necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados”, entrou em vigor o DR n.º 6/2017, de 31 de julho, de forma a “que a regulamentação concretiz[ass]e as condições indispensáveis à plena aplicação das soluções legislativas adotadas”.

### **2.2.2. Da “maternidade de substituição” à “gestação de substituição”**

Oliveira de Ascensão opinava no sentido de que “não havia que proceder a nenhuma qualificação à cabeça. Bastaria falar em gestação para outrem”<sup>859</sup>.

Ora, o CNECV, ciente que “a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética”, considerou que a expressão maternidade de substituição “pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica”<sup>860</sup>.

Em conformidade, o CNPMA considerou que esta expressão “afigura ser ontológica e terminologicamente incorreta já que a maternidade é um laço acima de tudo emocional, psicológico e até social que transcende a realidade genética e biológica”<sup>861</sup>.

Concludentemente, o CNECV optou pelas expressões gestação de substituição e gestante de substituição, considerando “que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”<sup>862</sup>.

Vera Lúcia Raposo entende que a adoção desta terminologia induz em erro. Para a autora, aquela que seria efetivamente a mãe, por ser a parturiente, estaria a ser designada de substituta. Senão vejamos, como se prevê no art. 1796.º, n.º 1 do CC que o parto confere inderrogavelmente o estatuto de mãe à parturiente, estaríamos a sugerir que a mulher cujo ventre deu à luz a criança não seria a verdadeira mãe, o que gera alguns equívocos. Poder-se-ia questionar: “Se esta é a verdadeira mãe, quem está ela a substituir?”<sup>863 864</sup>.

Porém, podemos retorquir à interrogação, uma vez que esta figura consubstancia um desvio à regra geral do estabelecimento da filiação, pelo que o critério tradicional do parto poderá deixar de prevalecer.

---

<sup>859</sup> Ascensão, 2007, p. 11.

<sup>860</sup> Parecer 63/CNECV/2012, pp. 7-8.

<sup>861</sup> Parecer CNPMA de 17 de março de 2016, p. 11.

<sup>862</sup> Parecer 63/CNECV/2012, p. 8.

<sup>863</sup> Raposo, 2005, p. 10.

<sup>864</sup> Sugerindo que deveria ser a autora do projeto parental a designar-se como “mãe de substituição”, Emmerson, 1996, p. 4.

Saliente-se, em todo o caso, a diferença terminológica existente entre a versão originária e a alteração introduzida em 2016, uma vez que se passou a empregar o termo “gestação de substituição”<sup>865</sup>.

Esta alteração é inteiramente justificada face ao novo enquadramento jurídico delineado pelo legislador. Enquanto a versão originária pugnava pela proibição absoluta, em 2016 veio admitir-se, ainda que a título excecional, a possibilidade de dissociação entre a mulher que gera e a mulher que é havida como mãe. E, portanto, deduzimos que com esta alteração apenas se procura “tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica). A mulher que gera e dá à luz é meramente gestante”<sup>866</sup>.

### 2.2.3. Noção legal de gestação de substituição

Da Lei n.º 25/2016 não resultou qualquer alteração ao nível da noção legal, continuando a definir-se a gestação de substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”<sup>867</sup>.

Esta definição vai ao encontro ao proposto por Guilherme de Oliveira, que a caracterizava como “um contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de mãe”<sup>868</sup>.

Refletindo, a este propósito, sobre a alusão à renúncia aos “poderes e deveres próprios da maternidade”, sendo certo que os progenitores não podem renunciar às responsabilidades parentais, comungamos da afirmação do TC ao considerar esta referência ambígua por entender que “não se pode renunciar a posições jurídicas de que *se não é – nem se poderá vir a ser* (...) – titular”<sup>869 870</sup>.

Como aduz Jorge Duarte Pinheiro, “o conceito contém uma visão apriorística da matéria de determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz”<sup>871</sup>. Contudo, prevê o art. 8.º, n.º 7 que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos “beneficiários”.

Na verdade, se *a priori* as partes acordam que a filiação relativamente à criança que vier a nascer será estabelecida em relação aos autores do projeto parental, naturalmente que as responsabilidades parentais serão assumidas por estes últimos. Logo, serão estes os

---

<sup>865</sup> A expressão utilizada pelo legislador na versão originária da lei foi ao encontro da doutrina anglo-saxônica, que emprega o termo *surrogate mother*. Esta noção é ampla, na medida em que se usa indistintamente quer a gestação seja genética ou gestacional.

<sup>866</sup> Pereira, 2017, p. 12.

<sup>867</sup> *Vd.* art. 8.º, n.º 1.

<sup>868</sup> Oliveira, 1992, pp. 8-9. No mesmo sentido, Raposo, 2005, p. 13.

<sup>869</sup> *Vd.* art. 1882.º do CC.

<sup>870</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1897.

<sup>871</sup> Pinheiro, 2017, p. 185.



verdadeiros titulares dos direitos-deveres sob aquela criança no decurso de todo o processo. Assim, paradoxal será a menção à renúncia aos direitos e deveres próprios da maternidade por parte da gestante, dado que ela nunca terá sido titular desses mesmos direitos-deveres.

Deste modo, preconizamos que se opte por uma definição mais neutra. Para o efeito, poder-se-á definir a gestação de substituição como a situação em que “uma mulher [se dispõe] a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto à outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe”<sup>872</sup>.

### **3. A declaração de inconstitucionalidade de algumas normas do regime da gestação de substituição**

A 24 de abril de 2018, após um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade formulado por um grupo de trinta deputados à AR, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de grande parte das normas do regime da gestação de substituição, proferindo o Ac. n.º 225/2018<sup>873</sup>.

Centrou-se particularmente nas seguintes questões: o “direito ao arrependimento” da gestante após o parto e o direito das pessoas nascidas em consequência de processo de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões conhecerem a identidade dos dadores de gâmetas e da gestante<sup>874</sup>.

Posteriormente, a 19 de julho de 2019, a AR aprovou o Decreto 383/XIII, com vista à sétima alteração à LPMA, enviando-o posteriormente ao PR para que o promulgasse como lei<sup>875</sup>.

Todavia, a 18 de setembro de 2019, na sequência de um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade por parte do PR, o TC voltou a declarar inconstitucionais algumas normas relativas à gestação de substituição, proferindo o Ac. n.º 465/2019<sup>876</sup>.

O TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade de duas normas constantes do art. 2.º do Decreto 383/XIII, na parte em que manteve em vigor o n.º 8 do art. 8.º, que passou a constar do n.º 13, e na parte em que aditou a al. j) sobre a revogação do consentimento e do contrato ao n.º 15.

---

<sup>872</sup> Pinheiro, 2017.

<sup>873</sup> *Vd.* art. 281.º, n.ºs 1, al. a), e 2, al. f) da CRP. Se tivesse sido requerida a fiscalização preventiva da constitucionalidade, o TC teria de pronunciar-se no prazo máximo de 25 dias (art. 278.º, n.º 8 da CRP), o que poderia não ser possível pela complexidade subjacente a esta problemática e necessidade de ponderação.

<sup>874</sup> Em matéria de anonimato, o TC adotou uma posição revolucionária, alterando a posição acolhida no Ac. do TC n.º 101/2009, que julgava que o regime mitigado de anonimato dos dadores não era merecedor de censura constitucional. Sobre esta temática, *vd.* Canotilho & Moreira, 2007, p. 462; Reis, 2008; Reis, 2016, pp. 159-176.

<sup>875</sup> O Decreto manteve o regime previsto no art. 8.º, n.ºs 7 e 8, vertendo-o nos arts. 10.º e 13.º.

<sup>876</sup> *Vd.* art. 278.º, n.º 1 da CRP.

## II. O contrato de gestação de substituição na lei portuguesa

### 1. Traços essenciais do “modelo português de gestação de substituição”

No ordenamento jurídico português, a gestação de substituição surgiu com caráter excecional, sendo admitida “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em *situações clínicas que o justifiquem*” (art. 8.º, n.º 2)<sup>877</sup>.

Nota diferenciadora e caracterizadora deste modelo é a natureza necessariamente gratuita do contrato (art. 8.º, n.º 2), proibindo-se “qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança” (art. 8.º, n.º 5)<sup>878</sup>.

Acresce o facto de se proibir a celebração de negócios jurídicos com esta finalidade “quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas” (art. 8.º, n.º 6), com o propósito de salvaguardar a liberdade de decisão da gestante.

O legislador ordinário cuidou de estipular que a intervenção da gestante assumirá uma natureza meramente gestacional, impedindo-a de “ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante” (art. 8.º, n.º 3)<sup>879</sup>. Simultaneamente, promove-se a ligação genética com os autores do projeto parental, exigindo-se que o processo seja realizado com o recurso aos gâmetas de, pelo menos, um deles.

Vindo a verificar-se o nascimento de uma criança com recurso a tal processo, esta será havida como filha dos autores do projeto parental (art. 8.º, n.º 7), afastando-se o critério geral do estabelecimento da filiação consagrado no art. 1796.º do CC.

As formalidades do contrato encontram-se consignadas no art. 8.º, n.º 10. Existe um desvio à regra geral da liberdade de forma, prevista no art. 219.º do CC, uma vez que se exige a sua redução a escrito.

A LPMA delimita o conteúdo do contrato pela positiva, exigindo que, em conformidade com a legislação em vigor, se incluam as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual IVG (art. 8.º, n.º 10); bem como pela negativa, não se podendo impor restrições de comportamentos à gestante, nem normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (art. 8.º, n.º 11).

---

<sup>877</sup> Sobre este conceito indeterminado carecido de preenchimento, *vd.* Raposo, 2017a, pp. 27-28.

<sup>878</sup> O citado artigo excetua o pagamento do “valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo [em] transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio”.

<sup>879</sup> Visa-se evitar o “risco do sentimento de maternidade” (Loureiro, 2013, p. 1402).

Importa ressaltar que a celebração destes negócios carece de autorização prévia do CNPMA, entidade incumbida de supervisionar todo o processo, sendo esta autorização antecedida de audição da Ordem dos Médicos (arts. 8.º, n.ºs 4 e 10)<sup>880</sup>.

Por último, no plano juscivilístico, assinalamos a cominação com nulidade como corolário da celebração deste negócio jurídico em contravenção ao disposto na lei (art. 8.º, n.º 12).

Já em termos de repressão penal, a nova redação do art. 39.º pune não só a sua celebração a título oneroso, como também gratuito, desde que se violem algum dos requisitos legalmente previstos<sup>881</sup>.

Ainda neste plano, esclarece-se quem pode ser responsabilizado e em que termos, penalizando de forma diferenciada os autores do projeto parental e a gestante, bem como os promotores do contrato e os que dele retiram benefícios económicos.

## **2. Caracterização do contrato de gestação de substituição**

Com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a gestação de substituição passou a ser enquadrada no universo jurídico português como um contrato, ou seja, como um negócio jurídico bilateral em que “há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte”<sup>882</sup>.

Como obrigações essenciais do contrato, destacam-se as obrigações assumidas pela gestante de se submeter a uma técnica de PMA, de suportar uma gravidez por conta de outrem e, findo o parto, de “entregar” o recém-nascido aos autores do projeto parental, permitindo que a filiação seja estabelecida em favor destes.

Dado que não se trata de um contrato unilateral puro, mas bilateral imperfeito, os autores do projeto parental assumem a obrigação de receber o recém-nascido como filho e que seja estabelecida a filiação em relação a si próprios, bem como de reembolsar a gestante pelas despesas decorrentes da gravidez, não havendo qualquer contrapartida pelo serviço prestado<sup>883</sup>.

---

<sup>880</sup> *Vd.* art. 2.º do DR n.º 6/2017 e Deliberação n.º 18-II/2017.

<sup>881</sup> São diversas as vozes que se insurgem contra a opção pela criminalização pelo facto de o Direito Penal ser de *ultima ratio*, entre as quais, Reis, 2010, pp. 87-92; Costa & Lima, 2012, p. 247; Lança, 2016, p. 72; Pereira, 2017, pp. 15-19; Raposo, 2017a, p. 29.

<sup>882</sup> Pinto, 2012, p. 385.

<sup>883</sup> Guimarães, 2017, p. 115.

## 2.1. Objeto

Nos termos do art. 280.º do CC, é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável e, de igual modo, contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Como refere Mota Pinto, do preceituado “se infere serem condições de validade do negócio jurídico a *possibilidade física ou legal* (“*ad impossibilia nemo tenetur*”), a *não contrariedade à lei* (licitude), a *determinabilidade*, a *não contrariedade à ordem pública* e a *conformidade com os bons costumes* do objeto negocial”<sup>884</sup>.

A admissibilidade de um contrato nestes termos convoca o princípio da dignidade da pessoa humana, postulado no art. 1.º da CRP. Há quem entenda que a dignidade da mulher portadora e da criança que virá a nascer são violadas, na medida em que o corpo da gestante é tratado como uma mera incubadora e a criança como uma mercadoria à qual é atribuído um valor de mercado, o que claramente viola o princípio da ordem pública preconizado no art. 280.º, n.º 2 do CC<sup>885</sup>.

A questão do objeto da relação jurídica é um dos pontos que mais tem suscitado controvérsia na doutrina. Vozes se levantam no sentido de estar em causa um contrato cujo objeto da referida obrigação de “entrega” pela gestante aos autores do projeto parental é uma criança<sup>886</sup>. Na verdade, se assim for, não restam dúvidas de que fica prejudicada a admissibilidade deste contrato, na medida em que é proibida veementemente a comercialização e coisificação de um ser humano.

Alertamos, assim, para a impropriamente designada “entrega da criança”, uma vez que ao ser entregue estaríamos a considerá-la uma coisa objeto de um contrato, o que é inválido à luz do Direito Português.

Para outros autores, o que se está a contratar é a prestação de um serviço, e não o “resultado” final, entendimento que também perfilhamos<sup>887</sup>.

## 2.2. Natureza

Aderimos integralmente à posição de Vera Lúcia Raposo quando menciona que “o que se contrata é a prestação de um serviço”, mais concretamente, um serviço reprodutivo<sup>888</sup>.

Afastamos, desde logo, a qualificação deste contrato como uma compra e venda ou doação, uma vez que os seus efeitos essenciais consistem na transmissão da propriedade de uma coisa e consequente obrigação de entrega da mesma<sup>889</sup>. Certo é que a criança nascida ao

---

<sup>884</sup> Pinto, 2012, pp. 553-554.

<sup>885</sup> Nesse sentido, Patto, 2012.

<sup>886</sup> Oliveira, 1992, p. 43; Chaby, 2016, pp. 349-350.

<sup>887</sup> Raposo, 2012, p. 26.

<sup>888</sup> Raposo, 2012.

<sup>889</sup> *Vd.* arts. 874.º, 879.º, 940.º e 954.º do CC. Ademais, a característica principal da compra e venda é o pagamento de um preço. Contudo, a lei portuguesa exige a gratuitidade do contrato de gestação de substituição.

abrigo de um contrato de gestação nunca poderá ser considerada coisa (arts. 66.º e 202.º do CC)<sup>890 891</sup>.

Arredamos a hipótese de se tratar de um contrato de locação ou comodato de útero, visto que a gestante não proporciona à outra parte o gozo temporário ou uso de uma coisa<sup>892</sup>. Aliás, este contrato não se limita à cedência do útero para proveito dos autores do projeto parental, visto que a gestante assume também a obrigação de suportar uma gravidez durante nove meses e de permitir que a filiação seja estabelecida relativamente a estes<sup>893</sup>.

Assim, consideramos que este contrato é uma modalidade do contrato de prestação de serviço<sup>894 895</sup>. Saliente-se que a obrigação assumida pela gestante excede a mera prestação de um trabalho corporal ou manual, o que lhe confere um caráter *sui generis*.

## **2.3. Sujeitos da relação jurídica**

Os sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre quem se estabelece o vínculo respetivo, o que nos leva a afirmar que poderão estar vinculados a um contrato de gestação de substituição aqueles que assumem *ab initio* o projeto parental e aquela que se predispõe à prestação do serviço<sup>896</sup>.

Denotamos, porém, o vácuo legislativo, na medida em que o legislador não procedeu à densificação de critérios para que os sujeitos possam ser partes outorgantes num contrato de caráter tão sensível e complexo, o que se afigura como imperativo.

### **2.3.1. Os autores do projeto parental**

Quando a LPMA se refere aos “beneficiários”, reporta-se àqueles a quem são aplicadas as técnicas de PMA<sup>897</sup>. No caso da gestação de substituição, é a própria LPMA que designa como “beneficiários”, para efeitos da declaração negocial, os autores do projeto parental.

Parece-nos que o legislador ordinário deveria ter esclarecido devidamente a diferença entre o conceito de beneficiários para efeitos da LPMA e o adotado no âmbito da celebração do contrato de gestação de substituição.

---

<sup>890</sup> Pinheiro, 2017, p. 188.

<sup>891</sup> Nestes contratos, “a obrigação principal do vendedor ou doador circunscreve-se à entrega do objeto, enquanto o contrato de maternidade de substituição engloba uma obrigação principal prévia à entrega da criança – a mãe de gestação vincula-se a iniciar e completar uma gravidez” (Pinheiro, 2017, p. 188).

<sup>892</sup> *Vd.* arts. 1022.º e 1129.º do CC. Neste sentido, Raposo, 2005, p. 41.

<sup>893</sup> Pinheiro, 2017, p. 188.

<sup>894</sup> *Vd.* art. 1154.º do CC. Neste sentido, Guimarães, 2017, p. 114.

<sup>895</sup> Considerando que se podem aplicar as regras do mandato, enquanto regime paradigmático do contrato de prestação de serviço, *vd.* Guimarães, 2017, p. 125.

<sup>896</sup> Pinto, 2012, p. 189.

<sup>897</sup> *Vd.* arts. 6.º e 14.º.

A questão que se coloca é a de saber se os beneficiários elencados no art. 6.º, n.º 1 podem, concomitantemente, ser considerados beneficiários para efeitos de recurso à gestação de substituição<sup>898</sup>.

O CNPMA entendeu ser “plenamente justificável que o conceito de ‘beneficiário’ não tenha, nestas situações, uma extensão/compreensão lógica igual àquela que é válida nas demais áreas de atividade em PMA”, tendo em conta “o caráter absolutamente excecional e especial da gestação e consequentemente dos requisitos exigidos para a celebração do negócio jurídico subjacente, e (...) o facto de a lei não considerar a gestação de substituição como uma técnica de PMA”<sup>899</sup>.

Realçando que “o específico teor literal da expressão ‘*com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários*’ (...) indicia de forma suficiente a exigência de um casal beneficiário”, conclui “circunscrevendo assim o acesso à gestação aos beneficiários e beneficiárias que convivem enquanto casais de sexo diferente ou casais homossexuais de mulheres”<sup>900 901 902</sup>.

Contrariando precisamente esta argumentação, Vera Lúcia Raposo advoga que “o legislador optou por esta redação para expressar que, existindo dois beneficiários da técnica, apenas um é obrigado a contribuir com gametas”<sup>903</sup>. Assim sendo, reputamos que uma mulher singular pode recorrer a este instituto, desde que forneça o seu próprio material genético e preencha os demais requisitos exigidos pela lei.

Certo é que a posição jurídica de pelo menos um dos “beneficiários” terá sempre de ser assumida por uma mulher que, por alguma circunstância física ou, quiçá, psicológica, esteja incapacitada de procriar, dado que o fundamento do recurso a esta prática radica sempre na impossibilidade de uma mulher gerar uma criança.

Quanto aos limites etários mínimos e máximos dos autores do projeto parental, o legislador foi omissivo. Deste modo, poderíamos equacionar a hipótese de estes limites serem os previstos para os beneficiários a quem são aplicadas as técnicas de PMA.

Ademais, poder-se-iam também prever como limites etários dos autores do projeto parental os limites exigidos para os adotantes no artigo 1979.º do CC<sup>904</sup>. Desde logo, torna-se patente que tais limites se destinam a servir o superior interesse da criança, procurando garantir a maturidade suficiente dos adotantes, bem como que a relação que se estabelecerá

---

<sup>898</sup> O TC no Ac. n.º 225/2018 esclarece que “a utilização do plural no presente acórdão – ‘beneficiários’ – não deve ser entendida como uma tomada de posição do Tribunal”, p. 1896.

<sup>899</sup> Deliberação n.º 20-II/2017.

<sup>900</sup> *Ibidem*. Em conformidade, Pereira, 2018, p. 806.

<sup>901</sup> Os arts. 2.º, n.ºs 1, 2, als. a), b) e c), 9, e 3, n.º 3, als. f) e k) do DR n.º 6/2017 referem-se ao “casal beneficiário”, o que poderia reforçar a ideia de exclusão do recurso a este contrato por parte de uma mulher singular.

<sup>902</sup> Embora o art. 2.º, n.º 2, al. c) do DR n.º 6/2017 faça referência à “mulher elemento do casal”, é nossa convicção que nada obsta a que esta possibilidade se estenda a casais de beneficiários compostos por duas mulheres. Neste sentido, Pedro, 2018, p. 199.

<sup>903</sup> Raposo, 2017a, p. 12. No mesmo sentido, Guimarães, 2018, p. 145.

<sup>904</sup> Comparando com os limites etários consagrados no regime jurídico da adoção, *vd.* Pedro, 2017, pp. 149-167.

entre os adotantes e o adotado se aproximará de uma relação existente com os ascendentes de 1.º grau, e não de 2.º grau.

Desta feita, não obstante considerarmos que o regime da PMA deveria partir do mesmo pressuposto, os limites etários previstos no regime vigente para a PMA são manifestamente insuficientes quando comparados com os limites exigidos no âmbito do regime jurídico da adoção. Ora, tal facto leva-nos a questionar se a maturidade necessária para o recurso às técnicas de PMA, bem como no âmbito dos contratos de gestação de substituição, é menor do que a indispensável para a adoção. Sendo que, em caso afirmativo, não vislumbramos qual o fundamento para tamanha diferenciação.

### **2.3.2. A prestadora do serviço**

Tendo em conta as especificidades da relação subjacente a este contrato, causa-nos alguma estranheza que o legislador ordinário não tenha tido o cuidado de delinear o perfil da gestante. Saliente-se que, por imperatividade biológica, na medida em que só uma mulher tem útero, a gestante terá de ser, impreterivelmente, uma mulher.

Resta-nos, assim, recorrer às regras gerais previstas na LPMA. Dispõe o art. 6.º, n.º 2 que “as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas”<sup>905</sup>.

Cumpre advertir que, embora a gestante seja submetida a uma técnica de PMA, para efeitos da lei ela “não será considerada como ‘beneficiária’ em sentido próprio, somente por extensão legal”<sup>906</sup>. O que significa que se poderá aplicar este requisito da plena capacidade de exercício também à gestante. Resultado esse a que também chegaríamos pela aplicação das regras gerais do CC.

Perante este enquadramento legal, cabe perguntar se o pressuposto da capacidade de exercício para que se possa celebrar este contrato é satisfatório ou se, porventura, se deveriam ter definido limites etários mínimos e máximos em relação à prestadora do serviço.

Vera Lúcia Raposo vinco a necessidade de esta mulher evidenciar uma “suficiente maturidade psicológica para desempenhar a função de gestante (...) (o que é diferente da maturidade conferida pela maioridade), averiguada mediante uma prévia avaliação psicológica”<sup>907</sup>. Sugere-se também que seja submetida a uma avaliação física, de forma a atestar que a mesma é saudável e capaz de levar a gravidez a bom termo<sup>908</sup>.

---

<sup>905</sup> Como corolário da eliminação dos institutos de inabilitação e de interdição, com a alteração pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, passou a aludir-se às sentenças de acompanhamento.

<sup>906</sup> Xavier, 2019, p. 348. No mesmo sentido, Guimarães, 2017, p. 121; Raposo, 2017a, p. 41.

<sup>907</sup> Raposo, 2017a, p. 41.

<sup>908</sup> Raposo, 2017a.

É justamente pelo facto de se procurar assegurar que esta mulher possui o discernimento necessário para compreender as implicações físicas e psíquicas subjacentes ao processo de gravidez e à própria maternidade que arredamos o critério geral da maioridade. É nosso entendimento que, regra geral, aos 18 anos de idade, uma pessoa não possui idoneidade nem maturidade suficientes para formular uma vontade livre e esclarecida quanto à participação num processo desta envergadura<sup>909</sup>.

Quanto ao limite de idade máximo, o CNPMA veio estabelecer que esta não poderá ter uma idade superior a 45 anos, autonomizando este limite em relação ao limite geral estabelecido para o recurso às técnicas de PMA (até aos 50 anos de idade materna)<sup>910</sup>.

Como esclarece o CNPMA, na gestação de substituição, uma vez que “há uma dissociação entre a pessoa sujeita aos riscos da gravidez e a pessoa que beneficiará da mesma”, deve ser conferida uma especial proteção a quem altruisticamente se colocou naquela situação, de forma a que não corra riscos desmesurados que possam prejudicar a sua saúde<sup>911</sup>.

Há também quem reclame a exclusão de quem nunca tenha sido mãe, avocando que só assim é que se poderá “perceber o tipo de relação emocional que a gestação acarreta”<sup>912</sup>. Em boa verdade, quem já cumpriu com o seu projeto de maternidade, para além de já ter satisfeito o seu desejo e necessidade pessoal de ser mãe, tem uma maior capacidade para compreender objetivamente aquilo a que se está a propor. Deste modo, tal facto permitirá “minimizar o sentimento de perda e o risco de arrependimento aquando da entrega da criança após o parto”<sup>913 914</sup>.

Controversa é a problemática das relações de parentesco entre a prestadora do serviço e os autores do projeto parental<sup>915</sup>. Enquanto uns defendem a existência de uma relação de parentesco (ou, pelo menos, de grande afetividade), outros pleiteiam para que se proíba expressamente a sua participação nestas condições<sup>916</sup>.

São claras as dificuldades que os autores do projeto parental enfrentam para conseguir encontrar alguém que se disponibilize a assumir o papel de gestante. E é também evidente que tudo se torna mais fácil quando existe uma relação afetiva entre os autores do projeto parental e esta.

---

<sup>909</sup> Sugerindo uma idade mínima de 25 anos, Raposo, 2005, p. 135.

<sup>910</sup> Deliberação n.º 21-II/2017.

<sup>911</sup> *Ibidem*.

<sup>912</sup> Raposo, 2017, p. 41.

<sup>913</sup> Silvestre, 2018, pp. 47-48.

<sup>914</sup> Atente-se que o Decreto n.º 383/XII previa no art. 8.º, n.º 3 que “pode ser gestante de substituição a mulher que já tenha sido mãe”.

<sup>915</sup> O CNPMA, na sua Deliberação n.º 21-II/2017, veio permitir uma “menor amplitude de proteção da saúde da gestante (...) à luz de outros valores dignos de tutela, tal como a proteção da família”. Daí que, nos casos em que a gestante seja mãe ou irmã de algum dos autores do projeto parental, se preveja o limite máximo de 50 anos. Recentemente, o Decreto n.º 383/XIII determinou no art. 8.º, n.º 8 que “pode ser gestante de substituição a mulher que seja, preferencialmente, parente em linha reta até ao 2.º grau ou até ao 4.º grau na linha colateral, afim até ao 2.º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários”.

<sup>916</sup> Defendendo a previsão desta condição, Barros, 2012, p. 25. Em sentido oposto, Loureiro, 2013, p. 1246.



Porém, cumpre ressaltar que, no equilíbrio de interesses entre as partes envolvidas no contrato de gestação de substituição, é necessário assegurar que não existe o domínio (económico ou afetivo) de uma parte sobre a outra. Assim, se o próprio art. 8.º, n.º 6 proíbe a celebração destes negócios quando exista uma relação de dependência económica entre as partes, de modo a evitar algum tipo de pressão sobre a parte mais vulnerável, o que diríamos nestes casos em que as familiares que prestam este serviço vivenciam de perto o sofrimento prolongado daquele casal que não consegue procriar<sup>917</sup>? Certamente que há algum tipo de pressão afetiva sobre a gestante, que é tudo o que a LPMA pretende evitar.

### **3. O estabelecimento da filiação – *Mater semper certa est*?**

Da observância estrita dos princípios estruturantes do sistema de estabelecimento da filiação – o princípio do biologismo ou da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios de estabelecer filiação – resultaria precisamente a conclusão de que a “maternidade de substituição” deveria ser terminantemente vedada<sup>918</sup>.

Em virtude de a configuração das soluções acolhidas pelo Direito da Família não poder ser alheia ao conhecimento produzido noutras áreas científicas, a filiação biológica começou a ceder face à filiação afetiva, o que acarretou uma reestruturação do próprio sistema de constituição de vínculos de filiação<sup>919</sup>.

Começaram a perfilhar-se alguns desvios à regra geral da verdade biológica, sendo que se encontram legalmente previstas no atual quadro normativo a filiação adotiva, a PMA com recurso a dador e, mais recentemente, a gestação de substituição.

Em matéria de estabelecimento da filiação, o regime previsto no CC parte da premissa que, juridicamente, mãe é aquela de cujo ventre a criança nasceu, e pai é aquele que forneceu o seu espermatozoide e fecundou o óvulo da mãe.

Segundo o art. 1796.º, n.º 1 do CC, a maternidade jurídica resulta do facto biológico do nascimento<sup>920</sup>. No que toca à paternidade, o n.º 2 do aludido artigo conjugado com o n.º 1 do art. 1826.º do CC, indica que se presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, a paternidade estabelece-se pelo reconhecimento<sup>921</sup>.

A questão ganha particular complexidade no caso da gestação de substituição, uma vez que o art. 8.º, n.º 7, na redação dada pela Lei n.º 25/2016, determina que “a criança que nascer do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”.

---

<sup>917</sup> Lança, 2016, p. 78; Raposo, 2017, p. 41.

<sup>918</sup> Vd. Coelho & Oliveira, 2006, pp. 52-60.

<sup>919</sup> Sobre as diversas modalidades de filiação, vd. Pinheiro, 2017, pp. 89 e 97.

<sup>920</sup> Vd. arts. 1803.º a 1825.º do CC.

<sup>921</sup> Vd. arts. 1847.º e 1869.º e ss. do CC.

A peculiaridade desta situação radica na possibilidade de cisão do estatuto de mãe, dissociando-se três verdades – gestacional, genética e volitiva – outrora imanentes, sobrevivendo a dúvida sobre quem será, afinal de contas, a mãe jurídica daquela criança.

Face ao exposto, assistimos ao abalo de um velho princípio herdado do direito romano, o brocado latino *mater certa semper est*, que se concretiza em reconhecer que mãe é aquela que dá à luz a criança.

Não rara a coincidência entre a verdade genética e a verdade volitiva, controverso será determinar se a maternidade deve ser estabelecida em relação à mulher que assumiu a concretização do projeto parental ou à prestadora do serviço que cedeu o seu útero para o processo de gestação.

Vera Lúcia Raposo avança com argumentos ponderosos a favor do critério gestacional, advertindo para o facto de ser esta “a que mais investimento físico faz na criança, bem como o peso do vínculo que se gera entre ambas durante o processo de gestação, e ainda por ser o de mais fácil determinação”<sup>922</sup>.

A mesma autora, em benefício do critério motivacional, faz uma analogia com a hipótese da doação de gametas, “já que nunca os dadores são tidos como pais da criança, mas sim aqueles que a desejam para si”<sup>923</sup>. Outro “bom argumento a favor da maternidade da mulher contraente, quando tenha sido esta a fornecer o óvulo (substituição meramente gestacional), é que neste caso se conjuga o critério biológico com o critério da vontade/consentimento”<sup>924</sup>.

Cremos que a maternidade deverá ser estabelecida em relação à autora do projeto parental, através de uma construção legal alicerçada na valorização do critério volitivo (e também genético, no caso dela ser fornecedora do óvulo). Este instituto, independentemente da sua conformidade constitucional e compatibilidade com a dignidade humana, tem como finalidade precípua o estabelecimento da maternidade em relação à autora do projeto parental. Assim, apenas estamos a cumpri-lo na sua plenitude se atribuirmos a maternidade a quem despoletou o seu surgimento: a autora de um projeto parental que, sozinha, não o conseguiria materializar.

Mais diríamos, o estabelecimento da filiação não resulta nem tem por fonte o contrato, mas a própria lei. Aliás, não podem as partes, ao abrigo da autonomia privada, acordar a constituição de vínculos de filiação à revelia das normas imperativamente previstas.

Apesar da interligação evidente entre a celebração de um contrato válido e o consequente estabelecimento da filiação, porquanto só a execução válida e eficaz deste contrato é suscetível de conduzir à aplicação deste critério especial de estabelecimento da filiação, gozam ambos de autonomia.

---

<sup>922</sup> Raposo, 2014, p. 846.

<sup>923</sup> Raposo, 2014, p. 847.

<sup>924</sup> Raposo, 2014.

### **3.1. A inscrição no Registo Civil das crianças nascidas por recurso à gestação de substituição**

Após o parto, surge a necessidade de estabelecer a filiação em relação à criança nascida por via da celebração do contrato de gestação, o que se efetiva mediante a sua inscrição no registo civil<sup>925</sup>.

A declaração de nascimento é feita de acordo com os arts. 96.º e ss. do CRC<sup>926</sup>. Dita o n.º 1 que “o nascimento ocorrido em território português deve ser declarado verbalmente, dentro de 20 dias imediatos, em qualquer conservatória de registo civil ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde”.

Sob o prisma que desenvolvemos até agora, para dar cumprimento ao contrato, deveriam ser os autores do projeto parental a proceder ao registo. Rute Teixeira Pedro refere que “uma vez nascida a criança, poderia fazer-se inscrever diretamente – sem necessidade de qualquer ato jurídico adicional – no registo essa parentalidade, bastando para o efeito a demonstração da vontade manifestada pelos beneficiários”<sup>927</sup>.

Contudo, como elucida Rita Lobo Xavier,

A “gestante” será uma grávida e será uma parturiente como qualquer outra. O seu nome estará escrito na pulseira que rodeará o pulso do recém-nascido. Será ela quem terá alta do estabelecimento de saúde onde dará à luz a criança. Terá um poder de facto de se recusar a entregar o recém-nascido e de promover o assento de nascimento do mesmo com indicação do próprio nome como mãe<sup>928</sup>.

Na prática, nenhum mecanismo impedirá a gestante de proceder ao registo da criança, sendo suficiente a exibição pelo declarante do documento comprovativo do facto<sup>929</sup>. Se do assento de nascimento não puder constar o nome da gestante ou a indicação de que o nascimento adveio da aplicação de técnicas de PMA, dificilmente o conservador terá conhecimento<sup>930</sup>.

De modo a facilitar o registo da criança nascida, o CNPMA, “mediante a apresentação de documentação comprovativa, emitirá uma declaração atestando que a criança nascida é, para todos os efeitos, filha do casal beneficiário”<sup>931</sup>. Desta forma, no momento do registo, estes poderão munir-se dessa declaração junto da Conservatória do Registo Civil.

---

<sup>925</sup> *Vd.* art. 1797.º, n.º 1 do CC e arts. 1.º, als. a) e b), e 2.º do CRC.

<sup>926</sup> *Vd.* art. 1803.º, n.º 1 do CC.

<sup>927</sup> Pedro, 2018, pp. 206-207.

<sup>928</sup> Xavier, 2019, p. 353.

<sup>929</sup> *Vd.* art. 102.º do CRC.

<sup>930</sup> *Vd.* art. 15.º, n.º 6.

<sup>931</sup> Deliberação n.º 22-II/2017.

Da *iure constituendo*, uma vez que não há nenhum dispositivo legal a fazer qualquer menção à questão do registo, e de modo a evitar o recurso à via judicial por todos os constrangimentos e morosidade que isso acarreta, parece-nos que o procedimento para o registo de uma criança nestas condições deve ser efetivado por via de uma construção legal, em sede própria. Poder-se-ia inserir no CRC uma norma a determinar que, em caso de gestação de substituição, não se poderá proceder ao registo da criança relativamente à parturiente ou, consagrando-se a possibilidade de “arrependimento”, determinar como se irá efetivar tal situação.

Alternativa última será a de dirimir o litígio por via de uma ação judicial, provando que o contrato foi celebrado respeitando os pressupostos exigidos por lei e requerendo a anulação do registo em nome da gestante.

## **4. A (in)validade do contrato de gestação de substituição**

### **4.1. As consequências da aplicação do regime da nulidade no contrato de gestação de substituição**

Nos termos do art. 8.º, n.º 12, os negócios jurídicos de gestação de substituição celebrados em contravenção a algum dos requisitos legais de validade do contrato são cominados com nulidade.

O principal efeito jurídico pretendido pelos sujeitos deste contrato é o estabelecimento da filiação da criança que vier a nascer relativamente aos autores do projeto parental. A lei é clara ao afirmar que, verificando-se o nascimento de uma criança mediante o recurso à gestação de substituição, no pressuposto de que o contrato é válido, esta será havida como filha dos respetivos “beneficiários” (art. 8.º, n.º 7).

O que já não será tão claro assim é quem serão havidos como pais daquela criança se o contrato vier a ser declarado nulo, ficando a questão em aberto na atual LPMA, dado que a norma do n.º 7 não opera qualquer distinção.

Enquanto na versão originária da LPMA se consagrou expressamente no art. 8.º, n.º 3 que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, na redação dada pela Lei n.º 25/2016 o legislador permaneceu silente quanto a este aspeto<sup>932</sup>.

---

<sup>932</sup> Considerando que “a reação é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. (...). Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação”, Ascensão, 2007, p. 18. Em conformidade, Parecer 63/CNECV/2012, pp. 10-11; Costa e Lima, 2012, p. 246; Lança, 2016, pp. 72-73.

Aludindo a um argumento sistemático, Vera Lúcia Raposo advoga que “não existe norma expressa na lei a impor o afastamento da regra do artigo 8.º, n.º 7”, o que “parece indicar que mesmo no caso de ilícito típico se mantém a parentalidade dos pais contraentes”<sup>933</sup>.

Para Raquel Guimarães, não podemos ignorar que “a regra da filiação surge no n.º 7 do art. 8.º, entre as várias condições e requisitos de validade do contrato de gestação e não a rematar o preceito, depois de definida a consequência da nulidade em caso de preterição dos elementos elencados”<sup>934</sup>.

A autora não considera “que se tenha consagrado com a última alteração legislativa o princípio inverso daquele que vigorava anteriormente ou, sequer, que a solução perfeitamente afirmada tenha deixado de valer no contexto do novo espírito da lei”<sup>935</sup>.

Aliás, se o legislador pretendesse que se atribuísse eficácia jurídica a um negócio nulo, isso teria de estar expressamente previsto na lei e, não estando, “a nulidade do contrato não pode deixar de ter como consequência, também hoje, a maternidade da gestante”<sup>936</sup>.

Na verdade, uma vez que a nulidade obsta à produção dos efeitos jurídicos visados pelos sujeitos do contrato, poderíamos concluir que deixa de se aplicar a regra especial do art. 8.º, n.º 7, operando a regra geral do art. 1796.º do CC. Assim, a gestante passaria a ser considerada mãe da criança que viesse a nascer.

Criticando o empreendimento do legislador ordinário, no Ac. do TC n.º 225/2018, declarou-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do art. 8.º.

A este propósito, teceremos várias considerações. Em primeiro lugar, ainda que se verifique a ausência de regulamentação específica no que tange à LPMA, aplicar-se o regime geral da nulidade dos contratos terá repercussões perniciosas em matéria de estabelecimento da filiação de crianças nascidas no decurso de um contrato de gestação de substituição.

Pode suceder que, num momento posterior, depois de o contrato ter sido integralmente cumprido, se constate que foi violado um dos requisitos estabelecidos pela lei. Não se divisa em que medida se poderá determinar que o contrato nunca chegou a produzir efeitos, com a consequente atribuição da maternidade à gestante, obliterando os vínculos familiares até então construídos entre aquela criança e os autores do projeto parental<sup>937</sup>.

Além disso, se a nulidade comporta a restituição de tudo o que tiver sido prestado, a gestante teria de ser havida como mãe daquela criança, enquanto aos autores do projeto parental seria devolvido o valor despendido para suportar as despesas inerentes à gestação e ao parto.

---

<sup>933</sup> Raposo, 2017a, p14.

<sup>934</sup> Guimarães, 2017, p. 123.

<sup>935</sup> Guimarães, 2017, p. 122.

<sup>936</sup> Guimarães, 2017, p. 123.

<sup>937</sup> *Vd.* art. 289.º do CC.

É também problemático o facto de esta nulidade poder ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado<sup>938</sup>. No limite, poderia alguém vir invocar a nulidade anos após o cumprimento do contrato, tendo a criança estabelecido vínculos afetivos com aqueles que considera os seus verdadeiros pais.

É notória a desadequação do regime da nulidade, em virtude das consequências radicais que comporta e do grau de incerteza quando ao destino da criança que vier a nascer, que não é de todo compaginável com o seu superior interesse. Sem prejuízo de não ser “aceitável que alguém possa obter, através de um ‘contrato’ de gestação de substituição em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais”<sup>939</sup>.

Com a atribuição da filiação aos autores do projeto parental, permite-se que o seu objetivo seja alcançado com recurso a um contrato nulo. Mas se o negócio produzirá os mesmos efeitos que um negócio válido, isso não fará com que os intervenientes do contrato ignorem a necessidade de cumprir os requisitos imperativamente estabelecidos por lei, dado que tal incumprimento não acarreta quaisquer consequências?

Saliente-se, em todo o caso, que os requisitos de validade do contrato são de variadíssima ordem. Como se constata, a lei vigente não diferencia o grau de importância dos requisitos, nem estabelece uma hierarquização. Não se justifica que requisitos de menor importância conduzam a consequências tão radicais como as que resultam da aplicação do regime da nulidade.

No essencial, o TC considera que

A possibilidade de a todo o tempo questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma inobservância qualificada) de um qualquer pressuposto (e não apenas de pressupostos fundamentais como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto de pessoas<sup>940</sup>.

Daqui depreendemos que a aplicação do regime da nulidade no âmbito dos contratos de gestação de substituição foi mal empregue pelo legislador. De qualquer modo, no caso de o legislador pretender manter o regime da nulidade no âmbito dos contratos de gestação de substituição, este nunca poderá ser aplicado a todo e qualquer requisito legalmente estabelecido que não se encontre preenchido, pelo que se deve atender às circunstâncias do

---

<sup>938</sup> *Vd.* art. 286.º do CC.

<sup>939</sup> Xavier, 2019, pp. 359-360. Em conformidade, Pareceres 92/CNECV/2016, p. 10 e 104/CNECV/2019, p. 8.

<sup>940</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1928.

caso em concreto<sup>941</sup>. Da *iure constituendo*, poder-se-á propor uma regulamentação específica nesta matéria, distinguindo-se o tipo de violação em causa<sup>942</sup>.

Ao nível das consequências penais, Rute Teixeira Pedro alerta para a situação em que “aqueles que serão qualificados, juridicamente, como pais responderão criminalmente pelo ato praticado e que lhes possibilitou converterem-se em pais”<sup>943</sup>. A criança integra-se naquela família em virtude de uma ocorrência criminosa, cuja história pessoal terá como marco esse tal evento, o que não é compatível com o seu superior interesse.

Mencionando que a terminologia adotada pelo legislador não é isenta de ambiguidade, Margarida Silva Pereira alerta para o facto de a gestante, no entendimento do legislador português, ser considerada uma *mãe virtual*<sup>944</sup>. Na sua linha argumentativa refere que “*gestante*, segundo a lei portuguesa, é a mulher a quem se imputa um comportamento de maternidade de substituição lícito. O que tem como contrapartida que a autora de contrato ilícito e criminoso será *mãe*”<sup>945</sup>. Deste modo, “o conceito de gestante tem uma conotação de licitude, ao passo que o conceito de maternidade possui uma desinência criminal”<sup>946</sup>.

---

<sup>941</sup> *Ibidem*.

<sup>942</sup> Poder-se-ia ponderar a aplicação do regime da redução dos negócios jurídicos (art. 292.º do CC). A este respeito, *vd.* Pinto, 2012, pp. 632-639; Hoerster, 2013, pp. 597-599.

<sup>943</sup> Pedro, 2017, p. 165.

<sup>944</sup> Pereira, 2017, p. 13.

<sup>945</sup> Pereira, 2017, p. 14.

<sup>946</sup> Pereira, 2017.

### **III. O “direito ao arrependimento” da gestante de substituição: a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases**

#### **1. A gestante de substituição como beneficiária de técnica de PMA e o consentimento informado**

Comum a todos os procedimentos de PMA, e também à gestação de substituição, é o consentimento informado enquanto condição prévia e fundamental do acesso às técnicas de PMA.

O art. 14.º, n.º 1 declara que “os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”.

Resulta do n.º 2 que devem ser “previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”. Dita o n.º 3 que tais informações “devem constar de documento, a ser aprovado pelo CNPMA, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento”<sup>947</sup>.

A lei consagra o direito à informação pré-contratual, enunciando um conjunto de informações que deverão ser prestadas aos “beneficiários” para que estes possam formar a sua convicção antes de consentirem na aplicação de uma técnica de PMA. Desse modo, garantir-se-á o seu cabal esclarecimento, bem como estarão aptos a expressar a sua vontade de forma livre e consciente.

Facilmente se depreende do disposto que, ao consentimento da gestante a quem vai ser ministrada uma técnica de PMA, é aplicável, *mutatis mutandis*, a regra geral do art. 14.º. Ora, sendo a gestante a mulher que vai ser submetida a esta técnica, com vista à transferência do embrião gerado para o seu útero, a mesma preenche o conceito de beneficiária para efeitos da LPMA, apesar de não o ser no âmbito do contrato de gestação de substituição. Assim, deve consentir para que a técnica lhe possa ser aplicada e, conseqüentemente, para que o embrião seja transferido para o seu útero, nos termos do art. 14.º.

Quanto à gestação de substituição, à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável, com as devidas adaptações, o art. 14.º, por força da remissão expressa do n.º 8 do art. 8.º. Procurando realçar que, além dos autores do projeto parental, a gestante também tem direito à informação pré-contratual, o legislador acrescentou no n.º 5 do art. 14.º que “o disposto nos números anteriores é aplicável à gestante (...) nas situações previstas no art. 8.º”.

Porém, tal como entende Raquel Guimarães, não terá sido pretensão do legislador que “esta menção expressa (e exclusiva) à gestante (...) afaste a necessidade de prestar a

---

<sup>947</sup> Alertando para a insuficiência dos formulários aprovados pelo CNPMA, Gonçalves, 2011, p. 130; Guimarães, 2017, p. 117.



informação referida sobre benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA e, sobretudo, informação sobre ‘as suas implicações éticas, sociais e jurídicas’ também aos beneficiários da maternidade sub-rogada”<sup>948</sup>.

Justamente pela complexidade lhe é inerente, prevê o n.º 6 do art. 14.º que os intervenientes no contrato devem ser “informados, por escrito, do significado e da influência da gestante (...) no desenvolvimento embrionário e fetal”<sup>949</sup>.

Enfatiza-se, porém, que o consentimento a que se refere a norma do art. 14.º remete apenas para a exigência de que seja prestada toda a informação relevante à gestante quando esta consente na aplicação de uma técnica de PMA. Adotando a terminologia de Orlando de Carvalho, no âmbito do consentimento para limitações aos direitos de personalidade, dir-se-á que tal consentimento tem a natureza de *autorizante*<sup>950</sup>.

No entanto, no momento da celebração do contrato, a gestante presta o seu consentimento para distintas obrigações, devendo ainda prestá-lo relativamente às obrigações que assume de suportar a gravidez e o parto por conta dos autores do projeto parental e de estabelecer a filiação em proveito destes.

Deste modo, “o consentimento que se exige aos intervenientes corresponde à declaração de vontade que integra o contrato de gestação de substituição, através do qual se limita o direito à integridade física e o direito à liberdade, atribuindo aos beneficiários um direito subjetivo de exigir o comportamento correspondente”<sup>951</sup>. Neste caso, o consentimento da gestante já assumirá um caráter vinculante.

Na medida em que estamos diante de um procedimento que contende com bens jurídicos da personalidade, protegidos pelo art. 70.º, n.º 1 do CC, a revogação do consentimento num momento ulterior à transferência do embrião poderá ter por base o art. 81.º, n.º 2 do CC, segundo o qual a limitação voluntária, quando legal, ao exercício dos direitos de personalidade é sempre revogável.

Subscrevemos as afirmações de Rita Lobo Xavier quando afirma que “subjacente à declaração de inconstitucionalidade [no Ac. do TC n.º 225/2018], contudo, não parece estar apenas, nem sobretudo, a possibilidade de revogação do consentimento para a realização da técnica de PMA”, considerando que o desígnio do TC é verdadeiramente declarar, equivocadamente, que as normas são inconstitucionais “quando interpretadas no sentido de que excluem o exercício de um direito potestativo e discricionário que deve ser concedido à gestante de fazer cessar livremente o ‘contrato de gestação’ e que deverá poder ser exercido em distintos momentos com diferentes finalidades”<sup>952</sup>.

---

<sup>948</sup> Guimarães, 2017, p. 116.

<sup>949</sup> *Vd.* art. 12.º, al. c) *ex vi* art. 8.º, n.º 9.

<sup>950</sup> Carvalho, 2012, p. 205.

<sup>951</sup> Guimarães, 2017, p. 118.

<sup>952</sup> Xavier, 2019, p. 356.

Saliente-se que, quando se alude à possibilidade de revogação do consentimento por parte da gestante nesta norma, parece-nos que estará simplesmente em causa a possibilidade de a mesma revogar o seu consentimento até ao momento da transferência uterina, o que será conforme à CRP.

## **2. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de recusa imotivada da mulher “ainda não gestante” em prosseguir o processo terapêutico**

O n.º 4 do art. 14.º prevê que “o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”.

Da interpretação literal da norma decorre que as partes podem revogar o seu consentimento até ao primeiro ato médico praticado no âmbito da PMA, ou seja, até ao momento em que se inicia a toma da medicação para estimular a ovulação, da recolha do espermatozoide ou da implantação do embrião<sup>953</sup>.

Não nos parece, porém, que tenha sido essa a intenção do legislador, uma vez que o entendimento dominante reporta “a linha de fronteira para a retirada do consentimento ao momento da transferência uterina”<sup>954</sup>. Nesta senda, a formulação textual do preceito deveria ser revista.

À semelhança dos “beneficiários” para efeitos da LPMA, decorre claramente da lei, por força do n.º 5 do art. 14.º e do n.º 8 do art. 8.º, que também a gestante pode revogar o seu consentimento para ser submetida a uma técnica de PMA até ao momento da transferência uterina<sup>955</sup>.

Aliás, não poderia ser de outra forma, porquanto não vislumbramos qualquer base legal, nem possibilidade prática, de poder obrigar uma mulher a transferir um embrião para o seu útero. Forçoso se torna concluir que não haverá a possibilidade de execução específica do contrato, pois a gestante nunca poderá ser submetida a uma gravidez contra a sua vontade. Caso contrário, haveria uma clara violação do seu direito à integridade e liberdade físico-psíquica, da sua autodeterminação pessoal e da livre disposição sobre o seu próprio corpo.

Note-se, em todo o caso, que a gestante incumpe uma das obrigações essenciais a que previamente se vinculou – a de se submeter a uma técnica de PMA –, pelo que estamos perante um incumprimento contratual. Poderá vir a ter de reembolsar os autores do projeto parental das despesas por estes suportadas, como os custos associados aos procedimentos terapêuticos<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup> Raposo, 2017a, p. 18.

<sup>954</sup> Raposo, 2017a.

<sup>955</sup> Raposo, 2017a.

<sup>956</sup> Raposo, 2017a, p. 22.

### **3. O “arrependimento” ulterior à transferência do embrião**

#### **3.1. A (in)admissibilidade do abortamento provocado no decurso da gravidez**

De acordo com o n.º 10 do art. 8.º, “devem constar obrigatoriamente [do contrato], em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez”.

Parece decorrer desta norma que todos os intervenientes no contrato têm verdadeiramente um poder de decisão quanto a tais matérias. Reconhecemos que, se assim fosse, ficaria ao abrigo da autonomia privada a possibilidade de fazer constar do clausulado contratual a imposição de um abortamento provocado à gestante, desde que verificada uma circunstância legalmente admissível para a IVG.

Contudo, parece-nos que o objetivo do legislador terá sido outro que não o de atribuir um efetivo poder de decisão aos autores do projeto parental. Não seria concebível permitir que as partes, no pleno exercício da autonomia privada, determinassem o que ocorrerá no caso de IVG; nem tão-pouco que os autores do projeto parental se pudessem imiscuir neste processo de decisão.

Concomitantemente, estipula o n.º 11, *in fine*, que o contrato não pode impor à gestante “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”. A lei parece encerrar, em si mesma, uma clara contradição com o postulado no n.º 10, uma vez que “qualquer cláusula que condicione de alguma forma a decisão da gestante (...) quanto a um eventual aborto, quer forçando-o quer impondo-o, atentará contra a proibição contida no n.º 11”<sup>957</sup>.

Pode claramente ser afirmado que a decisão caberá, sempre, única e exclusivamente, à gestante.

Vera Lúcia Raposo parece encontrar alguma virtualidade nesta previsão legal, admitindo ser possível “definir as expectativas das partes quanto ao que pode suceder no futuro, delimitar os respetivos poderes de decisão e, desta forma, prevenir alguns conflitos”, bem como “em caso de litígio em tribunal auxiliar o juiz a determinar os danos indemnizáveis”<sup>958</sup>.

##### **3.1.1. O abortamento involuntário**

Pode suceder que a gestante tenha que abortar por razões totalmente alheias à sua vontade. Na ausência de um elemento volitivo, consideramos não estar perante um incumprimento contratual e, consequentemente, não poderão desse facto resultar quaisquer consequências jurídicas para a prestadora do serviço<sup>959</sup>.

---

<sup>957</sup> Raposo, 2017a, p. 32.

<sup>958</sup> Raposo, 2017a, p. 33.

<sup>959</sup> Raposo, 2017b, p. 176.

Com efeito, tal desfecho pode ocorrer em qualquer momento, a qualquer mulher, numa qualquer gravidez.

Situação diversa será aquela em que seja comprovado que a gestante, mediante um comportamento negligente e ainda que involuntário, contribuiu para aquele resultado. Embora o aborto negligente não seja punível à luz do ordenamento jurídico português, é certo, porém, que, se a prestadora do serviço adotar comportamentos que coloquem em risco o nascituro, tal conduta poderá ser suscetível de configurar um incumprimento contratual<sup>960</sup>.

Se resulta do contrato que uma das obrigações essenciais da gestante é renunciar antecipadamente ao estabelecimento da maternidade para que a criança seja havida como filha dos autores do projeto parental, se a mesma não conseguir levar a gravidez a bom termo por força dos comportamentos adotados, incumpe uma das obrigações essenciais às quais anteriormente se vinculou.

Desta forma, restará aos autores do projeto parental propor uma ação de responsabilidade civil contra a prestadora do serviço pelo incumprimento contratual, fundada no abortamento que resultou dos seus comportamentos.

Cumpre realçar que, se a 1.<sup>a</sup> parte do n.º 11 do art. 8.º veda expressamente a imposição de restrições de comportamentos à gestante, a ação nunca poderá ser proposta tendo por base a sua conduta.

Na verdade, denota-se alguma incongruência na lei. É-nos difícil conceber que os autores do projeto parental aceitem desinteressar-se pelos comportamentos adotados pela mulher que gera uma criança com material genético seu. Aliás, “o estabelecimento de *regras de condução de vida* à gestante (...) é inerente à figura da gestação de substituição, por aquilo que ela é<sup>961</sup>”.

A proteção conferida pelo legislador ordinário procura evitar a imposição de comportamentos desmesuráveis, arbitrários e injustificados por parte dos autores do projeto parental. Contudo, não podemos ignorar que a adoção de certas regras de conduta é essencial para o bem-estar do nascituro e que os autores do projeto parental são parte interessada na forma como a gestante rege a sua vida.

Mais razoável seria a expressão restrições injustificadas ou excessivas, “termos que embora deixem certamente uma sombra de dúvida quanto à sua exata interpretação (...), teriam ao menos o mérito de esclarecer que algumas limitações ao comportamento da gestante serão admitidas”<sup>962</sup>.

Note-se que “tais limitações não serão aceitáveis quando ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante, se intrometam abusivamente na sua vida privada e lhe imponham

---

<sup>960</sup> Raposo, 2017b. O mesmo se dirá nos casos em que a gestante contribuiu para que a criança nascesse com doenças ou malformações, podendo vir a ser responsabilizada pelo cumprimento defeituoso do contrato.

<sup>961</sup> Chaby, 2019, p. 81.

<sup>962</sup> Raposo, 2017a, p. 36.

restrições infundadas”<sup>963</sup>. Mas, como frisa Estrela Chaby, “não será surpreendente, atenta a natureza da gestação de substituição, que as intromissões *absolutamente necessárias para o bem-estar do nascituro* ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante”<sup>964</sup>.

Ao vedar-se expressamente a inclusão de qualquer cláusula limitativa de comportamentos da gestante no contrato, esta poderá adotar comportamentos negligentes que coloquem em risco a vida do nascituro. Assim, os autores do projeto parental não terão legitimidade para reagir judicialmente de forma a prevenir a ocorrência de qualquer dano.

Reitere-se, portanto, que, à luz da LPMA, esta indemnização poderá ser devida pelo facto de a gestante não cumprir a obrigação essencial a que previamente se vinculou, como decorrência da conduta adotada que levou ao abortamento, e não pelos comportamentos em si mesmo considerados, comportamentos esses insuscetíveis de serem restringidos<sup>965</sup>.

### **3.1.2. O abortamento voluntário**

Esclareça-se, desde logo, que, no ordenamento jurídico português, a IVG é permitida à mulher grávida apenas nos casos expressamente consignados na lei. Como adverte, e bem, Vera Lúcia Raposo, “caso a decisão da gestante não se funde numa das causas de justificação da ilicitude tipificadas no n.º 1 do art. 142º do CP será obviamente uma conduta criminosa, com as necessárias consequências a nível criminal, mas também a nível de direito civil, por incumprimento contratual”<sup>966</sup>.

Figueiredo Dias e Nuno Brandão esclarecem que “a exclusão da ilicitude decorre aqui, nas palavras da lei, de uma ‘opção da mulher’, o que significa que apenas a mulher grávida tem o poder de decisão quanto à IVG, *in casu*, a gestante”<sup>967</sup>.

Facilmente se refuta o argumento de que, como os autores do projeto parental contribuem com o seu material genético (ou pelo menos um deles), o poder de decisão deveria ser-lhes atribuído, salvo nos casos em que a gestação comportasse riscos para a saúde ou para o corpo da gestante<sup>968</sup>. A lei não concede à grávida esta possibilidade com fundamento na relação genética existente entre ela e o feto, senão vejamos: “a valorização da relação genética com o feto levaria à intervenção do pai na decisão de interrupção da gravidez, o que não acontece no nosso sistema”<sup>969</sup>.

Esta solução é inteiramente justificada face à necessidade de preservação do bem jurídico em causa: a integridade e liberdade físico-psíquica da grávida, a sua autodeterminação pessoal e a livre disposição sobre o seu próprio corpo. Posto isto, qualquer

---

<sup>963</sup> Raposo, 2017b, p. 173.

<sup>964</sup> Chaby, 2019, p. 79.

<sup>965</sup> Neste sentido, Raposo, 2017b, p. 176.

<sup>966</sup> Raposo, 2017b, p. 178.

<sup>967</sup> Figueiredo & Brandão, 2012, p. 290.

<sup>968</sup> Raposo, 2017b, p. 177.

<sup>969</sup> Guimarães, 2017, p. 119.

cláusula que estipulasse uma renúncia antecipada à IGV ou especificasse as hipóteses concretas em que a gestante teria ou não de abortar, seria contrária aos princípios da ordem pública e cominada com nulidade, por violadora do art. 81.º, n.º 1 do CC.

Do ponto de vista do direito civil, se a gestante quiser recorrer à IVG, ainda que seja lícito à luz do direito penal e não lhe possa ser imposta coercivamente a execução do contrato, poderá vir a ser proposta uma ação de responsabilidade civil pelo autores do projeto parental por via do incumprimento contratual<sup>970</sup>.

Ressalvam-se os casos em que a gestação comporte um risco para a saúde ou vida da gestante (art. 142.º, n.º 1, als. a) e b) do CP). Não obstante a gestante assumir o compromisso de dar à luz aquela criança, ela não tem de ficar irremediavelmente vinculada a algo que interfira tão atrozmente com o seu próprio bem-estar. Como esta situação não é suscetível de configurar um incumprimento contratual, Vera Lúcia Raposo sugere que o casal contraente procure uma segunda opinião médica, de forma a certificar-se de que há, efetivamente, um risco para a mesma<sup>971</sup>.

Se entendemos que os autores do projeto parental não podem impedir a gestante de pôr termo à gravidez, pela mesma ordem de razões consideramos que tão-pouco lhe podem impor coercivamente um aborto. Mesmo que apresentem razões atendíveis, caberá sempre à contraparte a tomada de decisão.

Não quer isto dizer que o facto de a gestante optar por levar aquela gravidez avante importe o estabelecimento da maternidade a seu favor, porquanto no final a criança que vier a nascer será sempre havida como filha dos “beneficiários”, tal como contemplado pela lei.

Quanto às consequências jurídicas que daqui possam advir, Vera Lúcia Raposo opina no sentido de, contrariamente à hipótese em que a gestante recorre à IVG contra a vontade dos autores do projeto parental – caso em que se se verificarem os restantes pressupostos da responsabilidade civil serão devidos danos patrimoniais e não patrimoniais –, no caso de ela continuar a gravidez contra a decisão daqueles, apenas os danos patrimoniais poderão ser devidos<sup>972</sup>. A autora recusa que o nascimento de uma criança possa gerar danos morais ressarcitórios e “possa causar a alguém ‘dores e desgostos’ a que o direito deva atender”<sup>973</sup>.

---

<sup>970</sup> Raposo, 2017b, p. 178.

<sup>971</sup> Raposo, 2017b.

<sup>972</sup> Raposo, 2017a, p. 34.

<sup>973</sup> Raposo, 2017a.

#### **4. O “direito ao arrependimento” da gestante como possibilidade de a mulher, depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/a**

A questão do “direito ao arrependimento da gestante de substituição” coloca-se, sobretudo, quando se encara a hipótese de esta, depois de dar à luz a criança, pretender conservá-la para si e a considerar como filho/filha.

De facto, a questão é deveras controversa, pelo que vem sendo objeto de um acérrimo debate em contexto de decisão de política legislativa e levou, inclusive, o TC a pronunciar-se sobre o tema. Desde logo, porque não se divisa em que medida se possa alcançar uma solução harmonizadora que acautele todos os interesses em conflito.

A questão convoca necessariamente uma reflexão sobre quais os interesses que devem prevalecer, sendo certo que a proteção de uma das partes conduzirá, impreterivelmente, a que a outra fique desprovida de tutela. Na verdade, não é possível ignorar o superior interesse da criança que vier a nascer.

No ordenamento jurídico português, como se viu, não é permitida a simultaneidade da contribuição genética e gestacional, pelo que o fundamento do direito ao arrependimento da gestante não poderá fundar-se na eventual ligação genética existente entre esta e a criança. O direito ao arrependimento terá por base a garantia da sua liberdade de decisão, que não pode estar irremediavelmente vinculada a um contrato<sup>974</sup>.

##### **4.1. O TC e a consagração legal do direito à desvinculação imotivada da gestante de substituição**

Perspetivando o problema no âmbito temático da gestação de substituição, a argumentação constitucional central explanada no Ac. do TC n.º 225/2018 dividiu-se em duas fases. Num primeiro momento, foi analisada a admissibilidade constitucional de princípio do modelo português da gestação de substituição, desconsiderando-se certos aspetos concretos do próprio regime jurídico, para, num segundo momento, ser apreciada a conformidade constitucional desses mesmos aspetos consagrados na lei.

O entendimento plasmado no Acórdão sustentou-se no facto de a limitação à revogação do consentimento da gestante configurar uma restrição excessiva, pelo sacrifício desproporcional imposto ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família<sup>975</sup>. Ou seja, considerou que não estava em conformidade com a CRP a

---

<sup>974</sup> Raposo, 2017a, p. 16.

<sup>975</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, pp. 1945-1946.

solução legal que atribui *ipso facto* o vínculo de filiação aos autores do projeto parental sem conceber o direito à desvinculação imotivada da gestante após o parto.

A decisão alicerçou-se na fundamentação de que, pelas particularidades da gravidez, “não se pode ter como certo que a vontade inicialmente manifestada pela gestante seja totalmente esclarecida e insuscetível de sofrer modificações em virtude de desenvolvimentos não previstos ocorridos durante o processo gestacional”<sup>976</sup>.

Notam os Juízes do TC que

As obrigações contratualmente assumidas e consentidas *a priori*, podem, a partir de um dado momento, deixar de corresponder à vontade da gestante, de modo tal que o respetivo cumprimento deixe de traduzir uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. O consentimento inicial deixa, assim, de ser atual, por razões atendíveis<sup>977</sup>.

Afirmavam, por isso, que o consentimento prestado no momento da celebração do contrato até à transferência do embrião não era suficiente, carecendo de ser ratificado após o nascimento da criança. Só assim, garantido a liberdade de decisão da gestante durante todo o processo, é que se tornaria legítima a atribuição do vínculo de filiação aos autores do projeto parental.

O discurso argumentativo em prol da consagração do “direito ao arrependimento” da gestante prende-se com o facto de estarmos no campo dos direitos de personalidade, pelo que resulta imperativamente da lei ordinária que a gestante pode revogar o consentimento previamente dado a qualquer momento da execução do contrato<sup>978</sup>.

Prevê o n.º 2 do art. 81.º do CC que “a limitação voluntária [ao exercício dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

Se o legislador ordinário pretendeu enquadrar este regime no domínio contratual, e dado que o art. 14.º está circunscrito à revogação do consentimento para a aplicação da técnica de PMA, poderíamos considerar admissível a possibilidade de revogação do consentimento após o nascimento da criança atendendo às regras gerais do CC<sup>979</sup>. Porém, o TC destaca que “a revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização”, de forma a assegurar a liberdade do consentimento prestado<sup>980</sup>.

---

<sup>976</sup> *Ibidem*, p. 1925.

<sup>977</sup> *Ibidem*.

<sup>978</sup> Oliveira, 1992, p. 65.

<sup>979</sup> Neste sentido, Xavier, 2019, p. 357.

<sup>980</sup> Xavier, 2019, p. 1923.



## 4.2. A incompreensível dissociação entre o modelo de gestação de substituição e o regime que o concretiza

Não obstante os requerentes terem considerado que o modelo português de gestação de substituição, *per se*, estava em desconformidade com a CRP, consubstanciando-se uma “verdadeira mercantilização do ser humano” e contrariando “frontalmente a tutela jurídico-constitucional consagrada do valor da dignidade da pessoa humana”, o TC entendeu que “não estará em causa o modelo, em si mesmo considerado, mas tão-somente certas soluções adotadas na sua concretização legislativa”<sup>981 982</sup>.

Na perspetiva do TC, não existiria qualquer fundamento de ordem constitucional para considerar merecedora de censura a consagração legal da gestação de substituição, quer do ponto de vista da dignidade da gestante, quer da criança que viesse a nascer, ressaltando, conquanto, que determinados aspetos do regime jurídico colidem com a lei fundamental.

Face ao exposto, não é isenta de dúvidas a posição que fez vencimento, uma vez que “a separação entre o modelo e o regime que o concretiza é contestável, pois, ao fim ao cabo, é a partir de um determinado regime que se pode construir o modelo que lhe corresponde”<sup>983</sup>.

Benedita Mac Crorie expõe que

As condições em que esta prática está regulada podem ser também determinantes na avaliação da conformidade do diploma com a Constituição, uma vez que nem todas as formas de configurar o regime serão necessariamente consentâneas com os direitos fundamentais e, em última análise, com o princípio da dignidade<sup>984</sup>.

Assim, Estrela Chaby questiona “se não terá antes o juízo de conformidade constitucional que ter por objeto, mesmo num primeiro momento, a específica figura tal como concreta e globalmente foi consagrada pela lei”<sup>985</sup>.

Cremos que certos aspetos do regime jurídico da gestação de substituição não se podem fragmentar do próprio instituto globalmente considerado sem o deturpar por completo. Diríamos, aliás, que a determinação de um critério de atribuição do vínculo de filiação aos autores do projeto parental *a priori* é algo inarredavelmente inerente ao próprio modelo, pela natureza e pela finalidade que lhe são subjacentes.

Se subscrevemos que se configura como “um aspeto do regime decisivo para a sua identificação e caracterização”, é também nossa convicção que constitui, desde logo, o cerne do regime jurídico da gestação de substituição<sup>986</sup>.

---

<sup>981</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, pp. 1890-1891.

<sup>982</sup> *Ibidem*, p. 1919.

<sup>983</sup> Ribeiro, 2018, p. 27.

<sup>984</sup> Crorie, 2017, p. 61.

<sup>985</sup> Chaby, 2019, p. 63.

<sup>986</sup> Ribeiro, 2018, p. 27.

Perfilhamos o entendimento de Estrela Chaby, quando refere que se “afirma a inconstitucionalidade de uma decorrência necessária (...) da gestação de substituição, e sem a qual ela deixa de ser”, visto que a própria consagração legal deste modelo apresenta como finalidade substancial a atribuição do vínculo de filiação tal como preceituado no art. 8.º, n.º 7<sup>987</sup>. A consagração de um direito ao arrependimento da gestante, e consequente atribuição da maternidade, elimina um aspeto nuclear deste instituto, esvaziando-o e descaracterizando-o.

Rita Lobo Xavier refere que causa alguma estranheza que o TC, num primeiro momento, considere o modelo conforme à CRP e, logo de seguida, venha “retirar uma peça tão fundamental a tal ‘modelo’ que torna incerto o desfecho de toda a situação até ao momento da entrega da criança, podendo, nesta altura, frustrar-se completamente o seu desígnio originário”<sup>988</sup>.

Mais, indagamo-nos se a exigência da expurgação deste vício de inconstitucionalidade do regime em concreto para que se possa revelar a sua conformidade com a CRP, quando o mesmo se revela um aspeto tão essencial ao próprio modelo, não será um indício da inconstitucionalidade do modelo em si mesmo considerado, por revelador da contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Comungamos da opinião de Rita Lobo Xavier, que remata assim o seu pensamento:

A apreciação da (in)constitucionalidade das disposições legais relativas à gestação de substituição não terá revelado, afinal, que o contrato pelo qual uma mulher se vincula irrevogavelmente a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois de nascida não é conforme à Constituição Portuguesa?<sup>989</sup>

Estrela Chaby considera que a revogabilidade do consentimento da gestante ocupa “um lugar central na configuração efetiva da realidade da gestação de substituição”, o que significa que “a gestação de substituição só possa ser, sendo violadora da dignidade da gestante. E sendo violadora da dignidade da gestante, ela não pode ser”<sup>990</sup>.

#### **4.3. A gestação de substituição e a consideração dos direitos em colisão**

Ainda nesta esteira, se percebemos a afirmação do TC ao considerar ser manifesta a “*assimetria* existente entre o que é consentido pelos beneficiários e pela gestante e a *autonomia funcional* do consentimento de cada uma das partes no contrato”, não podemos

---

<sup>987</sup> Chaby, 2019, p. 73.

<sup>988</sup> Xavier, 2019, p. 357 e Parecer 104/CNECV/2019. Em conformidade, Ribeiro, 2018, p. 27.

<sup>989</sup> Xavier, 2019, p. 361.

<sup>990</sup> Chaby, 2019, p. 82.

concordar que o consentimento dos autores do projeto parental “não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus”<sup>991</sup>.

Relativamente a estes, não é despendendo recordar que, tal como em relação à gestante, também estarão em causa direitos fundamentais, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir família<sup>992 993</sup>.

Certo é que, no caso de a maternidade ser estabelecida em proveito da gestante, levando a cabo um projeto procriativo próprio, mais do que a frustração de expectativas, os autores do projeto parental “passam retrospectivamente a meros *participantes forçados* na criação de um vínculo de filiação assumido por outros”, concretizado contra a sua vontade e com o seu contributo genético<sup>994</sup>.

Não descurando a posição da gestante, Joaquim de Sousa Ribeiro refere, e a nosso ver bem, que “não menos saliente e decisivo é o contributo genético prestado no quadro da satisfação de um interesse a que unicamente se deve a ativação do instituto, a ele finalizado, da gestação de substituição”<sup>995</sup>. Não é legítimo que aqueles que, face à amarga constatação de que não conseguem procriar por método natural, dão origem a este processo vejam as suas expectativas malogradas, traduzindo resultados mais gravosos do que aqueles que já comporta a infertilidade.

Já a gestante está ciente, *ab initio*, de que aquele projeto parental será protagonizado pela contraparte, agindo como mera prestadora de um serviço, munida de um espírito puramente altruístico e solidário para a concretização de um projeto parental alheio.

Não pretendemos negar estar em causa uma restrição desmesurada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante. Não obstante, os autores do projeto parental veem este direito fundamental ser-lhes igualmente restringido. Assim, estamos “perante uma autêntica colisão de posições subjetivas no espaço normativo de um mesmo direito fundamental, (...) que (...) se inscreve, em ambos os lados, na zona mais nuclear da personalidade e das opções de vida dos intervenientes”<sup>996</sup>.

Perante a colisão de direitos, e de forma a auxiliar à decisão, poderão ser convocados outros direitos de personalidade, como o direito a constituir família. Direito esse que fica vedado apenas aos autores do projeto parental, que celebram este contrato dada a incapacidade uterina do membro feminino do casal.

Com efeito, a prestadora do serviço disponibiliza-se para concretizar um projeto parental que lhe é alheio, o que manifesta a sua idoneidade para levar uma gravidez a bom

---

<sup>991</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1921.

<sup>992</sup> Acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, *vd.* Canotilho & Moreira, 2007, p. 463.

<sup>993</sup> *Vd.* art. 36.º da CRP. Sobre o direito a constituir família, *vd.* Canotilho & Moreira, 2007, p. 567; Duarte, 2003, pp. 34-38.

<sup>994</sup> Ribeiro, 2018, p. 32.

<sup>995</sup> Ribeiro, 2018, p. 33.

<sup>996</sup> Ribeiro, 2018, p. 33.

termo. Logo, nunca verá o seu direito a constituir família interdito, visto que estaria sempre apta, com recurso aos meios naturais, a gerar uma criança<sup>997</sup>.

Poderá perguntar-se se deverá aceitar-se que a mulher que livremente e de forma altruística se oferece para prestar um serviço procure realizar o seu direito a constituir família à custa da frustração de um projeto parental que lhe é alheio.

Posto isto, fica patente a enorme dificuldade em compatibilizar os interesses em conflito, sendo muito difícil que os autores do projeto parental se conformem com o facto de o contrato de gestação poder implicar que a criança que venha a nascer e com quem partilham laços genéticos possa vir a ser filho/a da gestante.

O TC, ao exigir a consagração do “direito ao arrependimento” da gestante, salvo melhor opinião, não foca um ponto fulcral nesta problemática. Este modelo apresenta dois pressupostos essenciais. Por um lado, a gestante nunca poderá contribuir com material genético, pelo que não haverá qualquer vínculo biológico com a criança que vier a nascer. Por outro lado, pelo menos um dos autores do projeto parental tem que fornecer os seus gâmetas para a gestação, havendo assim uma ligação biológica entre este e aquela criança.

Parece decorrer do próprio modelo que, uma vez nascida a criança, ela terá de ser havida como filha dos autores do projeto parental, independentemente da vontade da prestadora do serviço. É um facto que esta circunstância possa ser contrária à CRP; no entanto, afigura-se como decorrência necessária do próprio regime. Se isto implica afirmar a desconformidade constitucional, implica também negar a consagração do próprio modelo.

Aliás, esta possibilidade “não fará só que a gestação de substituição se torne desinteressante para os beneficiários; fará talvez antes que, para os beneficiários ela não seja suportável”<sup>998</sup>. Aqueles que anseiam profundamente ter um filho, recorrendo a um terceiro por ser a única forma de realizar esse desejo, dificilmente irão optar por um processo que, no final de contas, poderá vir a ter o desfecho completamente inverso.

Surge como necessária a promoção de um intenso debate legislativo sobre a solução que deve ser preconizada neste domínio. A aprovação de uma nova lei que procure colmatar os problemas suscitados pelo TC em determinadas opções legislativas conduzirá à expurgação de certos aspetos característicos do próprio instituto, o que leva a já não podermos apelidá-lo como *modelo português de gestação de substituição*, mas um modelo alternativo com características que o enviesam.

---

<sup>997</sup> Ribeiro, 2018, p. 35.

<sup>998</sup> Chaby, 2019, pp. 72-73.

#### **4.4. O exercício do “direito ao arrependimento” por parte da gestante e o estabelecimento da paternidade relativamente ao seu/sua filho/a**

No segmento final da decisão, o TC decidiu que, perante um conflito de projetos parentais, e de modo a salvaguardar o superior interesse da criança, a decisão deveria ser tomada “no quadro de uma avaliação casuística”, o que causa alguma incerteza na definição da situação jurídica da criança<sup>999</sup>. É controverso que num domínio como este, norteador pelo superior interesse da criança, se venha abrir a porta a uma avaliação casuística, a ser realizada por um juiz<sup>1000</sup>.

Impõe recordar que o TC frisou que a conformidade da gestação de substituição só será possível se for consagrado um direito à desvinculação imotivada da gestante, num momento ulterior ao parto, sem que isso acarrete quaisquer consequências jurídicas para a mesma.

Posto isto, Rute Pedro questiona:

O estabelecimento da filiação a favor deles operar-se-á, uma vez nascida a criança, por lei com base no contrato de gestação sob condição de a gestante não revogar? Ou (...) aplicar-se-á sempre, num primeiro momento, a regra geral, nomeadamente a de que a filiação se estabelece nos termos do art. 1796.º, em relação à gestante (...), havendo depois um mecanismo específico de transferência da parentalidade em caso de entrega da criança aos beneficiários?<sup>1001</sup>

Cremos ser inegável que, se o legislador ordinário cumprir as exigências impostas pelo TC, o estabelecimento da filiação depende de uma decisão ulterior da gestante, ficando ao seu critério ser havida como mãe daquela criança, até que pretenda não o ser. O que nos leva a concluir que a mulher que dá à luz não será, afinal, nos termos do contrato, a gestante de substituição, mas sim a mãe daquela criança, sob condição resolutiva de vir a decidir não o ser.

Isto implicaria que, perante o arrependimento da mulher que renunciou antecipadamente ao estabelecimento da maternidade, se revertesse tal decisão e se aplicassem as regras gerais do CC. Como tal, seria considerada mãe aquela que deu à luz a criança, *in casu*, a prestadora do serviço.

Todavia, o TC parece olvidar que os vínculos da filiação se devem estabelecer relativamente a ambos os progenitores, pelo que importa determinar qual o critério jurídico da paternidade para os casos em que tal arrependimento efetivamente se verifique<sup>1002</sup>.

---

<sup>999</sup> Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1926.

<sup>1000</sup> Referindo que “constitui uma lesão maior do interesse de qualquer criança nascida através da gestação de substituição lícita do que o critério – objetivo e sempre razoável – do n.º 7 do art. 8º”, Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, na sua Declaração de Voto no Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1955.

<sup>1001</sup> Pedro, 2018, p. 212. À semelhança do exemplo paradigmático do Reino Unido, em que vigora um modelo de transferência judicial da parentalidade. A este propósito, *vd.* Fenton-Glynn, 2019, pp. 115-134.

<sup>1002</sup> Para uma breve síntese, Pedro, 2018, pp. 217-218.

Há quem questione se, sendo a gestante casada, não se poderia equacionar a hipótese de estabelecer a paternidade em proveito do cônjuge, operando a presunção de paternidade em relação ao marido da mãe, prevista no art. 1796.º, n.º 2 do CC<sup>1003</sup>. E, não sendo, apenas poderá ser estabelecida a maternidade, ficando o registo da paternidade omissa<sup>1004</sup>.

Não partilhamos de tal convicção, na medida em que, face a esta circunstância, a criança ficaria privada de pai.

À partida, uma vez que o elemento masculino forneceu o seu material genético, o estabelecimento da paternidade deverá ser reconhecido ao progenitor biológico daquela criança<sup>1005</sup>. Problemas maiores surgem quando este homem não tenha fornecido o seu material genético.

Da consagração do “direito ao arrependimento” da gestante resulta, por um lado, o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e, por outro lado, o estabelecimento da paternidade em proveito do autor do projeto parental, o que se afigura muito perturbador da unidade do projeto parental.

Na verdade, o autor do projeto parental iniciou aquele projeto juntamente com a sua mulher, pelo que pode não querer partilhá-lo com a gestante. Mais problemático será se a autora do projeto parental tiver contribuído com o seu óvulo para a gestação.

Não oferece margem para dúvidas, em face das consequências que advêm desta solução, que esta não vai ao encontro do superior interesse da criança.

---

<sup>1003</sup> Declaração de Voto dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes da Costa e Cláudio Monteiro no Ac. do TC n.º 225/2018, p. 1979.

<sup>1004</sup> *Ibidem*.

<sup>1005</sup> Na hipótese de procriação heteróloga o dador não pode ser considerado pai (art. 10.º, n.º 2).

## Conclusões

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, veio permitir e regular o acesso à gestação de substituição, tendo o legislador ordinário circunscrito a sua admissibilidade ao preenchimento cumulativo de um conjunto de pressupostos, que configuram aquilo que o TC veio a considerar como os traços essenciais do *modelo português de gestação de substituição*.

A gestação de substituição é admitida por via da celebração de um negócio jurídico bilateral, necessariamente gratuito, revestindo caráter excecional.

Consideramos que está em causa uma prestação de serviço – no caso, de um serviço reprodutivo de natureza gestacional.

A lei deverá densificar os critérios a que os sujeitos devem obedecer para que possam ser partes no contrato de gestação, havendo neste momento aspetos cuja falta de regulação nos parece inadmissível.

Nos termos da LPMA, verificando-se o nascimento de uma criança com recurso à gestação de substituição, esta será havida como filha dos autores do projeto parental (art. 8.º, n.º 7), afastando-se a regra geral do estabelecimento da filiação prevista no CC.

Os negócios jurídicos de gestação de substituição concretizados em contravenção a algum dos requisitos legais de validade do contrato são cominados com nulidade, o que comporta o reconhecimento da maternidade da mulher que dá à luz (art. 8.º, n.º 12).

O chamado “direito ao arrependimento” da gestante designa a possibilidade de desvinculação imotivada por parte desta, isto é, a rutura do seu compromisso com o projeto parental em qualquer uma das suas diferentes fases.

Como beneficiária de um tratamento de PMA, a mulher que se vincula a levar adiante uma gravidez por conta de outrem deverá prestar o respetivo consentimento para que a técnica lhe seja aplicada, podendo revogá-lo livremente até ao momento da transferência uterina, embora tal recusa configure incumprimento contratual.

No decurso da gravidez, caberá sempre, única e exclusivamente, à gestante a decisão quanto à IVG, desde que lícita à luz do direito penal, sem prejuízo das consequências jurídicas que daí possam advir, nos termos do regime aplicável ao incumprimento contratual.

Os problemas específicos do chamado “direito ao arrependimento da gestante de substituição” colocam-se sobretudo quando se encara a hipótese de esta, depois de ter dado à luz a criança, pretender conservá-la para si, considerando-a como filho/filha.

A defesa de qualquer um dos sujeitos da relação jurídica alicerça-se na prossecução de valores preponderantes, pelo que se torna complexo, se não impossível, encontrar um modelo que consiga conciliar todos os interesses em conflito.

A consideração do problema encerrar-se-á no ponto de partida, porquanto consideramos que o modelo, *per se*, poderá encontrar-se todo ele – e não apenas algumas

disposições – maculado de desconformidade constitucional, por violador da dignidade da gestante.

A consagração de um regime de acordo com os ditames do TC significará que não será admitido um verdadeiro contrato de gestação de substituição, porque carecerá de uma característica essencial do mesmo.

Segundo o Ac. do TC n.º 425/2018, para que a gestação de substituição seja conforme à CRP, será necessária a consagração de um direito à desvinculação imotivada da gestante num momento ulterior ao parto, sem que isso acarrete quaisquer consequências jurídicas para a mesma. O que nos leva a concluir que a mulher que dá à luz não será, afinal, nos termos do contrato, a gestante de substituição, mas sim a mãe daquela criança, sob condição resolutiva de vir a decidir não o ser.

O estabelecimento da paternidade da criança que vier a nascer por via da celebração de um semelhante contrato, no caso de a mulher exercer o seu “direito ao arrependimento”, poderá implicar o estabelecimento da maternidade a favor da gestante e o estabelecimento da paternidade em proveito do autor do projeto parental, o que se afigura muito perturbador da unidade do projeto parental.



## Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, J.O. (2007). A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III. <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/>.
- BARROS, A. (2012). Ciência – Barrigas de aluguer. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, p. 25.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (2012). *Teria geral do direito civil*, 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CHABY, E. (2016). Direito a constituir família, filiação e adoção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, pp. 329-356. Coimbra: Almedina.
- CHABY, E. (2019). A gestação de substituição, por si só. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, pp. 61-82. Coimbra: Almedina.
- COELHO, F.P. & OLIVEIRA, G. (2006). *Curso de direito da família*, Tomo I, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, M. & LIMA, C.S. (2012). A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. *Revista Lusitana de Direito*, n.º 10. <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/196>.
- CRORIE, B.M. (2017). O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*, pp. 55-62. CIJE/FDUP.
- DIAS, J.F. & BRANDÃO, N. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal: Parte especial, Artigos 131.º a 201.º*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, T. (2003). *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*. Coimbra: Almedina.
- EMMERSON, G. (1996). Surrogacy: Born for another. *Research Bulletin No. 8/96*, Queensland Parliamentary Library. <https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/researchBulletins/rbo896ge.pdf>.
- FENTON-GLYNN, C. (2019). Surrogacy in Portugal. In J.M. Scherpe, C. Fenton-Glynn & T. Kaan (eds.). *Eastern and western perspectives on surrogacy*, pp. 115-134. Intersentia Studies in Comparative Family Law.
- GONÇALVES, P. (2011). Consentimento (des)informado na PMA heteróloga? *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 15, pp. 129-143.
- GUIMARÃES, M.R. (2017). “Subitamente, no verão passado”: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*, pp. 107-126. CIJE/FDUP.
- GUIMARÃES, M.R. (2018). O regime do contrato de gestação de substituição no direito português, à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. In *Temas de direito e bioética –*

*Novas questões do direito da saúde*, vol. 1, Editora DH-CII - Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar | JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação | Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 135-160.

HORSTER, H.E. (2013). *A parte geral do Código Civil Português: Teoria geral do direito civil*, 7.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Almedina.

LANÇA, H.C. (2016). Procriação medicamente assistida. *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, n.º 06, pp. 64-85. <https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao06/dataveniao6 po63-o86.pdf>.

LIMA, P. & VARELA, A. (1995). *Código Civil anotado*, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora.

LOUREIRO, J.C. (2013). Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição. In *Direito penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*, pp. 1387-1430. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, G.F.F. (1992). *Mãe há só uma (duas)! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, G.F.F. (1999). Aspetos jurídicos da procriação assistida. In *Temas de direito da medicina*, vol. 1, pp. 5-30. Coimbra: Coimbra Editora.

PATTO, P.V. (2012). Maternidade de substituição – Um retrocesso social. *Logos*. <http://jesus-logos.blogspot.com/2012/01/maternidade-de-substituicao-um.html>.

PEDRO, R.T. (2017). Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*, pp. 149-167. CIJE/FDUP.

PEDRO, R.T. (2018). O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – Reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril. In *Temas de direito e bioética – Novas questões do direito da saúde*, vol. 1, Editora DH-CII - Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar | JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação | Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 197-225.

PEREIRA, M.M.S. (2017). Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. *Julgar Online*. <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>.

PEREIRA, M.M.S. (2018). *Direito da família*, 2.<sup>a</sup> Edição revista e atualizada. Lisboa: AAFDL.

PINHEIRO, J.D. (2017). *O Direito da família contemporâneo*, 5.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão. Coimbra: Almedina.

PINTO, C.A.M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> Edição, 2.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

RAPOSO, V.L. & PEREIRA, A.D. (2006). Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 6, pp. 89-104.

RAPOSO, V.L. (2005). *De mãe para mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

RAPOSO, V.L. (2012). Maternidade de substituição – Quando a cegonha chega por contrato. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 88, pp. 26-27.

RAPOSO, V.L. (2014) *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico de embrião in vitro*. Coimbra: Almedina.

RAPOSO, V.L. (2017a). Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *Revista do Ministério Público*, n.º 149, pp. 9-51.

RAPOSO, V.L. (2017b). “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: Direito contratual e contratos de gestação. In *Debatendo a procriação medicamente assistida*, pp. 169-188. CIJE/FDUP.

REIS, R.L.V. (2008). *Direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora.

REIS, R.L.V. (2010). Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida: A criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 13, pp. 67-94.

REIS, R.L.V. (2016). Deve abolir-se o anonimato do dador de gâmetas na procriação medicamente assistida? In *Direito da saúde – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV, pp. 159-175. Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, J.S. (2018). Breve análise de duas questões problemáticas: O direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato de dadores. In *Colóquio internacional – Que futuro para gestação de substituição em Portugal?*, pp. 25-42 Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SILVA, M.O. (2018). Que futuro para a gestação de substituição em Portugal? Um olhar bioético. In *Colóquio internacional – Que futuro para gestação de substituição em Portugal?*, pp. 49-61. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SILVA, P.M. & COSTA, M. (2011). *A Lei da Procriação Medicamente Assistida anotada (e legislação complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVESTRE, M. (2018). Que futuro para a gestação de substituição em Portugal? Um comentário. In *Colóquio internacional – Que futuro para gestação de substituição em Portugal?*, pp.43-48. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

XAVIER, R.L. (2019). A constitucionalização do contrato de gestação de substituição e a traição das imagens: “isto não é uma gestação de substituição. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, pp. 345-362. Coimbra: Almedina.

## **Jurisprudência citada<sup>1006</sup>**

Ac. do TC n.º 101/2009, publicado *in* Diário da República, 2.ª Série, n.º 64, 1 de abril de 2009.

Ac. do TC n.º 225/2018, publicado *in* Diário da República, 1.ª Série, n.º 87, 7 de maio de 2018.

Ac. do TC n.º 465/2019, publicado *in* Diário da República, 1.ª Série, n.º 201, 18 de outubro de 2019.

## **Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida<sup>1007</sup>**

Parecer 63/CNECV/2012.

Parecer 87/CNECV/2016.

Parecer 92/CNECV/2017.

Parecer 104/CNECV/2019.

## **Deliberações e Pareceres do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida<sup>1008</sup>**

Parecer de Análise das propostas de alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida), contidas nos Projetos de Lei n.ºs 6/XIII/1.ª, 29/XIII/1.ª, 36/XIII/1.ª e P.J.L.51/XIII/1.ª – fundamentação das sugestões apresentadas, de 17 de março de 2016.

Deliberação n.º 18-II/2017 de 8 de setembro de 2017 – Procedimento de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição.

Deliberação n.º 20-II/2017 de 20 de outubro de 2017 – Interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso à gestação de substituição.

Deliberação n.º 21-II/2017 de 24 de novembro – Estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição.

Deliberação n.º 22-II/2017 de 15 de dezembro – Estabelece diversos aspetos técnicos relativos à celebração e execução do contrato de gestação de substituição.

## **Notícias**

<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>.

<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=112417>.

---

<sup>1006</sup> Toda a jurisprudência citada pode ser consultada no site [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) ou em <https://dre.pt/>.

<sup>1007</sup> Consulta disponível em <https://www.cneqv.pt/pt>.

<sup>1008</sup> Consulta disponível em <http://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-e-pareceres.aspx>.

**A conduta da administração da sociedade visada por OPA:**

**A regra de não frustração**

Catarina Isabel de Castilho Brêda

Sob a orientação do Professor  
Doutor José Engrácia Antunes

## **Resumo**

Este trabalho pretende explorar a atuação do órgão de administração de uma sociedade visada por oferta pública de aquisição, com particular foco na conduta defensiva relativamente à oferta e nas suas motivações e escopo e nas diferentes formas em que esta conduta pode surgir. Neste âmbito, iremos aprofundar a regra de não frustração da oferta, a sua consagração na lei portuguesa e na Diretiva 2004/25/CE relativa às OPA, bem como as razões que a tornam fundamental para a manutenção do mercado do controlo societário.

**Palavras-chave:** Oferta pública de aquisição; conduta defensiva; órgão de administração; regra de não frustração.

## **Abstract**

The aim of this study is to explore the conduct of Boards of Directors facing a takeover bid, with a focus on the defensive response towards the takeover and the different shapes this defense can assume. In this regard, we will investigate the non-frustration rule, its provision under Portuguese law, and Directive 2004/25/EC on takeover bids, as well as the importance of this rule in the maintenance of the market for corporate control.

**Keywords:** Takeover bid; defensive conduct; board of directors; non-frustration rule.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                            |
|--------|--------------------------------------------|
| AG     | Assembleia Geral                           |
| Al.    | Alínea                                     |
| Art.   | Artigo                                     |
| Cf.    | Conferir                                   |
| CMVM   | Comissão do Mercado de Valores Mobiliários |
| CSC    | Código das Sociedades Comerciais           |
| CVM    | Código dos Valores Mobiliários             |
| NFR    | Non-Frustration Rule                       |
| N.º    | Número                                     |
| OA     | Órgão de Administração                     |
| OPA    | Oferta Pública de Aquisição                |
| P./PP. | Página(s)                                  |
| Vd.    | <i>Vide</i>                                |

# Índice

Introdução

I. OPA e controlo societário

1. Noção e âmbito da OPA

2. Hostilidade

3. Aquisição de controlo

4. Conflitos de interesses

5. Sociedade aberta

5.1 Qualificação

5.2 Interesses conflituantes

II. A conduta da administração da sociedade visada

1. Escopo e motivações

2. Efeitos das medidas defensivas

3. Condutas anti-OPA

3.1 Golden parachutes

3.2 Distribuição de bens aos sócios

3.3 Alienação das *crown jewels*

3.4 White Knight defense

3.5 Defesa Pac-man

III. A regra de não frustração

1. A norma do CVM e a Diretiva das OPA

2. A *non-frustration rule* e a sua razão de ser

3. Atuações proibidas

3.1 Alteração relevante da situação patrimonial

3.2 Gestão normal da sociedade

3.3 Afetação dos interesses do oferente

3.4 Outros atos proibidos: breve referência

3.5 Exceções

3.6 Âmbito temporal da proibição

Conclusões

Bibliografia



## Introdução

As últimas duas décadas têm sido palco, tanto no panorama nacional como estrangeiro, de diversas operações de lançamento de OPA, que capturam os holofotes e a atenção mediática e dos mercados, assumindo uma grande relevância no mercado do controlo societário. Em Portugal, assistimos a inúmeros lançamentos de ofertas memoráveis, muitos deles sem sucesso, permanecendo o estudo das suas circunstâncias e consequências um tema sobejamente relevante para compreender os diversos impactos económicos que estas operações podem comportar.

No presente estudo pretendemos explorar a atuação e correspondentes motivações do órgão de administração de uma sociedade que se vê alvo de uma oferta pública de aquisição (OPA). Centramo-nos essencialmente no *corporate governance* durante uma oferta pública de aquisição, mais especificamente numa vertente interna, relacionada com a regulação das relações e conflitos de interesses existentes entre os acionistas e o órgão de administração, enquanto protagonistas da vida societária. Não obstante, exploramos também a sua vertente externa, analisando o modo como o mercado do controlo societário opera no fenómeno das OPA.

No âmbito do bom governo societário das sociedades abertas, pretendemos estudar uma questão concreta: a vinculação à não frustração da oferta por parte do órgão de administração, a limitação dos seus poderes na pendência de OPA quanto a medidas defensivas.

No capítulo I estudamos o conceito de OPA, de hostilidade, e a sua conexão com o mercado de controlo societário, nomeadamente enquanto mecanismo de aquisição de controlo, fundamental para o mercado de reestruturações societárias. Analisamos a instrumentalidade do conceito de sociedades abertas para o presente estudo, e os potenciais conflitos de interesses que tendem a surgir neste âmbito societário.

No capítulo II exploramos o comportamento da administração de uma sociedade visada, as motivações que estão na origem das medidas defensivas e alguns exemplos mais comuns destas medidas, bem como a sua classificação.

No capítulo III dedicamo-nos ao estudo da regra de não frustração, a proibição da administração tomar medidas defensivas proibidas, as suas razões de ser e o seu regime legal, em consolidação da legislação nacional com a Diretiva 2004/25/CE (Diretiva das OPA).

# I. OPA e controlo societário

## 1. Noção e âmbito da OPA

Ofertas públicas de aquisição são propostas dirigidas ao público tendo em vista a aquisição de valores mobiliários, através de um processo estabelecido por lei<sup>1009</sup>, durante determinado prazo. Segundo Teixeira Garcia<sup>1010</sup>, “a expressão oferta pública de aquisição pretende descrever uma particular técnica de aquisição de valores mobiliários que se traduz numa pessoa coletiva ou singular, pretendendo adquirir o controlo de determinada sociedade, efetuar uma proposta irrevogável dirigida publicamente aos titulares de valores mobiliários dessa sociedade, de transferirem os seus títulos para o proponente, dentro de um determinado período de tempo, a um preço geralmente superior à sua cotação em bolsa, ou ao seu valor de mercado”.

Uma das principais características deste modo de aquisição societária, segundo este autor, é o facto de permitir a aquisição do domínio sobre uma sociedade, prescindindo do grupo de controlo e recorrendo diretamente à totalidade dos acionistas, por forma a que estes regressem à sua qualidade de verdadeiros donos da sociedade<sup>1011</sup>.

Também a Diretiva 2004/25/CE<sup>1012</sup>, no seu art. 2.º/1 a), define OPA como oferta pública feita (que não pela sociedade visada) aos titulares de valores mobiliários de uma sociedade para adquirir a totalidade ou uma parte desses mesmos valores, independentemente de essa oferta ser obrigatória ou voluntária, na condição de ser subsequente à aquisição do controlo da sociedade visada ou ter como objetivo essa mesma aquisição nos termos do direito nacional<sup>1013</sup>.

Para ser considerada pública, a oferta deve ser dirigida no seu todo ou em parte a destinatários indeterminados<sup>1014</sup>. No seu art. 109.º/3, o CVM prevê critérios complementares da natureza pública da oferta: são também públicas as ofertas dirigidas à generalidade dos acionistas de sociedade aberta, as que sejam precedidas de contactos ou prospeções junto do público, e as dirigidas a pelo menos 150 investidores não profissionais<sup>1015</sup>. A OPA é dirigida a um público que, embora circunscrito ao universo de acionistas da sociedade visada pela oferta,

---

<sup>1009</sup> Câmara, 2016, p. 595.

<sup>1010</sup> Garcia, 1995, p. 13.

<sup>1011</sup> Garcia, 1995, p. 14.

<sup>1012</sup> Também conhecida como 13.ª Diretiva, ou Diretiva das OPA.

<sup>1013</sup> É de relevo notar que, não obstante a Diretiva das OPA o fazer, a lei portuguesa não oferece uma definição de OPA: o CVM inicia o respetivo regime dispondo sobre o objeto da oferta, no art. 173.º/1 e ss.

<sup>1014</sup> Art. 109.º, n.º 1 CVM. A indeterminação dos destinatários constitui o critério principal da qualificação da oferta como pública, sem prejuízo dos critérios complementares e dos critérios de delimitação negativa.

<sup>1015</sup> O art. 30.º, n.º 1 do CVM contém o elenco taxativo das entidades consideradas investidores profissionais, pelo que se retira *a contrario sensu* que investidores não profissionais serão as restantes entidades, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do mesmo artigo, nos termos do qual a CMVM pode qualificar por regulamento outras entidades como investidores profissionais, e das normas sobre categorização dos investidores, arts. 317.º e ss. do CVM.

não pode ser determinado; não obstante, ofertas dirigidas a destinatários com algum grau de determinação considerar-se-ão ainda, e nos termos do 109.º/3 al. a), ofertas públicas.

Nas palavras de Raúl Ventura<sup>1016</sup>, a OPA, por definição, “dirige-se a um conjunto de pessoas caracterizadas por um elemento comum: serem titulares de valores mobiliários que o oferente pretende adquirir”.

Quanto ao conceito de sociedade aberta acima referido, no CVM, o legislador concedeu-lhe um novo protagonismo<sup>1017</sup>, definindo-a como aquela cujo capital está aberto ao investimento do público<sup>1018</sup>.

Relativamente ao objeto da OPA<sup>1019</sup>, entende-se<sup>1020</sup> que o CVM consagra um *princípio de liberdade do objeto* nesta matéria: a oferta pode ser lançada em relação a quaisquer valores mobiliários. Todavia, o seu processo e a sua regulamentação estão estruturados para a aquisição de valores mobiliários relacionados com o domínio societário.

Assim se compreende o normativo mencionado, que lista um conjunto de preceitos que não se aplicam a OPA que seja indiferente ao controlo da sociedade, nomeadamente os relativos a anúncio preliminar, deveres de informação sobre transações, deveres do emitente, oferta concorrente e OPA obrigatória. *A contrario* se retira do mesmo preceito que são ofertas com interferência no controlo societário aquelas que versem sobre ações ou valores mobiliários cujo conteúdo confira o direito à sua subscrição ou aquisição; nomeadamente ações com direito de voto, pois é através do exercício do direito de voto que (assumindo o sucesso da OPA), o oferente irá dominar a sociedade visada<sup>1021</sup>.

Podendo, como é manifesto, a OPA surgir sob a veste de diversas modalidades (de acordo com o objetivo visado, obrigatoriedade, objeto, valores mobiliários visados, etc.), consideramos relevante dedicar assim o presente estudo àquelas que interfiram na estrutura de controlo da sociedade, por serem dirigidas a ações e/ou a valores mobiliários que permitam a sua aquisição e subscrição, e particularmente às OPA hostis, cuja definição se faz em contraposição com a de OPA amigável (*friendly takeover*).

---

<sup>1016</sup> Ventura, 1992, p. 118.

<sup>1017</sup> Câmara, 2011, p. 495.

<sup>1018</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre as sociedades abertas e o seu regime, vd. Gomes, 2018, pp. 26 e ss., e art. 13.º do CVM.

<sup>1019</sup> Nos termos do art. 173.º, n.º 3 do CVM.

<sup>1020</sup> Câmara, 2016, p. 596.

<sup>1021</sup> Para desenvolvimentos sobre os mecanismos de controlo endo-societários (assentes no exercício do direito de voto), e extra-societários (assentes nas relações de dependência económica), cuja exploração não cabe no presente estudo, vd. Antunes, 2002, pp. 469 e ss.

## 2. Hostilidade

Uma oferta pública de aquisição hostil é aquela que é lançada para obtenção do domínio, sem o acordo dos administradores e, possivelmente, dos acionistas de controlo (que não são necessariamente majoritários) da sociedade visada. É neste tipo de OPA, portanto, latente a conflitualidade entre o oferente e o órgão de administração. É relevante notar que, sendo a OPA por natureza destinada à aquisição de ações no mercado secundário, ela permite adquirir o controlo sobre a sociedade sem necessidade de consentimento da administração, ao contrário do que sucede noutras formas de concentração empresarial, nomeadamente na fusão<sup>1022 1023</sup>, o que traduz a intenção de obter o acesso direto aos ativos da sociedade, ao invés de um acesso indireto<sup>1024</sup>. A OPA coloca, assim, em destaque os interesses dos acionistas da sociedade visada, não sendo necessariamente intermediada processualmente pelo órgão de administração, tendo este, por conseguinte, e nas palavras de Brito Pereira<sup>1025</sup>, “um papel meramente instrumental”. Trata-se, portanto, de hostilidade em face dos titulares do órgão de administração da sociedade visada, e não dos titulares dos valores mobiliários objeto da oferta. Nas palavras de Cordeiro<sup>1026</sup>, “uma OPA, quando lançada, é dirigida aos acionistas daquela sociedade, traduzindo-se numa proposta atraente. Já na perspetiva da administração da sociedade visada, aí sim, poder-se-á esta sentir atingida, dado que o sucesso da oferta resultará, em princípio, na sua substituição”. Todavia, e como sublinha este autor, os verdadeiros *titulares* da sociedade não são os seus administradores, mas os seus acionistas. Certo é que, em teoria, a oferta é dirigida a todos os acionistas da sociedade. No entanto, os acionistas de controlo são os responsáveis pela manutenção do órgão de administração em funções, pelo que estes também podem resultar hostilizados pela oferta, em contraste com os restantes acionistas.

Em virtude dos conflitos de interesses potencialmente originados por esta modalidade de ofertas, o legislador criou as limitações à atuação da sociedade visada durante a pendência do período da oferta<sup>1027</sup>, cujo estudo e aprofundamento faremos *infra*.

A definição de OPA hostil é feita em contraposição com a definição de OPA amigável. Nesta última, podemos falar em concordância por parte do órgão de administração da empresa alvo<sup>1028</sup>, enquanto na OPA hostil há ausência de acordo entre os intervenientes; isto tem como consequência comum uma subida na cotação bolsista das ações da empresa alvo. É, no entanto, na prática, frequentemente difícil distinguir entre oferta hostil ou amigável, uma

---

<sup>1022</sup> Vd. arts. 98.º, n.º 1, 406.º, m) e 431.º, n.º 3 do CSC.

<sup>1023</sup> Como salienta Guiné, 2009, p. 21.

<sup>1024</sup> Nas palavras de Cordeiro, 1997, p. 134, “a ideia de “hostilidade” de uma tomada joga com a contraposição entre o relevo económico de uma sociedade enquanto ente produtivo – e, *maxime*, enquanto empresa – e o relevo financeiro das suas participações”.

<sup>1025</sup> Brito Pereira, 2001, p. 178.

<sup>1026</sup> Cordeiro, 1997, p. 767.

<sup>1027</sup> Vd. arts. 181.º e 182.º do CVM.

<sup>1028</sup> E, por inerência, de concordância entre os acionistas de controlo e os oferentes.

vez que os anúncios públicos de tentativa de aquisição fazem parte das estratégias de negociação, tornando o problema da citada distinção uma questão complexa. A OPA pode ser considerada hostil sempre que a oferta implique a transferência do controle da sociedade visada, a forma consista numa oferta pública e não exista o acordo da estrutura de acionista de controle, *ergo* da administração.

É importante notar que o legislador não atribui nenhuma espécie de relevo ou eficácia jurídicos à hostilidade da oferta, não resultando aquela distinção de nenhuma norma, e sendo o regime aplicável tanto em OPA amigável como hostil. Manifesto é, no entanto, como tem vindo a ser afirmado, que a OPA hostil origina os problemas de agência e conflito de interesses que dominam o debate neste tema, e que relevam para o presente trabalho.

Esta expressão caracterizadora da OPA como hostil (longe de ser consensual na doutrina)<sup>1029</sup> visa, fazendo nossas as palavras de Teixeira Garcia<sup>1030</sup>, “assacar uma carga negativa a um tipo de oferta que é perfeitamente natural”.

No mesmo sentido, Cadilhe<sup>1031</sup> defende que nas OPA de ações cotadas não existe verdadeiramente hostilidade, antes do limiar de 90% dos direitos de voto<sup>1032</sup>, em contraste com o regime da aquisição tendente ao domínio total, do artigo 490.º do CSC, para o qual este autor defende a existência de um prémio especial de hostilidade coativa<sup>1033</sup>. Salvaguardadas as devidas diferenças entre regimes, o autor observa que o prémio habitualmente praticado nas OPA é incidente sobre o preço de mercado, sendo equivalente a um modo de “convencimento dos outros acionistas”<sup>1034</sup>. É nesta senda que afirmamos que a característica da hostilidade, além de controversa na doutrina, é discutível no âmbito de ofertas dirigidas ao público em sede de mercados regulamentados. Nas palavras do anterior Presidente da CMVM, “As OPA são operações normais e transparentes. (...) Não há nada de hostil para os acionistas: é uma oferta que eles aceitam ou não”<sup>1035</sup>.

---

<sup>1029</sup> Garcia, 1995, pp. 84-85, refere as designações “OPA contestada”, e “OPA selvagem”.

<sup>1030</sup> Garcia, 1995, p. 84, nota 190.

<sup>1031</sup> Cadilhe, 2014, p. 6.

<sup>1032</sup> Arts. 194.º e ss. CVM, sobre a aquisição potestativa.

<sup>1033</sup> Para maiores desenvolvimentos, vd. Cadilhe, 2014, pp. 3 e ss.

<sup>1034</sup> Cadilhe, 2014, p. 6.

<sup>1035</sup> Carlos Tavares, 2007 *apud* Cadilhe, 2014, p. 7.

### 3. Aquisição de controlo

A finalidade primordial de uma oferta desta natureza será o *takeover* da sociedade, a conquista do controlo. Fundado em critérios de racionalidade económico-financeira, este meio de realização de operações de concentração e reestruturação empresarial reflete os propósitos de assegurar a transparência do mercado e a igualdade de tratamento dos acionistas destinatários, objetivos que podem ser imputados aos oferentes, e que o legislador fez seus ao regular esta matéria.

A OPA constitui potencialmente uma ameaça para a administração vigente, mantida por um grupo de acionistas de controlo: como tem vindo a ser destacado, numa OPA hostil está em causa a transferência do controlo da sociedade alvo, não existindo acordo do respetivo órgão de administração<sup>1036</sup>.

Partindo do pressuposto da existência de uma separação entre propriedade e controlo, o mercado de controlo societário exerce, através da figura da OPA, um duplo efeito positivo: proporciona uma valorização das ações no mercado, e pune as administrações ineficientes. Assim, a OPA relaciona o valor de mercado das ações de uma sociedade com o valor do seu ativo. Uma administração cuja atuação não se pautar pela maximização do retorno aos seus acionistas irá verificar que isto se reflete na descida do preço das suas ações. Caindo o valor de mercado em relação ao valor do ativo líquido, torna-se mais fácil e vantajoso para um terceiro (exterior à sociedade) adquirir as mencionadas ações e, através delas, o controlo da sociedade. Afirmamos, assim, com Martin, que “it is generally presumed that firms that are performing poorly are more likely to be the target of a disciplinary takeover than are firms that are performing well”<sup>1037</sup>.

É a chamada “Wall Street Rule”<sup>1038</sup>: a vulnerabilidade a oferta de aquisição é maior em sociedades em que o desempenho da administração tenha conduzido a uma desvalorização dos preços das suas ações no mercado. E, com a OPA, fica aberta a possibilidade de substituição dos membros do órgão de administração, com vista a otimizar os resultados da sociedade.

A OPA funciona, assim, como forma de incrementar a *performance* dos responsáveis pela gestão da sociedade, na medida em que os acionistas terão por esta via uma oportunidade de censurar a atuação daqueles: a constante ameaça de aquisição hostil terá como consequências a adoção de uma política de informação mais aberta e um incentivo a uma maior distribuição de lucros.

---

<sup>1036</sup> Com Fragoso, 2005, pp. 11-12, salientamos que a ideia da hostilidade da OPA é um ponto de vista que não é o dos titulares dos valores mobiliários destinatários, dado que representa uma proposta aprazível, por lhes permitir realizar uma mais-valia. Pelo contrário, só o poderá ser do ponto de vista dos órgãos de administração da sociedade visada, cujo cargo pode estar ameaçado e que não deram o seu acordo.

<sup>1037</sup> Martin, 1991, p. 674.

<sup>1038</sup> Câmara, 2016, pp. 598-599.

Podemos afirmar, destarte, que a OPA constitui um importante mecanismo de *corporate governance*<sup>1039</sup>, com um relevante papel disciplinador dos administradores e protetor dos interesses dos acionistas (ou seja, no alinhamento dos interesses de ambos). Autores como Martin<sup>1040</sup> fazem inclusive uma distinção primordial entre as *disciplinary takeovers* e as restantes, apelidadas de *undisciplinary takeovers*, sendo que, como afirma este autor, “a takeover is classified as disciplinary if there is turnover of the top manager of the target firm shortly after the takeover”. Temos, no entanto, de ter em conta que este mecanismo pode constituir também fonte de outros problemas de agência, sacrificando os resultados de médio-longo prazo, com prejuízo para os acionistas, devendo sobretudo prevalecer uma ideia de complementaridade e equilíbrio entre os vários mecanismos de governo societário<sup>1041</sup>.

Não sendo de todo a alteração na dinâmica do controlo societário um requisito essencial para o preenchimento do conceito de OPA, é, no entanto, um dos fatores primordialmente considerados em toda a regulação nacional e europeia desta figura.

#### 4. Conflitos de interesses

Inerente ao lançamento de uma OPA, sobretudo se for hostil, podem surgir uma série de problemas de agência e conflitos de interesses no seio da orgânica societária. Por esse motivo, a regulação da OPA é em grande parte orientada para a mitigação de tais conflitos.

Destaca-se, *ab initio*, o já mencionado conflito mais latente em toda a dinâmica societária, que se prende com a distância entre propriedade e controlo (entre *principals* e *managers*), presente em toda a vida da sociedade e que se agrava com o lançamento de OPA. De um lado, os acionistas destinatários da oferta, que, enquanto investidores, estarão interessados em realizar uma mais-valia através da alienação dos seus valores mobiliários a um preço (provavelmente)<sup>1042</sup> superior ao valor de mercado (e, portanto, interessados também na obtenção de toda a informação relativa à oferta). Do outro lado, os membros do órgão de administração, legalmente vinculados à prossecução do interesse social<sup>1043</sup>, mas interessados na manutenção dos seus cargos na administração. Como afirma Câmara<sup>1044</sup>, em caso de ocorrência de OPA, “os membros dos órgãos de administração da sociedade visada encontram-se numa situação de potencial grave conflito de interesses”. Só por si, este conflito justifica a consagração do *dever de não frustração da OPA*.

---

<sup>1039</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 107-115.

<sup>1040</sup> Martin, 1991, p. 674.

<sup>1041</sup> Sobre o sacrifício de resultados a longo prazo e da visão apelidada de *short-termism* dos conselhos de administração, vd. Roe, 2013, e Cremers *et al.*, 2017.

<sup>1042</sup> Mas não necessariamente: nada obsta a que seja lançada OPA por valor inferior ao da cotação bolsista dos valores mobiliários objeto, estando a oferta, nesse caso, em princípio, e segundo os termos das leis do mercado, nas palavras de Fragoso, 2005, p. 11, nota 14, “votada ao fracasso”: a mola impulsora de qualquer investidor é a obtenção de mais-valias através da alienação dos seus valores mobiliários.

<sup>1043</sup> Vd. art. 64.º, n.º 1 CSC.

<sup>1044</sup> Câmara, 2011, pp. 613 e ss.

Recordamos, no entanto, como já salientado em I.2, que a dicotomia deste conflito pode não traçar os seus contornos de forma tão linear, separando os interesses entre órgão de administração e acionistas. No panorama empresarial da Europa continental, e em particular no contexto português, desenhado pelas regras do CSC, podemos afirmar, em consonância com a realidade da prática, que os conflitos de agência surgem também entre acionistas majoritários e acionistas minoritários. Um acionista ou conjunto de acionistas pode facilmente exercer domínio sobre a administração da sociedade e controlar o conteúdo decisório que emerge da Assembleia Geral sem deter uma percentagem majoritária do capital daquela. Basta que tenha uma percentagem elevada de direitos de voto, estando o resto muito disperso por pequenos investidores (o chamado *free float*), acionistas detentores de participações dispersas que no seu conjunto podem até conformar a maioria do capital social, mas que individualmente não lhes conferem poder decisório (e decisivo) nas deliberações em AG.

Durante o período da pendência da oferta, este conflito está na origem de várias regras relativas a maiorias deliberativas especiais<sup>1045</sup>.

Neste quadro, o conflito é suscetível de contrapor os interesses do órgão de Administração – alinhados com os interesses dos acionistas de controlo – e os interesses dos restantes acionistas. A divergência entre propriedade e controlo, tradicionalmente apontada como a principal origem dos *agency costs*, pode verificar-se não apenas entre acionistas e administradores, mas também dentro da própria estrutura acionista, de acordo com a dispersão do capital social e dos direitos de voto.

Após a OPA, os acionistas que permaneceram na sociedade, de forma minoritária, podem ter interesse no desinvestimento da sua posição minoritária em relação ao novo acionista de controlo (oferente): por esta razão foi consagrada no CVM a obrigação de lançamento de OPA<sup>1046</sup>.

Note-se que o oferente é um relevante *stakeholder*, inclusive aquele com mais influência na regulação legislativa da figura da OPA: os seus interesses encontram-se tutelados em várias previsões do CVM, sendo disso exemplo o facto de o dever de não frustração fazer menção expressa aos objetivos do oferente para efeitos de limitação dos poderes do órgão de administração da sociedade visada, tal como desenvolveremos *infra*.

---

<sup>1045</sup> Cf. art. 182.º CVM, n.ºs 1 a 7.

<sup>1046</sup> Sobre o regime da OPA obrigatória, que aqui não analisaremos, vd. Brito Pereira, 1998; Falcão, 2001; Oliveira, 2012; e Ferreira de Almeida, 2013.



## 5. Sociedade aberta

### 5.1 Qualificação

A legislação societária e dos valores mobiliários trouxe um novo protagonismo<sup>1047</sup> às sociedades com capital aberto ao investimento público. Frequentemente mencionadas no CVM, a mais relevante menção para o âmbito do presente estudo é a delimitação do conceito de Oferta Pública<sup>1048</sup>.

Tendo em conta que o presente trabalho versa sobre um aspeto específico do regime das OPA, e que estas apenas podem ser dirigidas aos acionistas de sociedades abertas, é relevante compreender, ainda que brevemente, esta figura e os potenciais conflitos de interesses que pode originar.

A qualificação como sociedade aberta depende da verificação dos requisitos do artigo 13.º do CVM. Sociedades abertas são, nestes termos, sociedades cujo capital está aberto ao investimento público. Esta abertura ao investimento público resulta essencialmente de uma das seguintes operações<sup>1049</sup>:

- i. Oferta pública (de subscrição, venda ou troca) de valores mobiliários representativos do capital social; ou
- ii. Admissão dos mesmos valores mobiliários à negociação em mercado regulamentado.

Note-se que, no entanto, e como sublinham Ferreira Gomes e Costa Gonçalves<sup>1050</sup>, o art. 13.º nunca poderia de *per si* ser qualificado como norma de aplicação imediata, tratando-se antes de uma norma incompleta: dela não resulta nenhuma norma de conduta, é apenas de qualificação. O cumprimento do preceituado nesta norma é pressuposto da aplicação de normas de conduta previstas noutras disposições. O art. 13.º do CVM não impõe diretamente um regime ou obrigação de conduta às sociedades que, no seu âmbito, se qualifiquem como sociedades abertas. Isto é, a qualificação de sociedade aberta não é um fim em si mesmo, constitui pressuposto de aplicação dos regimes que lhes são consagrados.

Destaca-se que o denominador comum dos principais factos qualificadores elencados no art. 13.º se prende com a (potencial) dispersão do capital da sociedade, aspeto que se solidifica como critério para esta definição de sociedade aberta quando analisamos as condições de perda deste estatuto: o art. 27.º do CVM faz depender esta perda da concentração da titularidade de 90% do capital numa só entidade ou acionista, ou da deliberação formada por 90% dos direitos de voto. É assim bastante claro que a concentração ou dispersão acionista

---

<sup>1047</sup> Nas palavras de Câmara, 2011, pp. 495 e ss.

<sup>1048</sup> Art. 109.º, n.º 3, a) do CVM.

<sup>1049</sup> Ferreira Gomes & Costa Gonçalves, 2018, pp. 26 e ss.

<sup>1050</sup> Ferreira Gomes & Costa Gonçalves, 2018, pp. 34 e ss.

são conceitos instrumentais da qualificação da sociedade aberta, sendo também conceitos-chave no estudo do vasto elenco dos potenciais conflitos de interesse de que as sociedades abertas são palco.

## 5.2 Interesses conflitantes

Esta dispersão do capital acionista potencia a expansão dos chamados *agency costs* ou conflitos de agência: o conflito da separação entre propriedade e controlo da sociedade.

A separação entre propriedade e gestão societária resultou essencialmente da larga dispersão do capital das grandes sociedades admitidas à negociação em mercado organizado e de uma crescente especialização das tarefas de gestão; hoje em dia, os administradores dispõem de uma enorme discricionariedade de atuação no exercício da sua tarefa de gestão da sociedade<sup>1051</sup>. Este fator também contribui para um maior distanciamento entre os acionistas e os administradores, os primeiros mais distantes da realidade empresarial e societária, e os segundos mais profissionalizados.

Esta contraposição é apontada pela doutrina como fundadora da moderna análise do governo societário e, em particular, como instigadora de uma muito importante reflexão sobre a posição jurídica dos titulares dos órgãos de administração<sup>1052</sup>. Aqui mais evidentes do que em qualquer outra realidade societária, as sociedades abertas (sociedades anónimas por natureza) são palco preferencial para o desenvolvimento destes conflitos de interesses, principalmente quando a grande maioria dos acionistas não é conhecida e não participa nas decisões da vida societária.

A massificação do mercado de capitais, muito associada à dispersão do capital nas grandes sociedades, torna necessária a distinção entre investidores profissionais (qualificados) e não profissionais, cisão que gera também o problema das assimetrias de informação entre entidades emitentes e investidores: os investidores profissionais irão sempre conhecer melhor a realidade empresarial dos emitentes, que está por detrás dos valores mobiliários emitidos.

O enorme afastamento da maior parte dos acionistas das decisões da vida societária e a crescente profissionalização dos titulares dos órgãos de administração são consequências diretas da cada vez maior complexidade inerente à administração das grandes sociedades. Esta cisão origina os já mencionados<sup>1053</sup> conflitos de agência. A circunstância de o risco do capital ser corrido apenas pelos acionistas (e não pelos administradores) também potencia este tipo de conflito de interesses. Este é o fundamental problema do *corporate governance*, que pretende assegurar que a sociedade seja dirigida e controlada no interesse dos acionistas ou

---

<sup>1051</sup> Cf. Cunha Vaz, 2013, pp. 48 e ss.

<sup>1052</sup> Cf. Câmara, 2001, ponto II; Coutinho de Abreu, 2010; e Olavo Cunha, 2019, pp. 545-912.

<sup>1053</sup> Em I. 4. do presente trabalho.

dos *stakeholders*, providenciando, para esse fim, que estes tenham acesso a toda a informação relevante e que possam exercer a sua influência e controlo na gestão diária da sociedade através de regras de *governance* internas e de mecanismos de controlo externo.

Com efeito, o desalinhamento de interesses a que nos referimos só é possível com a existência de grandes clivagens e assimetrias de informação entre os administradores (agentes) e os acionistas (principais), resultantes da já referida forte dispersão do capital; também em sociedades com o capital concentrado, no entanto, isto se verifica, pois um acionista significativamente mais bem informado tende a exercer um controlo mais eficaz do que os acionistas minoritários, menos informados e mais distantes. Estas assimetrias de informação que se verificam na prática mostram que a informação proporcionada pelas sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado ao próprio mercado e aos seus acionistas pode ser insuficiente. Nas sociedades com capital disperso, os acionistas podem não estar em condições de controlar de perto a gestão societária, as estratégias e a *performance* da administração. O mesmo tende a verificar-se nas sociedades controladas por acionistas majoritários, controladores da administração, cujos interesses conflituam diretamente com os minoritários, que podem ver-se desprovidos de informação adequada, cabendo por sua vez aos administradores independentes acautelar os interesses destes acionistas. Afirmamos, assim, com Cunha Vaz<sup>1054</sup>, que “a arte do governo societário reside em alcançar o equilíbrio certo entre os relevantes interesses envolvidos, em minimizar os conflitos de interesses e em salvaguardar os interesses da sociedade”.

A elevada dispersão do capital origina outro conflito de interesses muito comum neste tipo de sociedades, que se prende com a facilidade de aquisição de controlo, de *takeover* externo e potencialmente hostil, através da aquisição de uma baixa representação no capital. Assim, a abertura das sociedades ao investimento público torna-as tendencialmente mais vulneráveis às alterações de controlo, tendo, neste âmbito, a regulação das ofertas públicas um papel primordial.

Por estas razões, a qualificação da sociedade como aberta implica várias especificidades de regime<sup>1055</sup>. No contexto da regulação de interesses conflitantes no âmbito das sociedades abertas, de disparidades de informação no mercado e de cisão entre propriedade e controlo, surge a regra de não frustração.

---

<sup>1054</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 53.

<sup>1055</sup> Não cabe no presente trabalho a exploração destes conceitos e do seu regime das sociedades abertas com maior detalhe. Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de sociedade aberta e respetivo regime, vd. Ferreira Gomes & Costa Gonçalves, 2018; Câmara, 2011; e Pereira de Almeida, 2013.

## II. A conduta da administração da sociedade visada

### 1. Escopo e motivações

A adoção de medidas anti-OPA pela administração da sociedade visada pela oferta tem, maioritariamente, como escopo primordial dificultar ou impedir o sucesso desta. São comumente designadas por medidas subjetivas, ou defensivas *stricto sensu*<sup>1056</sup>. Pode ser também, no entanto, motivação da Administração prosseguir uma estratégia previamente definida para a sociedade, não obstante essa atuação acabar por surtir um efeito anti-OPA, mas independentemente dessas consequências. São designadas por Guiné como medidas *objetivamente* defensivas, ou objetivas. Temos, naquelas, uma atuação objetivamente frustradora da oferta e subjetivamente pretendida como tal e, nestas, somente uma atuação objetivamente anti-OPA. Também Menezes Leitão<sup>1057</sup> distingue entre várias espécies de medidas defensivas, segundo a tradicional distinção entre medidas defensivas preventivas e medidas defensivas realizadas no decurso da OPA. No âmbito das medidas defensivas preventivas, e nos termos da diferenciação feita por Menezes Cordeiro<sup>1058</sup>, podem distinguir-se entre medidas organizatórias, limitações ao direito de voto, esquemas financeiros, e controlo sobre as ações. As medidas organizatórias envolvem o estabelecimento de uma estrutura organizativa da sociedade que a torne pouco vulnerável a mudanças no paradigma de controlo acionista<sup>1059</sup>. As limitações ao direito de voto, quer estejam relacionadas com o número máximo de votos que cada acionista pode deter, com a suspensão temporária destes direitos, ou com a existência de diferentes classes de votos, mostram ser bastante eficazes na separação entre a detenção do capital e o controlo efetivo do sentido decisório da sociedade, o que afasta significativamente as intenções de *takeover* externo, sempre que este se destine à aquisição do controlo sobre a sociedade. As medidas financeiras, intimamente relacionadas com a determinação estatutária de que os direitos a dividendos sejam atribuídos apenas após um determinado período de tempo de permanência das ações na esfera de titularidade do acionista facilmente levam a que a aquisição do controlo não seja mais vista como uma forma de obtenção de lucros rápidos. Já o controlo sobre as ações que compõem o capital social, quer sob a forma de *poison pills*, quer sob a forma de estabelecimento de restrições à transmissão de ações, podem também ser orientadas para efetuar a já referida cisão entre aquisição de capital e controlo efetivo sobre a sociedade, que constitui um forte desincentivo a uma eventual tomada de controlo externo.

---

<sup>1056</sup> Guiné, 2009, p. 23.

<sup>1057</sup> Menezes Leitão, 2006, pp. 61-65.

<sup>1058</sup> Menezes Cordeiro, 1994, pp. 761-777.

<sup>1059</sup> De que são exemplos a institucionalização em permanência da administração, sendo substituída de forma rotativa, para evitar que os potenciais adquirentes substituam a administração existente, e a repartição dos lugares nos órgãos sociais pelos acionistas a partir de certo limite.

Para o enquadramento relevante neste trabalho, e uma vez que nos referimos à proibição legislativa do órgão de administração ativamente tomar medidas que *visem* frustrar o objetivo da oferta, resulta bastante claro que relevam sobremaneira as condutas defensivas subjetivas e as medidas defensivas realizadas no decurso da oferta.

Quando falamos em medidas defensivas com o objetivo de frustrar a oferta pública de aquisição, podemos distinguir situações em que a atuação da administração tem principalmente impacto na obtenção do domínio sobre a sociedade ou, antes, na gestão dos principais ativos sociais que estarão potencialmente na mira do oferente. Como referido *supra*, o objeto imediato da OPA são as ações da sociedade, mas o objetivo último do oferente será sempre o controlo da mesma. Objetivo que será motivado pelo facto de a sociedade deter no seu património certos ativos que o oferente poderá pretender controlar. É assim possível, neste âmbito, distinguir entre medidas defensivas diretas, que atingem diretamente o ativo visado pelo oferente, e indiretas, que afetam o processo para atingir o domínio sobre a sociedade.

## 2. Efeitos das medidas defensivas

São apontados pela doutrina<sup>1060</sup> dois principais grupos de efeitos económicos que recaem sobre as sociedades que adotam medidas defensivas relativamente a ofertas públicas de aquisição: i) efeitos no preço (*premium effect*) e ii) efeitos na disciplina (*disciplinary effect*). O efeito no preço traduz-se na consideração de que o custo final da oferta tem tendência a subir quando as empresas tomam medidas defensivas, e, consequentemente, os investidores dirigem ofertas a sociedades que não tomaram quaisquer medidas defensivas. Já o efeito de disciplina está intimamente relacionado com o já apontado pela doutrina portuguesa<sup>1061</sup> e estrangeira<sup>1062</sup> efeito disciplinador das OPA enquanto instrumento de *corporate governance*, de disciplina dos órgãos de administração. Inversamente, as medidas defensivas provocam um efeito de menor constrangimento e, até, um certo relaxamento dos órgãos de administração das sociedades que as adotam. É substancialmente menor a probabilidade de virem a ser responsabilizados pelos acionistas, e indiretamente pelo mercado, por uma administração menos eficaz ou menos disposta a correr riscos.

É destarte manifesto que, como afirma Menezes Leitão<sup>1063</sup>, “as medidas defensivas, mesmo que não assegurem o fracasso de uma oferta pública de aquisição, funcionam como elementos estruturantes de um processo que permite à administração da sociedade visada obter melhores condições de venda para os acionistas”.

---

<sup>1060</sup> Menezes Leitão, 2006, pp. 65 e ss.

<sup>1061</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 107 e ss.

<sup>1062</sup> Martin, 1991, pp. 672 e ss.

<sup>1063</sup> Menezes Leitão, 2007, p. 66.

### 3. Condutas anti-OPA

As medidas defensivas contra ofertas públicas de aquisição podem ser enquadradas em diversas categorias e tipologias, cuja divisão depende essencialmente do caso concreto. Uma das mais patentes bifurcações na classificação de condutas frustrantes de OPA reside no critério temporal, consoante sejam tomadas e os respetivos efeitos se produzam antes ou depois do anúncio do lançamento da oferta. Distinguem-se, assim, como já mencionado *supra* em II.1., as medidas preventivas das medidas reativas (defensivas, na verdadeira aceção do termo).

Não cabe no presente estudo uma enunciação e exploração exaustiva das tipologias e categorizações de condutas anti-OPA, pelo que enunciaremos apenas as mais comuns e relevantes.

#### 3.1 *Golden parachutes*

Um dos principais e mais recorrentemente verificados grupos de casos prende-se com a previsão de avultadas compensações em caso de cessação do vínculo entre a sociedade e o seu capital humano, mormente membros dos órgãos de administração e fiscalização, por iniciativa da primeira<sup>1064</sup>. Apelidados de *golden parachutes* pela literatura norte-americana, visam sobretudo administradores e altos quadros da sociedade, e são particularmente eficazes como medida defensiva no caso de o oferente ter como pretensão a substituição dos administradores ou efetuar alterações significativas na sua estrutura de gestão. Para isso, terá de fazer cessar o vínculo contratual entre a sociedade e os gestores, hipótese que se torna substancialmente mais onerosa com a consagração destas cláusulas.

A fixação da remuneração dos administradores é da competência da Assembleia Geral, do Conselho Geral e de Supervisão<sup>1065</sup>, ou de uma comissão especial de um destes órgãos<sup>1066</sup>, e nesta fixação inclui-se naturalmente a previsão de montantes compensatórios por cessação do mandato de administração antecipadamente, e por iniciativa da própria sociedade<sup>1067</sup>. Uma outra forma bastante popular de obstaculizar à substituição da gestão societária consiste nos chamados *staggered boards*, e corresponde à previsão estatutária de que o mandato dos administradores seja renovado em tranches temporais sucessivas, existindo no mesmo *board* administradores com mandatos de diferente duração. Em lugar de serem nomeados na mesma data, prevê-se estatutariamente que sejam renovados todos os anos, por exemplo, um terço dos mandatos. O objetivo inicial deste tipo de cláusulas era fixar quadros com experiência

---

<sup>1064</sup> Guiné, 2009, pp. 31 e ss.

<sup>1065</sup> No caso de sociedades anónimas com estrutura organizativa de tipo germânico, também designado de dualista.

<sup>1066</sup> Cf. arts. 399.º, n.º 1 e 429.º do CSC.

<sup>1067</sup> Excluindo-se os casos de cessação por justa causa, cuja explanação, exploração e estudo também não compete proceder no âmbito do presente estudo.

profissional no órgão de administração, mas funciona também de forma muito significativa como dificuldade acrescida na tomada da gestão pelo oferente. Os *staggered boards* podem, no entanto, e no que ao ordenamento jurídico-societário português diz respeito, consubstanciar uma derrogação do princípio legal da livre destituição de administradores<sup>1068</sup> e, por isso, ser a sua admissibilidade controversa.

Estas cláusulas são fortes desincentivos a tomadas de controlo, que têm habitualmente como primeira ordem de atuação a substituição da administração em funções. É importante ter presente que estas previsões estatutárias são admissíveis à luz da lei portuguesa, segundo a doutrina maioritária e dominante<sup>1069</sup>. A previsão de *golden parachutes* nos estatutos da sociedade é uma medida defensiva com carácter manifestamente preventivo, não se afigurando possível haver alterações estatutárias após o conhecimento do lançamento de uma oferta.

### 3.2 Distribuição de bens aos sócios

Frequentemente mencionada na literatura como medida defensiva, e de manifesta simplicidade, é a distribuição extraordinária de bens aos sócios, nomeadamente dividendos. Atendendo ao CSC<sup>1070</sup>, no que toca a distribuição extraordinária de dividendos, a administração pode essencialmente propor à Assembleia Geral um montante consideravelmente superior ao habitualmente distribuído. Conjuntamente, caso os estatutos societários o prevejam, e o órgão de fiscalização o permita, pode o Conselho de Administração deliberar também distribuir um dividendo intercalar<sup>1071</sup>.

À parte dos dividendos, podem também ser distribuídos aos acionistas outros bens, não qualificáveis como lucros do exercício, estando esta distribuição evidentemente sujeita ao art. 31.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, pelo que também aqui a administração pode apenas propor a sua distribuição ao conjunto dos acionistas<sup>1072</sup>. Esta medida tem maioritariamente carácter defensivo preventivo, podendo também ser considerada uma medida reativa, quando efetuada já no período de tempo de lançamento da oferta.

### 3.3 Alienação das *crown jewels*

Conhecida como a alienação das *crown jewels* (jóias da coroa), uma outra medida defensiva reativa comum consiste numa operação sobre ativos próprios. Uma sociedade contará entre os seus ativos com estes bens que justificam o interesse do oferente, e que este

---

<sup>1068</sup> Cf. art. 403.º, n.ºs 1 a 5 CSC.

<sup>1069</sup> Neste sentido, Teixeira Garcia, 1995, p. 294. Em sentido contrário, Ventura, 1992, pp. 314 a 315.

<sup>1070</sup> Cf. arts. 31.º, n.º 1 e 294.º, n.º 1 do CSC.

<sup>1071</sup> Nos termos do art. 297.º do CSC.

<sup>1072</sup> Guiné, 2009, p. 34.

visa com a oferta. A sociedade visada frustra assim a OPA através da alienação destes bens. No entanto, e não obstante a possibilidade de estes dois valores coincidirem, a importância deste ativo não depende do seu papel para a sociedade visada em si, mas o seu valor (que pode ser explorado defensivamente) está dependente da importância que assume na decisão de lançamento da oferta. Deparamo-nos assim com dois cenários diversos: por um lado, os ativos em questão assumem grande importância tanto para a sociedade visada como para a oferente, cenário em que uma defesa deste tipo prejudicará não apenas o interesse daquela, mas também a própria sociedade alvo, pois visa a alienação de ativos determinantes na prossecução do objeto social. Por outro lado, a qualidade de *crown jewel* deste ativo decorre apenas da importância que desempenha para os objetivos do oferente, cenário em que a sociedade visada não obterá grandes prejuízos com a alienação deste ativo<sup>1073</sup>, sendo bem sucedida no seu objetivo de afastar a oferta. Saliente-se que, como iremos explorar *infra*, quando efetuada de forma reativa, e porque implica significativas alterações ao património social, esta medida é proibida pela *non-frustration rule*.

### 3.4 White Knight defense

Esta consubstancia outra forma de medida defensiva reativa, conhecida como *White Knight defense*, que assume a maior importância por ser a única admitida expressamente pela lei. Consiste na procura, pelo órgão de administração, ou por alguns dos acionistas, de ofertas alternativas, para que o conjunto dos acionistas tenham hipótese de escolha, para além de alienarem as suas ações ao oferente ou manterem a sua participação social no contexto interno de poder. Podem, nesta sede, por exemplo, procurar aliciar um parceiro para que lance uma OPA concorrente<sup>1074</sup>, no cenário mais paradigmático.

Algumas das razões apontadas pela doutrina para a admissibilidade legal desta medida prendem-se com a maximização que a procura por ofertas concorrentes gera, do valor que os acionistas poderão retirar da realização do valor das suas participações no mercado de controlo societário. Corresponde também a um incentivo ao melhor desempenho do conselho de administração. Em suma, não deverá ser proibida, porque a procura de oferta concorrente corresponde ao funcionamento do mercado de controlo societário: não frustra a oferta lançada em primeiro lugar, apenas acrescenta opções aos olhos dos acionistas.

Nesta matéria, defende Frederico M. Mucciarelli<sup>1075</sup> que nem sempre uma oferta concorrente será mais vantajosa para os acionistas, no sentido de que uma situação de OPA será sempre para os acionistas da sociedade visada uma questão de ação coletiva: terão de tomar uma decisão individual que influenciará o coletivo dos acionistas e, ao mesmo tempo, a

---

<sup>1073</sup> Gerne-Beuerle, Kershaw e Solinas, 2011, p. 9.

<sup>1074</sup> Cf. art. 185.º CVM.

<sup>1075</sup> Mucciarelli, 2006, pp. 3-5.



sua situação também será influenciada pelas decisões dos demais. Como à partida não sabe as decisões dos outros acionistas, terá de escolher entre aceitar a oferta e o prémio oferecido ou tornar-se um acionista minoritário em caso de sucesso da OPA. Existe, assim, na perspetiva deste autor, uma pressão para aceitar a oferta, mesmo que não acredite ser a proposta com maior valor, situação que se agrava com a existência de uma Oferta Pública de Aquisição concorrente.

### 3.5 Defesa Pac-man

A contra-OPA, também conhecida como “Pac-man<sup>1076</sup> defense”, consiste no lançamento por parte da sociedade visada de uma contra-OPA sobre os valores mobiliários da sociedade oferente, ficando esta bastante condicionada na sua atuação, podendo necessitar de concentrar os seus esforços na defesa desta oferta e de disponibilizar todos os seus meios financeiros para o efeito. Destarte, há uma inversão de papéis, passando a sociedade visada a ser sociedade oferente, e vice-versa. Sendo esta estratégia bem sucedida, a sociedade alvo de aquisição torna-se na sociedade adquirente daquela que a tentava adquirir de forma hostil. É necessário, no entanto, distinguir esta contra-OPA da OPA preventiva: esta última é lançada pelo oferente em antecipação de uma eventual oferta pública de aquisição, logo, antes de esta existir. A contra-OPA é reativa, sendo lançada já no decurso da oferta<sup>1077</sup>.

É aqui pertinente recordar brevemente o regime das participações recíprocas do Código das Sociedades Comerciais: conforme o art. 485.º deste diploma, a partir do momento em que as participações recíprocas atinjam um limiar de 10% do capital social da participada, a sociedade que mais tardiamente tenha comunicado à outra a sua participação fica impedida de adquirir novas quotas ou ações da outra, sendo nulas quaisquer aquisições que faça em violação da proibição. Este regime pode condicionar a operacionalidade desta defesa caso as sociedades já sejam participantes no capital social uma da outra à data do lançamento da oferta.

Esta medida pode ser utilizada em conjugação com outras medidas defensivas anti-OPA, nomeadamente a *White Knight*, já aqui referida em 3.4, visando, com a ajuda de um concorrente, a aquisição da sociedade oferente.

Cunha Vaz chama a atenção<sup>1078</sup> para o facto de esta medida ser pouco popular na prática, sendo raramente utilizada. Segundo a doutrina<sup>1079</sup>, só é possível a sociedade visada socorrer-se de contra-OPA quando a própria sociedade oferente se encontra vulnerável a uma oferta pública de aquisição, o que é manifestamente raro e improvável, caso contrário não se

---

<sup>1076</sup> Expressão inspirada no jogo de computador com o mesmo nome popularizado nos anos oitenta.

<sup>1077</sup> Guiné, 2009, p. 38.

<sup>1078</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 149 e 150.

<sup>1079</sup> Menezes Leitão, 2007, p. 65.

encontraria ela própria a lançar uma oferta. Por outro lado, a fraca popularidade e utilização prática desta medida podem justificar-se com o complexo esforço logístico que a mesma implica, bem como o recurso a elevados meios de disponibilidade financeira por parte da sociedade que lance mão desta defesa, necessários para levar a cabo uma operação deste tipo. No entanto, como salienta Cunha Vaz<sup>1080</sup>, isto também é válido para qualquer outro tipo de medida defensiva e, ainda assim, uma defesa deste tipo carece da autorização dos acionistas em deliberação da Assembleia Geral, uma vez que esta medida é manifestamente suscetível de cair no âmbito da limitação de poderes da administração da sociedade visada no decurso da oferta, a *non-frustration rule*, tal como veremos *infra* no Capítulo seguinte.

---

<sup>1080</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 149 a 150.

### III. A regra de não frustração

#### 1. A norma do CVM e a Diretiva das OPA

Pretendemos com este trabalho estudar, de entre as diferentes regras de *corporate governance*, uma destas regras de organização das sociedades: a limitação dos poderes da administração da sociedade visada no decurso de uma Oferta Pública de Aquisição, vulgarmente conhecida por regra de não frustração da oferta (*non-frustration rule*) ou dever de neutralidade da administração (*board neutrality rule*). Esta regra estabelece que o órgão de administração<sup>1081</sup> da sociedade visada pela OPA deve obter consentimento prévio dos seus acionistas para tomar medidas contra o sucesso da referida OPA no decurso do período da oferta<sup>1082</sup>.

A Diretiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, foi o produto de um processo longo de negociações entre Estados Membros e o Parlamento Europeu que teve início em 1974, culminando nas recomendações do relatório do grupo de alto nível de peritos em direito societário<sup>1083</sup>, tendo estas sido incorporadas na Diretiva, transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 02 de novembro.

A Diretiva manifesta, no seu considerando 16, a intenção legislativa de “evitar operações que possam comprometer o êxito de uma oferta”, devendo, portanto, ser “limitados os poderes do órgão de administração de uma sociedade visada”.

Atente-se que a Diretiva faculta aos Estados-Membros, no seu art. 12.º, a possibilidade de *opting out*, desde que sejam asseguradas às sociedades com sede social no seu território a possibilidade de optarem por tal regime. Além das cláusulas de *opting out*, a Diretiva também permite aos Estados a consagração de regimes alternativos, como indemnizações ou compensações. A Diretiva e o CVM visam nuclearmente os mesmos interesses e efeitos, ainda que com algumas diferenças, que urge harmonizar<sup>1084</sup>.

Como afirma Câmara<sup>1085</sup>, o legislador nacional adotou uma abordagem *a anteriori*, limitando os poderes do órgão de administração na prática de atos prejudiciais<sup>1086</sup>. O art. 182.º do CVM comina assim a *non-frustration rule*, impondo a abstenção do órgão de administração da sociedade relativamente à tomada de medidas que possam frustrar as finalidades da oferta, sem a autorização da Assembleia Geral, por forma a permitir aos acionistas uma apreciação livre do mérito da oferta e a consequente livre transmissão dos seus valores mobiliários. Isto não invalida, no entanto, que a administração emita um relatório com as suas opiniões sobre

---

<sup>1081</sup> Ou, nas sociedades com sistema organizativo dualista, o conselho de administração executivo em articulação com o conselho geral de supervisão, cf. art. 182.º/7 CVM.

<sup>1082</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 177-179.

<sup>1083</sup> Soares da Silva, 2004, pp. 4 e ss.

<sup>1084</sup> Guiné, 2005, pp. 22 e ss.

<sup>1085</sup> Câmara, 2011, pp. 613 e ss.

<sup>1086</sup> Em oposição à consagração de uma liberdade de atuação complementada com uma elevada sindicabilidade judicial *a posteriori* dos atos defensivos adotados.

a oportunidade e condições da oferta e procure ofertas concorrentes mais vantajosas para os acionistas.

Assim, entendemos, com Cunha Vaz<sup>1087</sup>, ser mais adequada a expressão “dever de não frustração da oferta” do que “dever de neutralidade” ou de “passividade” da administração, na medida em que estas últimas, em bom rigor, não se verificam. O órgão de administração não está obrigado a uma atitude passiva, a uma neutralidade, a um dever de *stand still* perante a oferta. Está, sim, impedido de praticar determinados atos que possam frustrar o êxito da oferta antes de os acionistas terem oportunidade de se pronunciar sobre as mesmas. Não está impedido, no entanto, de ser proativo na procura de ofertas concorrentes e na emissão de um juízo de mérito e oportunidade sobre a presente oferta, procurando demover os acionistas de a aceitar. Consagram, assim, tanto a Diretiva como a norma do CVM, o princípio da soberania acionista. Nas palavras de Soveral Martins<sup>1088</sup>, “o órgão de administração da sociedade visada pela OPA tem o dever de se comportar de forma leal”.

Por último, encontramos também a exceção de reciprocidade: não obstante o tipo de medida defensiva, e os conflitos de interesses subjacentes, a administração não está limitada na sua atuação quando o oferente não esteja também ele sujeito à *non-frustration rule*.

Destarte, a *ratio legis* aqui subjacente centra-se em impedir que o órgão de administração frustre a oferta através de atos excepcionais, fora da atuação normal da sociedade, em prejuízo dos interesses dos acionistas, não descurando o necessário balanço entre sociedades sujeitas à *non-frustration rule* e as não sujeitas.

Afigura-se, assim, de importância primordial encontrar um equilíbrio justo no que ao regime das medidas defensivas contra OPA diz respeito, para uma maior e mais eficaz proteção dos interesses dos acionistas e das sociedades contra ofertas malignas ou puramente especulativas, mas permitindo igualmente o funcionamento livre e eficiente do mercado de controlo societário e a manutenção do pressuposto de que os membros da administração respeitam os seus deveres fiduciários perante a sociedade e os seus acionistas<sup>1089</sup>.

## **2. A *non-frustration rule* e a sua razão de ser**

A regra de não frustração, que foi já também apelidada de *board neutrality rule*<sup>1090</sup> no contexto da análise da Diretiva das OPA, consiste na proibição de a administração de uma *target company*, uma sociedade visada por oferta, tomar qualquer atitude ou praticar atos que possam resultar na frustração da *takeover bid* sem antes obter autorização e aprovação dos

---

<sup>1087</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 179. Em sentido contrário, Soveral Martins, 2018, Capítulo III, pontos 13 e seguintes; e Câmara, 2011, p. 613.

<sup>1088</sup> Soveral Martins, 2018, p. 215.

<sup>1089</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 159.

<sup>1090</sup> Davies, Schuster e de Ghelcke, 2010, pp. 3 e ss.

acionistas<sup>1091</sup>. Pode parecer relativamente óbvio que uma regra proibitiva do órgão de administração da sociedade visada de a defender de uma oferta tenha como efeito facilitar e promover as ofertas públicas e as tomadas de controlo empresarial no mercado de forma mais livre e transparente. No entanto, existem autores que consideram existir um conjunto significativo de argumentos, subdivididos em dois grupos, em como a *non-frustration rule* e a sua consagração legal, quer a nível comunitário, quer a nível nacional, é pouco importante ou até trivial<sup>1092</sup>. São estes dois grandes grupos os apelidados “argumentos da redundância” e “*shareholder structure arguments*”.

Segundo os primeiros, e com Kernshaw<sup>1093</sup>, a regra de não frustração nada acrescenta de sobejamente relevante ou pertinente às já existentes regras legais que consubstanciam os deveres dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais (em Portugal plasmadas no art. 64.º do CSC) e que os vinculam a uma atuação em conformidade com os interesses da sociedade<sup>1094</sup>. Constitui este o seu dever de lealdade. Segundo estes autores, o *duty of loyalty* já encerra em si mesmo, na maioria dos Estados-Membros da União, uma obrigação de *board discretion* face a uma oferta pública de aquisição, ou pelo menos uma obrigação de obter aprovação prévia dos acionistas. Assinalam autores como Davies, Schuster e de Ghelcke, no entanto, que o argumento da redundância não procede, uma vez que, apesar de este dever de lealdade se dirigir à defesa dos interesses da *sociedade*, e não dos acionistas individualmente considerados, pela atuação da administração, isto pode ainda assim não ser eficaz o suficiente no sentido de coagir os administradores a não frustrarem os interesses da oferta. Isto prende-se com o elevado grau de subjetivismo na consideração daquilo que compreende o interesse da sociedade e, consequentemente, naquilo que configura uma atuação conforme ao dever de lealdade por parte dos administradores<sup>1095</sup>. Adicionalmente, não é líquido que as consagrações legislativas dos deveres gerais dos administradores sejam suficientes para acautelar os interesses dos oferentes e do mercado no contexto da oferta, pois, relembre-se, a autorização dos acionistas para atuações potencialmente ofensivas da oferta dada em data *anterior* à oferta não é, à luz da consagração legal da NFR, suficiente. É necessária autorização *post bid*, ou seja, após os acionistas já terem conhecimento da existência e dos termos e condições da oferta<sup>1096</sup>.

A Diretiva das OPA aplica a *non-frustration rule* a partir do momento em que o órgão de administração da sociedade alvo recebe informação acerca das intenções do oferente em apresentar uma oferta. Segundo estes autores, seria manifestamente ingénuo considerar que

---

<sup>1091</sup> Aprovação esta que deve ser, nos termos da Diretiva, “*post bid*”, após conhecimento da oferta, e específico para as medidas concretas em causa.

<sup>1092</sup> Davies, Schuster & de Ghelcke, 2010, pp. 4 e ss.

<sup>1093</sup> Kernshaw, 2007, *apud* Davies, Schuster e de Ghelcke, 2010, p. 3.

<sup>1094</sup> Cordeiro, 2011, pp. 850, 851, 863-873 e 875-888.

<sup>1095</sup> Cf. art. 64.º do CSC.

<sup>1096</sup> Kaplow, 1992, *apud* Davies, Schuster & de Ghelcke, 2010, pp. 6 e 7.

a vontade e o sentido de voto de todos os acionistas permaneceriam inalterados após a existência de uma oferta de aquisição das suas ações.

Por outro lado, o segundo grupo de argumentos contra a necessidade de consagração no direito da União de uma *non-frustration rule* consiste no chamado “*shareholder structure argument*”, e defende que a NFR não tem relevância em jurisdições e ordenamentos jurídicos cujo setor empresarial se caracterize por uma maior concentração do capital acionista (como é indiscutivelmente o caso português e, também, o cenário dominante em grande parte da Europa continental). É comum, na literatura que defende este argumento, atribuir uma sobrevalorizada importância ao efeito disciplinador, ou efeito de eficiência, do *market for corporate control*. Tendencialmente, em sociedades com uma maior dispersão do capital acionista, uma *underperformance* do conselho de administração mais facilmente passa sem que os acionistas atuem sobre o problema, devido aos inerentes problemas de apatia e distanciamento já referidos<sup>1097</sup>. Desta forma, estes autores correlacionam diretamente a elevada concentração do capital prevalente na Europa continental com uma desnecessidade de existência da *non-frustration rule*, por considerarem que a transferibilidade do controlo societário serve um propósito de eficácia e eficiência na administração. Não se nos afigura crível que estes dois grupos de argumentos justifiquem uma desnecessidade de existência de consagração legal de uma verdadeira regra de não frustração, como se compreende pelas razões que enformam a *ratio* destas limitações à atuação do conselho de administração.

Razões estas que, no âmbito do presente estudo, antes de analisar o regime legal, é relevante compreender melhor. Facilmente se entende que esta regra limitadora da capacidade de defesa anti-OPA por parte da sociedade objeto de oferta tem como efeito, e propósito, promover o fenómeno das OPA e, em consequência, um funcionamento mais livre e eficaz do mercado de controlo societário. A ausência de uma regra como esta no panorama legislativo comportaria acrescidas dificuldades para potenciais oferentes, para a ocorrência de ofertas e, no limite, para a maior eficácia e livre concorrência no mercado.

Os principais argumentos a favor da regra de não frustração prendem-se com o facto de ela potenciar o efeito coercivo das OPA: a limitação do poder da administração visada tenta evitar que este órgão adote medidas defensivas que retirem esta carga coerciva à oferta. Perante uma oferta, deve a atuação da administração ser condicionada face aos direitos, soberania e interesses dos acionistas e do oferente.

No que concerne aos preponderantes interesses da entidade oferente, levanta-se, no campo dos deveres de informação das entidades emitentes, um potencial conflito de interesses: é do interesse do oferente levar a cabo uma apropriada *risk assessment* aos riscos inerentes a este investimento, conflituante com o interesse do emitente, da sociedade visada,

---

<sup>1097</sup> Mencionados também por Davies, Schuster & de Ghelcke, 2010, pp. 13 e ss.

em manter classificada e protegida uma parte considerável da informação relativa à sociedade e à respetiva atividade enquanto a oferta não for definitiva e pública<sup>1098</sup>. Por um lado, o lançamento de uma oferta não deve prejudicar a gestão normal da sociedade alvo, sendo também verdade, no entanto, que a necessária salvaguarda dos interesses dos seus acionistas, e dos legítimos interesses do oferente, justificam a proibição de atos de administração que possam afetar os objetivos deste e do êxito da oferta, atos estes que não possam reconduzir-se à atuação normal e corrente da sociedade. Interessa, portanto, acautelar os interesses do oferente na manutenção do objeto visado indiretamente, ou seja, a própria empresa enquanto ativo atrativo.

A *ratio* desta regra reside, portanto, no facto de a OPA ser uma oportunidade de negócio para os acionistas destinatários, e de somente estes enquanto verdadeiros “donos” da sociedade deverem avaliar as condições da oferta e decidir sobre a aplicação de medidas defensivas. O legislador acolheu a convicção de que o mercado do controlo das sociedades deve funcionar sem os obstáculos que os membros do órgão de administração queiram criar para proteção da sua própria posição<sup>1099</sup>. Não devemos olvidar que uma OPA consiste numa proposta contratual dirigida aos titulares dos valores mobiliários não intermediada pelo órgão de administração. São aqueles que lidarão com o oferente diretamente e os únicos que terão, necessariamente, de se pronunciar sobre o mérito da oferta, e da sua exclusiva vontade depende o êxito desta.

### 3. Atuações proibidas

O art. 182.º, n.º 1 *in fine* do CVM estabelece três requisitos cumulativos para que se conclua que o órgão de administração está limitado nos seus poderes de atuação quanto à prática de determinados atos que poderia praticar fora do contexto de uma oferta pública de aquisição. Tal limitação é aplicável a quaisquer medidas defensivas, objetivas ou subjetivas<sup>1100</sup>, pois ambas são suscetíveis de prejudicar os interesses do oferente no êxito da oferta<sup>1101</sup>. A norma visa, logicamente, limitar aqueles que são os poderes habituais do Conselho de Administração<sup>1102</sup>, e impedir que este órgão siga uma “estratégia focada no *management-entrenchment*”<sup>1103</sup>. Ora, configuram, na letra da lei, atos proibidos os que comportem cumulativamente (i) alteração de modo relevante da situação patrimonial da sociedade visada, (ii) não se reconduzam à gestão normal da sociedade, e (iii) afetem de modo significativo os objetivos anunciados pelo oferente.

---

<sup>1098</sup> Pública, *lato sensu*, na sua aceção mais comum, no sentido de “do conhecimento geral”.

<sup>1099</sup> Soveral Martins, 2018, p. 217.

<sup>1100</sup> Cf. delimitação feita neste estudo *supra*, em II.1.

<sup>1101</sup> Guiné, 2009, p. 147.

<sup>1102</sup> Cf. arts. 406.º a 409.º do CSC.

<sup>1103</sup> Nas palavras de Soveral Martins, 2018, p. 217.

Cumpra assinalar, ainda que *en passant*, que a violação da NFR comporta várias consequências para a administração que praticou os atos proibidos pela norma. Para além da responsabilidade dos administradores para com a sociedade por danos devido à infração de um dever de conduta, nos termos gerais do Código das Sociedades Comerciais<sup>1104</sup>, destaca-se a possível ineficácia do ato praticado em violação da lei, não vinculando a sociedade visada perante terceiros<sup>1105</sup>. A Diretiva, no seu art. 17.º, deixa ao critério dos Estados-Membros a estipulação das consequências jurídicas concretas.

### **3.1 Alteração relevante da situação patrimonial**

No que diz respeito à alteração relevante da situação patrimonial da sociedade, cabe referir que o património de uma sociedade corresponde à demonstração financeira designada por balanço, composto por três elementos essenciais: pelo ativo, pelo passivo e pelo capital próprio (situação líquida)<sup>1106</sup>. Note-se, no entanto, que, para efeitos de aplicação da *non-frustration rule*, a afetação da situação patrimonial não se reduz a uma afetação da noção contabilística da situação constante do balanço da sociedade, antes envolve também atuações que, não representando nenhuma variação no balanço, podem configurar uma alteração do valor económico da sociedade.

O art. 182.º n.º 2, al. b) apresenta um elenco exemplificativo de atos suscetíveis de alterar a situação patrimonial da sociedade de modo relevante. É o caso, nomeadamente, da “emissão de ações ou outros valores mobiliários que confirmam direito à sua subscrição ou aquisição”<sup>1107</sup>, e da “celebração de contratos que visem a alienação de parcelas importantes do ativo social”. Uma vez que a emissão de ações ou valores mobiliários significa uma alteração substancial da estrutura de dispersão dos capitais da sociedade (um aumento de capital, nomeadamente), pode inclusive ter como efeito o reforço da posição dos acionistas majoritários e tornar mais onerosa para o oferente a aquisição do controlo societário. Este primeiro exemplo dado pelo legislador implica uma variação nas cifras de capital próprio, e pode mesmo indiretamente afetar elementos de que dependa o balanço.

Face ao art. 182.º/2 b) do CVM, cabe aqui conjugar esta disposição com o art. 182.º, n.º 3, b) (autorização da Assembleia Geral), no que respeita à repartição de competências entre os órgãos sociais para a prática dos atos em questão: por um lado, o primeiro exemplo elencado (a emissão de ações ou outros valores mobiliários que confirmam direito à sua subscrição ou aquisição) é, na sua natureza, e mesmo fora do contexto das ofertas públicas de aquisição, um ato da competência da Assembleia Geral (no âmbito da sua competência geral para as

---

<sup>1104</sup> Cf. arts. 64.º e 72.º do CSC.

<sup>1105</sup> Nos termos do art. 409.º do CSC.

<sup>1106</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 216.

<sup>1107</sup> Muito relevantes na interpretação deste preceito são os arts. 365.º e 368.º do CSC.



alterações ao contrato de sociedade, conforme os arts. 85.º e 87.º do Código das Sociedades Comerciais); no entanto, o segundo exemplo (celebração de contratos que visem a alienação de parcelas importantes do ativo social) já é da competência do conselho de administração, pelo que à primeira vista parece não fazer grande sentido elencar o primeiro exemplo, por se tratar de um ato que necessitaria, em qualquer caso, e nos devidos termos jus-societários, de passar pelo crivo dos acionistas<sup>1108</sup>.

Contudo, atentando-se no art. 456.º, n.º 1, do mesmo diploma, nota-se que os estatutos sociais podem autorizar o órgão de administração da sociedade a aumentar o capital<sup>1109</sup>, uma vez ou mais, por entradas em dinheiro, devendo para isso fixar um teto máximo de aumento de capital e um prazo correspondente para o exercício dessa competência, nunca superior a cinco anos, bem como os direitos a atribuir às ações a emitir. Neste contexto, faz todo o sentido que se limite a competência do conselho de administração nos poderes que possam ser-lhe concedidos, pelo contrato de sociedade, relativamente à potencial aprovação de um aumento de capital por emissão de ações ou outros valores mobiliários que confirmem direito à sua subscrição ou aquisição. A limitação que resulta do art. 182.º, n.º 1 está, portanto, vocacionada para atos que a administração da sociedade poderia praticar em circunstâncias normais, fora do período da oferta<sup>1110</sup>.

É de relevo aqui tecer algumas reflexões concernentes às aquisições de valores mobiliários objeto da oferta por parte da própria sociedade, nomeadamente através do seu órgão de administração<sup>1111</sup>, uma vez que nesta matéria rege o regime das ações próprias<sup>1112</sup>. Este regime proíbe uma sociedade de adquirir e deter ações próprias representativas de mais de 10% do capital social<sup>1113</sup>, não podendo deter uma percentagem superior desta por tempo superior a três anos, findo o qual as ações em carteira devem ser alienadas. A aquisição de ações próprias constitui uma medida abrangida pela proibição do art. 182.º, n.º 1, estando vedada salvo autorização da Assembleia Geral, pois estas são suscetíveis de provocar uma alteração relevante da situação patrimonial da sociedade visada, não se reconduzem à sua gestão normal, e podem afetar seriamente os objetivos do oferente.

Estando em causa a aquisição de controlo pretendida com a oferta, é fácil de compreender que uma defesa da OPA pela sociedade visada através da aquisição de ações próprias possa ser muito eficaz, na medida em que distorce a proporção dos direitos de voto detidos pelos acionistas da sociedade, bem como o número de ações disponíveis para alienar em OPA, que será consideravelmente menor, logo, com superior valor de mercado.

---

<sup>1108</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 218.

<sup>1109</sup> Sem prejuízo da possibilidade de este projeto de deliberação da administração carecer de parecer favorável do órgão de fiscalização, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.

<sup>1110</sup> Soveral Martins, 2018, p. 221.

<sup>1111</sup> Órgão com competência legal para este efeito, conforme o art. 319.º, n.º 1 do CSC.

<sup>1112</sup> Arts. 316.º a 325.º-B do CSC.

<sup>1113</sup> Ressalvadas as devidas exceções do art. 323.º, n.ºs 1 e 2, também do CSC.

Entendemos assim, com Cunha Vaz<sup>1114</sup>, e juntamente com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no *Parecer genérico da CMVM sobre os deveres de comportamento na pendência de oferta pública de aquisição* (ponto n.º 7), que esta atuação cabe no âmbito do art. 182.º, n.º 1, sendo assim proibidas ao Conselho de Administração no decurso da oferta, uma vez que “As interferências no regular funcionamento do mercado de valores mobiliários através da aquisição de ações próprias por parte da sociedade visada bem como da divulgação de informação relevante para o desfecho da oferta podem preencher o tipo legal do crime de manipulação de mercado”<sup>1115</sup><sup>1116</sup>. A CMVM considera também que a aquisição de ações próprias no contexto de uma oferta pública de aquisição, tendo em conta o seu carácter defensivo, e sendo ou não este o seu exclusivo propósito, não beneficia das salvaguardas previstas no Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014 (Regulamento Abuso de Mercado).

### 3.2 Gestão normal da sociedade

A proibição do art. 182.º somente abrange os atos do órgão de administração que não sejam de gestão normal, isto é, aqueles atos que não se enquadrem na gestão corrente da sociedade e que decorrem do dever de administrar por parte do órgão de administração, e que tenham, assim, um carácter excecional. É possível inferir desta norma, portanto, que são permitidos no decurso da oferta os atos necessários e fundamentais ao normal decurso da atividade societária, sem os quais o funcionamento desta ficaria paralisado e ficaria, com isso, seriamente prejudicada. Os atos inerentes à gestão corrente estão assim fora do âmbito de aplicação desta norma inibitória, sendo particularmente relevante notar aqui a já anteriormente referida natureza cumulativa destes requisitos proibitivos: como nota Soveral Martins<sup>1117</sup>, um ato que seja suscetível de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade, mas que possa reconduzir-se à sua gestão normal não é um ato proibido por esta norma.

A norma refere expressamente no seu n.º 1 que o órgão de administração não pode praticar atos que não se reconduzam à “gestão normal” da sociedade, ainda que o legislador europeu, no Preâmbulo da Diretiva, apenas se limite a referir que “deverão ser limitados os poderes do órgão de administração de uma sociedade visada em relação a certas operações de carácter excecional, sem impedir indevidamente a sociedade visada de prosseguir o curso normal das suas atividades” (sublinhado nosso). E, de facto, o art. 9.º da Diretiva não

---

<sup>1114</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 222.

<sup>1115</sup> Cf. art. 379.º do CVM.

<sup>1116</sup> Vd. [https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Pareceres/Pages/Parecer-Gen%C3%A9rico-da-CMVM-sobre-os-Deveres-de-Comportamento-na-Pend%C3%Aancia-de-Oferta-P%C3%BAblica-de-Aquisi%C3%A7%C3%A3o-\(OPA\).aspx?v=](https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Pareceres/Pages/Parecer-Gen%C3%A9rico-da-CMVM-sobre-os-Deveres-de-Comportamento-na-Pend%C3%Aancia-de-Oferta-P%C3%BAblica-de-Aquisi%C3%A7%C3%A3o-(OPA).aspx?v=).

<sup>1117</sup> Soveral Martins, 2018, p. 217.

menção qualquer critério de gestão normal, apenas refere no n.º 3, quanto a decisões tomadas previamente, mas ainda não executadas, que a Assembleia Geral de sócios “deve aprovar ou confirmar qualquer decisão que não se insira no quadro normal das atividades da sociedade”. Consideramos, no entanto, com Cunha Vaz<sup>1118</sup>, que o legislador português tomou a opção certa ao executar a transposição da Diretiva mantendo este requisito da não recondução dos atos à gestão normal da atividade societária, uma vez que é fundamental e decisivo proteger o regular funcionamento da sociedade visada no decurso da oferta.

É de relevo notar que não existe um conceito de “gestão corrente” no Código das Sociedades Comerciais, e que esta deve entender-se como *day-to-day business*, gestão do dia-a-dia da sociedade; o legislador societário cingiu-se às disposições sobre a competência do órgão de administração para gerir as atividades da sociedade<sup>1119</sup>, e à enumeração dos seus poderes de gestão<sup>1120</sup>, dispondo logo de imediato no art. 407.º, n.º 3 que os estatutos sociais podem autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores, ou numa comissão executiva, a *gestão corrente da sociedade*<sup>1121</sup>. No entanto, o conceito de gestão normal não deixa de ser mais abrangente do que o conceito de gestão corrente, para efeitos deste normativo. O conceito de gestão corrente limita-se aos atos de mero expediente, não implicando qualquer alteração patrimonial relevante. Isto significa que a gestão normal abarca poderes que vão muito para além da mera gestão do dia-a-dia por parte dos administradores, administradores delegados ou comissão executiva. Conclui-se assim que os atos proibidos por esta norma serão todos aqueles que ultrapassam este conceito de gestão corrente, bem como de gestão normal da sociedade: abrangem, assim, todos aqueles atos que não sejam absolutamente necessários, indispensáveis ou inerentes ao normal funcionamento da sociedade, tendo um carácter excecional ou extraordinário.

Entendemos, com Cunha Vaz, que esta norma “deve abranger somente atos de natureza extraordinária, pelo que deverão ficar de fora do seu âmbito de aplicação todos e quaisquer atos relacionados com o normal funcionamento da atividade da sociedade visada”<sup>1122</sup> pela oferta. É da competência do órgão de administração, embora limitado nos seus poderes de gestão, a assunção do dever de administrar e zelar pelo normal funcionamento da sociedade. Por um lado, impõe-se a limitação dos poderes da administração, a fim de acautelar o sucesso da oferta e proteger os interesses do oferente, bem como a (eventual) realização de uma mais-valia por parte dos acionistas; por outro lado, também há que ponderar que este órgão deve manter os poderes básicos necessários para assegurar a gestão normal da sociedade, evitando

---

<sup>1118</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 225.

<sup>1119</sup> Cf. art. 405.º CSC.

<sup>1120</sup> Cf. art. 406.º do CSC.

<sup>1121</sup> Paralelamente, o art. 407.º, n.º 2 do CSC refere que a delegação dos poderes de gestão não pode abranger as matérias previstas no art. 406.º, als. a) a m). Resulta de uma leitura articulada destes dois preceitos que os poderes do art. 406.º não estão diretamente relacionados com a gestão corrente da sociedade.

<sup>1122</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 226 e ss.

assim que os acionistas sejam colocados numa contingência de alienação das suas ações em OPA para evitar os prejuízos que adviriam de uma limitação irracional e desproporcionada dos poderes de gestão no decorrer da oferta.

Ou seja, a gestão do dia-a-dia é absolutamente fundamental para o decurso normal das atividades objeto da sociedade visada pela oferta. No entanto, a oferta pode não ver os seus objetivos singrar, e não ter sucesso por diversos motivos, designadamente a não verificação das condições do oferente, ou a não aceitação dos destinatários. Aí, é necessário acautelar os interesses dos acionistas, que podem legitimamente preferir manter-se na esfera social, conservando as suas participações sociais. É do maior interesse destes que a sociedade mantenha a sua gestão corrente e atividade o mais estáveis possível, para que não resultem do processo da oferta prejuízos desproporcionados. Isto é também do maior interesse do oferente, uma vez que, caso a oferta seja bem sucedida, este encontrará na sociedade uma situação favorável.

Concluindo, a norma do art. 182.º, n. 1 do CVM deve abarcar todas as operações que não sejam realizadas no decurso normal das atividades da sociedade, ou que não sejam conformes às práticas normais do mercado, isto é, medidas de carácter estratégico que possam, pela sua relevância e impacto material, comprometer decisões da administração que suceda à atual no tempo. A administração da sociedade visada deve, portanto, limitar-se a tomar as decisões e a praticar os atos essenciais para o habitual desenvolvimento, para a gestão diária e corrente da sociedade, e abster-se de praticar atos extraordinários com impacto substancial no património da sociedade no período temporal do decurso da oferta. Cabe ainda salientar que esta limitação a que os membros do órgão de administração estão vinculados, de cingirem a sua atividade à gestão corrente da sociedade, pode eventualmente colidir com o dever geral de administrar que onera os administradores<sup>1123</sup> <sup>1124</sup>, dever este com um conteúdo substancialmente mais amplo e abrangente, que na vida normal da sociedade decorre por inerência da simples qualidade de administrador<sup>1125</sup>.

### **3.3 Afetação dos interesses do oferente**

Nem todas as medidas excecionais são objeto da proibição<sup>1126</sup>. Estatui o n.º 1 do art. 182.º do CVM *in fine* que são proibidos os atos que, para além dos desígnios anteriormente mencionados, “possam afetar de modo significativo os interesses do oferente”,

---

<sup>1123</sup> Cf. art. 64.º do CSC.

<sup>1124</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre os deveres dos administradores, vd. Menezes Cordeiro, 2010, pp. 851 a 888, Menezes Cordeiro, 2005, pp. 21 a 60, Costa, R. e Dias, D. F., anotações ao art. 64.º do CSC em comentário, pp. 725-747.

<sup>1125</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre a gestão corrente das sociedades, vd. Abreu, J.M.C., 2006, Candeias, R. 2000, e Soveral Martins, 1998.

<sup>1126</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 227.

comprometendo, direta ou indiretamente, os objetivos anunciados por este<sup>1127</sup>. A afetação dos interesses considera-se significativa sempre que impossibilite as condições a que o oferente sujeitou a oferta<sup>1128</sup>, existindo também autores que consideram<sup>1129</sup> que esta norma do art. 182.º, n.º 1 deve abranger igualmente todos os atos que possam comprometer os interesses do oferente, incluindo aqueles praticados sem a intenção de prejudicar a oferta, mas suscetíveis de provocar esse resultado<sup>1130</sup>. A norma deve aplicar-se a todas as medidas defensivas reativas: independentemente da intenção, releva aqui o resultado efetivo ou possível. No entanto, quantos mais objetivos anunciar o oferente no anúncio preliminar, maior é a probabilidade de essa afetação ser significativa, maior sendo também o espectro de atos vedados à administração da sociedade visada.

Já a Diretiva das OPA, por seu turno, dispõe no art. 9.º, n.ºs 2 e 3 que o ato deve ser suscetível de conduzir à frustração da oferta. Este requisito afigura-se, à luz da doutrina, decisivo, visto que determinado ato da administração pode ser suscetível de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade e não respeitar à sua gestão normal, mas não preencher este último crivo, caso em que não será proibido. O legislador consegue assim proteger os interesses do oferente, juntamente com os interesses dos destinatários da oferta. Pretendeu-se, como é notório, assegurar as intenções e objetivos de quem promove a oferta, com vista não só a acautelar o seu êxito, mas sobretudo em nome de uma racionalidade económico-financeira do fenómeno das OPA enquanto instrumento decisivo para a reestruturação empresarial e para o mercado de controlo societário. E podemos inclusive afirmar que o legislador sobrepôs os interesses do oferente aos interesses de outros possíveis interesses conflitantes, nomeadamente acionistas ou administradores que se opõem à oferta com o desígnio de perpetuar a sua posição de controlo e influência da sociedade visada.

Na exploração e análise dos interesses e objetivos do oferente, existem vários e diversificados fatores subjacentes ao lançamento de uma OPA. A mesma pode resultar da não verificação dos pressupostos de um mercado suficientemente eficiente, verificando-se nomeadamente fatores como: inexistência de custos de agência e de assimetrias de informação, e uma gestão eficiente. Ou seja, um potencial oferente pode decidir lançar uma OPA porque reconhece que existem altos custos de agência resultantes da administração da sociedade promover interesses pessoais em detrimento dos da sociedade, ou porque esta está subavaliada pelo mercado, em virtude de nem toda a informação societária se encontrar disponível e refletida no seu valor de mercado, ou cotação bolsista, ou ainda porque considera que se verifica uma ineficiente gestão dos fatores produtivos<sup>1131</sup>. Neste quadro de eficiência do

---

<sup>1127</sup> Em anúncio preliminar, vd. art. 179.º do CVM.

<sup>1128</sup> Guiné, 2005, pp. 33 e ss.

<sup>1129</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 230 e ss.

<sup>1130</sup> Distinção entre medidas defensivas objetivas e subjetivas operada em II. 1 do presente estudo, conforme Guiné, 2009, p. 33.

<sup>1131</sup> Oliveira, 2006, pp. 2 e 3.

mercado, destacam-se os seguintes como possíveis interesses dos oferentes no âmbito de uma OPA: i) alcançar sinergias empresariais ou financeiras, nomeadamente estabelecer uma estrutura de capitais mais favorável, com maior capacidade de endividamento e menor custo de acesso a capital<sup>1132</sup>; ii) diversificar as atividades do objeto social ou reforçar a sua posição no mercado; iii) atuar simplesmente como *raider*, pretendendo obter um lucro imediato mediante o desmantelamento subsequente da sociedade visada<sup>1133</sup>; iv) afastar uma empresa concorrente, entre outros.

Com efeito, neste contexto, e tendo em conta esta obrigação de não frustração dos objetivos da oferta, é importante não olvidar que nem todos os objetivos e intenções do oferente são necessariamente benignos, podendo por exemplo ser meramente especulativos, e prejudiciais para a sociedade-alvo. Desta forma, isto deve ser tido em conta na aplicação da norma do art. 182.º, n.º 1, bem como o risco de o oferente assumir o controlo simplesmente para a desintegrar e alienar as suas participações com vista a obter lucro imediato e fácil. Estando a administração da sociedade visada vinculada legalmente a zelar pelos interesses desta e dos seus acionistas, torna-se claro que, perante esta situação de OPA manifestamente indesejável, a respetiva administração possa adotar medidas defensivas, consideradas benignas porque necessárias para combater essas ofertas malignas, e salvaguardar o interesse da sociedade.

É absolutamente fundamental, para a aferição do cumprimento dos requisitos que presentemente se analisam, poder determinar quais os objetivos do oferente que devem ter-se em consideração. Alguma doutrina<sup>1134</sup> chama a atenção para a necessidade de proteger todos os objetivos, inclusive os implícitos da oferta, nomeadamente, a intenção de adquirir o controlo da sociedade visada, no caso de OPA geral.

Assim que seja recebido o anúncio preliminar por parte da sociedade visada, e ressalvando-se o objetivo pressuposto ou indireto de adquirir o controlo daquela, devem ser acautelados apenas os objetivos do oferente anunciados expressamente naquele anúncio ou, posteriormente, no prospeto da oferta. Esta é a única solução que não só acautela a certeza e segurança jurídicas, como permite aferir, de forma segura e efetiva, os atos que são proibidos à sociedade no decurso da oferta, por serem aptos a frustrar os objetivos do oferente. A admissão de outros objetivos, mais difusos, pode ser geradora de insegurança e incerteza jurídicas, uma vez que o oferente pode facilmente invocar que qualquer ato é frustrador dos seus objetivos implícitos, não anunciados e não conhecidos. Assim, o legislador tomou a opção correta, parece-nos<sup>1135</sup>, ao prever expressamente no Código de Valores Mobiliários que o

---

<sup>1132</sup> Considerando que as empresas com baixo nível de capacidade de endividamento são mais favoráveis.

<sup>1133</sup> Quando o oferente pretende adquirir o controlo da sociedade para a desmantelar e para alienar algumas das suas parcelas, obtendo assim lucros rápidos.

<sup>1134</sup> Brito Pereira, 1998 e Guiné, 2009 sobre a distinção entre objetivos anunciados pelo oferente, e outros deduzidos. Em sentido contrário, vd. Soveral Martins, 2018, pp. 221 e ss. e Cunha Vaz, 2013, pp. 231 e ss.

<sup>1135</sup> Juntamente com Cunha Vaz, 2013, p. 231.

oferente deve enumerar desde logo no anúncio preliminar, sumariamente, os objetivos da oferta, nomeadamente quanto à continuidade ou modificação da atividade empresarial<sup>1136</sup>. O facto de a lei enunciar de modo detalhado os possíveis interesses do oferente, bem como o facto de exigir que este os descreva em pormenor, demonstra a intenção de proteger somente os interesses expressamente por aquele manifestados e previstos, e não quaisquer outros; e esta parece de facto ser a solução que melhor protege os interesses dos acionistas da sociedade visada, e do oferente, tendo sempre em vista a segurança jurídica, e bem assim a eficiência do mercado. Com efeito, se é do interesse da sociedade visada conhecer devida e atempadamente os objetivos do oferente, para que possa formar um juízo de valor sobre a oferta, é da mesma forma do interesse deste que os seus objetivos estejam enumerados expressa e detalhadamente, por forma a alargar o espectro de atos que a administração visada está proibida de praticar<sup>1137</sup>.

### **3.4 Outros atos proibidos: breve referência**

Nesta sede, chamamos a atenção para a alínea c) do n.º 2 do art. 182.º do CVM, nos termos da qual, e no seguimento do art. 9.º/ 3 da Diretiva, a limitação dos poderes da administração abrange também atos de execução de decisões tomadas antes do período inibitório da oferta que ainda não tenham sido parcial ou totalmente executados: para a execução destes atos, o órgão de administração carece, portanto, de aprovação da AG. Esta alínea é essencialmente uma norma de densificação e desenvolvimento do n.º 1 do mesmo artigo.

De entre os atos que preenchem os requisitos explorados em 3, 3.1, 3.2 e 3.3 (alteração da situação patrimonial, fora da gestão normal, afetação dos objetivos do oferente), devem incluir-se também os atos praticados em execução de decisões tomadas anteriormente ao período de inibição e ainda não executados (total ou parcialmente). O legislador pretendeu assim evitar que a OPA seja frustrada pela execução de decisões tomadas anteriormente, nas quais se podem incluir (e daí a necessidade desta norma) atuações destinadas a inviabilizar uma eventual OPA futura.

Existem autores<sup>1138</sup>, todavia, que consideram que o disposto neste n.º 2, alínea c) do art. 182.º deve ser lido *a contrario sensu* como correspondendo a uma exceção implícita e oculta ao disposto no art. 182.º/1, devendo, portanto, cumprir-se três requisitos para que a administração possa atuar ao abrigo desta alínea c): i) que haja uma decisão prévia que requeira a prática de determinado ato, ii) que haja uma atuação prévia ao lançamento da OPA ao abrigo dessa decisão, e iii) que o ato em questão seja requerido pela decisão em causa.

---

<sup>1136</sup> Sendo que já a anterior versão, no CVM revogado, exigia que esta informação constasse do prospeto da oferta.

<sup>1137</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 232.

<sup>1138</sup> Guiné, 2009, pp. 179 e ss.

No entender de Cunha Vaz<sup>1139</sup>, toda e qualquer decisão que seja anterior à oferta e cuja aplicação ou execução aconteça no seu decurso tem de ser confirmada e ratificada pela Assembleia Geral de acionistas durante esse período, por forma a permitir que os seus destinatários (estes mesmos acionistas) possam pronunciar-se de forma inteiramente livre e informada sobre as respetivas condições. Assim, e para este efeito, este autor faz uma interpretação extensiva da norma do CVM, imposta pelo art. 9.º/3 da Diretiva. Destarte, para além das decisões do próprio órgão de administração, Cunha Vaz defende que as mesmas considerações valem relativamente a decisões tomadas anteriormente pela própria Assembleia Geral, e que carecem, posteriormente, agora em sede de OPA, da sua confirmação. Deste modo, e tendo em conta a letra da norma da Diretiva, “a Assembleia Geral de acionistas deve aprovar ou confirmar qualquer decisão” tomada antes do período inibitório, deve a AG no decurso da oferta não só *aprovar* atos de execução de decisões do órgão de administração proibidos pela norma do CVM, como também *confirmar* os atos de execução das suas próprias decisões tomadas anteriormente, e que de igual modo são abrangidos e proibidos pela mesma norma. Soveral Martins<sup>1140</sup> destaca, no entanto, que a estes atos se estende a limitação do número anterior, e que isto significa que aqueles que não fossem já abrangidos pelos requisitos do n.º 1 não passam a estar sujeitos apenas por constituírem execução de uma decisão tomada antes do período da proibição. Este autor defende inclusive que, desde que a decisão anteriormente tomada tenha já sido parcialmente executada antes do período relevante em sede de oferta, a limitação já não abrangerá os restantes atos de execução.

Para além destes atos expressamente previstos no normativo do CVM, devemos ter também em atenção outras atuações proibidas que, muito embora não expressamente previstas, se subsumem ao espírito da norma, o que nos remete para o já anteriormente referido *Parecer genérico da CMVM sobre os deveres no decurso de oferta pública de aquisição*, e do qual constam outras atuações proibidas ao órgão de administração. Para além de situações já descritas, como a aquisição de ações próprias e o financiamento de ofertas concorrentes, o órgão de administração da sociedade visada deve abster-se de facultar informação privilegiada, nomeadamente a potenciais oferentes concorrentes, uma vez que essa informação deve ser previamente tornada pública (ponto 3 do *Parecer*). Paralelamente, e para esse efeito, dispõe o art. 378.º do CVM que é proibida a utilização de informação privilegiada, particularmente no decurso de uma oferta pública de aquisição, em nome da igualdade de tratamento entre investidores e de forma a evitar assimetrias de informação.

Esta divulgação de informação, nos termos do ponto 6 do mesmo *Parecer*, está sujeita a autorização prévia da CMVM<sup>1141</sup>, e a sociedade visada não pode inclusive solicitar procurações

---

<sup>1139</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 234.

<sup>1140</sup> Soveral Martins, 2018, pp. 220 e ss.

<sup>1141</sup> Nos termos do art. 121.º, n.º 2 do CVM.



para representação em AG, em nome do princípio do primado dos acionistas, que vigora durante o período da oferta.

Nos termos descritos no Parecer, a violação das normas legais em que o mesmo assenta pode constituir contraordenação muito grave, ou inclusive crime, como o crime de manipulação de mercado<sup>1142</sup>.

### **3.5 Exceções**

Analisado o regime limitador da atuação do órgão de administração da sociedade visada por OPA, cabe atentar – ainda que muito brevemente – nas suas exceções, que melhor conformam os interesses dos acionistas destinatários da oferta, da sociedade visada e do próprio oferente.

Desde logo, o CVM, no art. 182.º, n.º 3, ressalva expressamente três exceções: a) os atos que resultem do cumprimento de obrigações assumidas antes do conhecimento do lançamento da oferta, b) os atos autorizados por AG convocada exclusivamente para o efeito durante o período de limitação de poderes, e c) os atos destinados à procura de ofertas concorrentes. A primeira exceção visa claramente proteger a sociedade visada (e até o próprio oferente) no cumprimento das suas obrigações, e as restantes duas destinam-se precisamente a salvaguardar os interesses dos destinatários da oferta.

Para além destes três casos, o art. 182.º, n.º 6 prevê ainda uma cláusula de reciprocidade, que se traduz no afastamento da regra de não frustração quando a sociedade oferente não esteja, também ela, sujeita a um regime equivalente.

### **3.6 Âmbito temporal da proibição**

A temática do período temporal durante o qual vigora a proibição do art. 182.º do CVM, e em particular do seu início, está intrinsecamente ligada à necessidade de conciliação de interesses opostos e divergentes: por um lado, e como determina o art. 3.º, n.º 1, f) da Diretiva das OPA com o princípio da perturbação mínima, a sociedade visada não deve ver o exercício da sua atividade normal perturbado por um período maior do que o razoável, devendo sê-lo no período mínimo possível. Por outro lado, a *ratio* desta proibição e desta delimitação temporal reside na necessidade de proteção dos interesses do oferente – salvaguardando nomeadamente o valor das ações da sociedade visada, os seus ativos – e, inclusive, dos interesses dos acionistas em pronunciarem-se sobre o mérito da oferta e em participarem no prémio de controlo proposto pela mesma.

---

<sup>1142</sup> Cf. arts. 378.º a 380.º do CVM.

Salientamos, neste âmbito, que o início deste período em que vigora a proibição pode não coincidir com o início do prazo da oferta (arts. 183.º do CVM e 7.º da Diretiva). O prazo da oferta inicia-se necessariamente apenas com a publicação do anúncio preliminar e consequente registo da oferta pela CMVM, podendo variar entre 2 e 10 semanas, sendo que a inibição de poderes começa a produzir os seus efeitos com o *conhecimento* pela administração da sociedade visada da decisão do lançamento de OPA. A lei presume que este conhecimento ocorre com a receção do anúncio preliminar, no n.º 2, a) do art. 182.º, mas cabe notar que a tomada de conhecimento pode ser anterior a esse momento, embora, como salientam Soveral Martins<sup>1143</sup> e Brito Pereira<sup>1144</sup>, nesse caso seja necessário que estejamos perante uma decisão definitiva. E, ainda que assim seja, é deveras problemática a determinação do momento de efetivo conhecimento e da sua medida<sup>1145</sup>. Com efeito, caso o regime do art. 175.º seja devidamente cumprido, o lapso temporal entre o momento da decisão de lançamento de OPA pela administração da oferente e o envio do anúncio preliminar deverá ser bastante reduzido. Acresce ainda, e como sublinham Guiné<sup>1146</sup> e Cunha Vaz<sup>1147</sup>, que é do maior interesse do oferente que a remessa do envio preliminar ocorra o mais celeremente possível, para que a proibição de atuação frustradora da oferta vigore o quanto antes.

Brito Pereira problematiza a existência de situações intermédias – anteriores ao referido hiato temporal entre a tomada de decisão de lançamento de oferta e o envio do aviso preliminar –, durante as quais discute a verosimilhança da aplicação da regra de não frustração, nomeadamente o período em que a decisão de lançamento de oferta esteja em estudo, não se encontrando o processo de formação de vontade concluído, e o período temporal em que exista uma decisão de lançamento, porém uma decisão definitiva esteja dependente da verificação de determinadas condições prévias<sup>1148</sup>. Acompanhamos o autor quando defende que, no primeiro cenário, não existe justificação para que o período inibitório se inicie perante uma mera hipótese, uma vez que a *ratio* da norma pretende proteger os interesses do oferente e dos destinatários. De facto, para que o conhecimento da intenção tenha relevo jurídico, torna-se necessário que a administração da sociedade visada conheça ou possa conhecer os objetivos do oferente, o que não sucede se a OPA se apresentar como uma mera possibilidade. No que diz respeito ao segundo cenário, o risco da manutenção da situação inibitória durante um grande lapso temporal, e o enorme prejuízo que daí poderia advir para a sociedade visada, não se contendem com o já referido princípio da perturbação mínima. Ademais, a decisão de lançamento, não sendo certa, poderia nunca vir a ser concretizada, sem quaisquer consequências para o eventual oferente, sofrendo a sociedade visada elevados

---

<sup>1143</sup> Soveral Martins, 2018, p. 225.

<sup>1144</sup> Brito Pereira, 2001, pp. 182 e ss.

<sup>1145</sup> Guiné, 2005, p. 25.

<sup>1146</sup> Guiné, 2005, p. 25.

<sup>1147</sup> Cunha Vaz, 2013, p. 210.

<sup>1148</sup> Brito Pereira, 2001, pp. 183 e ss.

prejuízos sem que aquele respondesse pelos danos causados. Sublinhe-se que, nos termos do n.º 5 do art. 182.º, o oferente é responsável pelos danos decorrentes da decisão de lançamento de oferta tomada com o objetivo de colocar a sociedade visada em situação de inibição.

Assim, e com Brito Pereira<sup>1149</sup> e Cunha Vaz<sup>1150</sup>, afiguram-se-nos requisitos indispensáveis para que vigore a proibição que o conhecimento do lançamento da OPA seja certo, previsível e iminente; e que o oferente, caso pretenda despoletar a aplicação da NFR anteriormente à remessa do anúncio preliminar, demonstre que o órgão de administração da sociedade visada já tomou efetivo conhecimento da existência de uma decisão de oferta e dos respetivos objetivos, e que tem condições para facilmente frustrar o seu êxito.

Relativamente ao término do período em que vigora a NFR, o legislador nacional estabeleceu-o no momento do apuramento do resultado da oferta, ou até à cessação (se ocorrer em momento anterior) do respetivo processo<sup>1151</sup>. Podendo a inibição de poderes do órgão de administração iniciar-se num momento anterior ao início do prazo da oferta, o termo destes dois períodos é, no entanto, necessariamente coincidente.

---

<sup>1149</sup> Brito Pereira, 2001, pp. 187 e ss.

<sup>1150</sup> Cunha Vaz, 2013, pp. 211 e ss.

<sup>1151</sup> O que pode ser prorrogado pela CMVM, por sua iniciativa ou do oferente, em caso de revisão, oferta concorrente ou quando a proteção dos interesses dos destinatários o justifique.

## Conclusões

1. A razão de ser do *corporate governance* é tipicamente associada aos conflitos de interesses entre propriedade e controlo e à busca por soluções que passem pelo alinhamento dos interesses conflitantes entre administradores e acionistas e entre as diferentes categorias destes últimos.

2. A elevada dispersão do capital e a abertura da sociedade ao investimento público origina conflitos de interesses intimamente relacionados com a facilidade de tomada de controlo através da aquisição de uma baixa representação no capital. As sociedades abertas ao investimento público serão, assim, tendencialmente mais vulneráveis às alterações de controlo, tendo, neste âmbito, a regulação das ofertas públicas um papel primordial.

3. A OPA, em particular a hostil, é um cenário paradigmático e privilegiado para o desenrolar da dissociação dos interesses das partes envolvidas, e perante o qual surge uma necessidade de proteção primordial dos interesses individuais dos acionistas, na sua qualidade de titulares dos valores mobiliários em causa, ou seja, enquanto destinatários da oferta.

4. Enquanto mecanismo de funcionamento do mercado de controlo societário, a OPA tende a desempenhar um papel disciplinador da administração, refletindo um incremento da *performance*, uma vez que consistirá numa oportunidade para os acionistas censurarem a sua atuação. Da mesma forma, a ameaça de um *takeover* poderá incentivar a prática de uma política de informação mais transparente e constituir um incentivo à distribuição de lucros.

5. Perante uma OPA hostil, no entanto, a administração tenderá a alinhar os seus interesses com o grupo de controlo acionista, atuando concertadamente na tomada de medidas defensivas que frustrem o êxito da oferta, tendo em vista a manutenção das suas posições de influência e controlo na sociedade visada.

6. As medidas defensivas distinguem-se, entre outros critérios, pelos seus objetivos, podendo ter como escopo primário impedir o sucesso da OPA ou, por outro lado, simplesmente prosseguir uma estratégia definida para a sociedade, independentemente das repercussões que possa ter (medidas defensivas subjetivas e objetivas); distinguem-se também pelo âmbito temporal em que são tomadas, antes ou depois do lançamento de OPA, designando-se respetivamente por medidas defensivas preventivas e reativas ou subsequentes.

7. Uma OPA consiste numa escolha para os seus destinatários, que irão, na sua qualidade de verdadeiros donos da sociedade, alienar ou manter as suas participações sociais tendo em vista critérios económicos de realização de mais-valias, não devendo a administração, ancorada ou não no grupo de controlo, adotar medidas defensivas subjetivas, imiscuindo-se na esfera de decisão dos acionistas.

8. A cominação legislativa nas ordens jurídicas europeia e nacional da regra de não frustração surge no contexto da necessidade de regulação dos interesses díspares e conflitantes no âmbito das sociedades abertas, das disparidades na disseminação da informação no mercado, e da clivagem entre propriedade e controlo.

9. A *ratio legis* da *non-frustration rule* consagrada no art. 182.º do CVM firma-se na proteção dos interesses dos acionistas destinatários da oferta, materializando-se na defesa da igualdade de tratamento e na realização de mais-valias, bem como na proteção dos interesses do oferente e de um mercado de controlo livre e eficiente.

10. A NFR consagrada no art. 182.º parte de três requisitos cumulativos para a limitação dos poderes da administração quanto à prática de determinado ato, sendo eles a alteração relevante da situação patrimonial da sociedade visada, a não recondução do ato à gestão normal da sociedade e a afetação de modo significativo dos objetivos anunciados pelo oferente.

11. A alteração relevante da situação patrimonial não se reduz a uma afetação da noção contabilística da situação constante do balanço da sociedade, antes envolve também atuações que podem configurar uma alteração do valor económico da sociedade, correspondendo a uma alteração patrimonial presente.

12. O conceito de gestão normal da sociedade, sendo mais abrangente do que o de gestão corrente, não se reduz à mera gestão societária diária, procurando a norma de proibição abranger todos os atos que não sejam absolutamente necessários, indispensáveis ou inerentes ao normal funcionamento da mesma, tendo um carácter excecional ou extraordinário.

13. O legislador, ao enunciar detalhadamente um elenco exemplificativo dos interesses do oferente, demonstra uma intenção de proteger os objetivos que este tenha anunciado e manifestado expressamente, e não quaisquer outros, sendo esta a interpretação que melhor protege os acionistas da sociedade visada, o próprio oferente, e bem assim a eficiência do mercado e a segurança jurídica.

14. Vigoram três exceções expressamente cominadas na lei ao abrigo do disposto no art. 182.º do CVM, relativas, respetivamente, a atos praticados no cumprimento de obrigações previamente assumidas, à falta de reciprocidade entre o disposto na norma e o regime aplicável ao oferente, e à intervenção deliberativa da AG. Existe, também, uma exceção implícita, que se prende com a existência de prévia deliberação válida cuja execução já esteja em curso.

15. A AG pode desempenhar um papel autorizativo quanto a matérias da competência da administração, sendo a sua deliberação um requisito necessário para a prática do ato por este órgão.

16. A norma do art. 182.º do CVM exige o conhecimento de uma decisão definitiva e incondicionada de lançamento de OPA, em que este seja um evento certo, previsível e iminente, não devendo, em nome do princípio da perturbação mínima, a NFR vigorar em período anterior à verificação destas circunstâncias.

## Bibliografia

- ABREU, J.M.C. (2010). *Governança de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, A.P. (2013). *Sociedades Comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- BRITO PEREIRA, J. (1998). *A OPA obrigatória*. Coimbra: Almedina.
- BÖCKLI, P. & DAVIES, P., et al. (2013). *Response to the European Commission's Report on the Application of the Takeover Bids Directive*. Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies.
- CADILHE, M. (2014). A hostilidade coerciva do artigo 490.º do CSC – caso para um prémio especial? *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVII, Tomo I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 874-883.
- CÂMARA, P. (2001). O governo das sociedades em Portugal: Uma introdução. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 12, pp. 45-55.
- CÂMARA, P. (2011). *Manual de direito dos valores mobiliários*. Coimbra: Almedina, Coimbra.
- COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. (2006). *Parecer genérico sobre os deveres de comportamento na pendência de oferta pública de aquisição (OPA)*, [https://www.cmvm.pt/pt/legislacao/legislacaonacional/pareceres/pages/parecer-gen%C3%A9rico-da-cmvm-sobre-os-deveres-de-comportamento-na-pend%C3%Aancia-de-oferta-p%C3%BAblica-de-aquisi%C3%A7%C3%A3o-\(opa\).aspx](https://www.cmvm.pt/pt/legislacao/legislacaonacional/pareceres/pages/parecer-gen%C3%A9rico-da-cmvm-sobre-os-deveres-de-comportamento-na-pend%C3%Aancia-de-oferta-p%C3%BAblica-de-aquisi%C3%A7%C3%A3o-(opa).aspx).
- COSTA, R. & DIAS, G.F. (2020). Deveres fundamentais da administração e fiscalização. In *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 757-808.
- CORDEIRO, A.M. (1994). Da tomada de sociedades (*takeover*): Efetivação, valoração e técnicas de defesa. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- CORDEIRO, A.M. (1997) *Ofertas Públicas de Aquisição*, col. Direito dos Valores Mobiliários, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 189-229.
- CORDEIRO, A.M. (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. In *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*. Coimbra: Almedina, pp 21-59.
- CORDEIRO, A.M. (2011). Os deveres fundamentais dos administradores. In *Direito das sociedades – Parte geral*. Coimbra: Almedina, pp. 850-888.
- CUNHA, P.O. (2019). *Direito das sociedades comerciais*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- DAVIES, P.E-P. & de Ghelcke, E.W. (2010). *The Takeover Directive as a protectionist tool?* European Corporate Governance Institute, [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp).
- FERREIRA, B. (2008). A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de *corporate governance*, Implicações da reforma do Código das Sociedades Comerciais. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 30, pp. 7-18.
- FRAGOSO, L. (2005). A OPA inibitória e a limitação de poderes da sociedade visada – o art. 182.º do CVM, disponível para consulta em [verbojuridico.net](http://verbojuridico.net).

GARCIA, A.T. (1995). *OPA – Da oferta pública de aquisição e seu regime jurídico*, *Studia Juridica*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 13-310.

GERNER-BEUERLE, C., KERSHAW, D. & SOLINAS, M. (2011). Is the board neutrality rule trivial? Amnesia about corporate law in European takeover regulation. *LSE, Legal Studies Working Paper* No. 3/2011, <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=EULR2011030>.

GOMES, J. F. & e GONÇALVES, D.C. (2018). *Manual de sociedades abertas e sociedades cotadas*, vol. I. Lisboa: AAFDL.

GUINÉ, O.V. (2005). A transposição da Diretiva 2004/25/CE e a limitação dos poderes da Administração da sociedade visada. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 22, pp. 20-43.

GUINÉ, O.V. (2009). *Da conduta (defensiva) da administração “opada”*. Coimbra: Almedina.

HOPT, K.J. (2014). *Takeover defenses in Europe: A comparative, theoretical and policy analysis*. Hamburgo: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law.

KERNSHAW, D. (2016). Hostile takeovers and the non-frustration rule, time for a re-evaluation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 19/2016*. London School of Economics and Political Science Law Department, [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm).

LEITÃO, L.M. (2007). As medidas defensivas contra uma oferta pública de aquisição hostil. In *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. II, pp. 57-77. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTIN, K.J. & McCONNELL, J.J. (1991). Corporate performance, corporate takeovers and management turnover. *The Journal of Finance*, vol. 46, n.º 2, pp. 671-687.

MARTINS, A.S. (2018). *Títulos de crédito e valores mobiliários*, vol. II, pp. 159-259. Coimbra: Almedina.

MARTINS, A.S. (2019). Competência do conselho de administração. In *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, pp. 198-541. Coimbra: Almedina.

MUCCIARELLI, F. (2007). White knights and black knights – Does the search for competitive bids always benefit the shareholders of “target” companies? *European Company and Financial Law Review*, doi:10.1515/ECFR.2006.018.

OLIVEIRA, H., LOPES, C. & CUNHA, C. (2006). O jogo das estratégias nas OPA: O caso SONAE/Portugal Telecom. *Revista TOC*, n.º 75, pp. 48 e ss.

SILVA, J.C. (1995). Pacto parassocial, defesas anti-OPA e OPA concorrente. In *Estudos de direito comercial (pareceres)*, pp. 100 e ss. Coimbra: Almedina.

SOARES DA SILVA, J. (2004). O *action plan* da Comissão Europeia e o contexto da *corporate governance* no início do séc. XXI. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 18, pp. 72 a 80.

THORSTENSEN, V. (2017). *The brics and challenges of global economic governance*, [pombalina.uc.pt](http://pombalina.uc.pt).

VAZ, J.C. (2000). *A OPA na União Europeia face ao novo CVM*. Coimbra: Almedina.

VAZ, J.C. (2013). *A OPA e o controlo societário. A regra de não frustração*. Coimbra: Almedina.

VENTURA, R. (1992). *Estudos vários sobre sociedades anónimas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.



**O regime jurídico do maior acompanhado**

**Prazo e legitimidade para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, à luz do art. 154.º do Código Civil**

Catarina Duarte Marques Pinto

Sob a orientação do Professor Doutor  
António Agostinho Cardoso da Conceição Guedes

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, por tudo.

Ao Professor Doutor Agostinho Guedes, meu orientador, por me ter mostrado a beleza do Direito.

## **Resumo**

O anterior regime das interdições e inabilitações era alvo de várias críticas, por se considerar demasiado rígido, pouco protetor das concretas circunstâncias de cada indivíduo e estigmatizante. Isso mesmo motivou o legislador a uma mudança de paradigma que se evidenciou na implementação de um novo regime das incapacidades dos maiores: o regime do maior acompanhado, que parte da premissa de que todas as pessoas maiores de idade possuem capacidade negocial de exercício, apenas devendo ser dotados, se e quando necessário, dos instrumentos imprescindíveis à sua proteção. Não obstante, o novo regime deixou algumas questões sem resposta, mormente a de saber quem tem legitimidade e em que prazo para anular os atos praticados pelo acompanhado, quando o negócio não tenha observado as medidas decretadas judicialmente. O presente trabalho visa, assim, aprofundar a referida questão e apresentar algumas possíveis soluções para a mesma.

**Palavras-chave:** Incapacidades; interdição; maior acompanhado; anulabilidade.

## **Abstract**

The previous legal regime of interdictions and incapacitation was subject to criticism, as it was considered too strict, not protective of each individual's concrete circumstances, and stigmatizing. This led the legislator to a paradigm shift that became clear with the implementation of a new legal regime concerning adults' incapacities: The Regime of Adults under Guardianship, which assumes that all adults have the necessary legal capacity to exercise their rights, and should only be provided, if and when necessary, with the vital instruments for their protection. Nevertheless, this new legal framework left some questions unanswered, especially the one of who has the legitimacy, and in what term, to request the annulability of the acts performed by the adult under guardianship when these fail to comply with the judicially decreed measure. This work aims, therefore, to further develop the referred question and to provide possible solutions to it.

**Keywords:** Incapacities; interdiction; adult under guardianship; annulability.

## Lista de siglas e abreviaturas

|                 |                                                            |
|-----------------|------------------------------------------------------------|
| Als.            | Alíneas                                                    |
| Art.            | Artigo                                                     |
| BFDUC           | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra |
| CC              | Código Civil                                               |
| Cfr.            | Confrontar                                                 |
| DL              | Decreto-Lei                                                |
| <i>i.e.</i>     | <i>Id est</i> = isto é                                     |
| N.º             | Número                                                     |
| <i>Op. cit.</i> | \ <i>Opus citatum</i> = obra citada                        |
| Org.            | Organizador(a)                                             |
| P.              | Página                                                     |
| PP.             | Páginas                                                    |
| RDC             | Revista de Direito Civil                                   |
| RJLB            | Revista Jurídica Luso-Brasileira                           |
| UCP             | Universidade Católica Portuguesa                           |
| Vol.            | Volume                                                     |

# Índice

Introdução

1. Breve contextualização do novo regime jurídico do maior acompanhado

1.1. Espírito da reforma

1. 2. Principais alterações

2. A anulabilidade – regime geral

3. Regime jurídico dos atos praticados pelo maior acompanhado

4. Potenciais soluções a adotar

4.1. Solução que resulta da aplicação do regime geral da anulabilidade

4.2. Solução que resulta da aplicação do regime da menoridade por analogia

4.3. Solução que resulta da aplicação do regime anteriormente estabelecido para a interdição e a inabilitação

4.4. A falta de intervenção do acompanhante como fundamento da anulação dos atos praticados pelo acompanhado e a cessação do vício

5. Posição adotada

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

## Introdução

A evolução do pensamento e o consequente sentimento de inadequação dos anteriores regimes da interdição e da inabilitação levaram ao desenvolvimento da chamada *doutrina da alternativa menos restritiva*, defensora de uma mínima limitação dos direitos fundamentais das pessoas com capacidade diminuída<sup>1152</sup>.

Concretizando tal pensamento, a 11 de fevereiro de 2019, entrou em vigor a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, revogando aqueles institutos, os quais previam a incapacidade jurídica de qualquer pessoa que sofresse de anomalia psíquica, surdez mudez ou cegueira e, por isso, se mostrasse incapaz de governar a sua pessoa e bens<sup>1153</sup>, assim como daqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes, se mostrassem incapazes de reger o seu património<sup>1154</sup>.

Com a criação deste regime, pese embora mais flexível e menos estigmatizante<sup>1155</sup>, o legislador deixou algumas questões por responder, pelo que surgiram lacunas legislativas, às quais urge dar solução.

A presente dissertação propõe-se dar resposta à questão que se nos afigura como a mais significativa nesta matéria: nos termos do art. 154.º do Código Civil (CC), saber quem tem legitimidade para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo maior acompanhado, e qual o prazo de que dispõe para esse efeito.

A relevância desta questão é inegável, na medida em que parece resultar da aplicação das normas gerais que o prazo para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado seria, no limite, toda a sua vida acrescida de um ano.

Ora, esta interpretação – que adiante melhor se explicará –, para além de conferir uma instabilidade inaceitável aos negócios jurídicos celebrados pelo acompanhado, contraria em absoluto o regime geral da anulabilidade, que se distingue da nulidade também na medida em que, não sendo invocável a todo o tempo, pretende conferir alguma segurança aos negócios jurídicos que padecem desta forma de invalidade, protegendo os terceiros contraentes e a estabilidade do tráfico jurídico.

Tal como esta, também outras soluções apresentam fragilidades, pelo que é premente a resposta a esta questão, que deverá sempre passar por uma leitura das normas gerais do regime da anulabilidade, em conjugação com o novo paradigma legal que rege as incapacidades dos maiores de idade.

---

<sup>1152</sup> Dunem, F. v., 2020.

<sup>1153</sup> Art. 138.º do Código Civil, antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

<sup>1154</sup> Art. 152.º do Código Civil, antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

<sup>1155</sup> “A iniciativa legislativa e os fundamentos enunciados representam um progresso assinalável neste domínio, rompendo com o modelo vigente, manifestamente desadequado, dada a rigidez da dicotomia, o carácter estigmatizante das designações e da publicitação associada ao processo” – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2018.

Assim, importa, antes de mais, fazer uma breve contextualização do novo regime jurídico do maior acompanhado, seguida de um estudo sobre o regime geral da anulabilidade, para, finalmente, analisar as várias alternativas de preenchimento desta lacuna legislativa, optando por aquela que se afigure mais adequada.

## **1. Breve contextualização do novo regime jurídico do maior acompanhado**

Os anteriores regimes da interdição e da inabilitação, que regulavam as incapacidades dos maiores de idade, foram revogados e substituídos pelo novo regime do maior acompanhado, que entrou em vigor a 11 de fevereiro de 2019, através da Lei n.º 49/2018.

Dando consagração àquilo que já há muito vinha sendo reclamado pela doutrina, e essencialmente inspirado pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>1156</sup>, que prevê a igualdade jurídica de todas as pessoas, proibindo a discriminação com base na deficiência<sup>1157/1158</sup>, este novo regime teve como principal objetivo minorar o efeito estigmatizador associado àquelas incapacidades, partindo de uma nova premissa: *proteger sem incapacitar*<sup>1159</sup>. Assim, juntando-se às novas tendências, europeia e mundial, o legislador português perfilou-se ao lado das ordens jurídicas que aderiram à doutrina da alternativa menos restritiva<sup>1160</sup>, consagrando que a todos é garantido o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, apenas conferindo, quando se justifique, o auxílio necessário à sua salvaguarda.

Com efeito, o art. 138.º do CC passou a prever que

o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.

---

<sup>1156</sup> Convenção das Nações Unidas, de 30 de março de 2007, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio de 2009, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho.

<sup>1157</sup> Art. 2.º da Convenção: “Discriminação com base na deficiência” designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis”.

<sup>1158</sup> Também o art. 71.º da Constituição da República Portuguesa consagra, a este propósito, um direito especial de igualdade, enquanto direito negativo, na medida em que os cidadãos portadores de deficiência não podem ser privados da titularidade e do exercício dos seus direitos – Costa, 2019, p. 349.

<sup>1159</sup> Barbosa, 2019a, pp. 1454 e 1455.

<sup>1160</sup> Moreira, 2018, p. 228.

Introduziu o legislador, aqui, dois requisitos – um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O primeiro, como não podia deixar de ser, consubstancia-se na impossibilidade de aquele concreto sujeito se autodeterminar, exercendo livremente os seus direitos e cumprindo os seus deveres. O segundo, de ordem objetiva, reporta-se à razão pela qual existe essa impossibilidade, que deverá estar sempre ligada, por indicação expressa daquele preceito, a motivos de saúde, deficiência ou comportamentais.

A formulação deste artigo, repleta de conceitos indeterminados, confere uma grande margem de manobra ao julgador para cumprir as finalidades do regime em função das concretas necessidades de cada um.

Cumpre-nos, por isso, e antes de mais, expor o espírito orientador deste regime, traçando um raciocínio lógico desde as razões pelas quais este foi adotado, até aos princípios que o informam.

### 1.1. Espírito da reforma

O conceito de capacidade negocial de exercício reporta-se à idoneidade de adquirir direitos e assumir obrigações por ato próprio, exercendo direitos e cumprindo deveres<sup>1161</sup>. Se é esta a regra geral, o certo é que o legislador previu algumas exceções, entre as quais está a menoridade (art. 122.º e seguintes do CC).

É aqui que surge a principal novidade desta lei: enquanto, anteriormente, as interdições e inabilitações surgiam ao lado da menoridade como sendo incapacidades de exercício de direitos, a nova lei surge sob a bandeira de que todos os maiores de dezoito anos são capazes de exercer livremente os seus direitos, apenas sendo necessário dotar as pessoas, nos casos em que deles careçam, dos instrumentos necessários para a sua tutela<sup>1162</sup>.

As próprias designações que acompanham este novo regime são demonstrativas do espírito que o informa, abolindo por completo a conotação negativa associada à interdição e à inabilitação<sup>1163</sup>. Assim, “medida de acompanhamento” remete-nos imediatamente para uma ideia de ajuda e apoio ao acompanhado, e não de falta de capacidade deste último. O que antes era uma *sujeição*, agora trata-se de um *benefício* para o acompanhado<sup>1164</sup>.

---

<sup>1161</sup> Guedes, 1998, p. 297.

<sup>1162</sup> Barbosa, 2019a, p. 1455.

<sup>1163</sup> Sónia Moreira, apesar de admitir que esta nova terminologia é politicamente mais correta e simpática, critica esta solução, por entender que é difícil proteger alguém se não se assumir a necessidade dessa proteção, razão pela qual terá de se continuar a falar de “incapacidades”, ainda que não se trate, à partida, de uma incapacidade geral – Moreira, 2018, pp. 249 e 250.

<sup>1164</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.01.2020, relatado por Hígina Castelo, no proc. n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Esta mudança de paradigma, que reconhece de modo veemente a inadequação do anterior regime<sup>1165/1166</sup>, tem em vista a máxima manutenção da capacidade do indivíduo. Não olvida, porém, que nem sempre este tem capacidade cognitiva para querer-entender os atos que pratica, pelo que lhe deve ser vedada a prática daqueles que lhe sejam prejudiciais, na estrita medida do necessário<sup>1167</sup>. Em casos extremos – e só nesses –, esta medida poderá corresponder, claro está, à representação legal, ficando assim o sujeito praticamente impedido de atuar no tráfico jurídico por ato próprio.

Facilmente se compreenderá o espírito do legislador, se analisarmos os princípios que estiveram na génese da criação desta nova lei. São estes: a máxima preservação da capacidade, a necessidade e subsidiariedade, a proporcionalidade entre as medidas aplicadas e o grau de incapacidade, a flexibilidade da resposta judiciária e, finalmente, a qualificação dos representantes legais<sup>1168</sup>.

Com efeito, a previsão normativa destas incapacidades evoluiu no sentido de concretizar o respeito pela autonomia da pessoa, honrando a sua vontade e reconhecendo o portador de deficiência como uma pessoa igual às outras<sup>1169</sup>.

## **1. 2. Principais alterações**

Cuida-se de analisar, agora, as primordiais inovações introduzidas por este diploma. Por exemplo, a possibilidade de o próprio acompanhado designar o seu acompanhante (art. 143.º, n.º 1 do CC); o contrato de mandato com vista ao acompanhamento (art. 156.º do CC); o princípio da subsidiariedade<sup>1170</sup> (art. 140.º, n.º 2 do CC); o livre exercício dos direitos pessoais<sup>1171</sup> e dos negócios da vida corrente (art. 147.º do CC); a revisão periódica da situação de acompanhamento (art. 155.º do CC) e, sobretudo, a modelação da medida de acompanhamento às necessidades particulares do sujeito que dela careça (art. 145.º, n.ºs 1 e 2 do CC).

---

<sup>1165</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.06.2019, relatado por Isaías Pádua, no proc. n.º 7779/18.1T8CBR.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1166</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10.12.2019, relatado por Maria João Areias, no proc. n.º 577/184T8CTB.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1167</sup> Guedes & Rosas, p. 2.

<sup>1168</sup> Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (2015), “Projeto de Proposta de Lei que visa alterar os artigos 138.º a 156.º, 1601.º, 1850.º, 1913.º e 2189.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966”.

<sup>1169</sup> Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2018, p. 7.

<sup>1170</sup> As medidas de acompanhamento apenas são aplicadas quando as suas finalidades não sejam atingidas através dos deveres gerais de cooperação e de assistência. Assim, “mesmo que se encontrem preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo de uma medida de acompanhamento, pode não se justificar, no caso concreto, a sua aplicação” – Costa, 2019, p. 189.

<sup>1171</sup> “Só excecionalmente, com fundamentação relevante, ponderado o supremo interesse do acompanhado, lhe poderá ser coartado pelo tribunal o direito de exercer direitos pessoais. Até porque, para muitos direitos pessoais, nomeadamente para os listados no n.º 2 do art. 147, o seu mau uso ou exercício pelo acompanhado está acautelado por outros mecanismos: para casar, constituir união de facto ou procriar é necessária a convergência de vontade alheia; para adotar é necessário uma decisão de autoridade, que aferirá das condições do adotante para educar e sustentar o adotando; os cuidados aos filhos são sindicáveis através de vários procedimentos” – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7, *op. cit.*

Ora, sendo o acompanhamento o reflexo da situação concreta de cada pessoa, foi abolido o elenco taxativo de fundamentos que davam origem à incapacidade<sup>1172</sup>. Pelo contrário, o legislador optou pela adoção de conceitos indeterminados, que devem ser preenchidos caso a caso pelo julgador.

No preenchimento de tais conceitos, e uma vez que o acompanhamento pode, agora, ser requerido pelo próprio acompanhado, é conferida uma maior flexibilidade no exercício dos poderes jurisdicionais – quando a aplicação destas medidas é requerida pelo maior, o juiz pode ser menos restritivo na verificação dos requisitos para a sua aplicação, ao passo que, não o sendo, se exige uma maior rigidez neste exame<sup>1173</sup>.

Ademais, incluem-se, agora, nestes conceitos indeterminados, situações que antes não eram abrangidas pelo regime das interdições e inabilitações, e que também careciam, por vezes, de apoio no foro do exercício de direitos, como sejam os casos em que a pessoa vai perdendo capacidades em razão da idade<sup>1174</sup>.

Aquilo de que a lei não abdica, no entanto, é do carácter subsidiário destas medidas. Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa,

o regime só não contrariaria princípios fundamentais do ordenamento jurídico se, sendo estabelecido em nome da proteção do próprio incapaz, se restringisse às hipóteses em que fosse imprescindível ter alguém a atuar ao lado ou em vez do maior<sup>1175</sup>.

Uma vez concluído que é necessária a aplicação de medidas de acompanhamento a um determinado sujeito, o juiz não está limitado àquela que tenha sido pedida na ação de acompanhamento, podendo escolher de entre uma panóplia de medidas a que melhor se adegue ao caso concreto. São estas: o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial – em que, ao contrário da primeira, o acompanhante apenas substituirá o acompanhado nos atos especificados na sentença –; a administração total ou parcial de bens; a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; e outro tipo de intervenções que o julgador considere justificadas para a proteção do acompanhado<sup>1176</sup>.

Esta última possibilidade – e, de resto, todas as outras – é demonstrativa da flexibilidade patente neste novo regime, que permite que o Tribunal adapte a sentença

---

<sup>1172</sup> “Confrontando os traços essenciais do regime jurídico do maior acompanhado com os institutos da interdição e da inabilitação por aquele eliminados, facilmente se constata que houve um alargamento dos fundamentos do acompanhamento de maiores, ainda que se denote, em simultâneo, uma menor rigidez do conteúdo desse mesmo acompanhamento. (...) no novo regime do maior acompanhado observa-se que o legislador parece ter optado por uma formulação algo ampla quanto aos requisitos da medida de acompanhamento” – cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16.01.2020, relatado por Paulo Reis, no proc. n.º 4046/17.1T8GMR.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1173</sup> Barbosa, 2019b, p. 59.

<sup>1174</sup> Moreira, 2018, p. 229.

<sup>1175</sup> Barbosa, 2019b, p. 1459.

<sup>1176</sup> Moreira, 2018, pp. 236 e 237.

ao sujeito em questão, optando por uma ou várias medidas, típicas ou atípicas. A concreta medida pode consubstanciar-se, assim, em diversos regimes jurídicos, visando sempre suprir as necessidades específicas de cada acompanhado.

Mas concentremo-nos, agora, no que aqui releva essencialmente.

À semelhança do regime anterior, os atos praticados pelo acompanhado que caíam fora do conjunto de atos que podem ser praticados livremente por si, são anuláveis. A este propósito, o art. 154.º, n.º 1, do CC, consagra que:

Os atos praticados pelo maior acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar são anuláveis:

(a) quando posteriores ao registo de acompanhamento; (b) quando praticados depois de anunciado o início do processo, mas apenas após a decisão final e caso se mostrem prejudiciais ao acompanhado.

Não se poderá, no entanto, ler esta norma de forma isolada, devendo ser conjugada com o art. 145.º, n.º 2, do CC, que prevê os regimes que podem, isoladamente ou em conjunto, ser aplicados ao acompanhante, e que já se descreveram *supra*. Ora, a anulabilidade prevista no art. 154.º, n.º 1, do CC está circunscrita aos concretos atos que, à luz da sentença, tenham de ser praticados pelo acompanhante, pois que os restantes, que o acompanhado possa praticar sozinho, manter-se-ão plenamente válidos.

Esta previsão normativa levanta, no entanto, um conjunto de questões. Entre elas, ficou por definir o momento a que nos devemos reportar para aferir da prejudicialidade dos atos praticados pelo maior – sendo, no entanto, pacífico na doutrina que esta se deve aferir por referência ao momento da prática do ato, e não a um momento posterior, sob pena de o acompanhado beneficiar de um estatuto especial em que não corre o risco naturalmente subjacente aos negócios jurídicos em geral –, bem como quem tem legitimidade para arguir a anulabilidade e de que prazo dispõe para o fazer – pois que, se é certo que o n.º 2 do mesmo preceito nos informa que o prazo começa a correr a partir do registo da sentença, nada nos esclarece quanto à duração deste prazo.

A doutrina debate-se sobre esta questão, levantando numerosas possibilidades de resposta, sem que nenhuma pareça satisfazer na totalidade o espírito informador deste regime jurídico. Importa, então, tentar responder a estas questões.

## 2. A anulabilidade – regime geral<sup>1177</sup>

O nosso ordenamento jurídico estabelece, para a prática de negócios jurídicos, certos requisitos essenciais, sem os quais aquele negócio será inválido e, por isso, não apto a produzir os seus efeitos. Dependendo da gravidade ou da essencialidade do requisito em falta, será este negócio cominado com o vício da nulidade ou, em alternativa, da anulabilidade.

Os arts. 286.º a 293.º do CC estabelecem, assim, os regimes gerais da nulidade e da anulabilidade. Significa isto que, salvo regra especial, e quando um qualquer ato seja nulo ou anulável, aplicar-se-ão estes regimes<sup>1178</sup>.

O negócio inválido é, antes de tudo, um negócio *geneticamente viciado*<sup>1179/1180</sup>. Quer isto dizer que, desde a sua formação, o negócio enferma de um vício, de uma desconformidade com a concreta realidade exigida pela ordem jurídica para aquele ato. Tanto a nulidade como a anulabilidade são formas de invalidade<sup>1181/1182</sup> dos negócios jurídicos, uma vez que, por qualquer motivo legal, não produzem todos os efeitos que tenderiam a produzir segundo o conteúdo das declarações de vontade que os integram<sup>1183</sup>. Não obstante, não é indiferente optar, arbitrariamente, pela nulidade ou pela anulabilidade de um certo ato, pois que estes regimes têm, cada um deles, a sua razão de ser.

Ora, ao contrário da nulidade, criada com o objetivo principal da salvaguarda do interesse público<sup>1184</sup>, a anulabilidade visa essencialmente a tutela do interesse particular de certas pessoas<sup>1185</sup>. Isto é, em princípio, serão feridos com a nulidade aqueles negócios que padeçam de um vício mais gravoso, porventura lesivos de toda a comunidade, enquanto a anulabilidade está reservada para casos em que importa proteger interesses privados.

Com efeito, atente-se ao modo como estes dois regimes se manifestam no negócio viciado: ao passo que a nulidade fere, *ad initio*, o negócio, não permitindo que este produza os efeitos pretendidos pelas partes, a anulabilidade permite a produção de

---

<sup>1177</sup> Note-se que, em todo este capítulo, reportar-nos-emos à anulabilidade típica, sem prejuízo de, em situações especiais, as regras poderem ser diferentes – “o carácter atípico pode referir-se aos legitimados, aos prazos, às vias para sanar ou minorar as consequências da invalidade ocorrida e, ainda, às próprias consequências” – Horster & Silva, 2019, p. 573.

<sup>1178</sup> Carvalho, 2019, p. 383.

<sup>1179</sup> Alarcão, 1997, p. 52.

<sup>1180</sup> Horster & Silva, 2019, p. 571.

<sup>1181</sup> Manuel de Andrade fala, a este propósito, de *ineficácia em sentido amplo* – aquele negócio não vai produzir os efeitos que tenderia a produzir se estivessem verificados todos os requisitos de que depende a sua validade.

<sup>1182</sup> “A inclusão da invalidade numa eficácia em sentido amplo corresponde à tradição de Windscheid e parece, em si, bastante clara: assenta na ideia global da não-produção cabal de efeitos” – Cordeiro, 2017, p. 919.

<sup>1183</sup> Andrade, 1983, p. 411.

<sup>1184</sup> Menezes Cordeiro ressalva, aqui, as nulidades formais, em que não há valores substantivos em jogo – Cordeiro, 2017, p. 921.

<sup>1185</sup> Andrade, 1983, p. 416.

efeitos, ainda que provisória e condicionada pelo eventual exercício do direito de anulação.

Isto mesmo justifica que, no silêncio da lei, a anulabilidade apenas possa ser invocada pelas pessoas em cujo interesse é estabelecida<sup>1186/1187</sup>, sendo indispensável um ato de vontade desses sujeitos para que o negócio seja efetivamente anulado.

Recorrendo às palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, compreender-se-á o epicentro deste preceito<sup>1188</sup>:

em casos como estes o Direito não tem a certeza de que o negócio seja desvalioso mas receia que o seja, e adopta uma atitude cautelosa. Sem impor a invalidade<sup>1189</sup>, concede à vítima ou à pessoa que considera especialmente em perigo e carecida de protecção a possibilidade de se livrar do negócio, se assim o desejar<sup>1190</sup>.

Vejamos, então, as principais diferenças destes dois regimes<sup>1191</sup>.

Desde logo, a nulidade é invocável por qualquer interessado, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal (*vide* art. 286.º do CC), ao passo que a anulabilidade, como já aqui se referiu, apenas pode ser invocada pelas pessoas em cujo interesse a lei a estabelece. A interpretação da lei, neste âmbito, ganha uma dimensão inegável, na medida em que só empregando critérios de razoabilidade será possível discernir, em cada caso, quem são “as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece [a anulabilidade]” e que, por isso, terão legitimidade para a arguir. Parece-nos linear, aqui, que esta anulabilidade se estabelece no interesse do acompanhante e que, por isso, em princípio, seria esta a pessoa com legitimidade para a arguir. No entanto, como adiante melhor se explicitará, a questão de saber quem tem esta legitimidade não é tão simples assim.

Outro ponto fulcral deste regime, bastante relevante para a análise que nos propomos fazer, é o do decurso do tempo. Com efeito, ao passo que a nulidade é invocável

---

<sup>1186</sup> “Ao contrário da nulidade, a anulabilidade não traduz uma falha estrutural do negócio. Ela apenas nos diz que o interesse duma determinada pessoa não foi suficientemente atendido, aquando da celebração do negócio. E assim, a lei concede a esse interessado o direito potestativo de impugnar o negócio” – Cordeiro, 2017, p. 924.

<sup>1187</sup> Carvalho Fernandes chama a atenção para o carácter restritivo deste regime em relação ao da nulidade, uma vez que da panóplia de eventuais interessados em anular o negócio, apenas aqueles em cujo interesse a lei estabeleceu a anulabilidade têm legitimidade para tanto. “O regime geral do art. 287.º, n.º 1, impõe, assim, que em relação a cada vício gerador da anulabilidade se indague no interesse de que parte no negócio o legislador estabelece a anulabilidade. Essa pessoa é quem a pode arguir”. Importa acrescentar, porém, que nem sempre o direito de anular é atribuído a uma das partes do negócio; se a anulabilidade foi estabelecida no interesse de terceiro será este que a poderá arguir, como acontece, por exemplo, no caso da venda a filhos ou a netos (art. 877.º CC), em que a anulidade pode ser arguida apenas pelos filhos ou netos que não consentiram na mesma.

<sup>1188</sup> Art. 287.º, n.º 1, do CC.

<sup>1189</sup> Em bom rigor, o que a lei não impõe é o exercício do direito de anulação, pois que a mera anulabilidade já é, por si só, uma forma de invalidade imposta por lei.

<sup>1190</sup> Vasconcelos, 2015, p. 648.

<sup>1191</sup> Sobre esta matéria, *vide* Fernandes, 2009, pp. 496-499.

a todo o tempo, a possibilidade de arguir a anulabilidade extingue-se, no silêncio da lei, decorrido 1 (um) ano a contar da cessação do vício (art. 287.º, n.º 1, do CC). Este limite temporal imposto pelo legislador é, por si só, demonstrativo de que não foi sua intenção ferir *ad aeternum* estes negócios de invalidade, mas sim proteger a segurança jurídica em geral, impedindo que aqueles negócios fiquem para sempre pendentes da decisão da pessoa com legitimidade para exercer o direito da propositura da ação de anulação.

Assim sendo, os efeitos do negócio anulável consolidam-se desde que a sua validade não seja questionada dentro do prazo legal. *A contrario*, uma vez invocado este vício, a eficácia deixa de ter lugar, retroativamente, pelo que tudo se passará como se aquele ato nunca tivesse produzido efeitos. Fala-se, portanto, de uma *eficácia provisória*, pois que o negócio produzirá os seus efeitos até ao momento em que seja suscitada a sua invalidade – que pode, inclusive, não vir a acontecer<sup>1192</sup>.

Após a análise destes requisitos, podemos concluir que, ao contrário da nulidade (que, desde logo, impede a produção de efeitos daquele negócio jurídico), para que um determinado negócio seja anulado, e os seus efeitos destruídos, é preciso que haja uma anulação provocada – em tempo útil –, dependente de uma decisão judicial ou extrajudicial nesse sentido<sup>1193</sup>. Caso contrário, os efeitos produzir-se-ão como se de nenhum vício padecesse o negócio<sup>1194</sup>.

Mas as diferenças entre os dois regimes não se quedam por aqui. A anulabilidade é, em princípio, sanável, quer por confirmação<sup>1195</sup>, quer pelo decurso do tempo. O que, mais uma vez, é indicativo da importância do presente tema – exige-se, aqui, que haja um prazo para a arguição. Uma vez decorrido este lapso temporal, caduca o direito à anulação e consolida-se o negócio.

Se, pelo contrário, for exercido o direito de anulação, e depois de obtida decisão judicial nesse sentido, resta-nos saber quais as suas consequências. Informa-nos o art. 289.º, n.º 1, do CC que, uma vez anulado o negócio, se exclui a produção dos seus efeitos retroativamente, pelo que deverá ser restituído tudo o que já haja sido prestado. Não sendo possível a restituição em espécie, haverá lugar à restituição do valor correspondente.

Tudo se passará, depois de anulado, como se aquele negócio nunca tivesse existido, ou como se enfermasse do vício da nulidade – não produzirá quaisquer efeitos<sup>1196</sup>.

---

<sup>1192</sup> Alarcão, 1997, p. 55.

<sup>1193</sup> Na falta de acordo entre as partes, aquele que se queira fazer valer da anulação do negócio terá de obter decisão judicial que a decreta.

<sup>1194</sup> Pinto, 2012, p. 621.

<sup>1195</sup> Negócio unilateral pelo qual a pessoa com legitimidade para arguir a anulabilidade declara aprovar o negócio visado. Esta regra conhece algumas exceções, que não abordaremos por não caber no âmbito do presente estudo; art. 288.º do CC.

<sup>1196</sup> Alarcão, 1997, p. 75.

Em princípio, estas formas de invalidade – nulidade e anulabilidade – são oponíveis a terceiros, com a exceção de alguns casos em que a lei, tendo em vista a proteção de terceiros de boa-fé, expressamente salvaguardou essa hipótese<sup>1197</sup>.

Destarte, e depois desta breve apresentação do já exaustivamente explorado regime geral da anulabilidade dos negócios jurídicos, podemos concluir que o principal objetivo do legislador, ao distingui-lo da nulidade, foi o de impedir que causem instabilidade no comércio jurídico, o que sempre aconteceria se o seu vício pudesse ser invocado *ad aeternum*.

### **3. Regime jurídico dos atos praticados pelo maior acompanhado**

Enunciado o regime geral da anulabilidade, cumpre-nos agora orientar o presente estudo para os atos do acompanhado suscetíveis de serem anulados, à luz do art. 154.º do CC.

Antes de mais, para podermos enquadrar corretamente a questão, importa saber quais os atos dos maiores acompanhados que padecem deste vício e de que forma a anulabilidade se repercute nos negócios celebrados por aquele.

Associada ao conceito de “acompanhamento” surge a ideia de que todos aqueles que dele careçam são sujeitos mais débeis, que necessitam de ser protegidos<sup>1198</sup>. Isto, aliado ao princípio da tutela do mais fraco na relação contratual, justifica que se preveja a possibilidade de invalidar tais atos.

Acontece que, e como já se disse anteriormente, nem todos os atos praticados por um indivíduo sujeito a uma medida de acompanhamento são, por si só, anuláveis. O art. 154.º, n.º 1, do CC, que prevê essa anulabilidade, terá de ser conjugado com o art. 145.º, n.º 2, do CC, que estabelece quais os regimes potencialmente aplicáveis a um caso de acompanhamento de maiores. Assim, apenas serão anuláveis os atos que a sentença preveja que, para serem praticados, carecem da intervenção do acompanhante, em contraposição com aqueles que o acompanhado pode praticar livremente, e que serão válidos.

Relativamente a estes atos previstos na sentença que decreta a medida de acompanhamento, a lei distingue três momentos<sup>1199</sup>: os atos praticados após o registo da sentença, que serão, sem mais, anuláveis; aqueles que são praticados depois do anúncio

---

<sup>1197</sup> Pinto, 2012, pp. 626 e 627.

<sup>1198</sup> Cordeiro, 2019, p. 564.

<sup>1199</sup> Heinrich Ewald Horster e Eva Sónia Moreira da Silva distinguem mais dois momentos: aquele que corre depois do início do processo, mas ainda antes de ele ter sido anunciado, e o correspondente à fase depois da decisão final, mas ainda antes do registo da mesma. A final, acabam por agrupá-los em três fases, à semelhança da maioria dos autores: uma primeira, em que ainda não foi dado qualquer passo com vista ao acompanhamento; uma segunda, desde o início do processo até ao registo da decisão final; e uma terceira, depois da decisão final, e tendo em conta a medida do acompanhamento – Horster & Silva, 2019, p. 384.

do início do processo, mas antes da sentença que decreta a medida de acompanhamento – que apenas serão anuláveis se o acompanhamento, a final, vier a ser decretado, e caso se demonstrem prejudiciais<sup>1200/1201</sup> para aquele sujeito – e, finalmente, os atos praticados antes de sequer ser anunciado o processo com vista ao acompanhamento. Quanto a estes últimos, a única hipótese de serem anulados será através do regime da incapacidade acidental<sup>1202</sup>.

Neste concreto ponto, é preciso ter em consideração que a lei não obriga ao anúncio do início do processo<sup>1203</sup>. Deixa, sim, esta decisão a cargo do tribunal, que limitará a publicidade do processo ao estritamente necessário para defender os interesses em jogo<sup>1204/1205</sup>. Nestes casos, desaparecerá o segundo momento a que nos reportámos – atos praticados depois do anúncio do início do processo, mas antes da sentença que decreta a medida de acompanhamento –, e tudo se passará como se aquele processo não se tivesse ainda iniciado. Parece-nos, aqui, que em situações em que a medida venha efetivamente a ser decretada *a posteriori*, poderá o acompanhado ficar prejudicado pela impossibilidade de anular aqueles atos<sup>1206</sup>, pelo menos de uma forma mais simples e célere, que não o recurso ao regime da incapacidade acidental.

Numa primeira aproximação, parecerá linear que os atos serão anuláveis quando em contradição com a medida decretada na sentença de acompanhamento<sup>1207</sup>, mas uma análise um pouco mais aprofundada da matéria permite-nos concluir que a resposta a esta questão não será tão simples. Vejamos, então, vários exemplos.

Suponhamos que o Tribunal, depois de ouvido o visado e de ponderada toda a situação fática, conclui que a medida de acompanhamento mais adequada é a da representação legal<sup>1208</sup> geral. À partida, não tendo capacidade de querer entender os atos

---

<sup>1200</sup> “O requisito do prejuízo deve reportar-se ao momento da prática do ato e não ao momento da decisão” – Monteiro, 2018, p. 83.

<sup>1201</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, a este propósito, esclarece que os negócios gratuitos devem ser sempre considerados prejudiciais.

<sup>1202</sup> Art. 257.º do CC: “1. A declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório. 2. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”.

<sup>1203</sup> Entendeu-se que a obrigatoriedade da publicidade no regime da interdição e da inabilitação era prejudicial ao visado, devido ao carácter estigmatizante que era associado àqueles procedimentos - Cordeiro, 2019, p. 562.

<sup>1204</sup> Art. 153.º, n.º 1 do Código Civil.

<sup>1205</sup> Mafalda Miranda Barbosa, a este propósito, entende que tem de haver sempre uma qualquer publicidade, mesmo que seja mínima – Barbosa, 2018, p. 70.

<sup>1206</sup> “Se, por um lado, alguma discrição quanto à publicidade a dar ao processo pode contribuir para que se proteja a pessoa do futuro beneficiário, ela pode, por outro lado, gerar-lhe prejuízos patrimoniais se ele praticar actos que depois já não se possam anular por não ter existido a publicidade do início do processo” – Horster & Silva, 2019, p. 387.

<sup>1207</sup> Anotação ao artigo 154.º do Código Civil, Anteprojeto de reforma, *in* “Da situação jurídica do maior acompanhado \* Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”.

<sup>1208</sup> Mota Pinto, a propósito da interdição e da inabilitação: “Os poderes de representação podem ser (...) concedidos pela lei a representantes legais (pais, tutor, administrador de bens e, em certas hipóteses, o curador). Na representação legal (menores, inabilitados, interditos) não se nos depara, igualmente, qualquer contradição com a autonomia privada. (...) A inexistência de possibilidades reais de autonomia é que



por si praticados, e carecendo de representação legal para atuar no tráfico jurídico, os atos praticados por este acompanhado seriam, em princípio, anuláveis.

Não se desconsidere, no entanto, que o art. 127.º do Código Civil prescreve uma série de atos que podem ser praticados pelo menor. Ora, será que podemos impor a este representado uma capacidade de exercício inferior àquela de que dispunha quando era menor? O certo é que as medidas de acompanhamento apenas podem ser decretadas na maioria, pelo que o legislador parte do princípio – lógico – de que, até esse momento, aquele sujeito estava protegido pelo regime da menoridade, o qual permite a prática daqueles atos. Assim, outra resposta não se nos afigura possível, senão a de entendermos que, mesmo estando sujeito a uma representação legal, o maior poderá praticar aqueles atos que, à luz do já aludido art. 127.º do CC, podia praticar enquanto menor<sup>1209/1210</sup>. Como sublinha Pinto Monteiro, “o acompanhamento destina-se a maiores – pois os menores estão protegidos pela sua incapacidade”<sup>1211</sup>.

Mais ainda, atente-se no disposto no art. 147.º do CC, que prevê que o acompanhado pode exercer livremente os seus direitos pessoais e celebrar negócios da vida corrente. No seu n.º 2, podemos encontrar um elenco exemplificativo de direitos eminentemente pessoais. Quanto a estes, apenas serão anuláveis quando sejam vedados pela concreta medida de acompanhamento decretada, que tem de prever expressamente essa limitação<sup>1212/1213/1214</sup>. Nas palavras de Heinrich Ewald Horster e de Eva Sónia Moreira da Silva, “[f]ora estas situações, o acompanhado, como qualquer outro maior, é capaz e livre para celebrar os negócios em causa”<sup>1215</sup>.

Acontece que a panóplia de medidas que podem ser decretadas na sentença de acompanhamento não se queda por aqui. Muito pelo contrário. Poderão ser decretadas

---

provocou a instituição de um representante legal e não a inversa. O ordenamento jurídico fornece um sucedâneo – através do representante legal – da capacidade de exercício de direitos, inexistente no caso dos menores, dos interditos e dos inabilitados” – Pinto, 2012, pp. 539 e 540.

<sup>1209</sup> Guedes & Rosas, *op. cit.*, p. 3

<sup>1210</sup> Já Menezes Cordeiro, a propósito das interdições, entendia não fazer sentido colocar os interditos numa posição jurídica mais restritiva do que a dos menores – “Dependendo do concreto estado do interdito, não havia razão para não o admitir a celebrar negócios da vida corrente, que estejam ao seu alcance. Esclareça-se ainda, que as ‘exceções’ do art. 127.º são de tal monta que o menor, dependendo naturalmente do seu desenvolvimento, pode praticar quase todos os atos próprios do dia-a-dia (...) Pela mesma ordem de ideias, devia entender-se que a anulabilidade dos atos do interdito equivale à ‘anulabilidade especial’ dos menores” – Cordeiro, 2019, p. 540.

<sup>1211</sup> Monteiro, 2019, p. 81.

<sup>1212</sup> Monteiro, 2019, p. 36.

<sup>1213</sup> A própria jurisprudência reconhece que mesmo que seja determinada a representação legal, em regra, o acompanhado mantém a capacidade de celebrar negócios da vida corrente e de exercer direitos pessoais – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2019, relatado por Jorge Leal, no proc. n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2.

<sup>1214</sup> Atente-se no disposto nos artigos 1601.º, 1850.º e 2189.º do CC, que preveem a anulabilidade do casamento, da perfilhação e do testamento – Mafalda Miranda Barbosa entende que se trata, aqui, de incapacidade de gozo, e não de incapacidade de exercício, pois que aqueles direitos, eminentemente pessoais, não podem ser exercidos por outra pessoa que não o titular do direito, nem por este com autorização de um terceiro. Não havendo forma de suprir aquela incapacidade, o acompanhado, embora disponha daquele direito, não o pode gozar, se a sentença obstar à prática daquele ato – Barbosa, 2019, p. 67.

<sup>1215</sup> Horster & Silva, 2019, pp. 381 e 382.

medidas de acompanhamento que visem os mais variados tipos de atos, desde que adaptadas ao caso concreto daquele sujeito.

Assim, se a sentença previr que o acompanhado deverá consultar o acompanhante sempre que celebre um negócio que implique risco de investimento, e este não o faça, aquele negócio é anulável. Se, noutra hipótese, o acompanhado estiver vedado de praticar atos de disposição de bens, e o fizer sem o consentimento do acompanhante, aqueles atos serão igualmente anuláveis. Por outro lado, todos os atos que não caibam nesta categoria poderão ser, em princípio, livremente praticados pelo maior.

Não obstante, releva também esclarecer que nem todos os atos têm de estar expressamente previstos na sentença, pois que há certos impedimentos que decorrem diretamente da lei. A este propósito, informa-nos o art. 145.º, n.º 3 do CC<sup>1216/1217</sup> que “[o]s atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica”, transmitindo a ideia – salvo melhor entendimento – de que, qualquer que seja a medida de acompanhamento decretada, o maior não poderá praticar estes atos isoladamente. Também estes serão, pelo exposto, anuláveis.

Mafalda Miranda Barbosa não concorda, porém, com este entendimento, defendendo que se a sentença não exceciona a prática daqueles atos por parte do acompanhado, não haverá qualquer motivo para os sujeitar à autorização judicial prévia. Entende, sim, que este preceito foi criado para impedir abusos por parte do acompanhante, e não o suprimento de uma incapacidade do visado, que sempre seria suprida através da medida de acompanhamento decretada em sentença judicial<sup>1218</sup>.

Parece-nos, no entanto, que não é isto que decorre da interpretação declarativa<sup>1219</sup> daquela norma, mas sim que o legislador aderiu à ideia já há muito concebida de que os negócios que envolvam bens imóveis se revestem de uma maior importância e que, por essa razão, quanto a estes, se justifica uma maior proteção jurídica. Assim, a existência de uma qualquer medida de acompanhamento será bastante para que se exija uma autorização judicial e específica para um ato de disposição de um bem imóvel.

---

<sup>1216</sup> “A propósito do art. 145.º, n.º 3, CC uma observação complementar. O preceito só se refere a bens imóveis, mas não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros” – Sousa, 2019, p. 57.

<sup>1217</sup> Mafalda Miranda Barbosa, a propósito deste artigo, entende que só será necessária autorização judicial para os negócios que estejam contemplados na decisão judicial, e para os quais o maior não tenha plena capacidade de exercício.

<sup>1218</sup> Barbosa, 2019a, p. 1486.

<sup>1219</sup> Note-se, quanto a este concreto aspeto, que uma interpretação declarativa deve sempre prevalecer sobre uma interpretação restritiva, pois que só devemos afastar-nos do teor literal da norma quando tenhamos subsídios interpretativos que nos levem noutro sentido. Baptista Machado é claro ao afirmar que “Ainda pelo que se refere à letra (texto), esta exerce uma terceira função: a de dar um mais forte apoio àquela das interpretações possíveis que melhor condiga com o significado natural e correcto das expressões utilizadas. Com efeito, nos termos do art. 9.º, 3, o intérprete presumirá que o legislador ‘soube exprimir o seu pensamento em termos adequados’. Só quando razões ponderosas, baseadas noutros subsídios interpretativos, conduzem à conclusão de que não é o sentido mais natural e directo da letra que deve ser acolhido, deve o intérprete preterir-lo” – Machado, 2010, p. 189.

À semelhança dos já enunciados, outros tantos exemplos serão demonstrativos da importância do conteúdo da medida de acompanhamento neste âmbito – tudo aquilo que a contradiga, ou que contradiga a lei, mesmo que não seja uma representação legal ou uma assistência, é anulável.

E, sendo anulável, e caso esta anulabilidade seja arguida dentro do devido prazo legal – questão sobre a qual adiante nos debruçaremos –, os efeitos produzidos serão retroativamente destruídos. Durante aquele período de tempo, como já se disse, há uma fragilidade patente naquela relação jurídica, já que o negócio apenas produzirá efeitos provisórios<sup>1220</sup>.

Ora, ao ferir estes atos com o vício da anulabilidade – e não da nulidade –, o legislador teve em vista conferir uma mínima estabilidade jurídica àquela relação negocial estabelecida pelo acompanhado, pois que não estamos, aqui, perante um interesse público, mas sim perante um interesse privado do próprio sujeito do ato. Isto mesmo justifica que aquele vício só possa ser arguido pelas pessoas em cujo interesse a lei a estabelece – diga-se, em concreto, o acompanhado, o acompanhante e, por vezes, os sucessores do primeiro.

Não obstante, e embora o art. 288.º, n.º 2, do CC estabeleça que a confirmação compete às pessoas a quem pertença o direito de anulação, a verdade é que nem sempre, no caso concreto, estas competências poderão coincidir. Pense-se, por exemplo, no caso em que um ato – prejudicial – é praticado pelo acompanhado. Se é verdade que, em algumas situações, este poderá anulá-lo, não deixa de o ser que, pela mesma razão que o impede de praticar aquele ato, não pode o acompanhado confirmá-lo, sob pena de se consolidar um negócio prejudicial para si. A ser assim, se os próprios acompanhados pudessem confirmar os atos por si praticados, e para os quais não têm capacidade, ficava precluída a finalidade subjacente a todo este instituto da anulabilidade – a proteção do acompanhado.

Também é verdade que nem sempre os acompanhantes podem confirmar os atos praticados pelo acompanhado, pois que há certos atos que os representantes só podem praticar com o consentimento do tribunal – mais concretamente, do Ministério Público<sup>1221</sup>. Nestes casos, parece-nos que a solução mais adequada será a de considerar que só obtendo este consentimento para a confirmação é que esta poderá operar por parte do representante legal.

E voltamos à questão inicial, de saber qual o prazo em que esta ação de anulação pode ser intentada. A este propósito, a lei antiga remetia-nos para o instituto da menoridade, que prevê, para os representantes legais, o prazo de um ano a contar do

---

<sup>1220</sup> Vasconcelos, 2015, p. 647.

<sup>1221</sup> Art. 1889.º do CC e art. 2.º, n.º 1, als. a), b) e d) do DL n.º 227/2001, de 13 de outubro.

conhecimento do ato impugnado, e, para os menores, o prazo de um ano a contar do momento em que é atingida a maioridade e, consequentemente, cessada a incapacidade. Acontece que, com o novo espírito que informa este regime, o acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, pelo que nunca poderá ser equiparado a um menor<sup>1222</sup>, caindo por terra esta possível analogia.

E, como já se evidenciou e adiante melhor se explicitará, também o regime geral da anulabilidade, que prevê que a ação deverá ser intentada no prazo de um ano a contar da cessação do vício, não soluciona esta questão, pois que tal cessação poderá nunca vir a acontecer.

Vejamos então.

#### 4. Potenciais soluções a adotar

É assim que chegamos, finalmente, ao objeto central da presente dissertação - discernir quem tem legitimidade e qual o prazo de que dispõe para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, nos termos do art. 154.º do CC. A relevância desta questão é amplamente reconhecida por diversos autores<sup>1223/1224/1225/1226</sup>, pese embora nenhum deles logre alcançar uma resposta satisfatória.

---

<sup>1222</sup> Critica-se a consagração da competência do Ministério Público junto do tribunal de família e menores – “Uma vez que estamos perante incapacidade de pessoas maiores, não se vislumbra a razão pela qual a Proposta de Lei consagra a competência do Ministério Público junto do tribunal de família e menores. Acresce que é propósito manifesto da Convenção o afastamento do regime legal dos menores. A este propósito é de aplaudir a supressão da equiparação do incapaz maior ao menor prevista no atual artigo 139.º do CC” – Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *op. cit.*

<sup>1223</sup> “(...) o balanço da lei é francamente positivo. Claro que pode apontar-se-lhe alguma indeterminação em vários aspectos e até alguma insuficiência no tocante, por exemplo, ao regime da anulabilidade dos actos do acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar, ‘maxime’ quanto à legitimidade para pedir a anulação e quanto ao prazo para esse efeito. (...) É um bom desafio para o intérprete e a ele voltaremos mais tarde, com mais vagar” – Monteiro, 2018, pp. 37 e 38.

<sup>1224</sup> “O artigo 154.º/2 CC dispõe que “o prazo dentro do qual a acção de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença”. A referência é feita, obviamente, para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Contudo, nada mais é esclarecido pelo legislador no tocante a prazos para arguir a anulabilidade, por um lado, nem no tocante à legitimidade para o efeito, por outro lado. E, tratando-se de uma anulabilidade (contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade), não pode deixar de se enfrentar quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer” – Barbosa, 2019b, p. 70.

<sup>1225</sup> “O n.º 2 limita-se a dizer a partir de que momento o prazo começa a correr: a partir do registo da sentença. Mas a lei não concretiza o prazo. Assim ficamos sem saber se o prazo para a anulação dos actos celebrados durante o decurso da acção de acompanhamento será o prazo do regime regra do artigo 287.º, n.º 1, que é um ano após a cessação do vício, ou será o prazo de um ano após o acompanhante ter tomado conhecimento dos actos feitos pelo acompanhado, que seria ou corresponderia ao prazo estabelecido no artigo 125.º, n.º 1, alínea a), para os actos dos menores. A lei é perfeitamente omissa a este respeito. Há aqui uma lacuna” – Horster & Silva, 2019, pp. 388 e 389.

<sup>1226</sup> “(...) perguntamo-nos não só qual é o prazo para a anulação dos negócios celebrados durante o decurso da acção de acompanhamento, mas também qual é o prazo para a anulação dos actos praticados pelo maior acompanhado após o registo da sentença. O novo regime é perfeitamente omissa a este respeito. Tal faria com que tivéssemos de aplicar o regime-regra do art. 287.º. Contudo, esta solução não se adequa às necessidades de protecção do beneficiário, como vimos. Logo, cremos que deve afastar-se a regra geral, que não foi pensada para estes casos, e concluir-se pela existência de uma lacuna” – Moreira, 2019, pp. 244 e 245.

O certo é que, se o regime anterior expressamente salvaguardava esta questão, equiparando-a ao regime da menoridade, o mesmo não se poderá dizer quanto à lei nova, que deixa ao critério do intérprete – *maxime*, do tribunal – qual a solução a adotar.

Colocados perante este problema, e não sendo possível deduzir da letra da lei, pelo menos expressamente, qualquer solução a este respeito, apenas se vislumbram quatro possibilidades de resposta a esta questão: (i) a que resulta da aplicação do regime geral da anulabilidade, previsto no art. 287.º do CC; (ii) a que resulta da aplicação analógica do regime da menoridade, nos termos do art. 125.º do CC; (iii) a que resulta da solução prevista pelo anteriores regimes da interdição e inabilitação que, à semelhança da hipótese anterior, equiparava os incapazes aos menores.

Em alternativa, poderia ainda equacionar-se a (iv) elaboração de um novo regime, híbrido, que visasse acautelar as concretas arestas que apresenta cada um dos já enunciados, como seja considerar que o fundamento para a anulabilidade, nestes casos, é a falta de intervenção do acompanhante naquele concreto ato e não a incapacidade do acompanhado para o praticar.

Mafalda Miranda Barbosa aponta-nos para um critério interpretativo que releva em grande medida no presente estudo:

(...) a interpretação jurídica está longe de ser um exercício hermenêutico (...) Pelo contrário, e como já referimos, a tarefa deve ser encarada do ponto de vista normativo, olhando para a norma como um problema e confrontando-a com o problema que o caso concreto suscita, para saber se a solução que o legislador pensou se adequa ou não às exigências problemáticas que por este são comunicadas. Ora, é tendo isto em mente, que prescindimos da valoração de um qualquer elemento literal da norma para a encararmos na sua intencionalidade problemática<sup>1227</sup>.

Analisemos então, agora, cada uma destas possíveis soluções para o problema que se nos levanta com a entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, e se são estas compatíveis com o regime que acabámos de enunciar.

#### **4.1. Solução que resulta da aplicação do regime geral da anulabilidade**

Como decorre dos princípios gerais de Direito, na falta de uma norma especial que regule uma determinada matéria, aplicar-se-á a norma geral<sup>1228</sup>. Ora, no tocante à

---

<sup>1227</sup> Barbosa, 2019a, p. 1476.

<sup>1228</sup> Barbosa, 2019a, p. 1480.

anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, e não prevendo a lei qualquer regulamentação específica, a norma geral a aplicar seria o art. 287.º, n.º 1 do CC<sup>1229</sup>, que prevê que “[s]ó têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento”.

Em primeiro lugar, importa saber a que “vício” se refere este preceito, ou seja, o que é que serve de fundamento à anulabilidade destes atos. Ora, e talvez porque ainda nos encontramos muito ligados aos institutos anteriores, da incapacidade e da inabilitação, ao lermos esta norma legal somos imediatamente remetidos para uma resposta – o vício é a incapacidade daquele sujeito para a prática daquele concreto ato, pelo que, em princípio, o prazo de um ano para arguir a anulabilidade começa a correr a partir do momento em que cessa esta incapacidade. Mas será que devemos interpretar a norma nesta perspetiva, ou será que, à luz do espírito orientador deste novo regime, deverá ser entendida de outra maneira?

Esta norma levanta, ainda, a questão de saber quem são as pessoas em cujo interesse a Lei n.º 49/2018 estabeleceu a anulabilidade.

Relativamente aos atos praticados antes de ter sido iniciado qualquer processo com vista ao acompanhamento, como já se disse, aplicar-se-á o instituto da incapacidade accidental. E aplicar-se-á diretamente, pois que ainda não há qualquer fundamento para se recorrer ao regime do acompanhamento de maiores. Nestes casos<sup>1230</sup>, Heinrich Ewald Horster e Eva Sónia Moreira da Silva são firmes ao considerar que a legitimidade para arguir a anulabilidade cabe ao próprio sujeito que praticou o ato, nos termos gerais do art. 287.º, n.º 1 do CC, ou seja, dentro do ano subsequente à cessação da incapacidade accidental. Se, porventura, a sua incapacidade for permanente, este prazo nem sequer começa a correr, e a ação também não pode caducar, pelo que há que conferir legitimidade ao Ministério Público, “estatutariamente vocacionado para tutelar os incapazes e (...) [para] os representar em juízo”. Finalmente, também o acompanhante terá legitimidade para arguir esta anulabilidade, se e na medida em que venha a ser efetivamente decretada a necessidade de acompanhamento, uma vez que se considera que a partir daí cessou o vício que lhe servia de fundamento – a incapacidade daquele sujeito de praticar aquele concreto ato, que à data era accidental e passou a ser definitiva<sup>1231</sup>.

---

<sup>1229</sup> Rui Cardinal Carvalho defende esta posição, alegando que o silêncio do legislador permite ao intérprete aplicar o prazo regra da anulabilidade – Carvalho, Rui Cardinal, “Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto – Cria o regime jurídico do maior acompanhado e elimina os institutos da interdição e da inabilitação”, disponível em <http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=121>.

<sup>1230</sup> E só nestes, pois que quanto aos restantes – atos praticados na pendência do processo e depois de registada a medida de acompanhamento –, estes autores defendem a aplicação analógica do regime da menoridade, como adiante se explicitará.

<sup>1231</sup> Horster & Silva, 2019, pp. 386 e 387.

Também quanto aos atos praticados na pendência do processo, Sónia Moreira entende que o vício cessa quando seja proferida sentença que decrete a concreta medida de acompanhamento, pelo que a legitimidade seria do acompanhante, o qual teria o prazo de um ano para arguir a anulabilidade, a partir do registo da sentença. Tal situação poderia, no entanto, ser prejudicial ao acompanhado, na medida em que quando o acompanhante tomasse conhecimento da prática do ato, poderia já ter decorrido o prazo para o exercício daquele direito<sup>1232</sup>, ficando este precludido. Parece-nos, por isso, que este também não poderá ser o sentido interpretativo a dar àquela norma, já que o prazo não poderá começar a correr sem que o acompanhante tenha conhecimento de que existe, sequer, um ato que pode ser anulado. Caso contrário, a *ratio* subjacente à figura do acompanhante seria posta em causa.

Quanto aos atos praticados após o registo da sentença, em princípio, por maioria de razão, devemos considerar igualmente que esta legitimidade cabe ao acompanhado – já que a anulação dos atos praticados por si visa essencialmente evitar a sua prejudicialidade (“pessoas em cujo interesse a lei a estabelece”). No entanto, a entender que apenas este tem legitimidade para desencadear a ação de anulação, poder-se-ia estar a causar danos insanáveis: não só porque a cessação do vício – momento a partir do qual começa a correr o prazo para arguir a anulabilidade – pode nunca vir a acontecer, como também porque poderá haver interesse em anular aquele ato num momento anterior<sup>1233</sup>.

Assim, partindo do princípio que é intenção do legislador proteger o acompanhado, sempre deverá esta legitimidade ser estendida ao acompanhante<sup>1234</sup>.

Finalmente, também os sucessores do acompanhado possuirão legitimidade ativa<sup>1235</sup>. Caso aquele faleça antes de ser levantada a medida, terão o prazo de um ano, de que beneficiaria o *de cuius*. Se, pelo contrário, já tiver ocorrido o levantamento da medida aquando da sua morte, os sucessores apenas terão legitimidade se e na medida em que ainda não se tenha esgotado o prazo de que aquele beneficiava.

Acontece que, a aplicar este regime, pelo menos quanto aos atos praticados depois do registo da sentença, alcançar-se-ia um resultado totalmente incompatível com o espírito que o informa – ao invés do grau mínimo de estabilidade que se pretende conferir aos atos anuláveis, o acompanhante teria um ano a contar do conhecimento do ato para arguir a sua anulação, ao que acresceria o prazo de um ano a contar da cessação do vício, ou seja, do levantamento da medida de acompanhamento de que disporia o

---

<sup>1232</sup> Moreira, 2019, p. 244.

<sup>1233</sup> *Idem*, p. 1481.

<sup>1234</sup> “Não está aqui em causa um alargamento da legitimidade ativa, mas a consideração de que o acompanhante age, nos casos em que tem poderes de representação, como se fosse o próprio acompanhado, e orienta-o, sempre que tenha poderes de assistência” – *Idem*, p. 1480.

<sup>1235</sup> Já que, por força do art. 2024.º do código Civil são chamados à titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido.

acompanhado, considerando que o vício em causa é a sua incapacidade. A este prazo – que, por si só, já seria, no limite, a vida toda do anterior incapaz –, ainda seria somado um ano a contar da morte do visado, de que os seus sucessores poderiam dispor, caso a medida ainda não tivesse sido levantada à data da sua morte.

Muito pelo contrário, a fim de conferir um certo nível de segurança jurídica a estes atos, estabeleceu o legislador, nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, “prazos relativamente curtos, esgotados os quais o vício se sana”<sup>1236</sup>.

Mais ainda. A ser assim, haveria um lapso temporal – entre o momento em que se esgota o prazo do acompanhante, e aquele em que a medida é levantada e, por isso, começa a correr o prazo do acompanhado –, que podia ser de dias, meses, ou anos, em que o ato nem é anulável, porque ninguém tem legitimidade para invocar a sua anulabilidade, nem é totalmente válido, porque sempre começará a decorrer um novo prazo para arguir a anulabilidade, por parte do acompanhado ou dos seus sucessores. A eficácia do ato mantém-se, nestes termos, *eternamente* provisória, dependente de uma eventual ação de anulação, cujo prazo ainda não começou a correr.

Pelo exposto, considera-se que a solução que resultaria da aplicação deste preceito não cumpre as finalidades normativas e éticas do regime geral da anulabilidade, já que deixa em suspenso todo o tráfico jurídico à espera da decisão das pessoas com legitimidade para exercer o direito de anulação. Ora, sendo uma destas pessoas o próprio acompanhado, e só podendo este exercer aquele direito quando o vício seja levantado, a espera por uma decisão torna-se excessivamente onerosa para a outra parte contratual. A consolidação do negócio fica, assim, pendente por tempo indeterminado, e dependente de uma decisão para a qual o prazo ainda nem sequer começou a correr – e não se sabe quando começará.

Tal situação levaria a que ninguém quisesse contratar com um indivíduo (futuramente) sujeito a estas medidas, sendo que mesmo este conhecimento da contraparte estaria subordinado à publicidade conferida ao processo, caso a decisão ainda não estivesse registada.

Assim, outra não poderá ser a conclusão, senão a de que é esta solução, como já se disse, totalmente incompatível, não só com o espírito que informa o regime da anulabilidade que, ao contrário da nulidade, não poderá ser invocada *ad aeternum*, como também com o espírito desta reforma legislativa, que parte do pressuposto de que o acompanhado é um sujeito capaz de exercer os seus direitos e deveres, razão pela qual não se deverá considerar que haja uma qualquer “incapacidade” que sirva de fundamento à anulação dos atos por si praticados.

---

<sup>1236</sup> Vasconcelos, 2015, p. 647.



## **4.2. Solução que resulta da aplicação do regime da menoridade por analogia**

Outra hipótese de resposta poderia ser, eventualmente, a solução que resulta da aplicação do regime da menoridade por analogia.

Nestes termos, prevê o art. 10.º, n.º 1, do CC que “os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”. Assim, importa realizar um exercício prévio à aplicação analógica de um certo regime: a constatação da existência de uma lacuna legislativa<sup>1237</sup>, ou seja, de um problema que o legislador deixou por resolver.

Ora, com a entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, o certo é que o legislador não especificou quem tem legitimidade, e em que prazo, para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo maior acompanhado. Pelo que, ao passo que a lei antiga nos remetia para a aplicação do regime da menoridade, a mesma conclusão não poderá ser alcançada, agora, através da letra da lei.

Seríamos imediatamente remetidos, então, para o regime geral da anulabilidade. Não obstante, como já se demonstrou, a eventual aplicabilidade desta norma ao caso do maior acompanhado conflitua de forma evidente com o regime jurídico da anulabilidade e com o espírito que o informa, pelo que não poderá ser essa a solução a adotar.

Consideramos, assim, existir aqui uma lacuna legislativa<sup>1238</sup> a que urge dar preenchimento.

Ultrapassada esta questão inicial, vejamos se a aplicação analógica do regime da menoridade resolve o problema a que nos propomos dar resposta – a legitimidade e o prazo para arguir a anulabilidade dos atos praticados por aquele indivíduo, sujeito a uma medida de acompanhamento.

Prevê o art. 125.º, n.º 1 do CC que os negócios jurídicos celebrados pelo menor podem ser anulados a requerimento dos progenitores, do tutor ou do administrador de bens, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio impugnado, mas nunca depois de o menor atingir a maioridade ou ser emancipado; a requerimento do próprio menor no prazo de um ano a contar da sua maioridade ou emancipação; e, finalmente, a requerimento de qualquer herdeiro deste, no prazo de um ano a contar da sua morte, desde que esta tenha ocorrido antes de findar o prazo de que dispunha o próprio.

Menezes Cordeiro não hesita, pelo menos quanto aos atos posteriores ao registo do acompanhamento, em afirmar esta hipótese: “são anuláveis, caso não observem o que a

---

<sup>1237</sup> Amaral, 2019, p. 27.

<sup>1238</sup> “[o] facto de a lei ter eliminado a equiparação do interdito ao menor e as normas remissivas dos regimes de incapacidades dos maiores para o regime-base da menoridade criou uma lacuna potencialmente desastrosa e que é preciso, agora, colmatar” – Moreira, 2019, p. 249.

sentença determine; a esta anulabilidade aplica-se por analogia e com as necessárias adaptações o regime dos artigos 125.º e 126.º, relativos aos atos dos menores”<sup>1239</sup>.

Esta teoria é perfilhada por Heinrich Ewald Horster e Eva Sónia Moreira da Silva que, considerando que ambas as normas visam “prevenir prejuízos de pessoas não aptas para participar plenamente no tráfico jurídico negocial”, sustentam ainda a sua posição com base num argumento sistemático de que os regimes da menoridade e do maior acompanhado se inserem na mesma Secção V do Capítulo I do Subtítulo I do Título II do Livro I do Código Civil, indicativo de que entre eles há uma manifesta correlação<sup>1240</sup>.

Salvo o devido respeito, parece-nos que esta questão poderá merecer uma outra abordagem.

Com efeito, aplicando analogicamente este preceito ao caso do maior acompanhado, poderíamos concluir que se alcançaria, por esta via, um resultado bastante semelhante àquele que alcançaríamos se aplicássemos o regime geral da anulabilidade: o ato seria anulado pelo acompanhante – nos mesmos termos que, na menoridade, pode ser anulado pelo representante legal – no prazo de um ano a contar do conhecimento; pelo próprio acompanhado no prazo de um ano a contar da cessação do vício – que, reitere-se, e considerando que este vício é a sua incapacidade para a prática daquele ato, poderia nunca vir a acontecer –; e pelos seus sucessores, caso aquele não tenha esgotado o prazo de que dispunha em vida, e até um ano depois da sua morte.

Somos, então, confrontados com o mesmo problema que já se nos apresentou anteriormente – a aplicação do regime da menoridade por analogia radicaria num prazo inaceitavelmente extenso para o exercício do direito de anulação dos atos praticados pelo maior acompanhado – a vida toda, mais um ano.

Mafalda Miranda Barbosa chama ainda a atenção para outro problema que levanta esta aplicação analógica, nomeadamente no tocante ao prazo de que dispõem os sucessores do maior acompanhado depois do levantamento da medida de acompanhamento: enquanto existe a analogia problemática – uma vez que se trata de um ato praticado por alguém que não dispõe de capacidade jurídica para o praticar e que, por isso, deve ser anulado –, falta aqui a *analogia judicativa*<sup>1241/1242</sup>.

Refere a al. c) do n.º 1 do art. 125.º do CC que a anulabilidade dos atos praticados pelo menor poderá ser arguida pelos seus sucessores no prazo de um ano a contar da morte deste, desde que ainda não tenha expirado o prazo de que aquele sujeito dispunha. Autonomiza-se, aqui, um novo prazo: desde que ainda não tenha decorrido a totalidade

---

<sup>1239</sup> Cordeiro, 2019, p. 565.

<sup>1240</sup> Horster & Silva, 2019, p. 389.

<sup>1241</sup> Barbosa, 2019, p. 73.

<sup>1242</sup> *Ibidem*. Sobre os conceitos de analogia problemática e analogia judicativa, e sobre a necessidade de ambas para o juízo analógico, cfr. Neves, 1993, p. 261.

do prazo, os sucessores têm mais um ano para arguir a anulabilidade, o que não faz sentido no regime jurídico do acompanhamento.

Concretamente, este novo regime privilegia a vontade do acompanhado, a sua autonomia, partindo de um pressuposto de capacidade e não de incapacidade, pelo que não se justifica que, uma vez cessado o vício – *i.e.*, uma vez levantada a medida de acompanhamento –, e após a sua morte, se inicie um novo prazo de que os seus sucessores passarão a dispor para anular aquele ato. O interesse daquele que já não era acompanhado à data da sua morte fica prejudicado, neste caso, pela sua vontade, pelo que os seus sucessores apenas poderão dispor do prazo que ainda não se tenha esgotado, não havendo razões para ser autonomizado um novo prazo (“um ano a contar da morte deste”). Entende-se, portanto, que se o próprio, que já não era acompanhado, optou por não anular o ato, era sua vontade manter em vigor os seus efeitos, pelo que não se justifica que seja atribuído um novo prazo aos seus sucessores, que apenas poderão dispor do prazo que restava àquele.

Parece defender esta autora que o prazo para arguir a anulabilidade daqueles atos seria de um ano a contar do conhecimento para o acompanhante, ao qual acresceria um ano a contar do levantamento da medida de acompanhamento, para o anterior acompanhado, bem como para os seus sucessores, no caso de aquele falecer na vigência do prazo referido. Se, noutra hipótese, o acompanhado falecesse antes de ser levantada a medida de acompanhamento, aí sim, os seus sucessores teriam um ano – inteiro – para exercer o direito de anulação.

Castanheira Neves dirige, ainda, uma crítica à aplicação analógica das normas excepcionais, uma vez que estas foram impostas àquele caso concreto e, como o próprio nome indica, só devem valer para os casos que preveem e não para outros. Caso contrário, estaríamos a generalizar e a tornar regra aquilo que, por definição, é excepcional<sup>1243</sup>.

Independentemente de tudo isto, o certo é que esta tese – do recurso à aplicação analógica das regras relativas à menoridade – peca por todas as razões enunciadas no ponto anterior, uma vez que seríamos reconduzidos praticamente à mesma situação, razão pela qual também não poderá ser esta a solução a adotar.

#### **4.3. Solução que resulta da aplicação do regime anteriormente estabelecido para a interdição e a inabilitação**

Antes da entrada em vigor da Lei objeto de análise no presente estudo, previa o art. 139.º do CC que “o interdito é equiparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as

---

<sup>1243</sup> Neves, 1993, p. 273.

necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal”. No mesmo sentido, estabelecia o art. 156.<sup>o</sup> do CC que ao inabilitado era aplicado o regime da interdição.

Ora, esta previsão normativa fazia sentido à luz do antigo regime, em que os interditos e os inabilitados eram, efetivamente, tidos como incapazes. O mesmo já não acontece com o regime do maior acompanhado, em que este é, para todos os efeitos, tido como capaz<sup>1244</sup>.

Sendo indiscutível o desaparecimento desta remissão expressa, o certo é que também desaparece o fundamento para a podermos operar automaticamente, na medida em que já não existe uma qualquer semelhança entre os acompanhados e os menores, já que aqueles são sujeitos capazes de exercer livremente os seus direitos – com as necessárias limitações concretas –, ao passo que estes últimos carecem de representação legal para atuarem no tráfico jurídico.

Ademais, ao criar o novo regime do acompanhamento de maiores, o legislador expressamente revogou aqueles institutos, que considerou inadequados às concretas circunstâncias da sociedade de hoje em dia, pelo que não subsiste qualquer motivo para nos mantermos presos a uma solução legal que já não existe por força da vontade dos tempos e do legislador.

#### **4.4. A falta de intervenção do acompanhante como fundamento da anulação dos atos praticados pelo acompanhado e a cessação do vício<sup>1245</sup>**

Voltando um pouco atrás no raciocínio lógico da presente dissertação, o certo é que este problema já se colocava no anterior regime da interdição e da inabilitação<sup>1246</sup>, e o legislador, com a entrada em vigor da nova lei, não sentiu necessidade de vir esclarecer o sentido interpretativo daquela norma. Muito pelo contrário – revogou, como já se disse, o artigo que remetia para o regime da menoridade e que, por isso, sempre conferia uma orientação mais clara deste tema.

---

<sup>1244</sup> Barbosa, 2019b, p. 1479.

<sup>1245</sup> Solução sugerida pelo orientador da presente dissertação, Agostinho Cardoso Guedes, numa reunião de orientação.

<sup>1246</sup> Agostinho Cardoso Guedes já se reportava a este problema em 1998, aquando da vigência do regime anterior: “O primeiro problema que devemos colocar diz respeito à legitimidade e prazo para interpor a respectiva acção de anulação, naqueles casos em que a incapacidade é permanente e onde, portanto, o vício (ou seja, a incapacidade) não chega a cessar, quando a acção de interdição é desencadeada e a sentença atende o respectivo pedido. Um caminho possível seria sustentar que, não tendo cessado o vício, não teria havido lugar à caducidade do direito de anulação do negócio (...). Não parece, porém, ser esta a resposta mais correcta” – Guedes, 1998, p. 304.

Salvo melhor entendimento, parece-nos retirar-se deste comportamento omissivo do legislador – de não vir esclarecer nada quanto a este ponto – que este se sente confortável com a solução diretamente aplicável – o regime geral da anulabilidade.

Não obstante, não podemos esquecer que esta solução é incompatível com o espírito orientador dos dois regimes enunciados – o da anulabilidade e o do maior acompanhado –, pelo que sempre terá de ser equacionada outra via de resposta ao problema.

A solução para a presente questão resulta da consideração de que o fundamento da anulabilidade no caso do acompanhamento de maiores é a falta de intervenção do acompanhante num ato que dela careça.

Assim, ao invés de se considerar que aqueles atos são anuláveis porque o acompanhado é incapaz de os praticar, considerar-se-á que o são porque o acompanhante não interveio/ não teve um papel ativo, quando a medida de acompanhamento expressamente previa que o acompanhado não podia praticá-los sozinho.

Na verdade, a anulabilidade destes atos tem de ser vista à luz do art. 145.º, n.º 2, do CC, que, como já se disse, prevê uma panóplia de regimes potencialmente aplicáveis a um sujeito que careça de uma medida de acompanhamento, exatamente porque se parte do pressuposto de que este não é totalmente incapaz. Ora, partindo deste pressuposto, assumir que o fundamento para a anulabilidade dos atos por si praticados era a sua incapacidade seria contradizer o espírito inovador deste regime.

O certo é que, tendo em conta o espírito deste novo regime, e sabendo que visou o legislador conferir aos sujeitos com capacidade diminuída todos os instrumentos necessários à livre participação no tráfico jurídico, não seria totalmente conforme a este paradigma ser a incapacidade o fundamento para a anulação daqueles negócios.

Exige-se, sim, que para a prática de certos atos, aquele sujeito esteja, como o próprio nome indica, “acompanhado” pelo acompanhante. Razão pela qual os atos em que este último não tenha qualquer intervenção serão anuláveis.

O fundamento da anulabilidade é, então, a falta de intervenção do acompanhante nos atos que dela careçam, e que estejam expressa ou implicitamente previstos na sentença que decretou a medida de acompanhamento.

Neste caso – que a lei não veda de maneira alguma –, poder-se-ia aplicar livremente o regime geral da anulabilidade, previsto no art. 287.º, n.º 1, do CC e que define que a anulabilidade pode ser arguida no ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento – ou seja, a partir do momento em que o acompanhante tome conhecimento daquele ato em que não interveio.

O vício cessa, portanto, quando haja a percepção, por parte do acompanhante, de que aquele negócio haja sido praticado sem o seu aval. Momento a partir do qual se conta um ano, que é, à luz da regra geral do art. 287.º, n.º 1, do CC o limite temporal para arguir aquela anulabilidade.

Não se olvide, no entanto, que este artigo também prevê que esta anulabilidade pode ser invocada por aqueles em cujo interesse foi estabelecida. Ora, tal como já foi referido, não há dúvida que a anulabilidade foi prevista no interesse do acompanhado, uma vez que este, sem o acompanhamento da pessoa designada, poderia praticar atos que lhe fossem prejudiciais. Para acautelar estas hipóteses, a lei previu a possibilidade de os anular e conferiu a legitimidade aos principais interessados.

A questão que se coloca, aqui, é a de saber se o prazo de um ano a contar do conhecimento do ato, por parte do acompanhante, se aplicaria igualmente ao acompanhado, que disporia do mesmo prazo para arguir a anulabilidade. A ser assim, estaria precluída a hipótese de este vir anular o ato quando fosse levantada a medida de acompanhamento, pois que já não disporia, em princípio, de prazo para tal.

Quanto a este ponto, se é certo que o acompanhado poderia ficar menos protegido, por já não dispor de um prazo que seria autonomizado no momento do levantamento da sua medida, também o é que a nova lei parte de uma ideia de autonomia da vontade de todos os sujeitos. Vontade essa que, como bem salientou Mafalda Miranda Barbosa, deve ser assegurada, ainda que, em certos casos, em detrimento do seu interesse<sup>1247</sup>.

Mais ainda, parte-se do princípio, ao designar o acompanhante, que este tem capacidades para desempenhar essa função, e que agirá sempre de acordo com o superior interesse do acompanhado<sup>1248</sup>, não havendo razões para sacrificar toda a segurança do tráfico jurídico em geral, para proteger a possibilidade – remota – de o acompanhado querer anular um qualquer ato praticado por si, na hipótese – também remota – da sua medida de acompanhamento vir a ser levantada. Afinal de contas, o critério de designação do acompanhante é que este seja “a pessoa que melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário”<sup>1249</sup>.

O instituto do acompanhamento serve, exatamente, para suprir uma eventual incapacidade de que padeça aquele sujeito, pelo que o vício que tem de cessar, aqui, não é a incapacidade propriamente dita – que já passou a ser suprida com a sentença que decreta a medida, pois a partir daquele momento o indivíduo passa a agir acompanhado por outrem para tal designado –, mas sim a falta de intervenção do acompanhante naquele concreto negócio, que cessa quando haja confirmação, expressa ou tácita

---

<sup>1247</sup> Barbosa, 2019b, p. 73.

<sup>1248</sup> Cordeiro, 2019, p. 559.

<sup>1249</sup> Horster & Silva, 2019, p. 376.

(porque deixou correr o prazo de que dispunha para intentar a ação de anulação), por parte do acompanhante, daquele ato.

Deste modo, somos colocados perante a seguinte questão: qual o valor jurídico mais ponderoso – a possibilidade de o acompanhado dispor de um ano, a contar do levantamento da sua medida de acompanhamento, para arguir a anulabilidade dos atos praticados por si, caso o acompanhante ainda não a tenha arguido ou, em contraposição, a certeza e a segurança do tráfico jurídico em geral, que não pode depender *ad aeternum* da decisão que – eventualmente – poderá tomar este sujeito?

Ponderados os vários interesses em causa, parece-nos que sempre se deverá proteger, neste caso, o interesse da comunidade, ao invés do interesse daquele sujeito que, não só agiu por sua própria vontade – pelo menos naquele momento –, como ainda teve a possibilidade de ver o seu interesse defendido por uma pessoa especificamente designada para fazer exatamente isso – agir, sempre que necessário, e sempre tendo em conta o seu benefício.

Recapitulando, considerando que o fundamento da anulabilidade dos atos praticados pelo maior acompanhado é a falta de intervenção do acompanhante, o prazo de um ano a contar da cessação do vício começa a correr a partir do momento em que o acompanhante toma conhecimento daquele ato, praticado pelo acompanhado, sem a sua intervenção. Durante este ano, terão legitimidade o acompanhado – caso, em algum momento de lucidez, se aperceba que aquilo não correspondia à sua vontade real, ou que pode eventualmente ser-lhe prejudicial –, e o acompanhante, que deve agir sempre no interesse do acompanhado, e tem o dever de cumprir com a medida decretada na sentença de acompanhamento.

É este o modo correto de perspetivar o impacto da falta de capacidade para a prática de um concreto ato, e de respeitar, igualmente, o espírito que informa o regime da anulabilidade – o de conferir uma certa segurança ao tráfico jurídico em geral –, bem como o novo regime jurídico do maior acompanhado, que parte de uma ideia de autonomia da vontade, de *proteger sem incapacitar*.

## **5. Posição adotada**

Cumpre-nos, em primeiro lugar, saudar a mudança de paradigma patente nesta alteração legislativa que, como já se disse, adere às novas tendências europeia e mundial, perfilando-se ao lado das ordens jurídicas vizinhas defensoras da doutrina da alternativa menos restritiva. Assim, parece-nos que o rescaldo da nova lei é bastante positivo, já que veio, em grande medida, dar resposta às críticas dirigidas ao anterior regime das interdições e incapacitações, considerado pela doutrina como demasiado restritivo e estigmatizante.

Não obstante, e nunca olvidando a vontade das pessoas e o seu poder de autodeterminação, é essencial uma aplicação cautelosa da nova lei, pois que poderá resultar que o beneficiário fique desprotegido, por ser tratado pela lei como capaz, quando, na verdade, não o é, pelo menos na sua plenitude.

Cingindo-nos, agora, ao ponto crucial da presente dissertação – a questão de saber quem tem legitimidade e em que prazo para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado –, cremos que, pese embora não o refira expressamente, a intenção do legislador foi de garantir o respeito pela vontade do acompanhado, apenas restringindo a sua capacidade e, por isso, permitindo a anulação dos atos por si praticados, quando motivos ponderosos o exijam.

Pelo exposto, concluímos que tanto a aplicação do regime geral da anulabilidade, como do regime aplicável à menoridade levam a soluções incompatíveis com o espírito normativo que informa estes regimes. A solução que melhor se coaduna com o espírito da lei é a que assenta na consideração de que o fundamento da anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado será a falta de intervenção do acompanhante quando exigida pela medida de acompanhamento fixada na sentença para aquele concreto negócio (arts. 154.º, n.º 1 e 145.º, n.º 2, als. b), c), d) e n.º 3 do CC).

Esta solução parte da ideia da capacidade dos sujeitos maiores de idade, pois que não considera que haja aqui um vício de “incapacidade”, mas apenas que em algumas situações esses sujeitos carecem de acompanhamento para a celebração de alguns negócios jurídicos, também não sujeita a contraparte do negócio praticado pelo maior acompanhado a uma instabilidade jurídica excessivamente onerosa, sendo o ato anulável apenas dentro do ano subsequente ao conhecimento do negócio por parte do acompanhante, que devia ter intervindo, e não o fez.

Tratando-se de questão à qual ainda não foi dada uma resposta consolidada, é previsível a continuação da polémica doutrinal e jurisprudencial acerca deste tema, esperando-se uma evolução no sentido de uma solução justa e respeitadora dos direitos de todos os indivíduos envolvidos nos concretos negócios celebrados pelos acompanhados.



## Conclusão

No decurso deste trabalho tentámos demonstrar algumas debilidades do novo regime do maior acompanhado, introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, mais concretamente a falta de previsão legal da legitimidade e prazo para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado.

Analisámos, brevemente, o espírito deste novo diploma, bem como as principais alterações por si introduzidas, e prosseguimos com uma contextualização normativa do regime geral da anulabilidade para, depois, afunilarmos o presente estudo para o regime do maior acompanhado, almejando-se encontrar linhas orientadoras para o problema que se levanta.

Concluímos que tanto a solução que resulta da aplicação do regime geral da anulabilidade, como a que decorre do recurso analógico ao regime enunciado para a menoridade não são adequadas ao novo paradigma, que visa salvaguardar a vontade de todos os sujeitos maiores de idade, partindo da premissa de que, em princípio, todos eles têm capacidade de exercício.

Esta conclusão tem importantes reflexos práticos: mormente, contraria a solução a que se chegaria pela alternativa proposta em que um sujeito jurídico veria o seu negócio ficar viciado *ad aeternum*, à espera da decisão do sujeito com legitimidade para arguir a respetiva anulabilidade. Aquelas soluções contrariam, em absoluto, tanto o espírito orientador do regime geral da anulabilidade, criado pelo legislador há centenas de anos, como o deste novo paradigma, consagrado precisamente para fazer face às muitas críticas apontadas ao anterior quadro normativo.

Assim, a solução que melhor se coaduna com o espírito da lei é a que assenta na consideração de que o fundamento da anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado será a falta de intervenção do acompanhante, quando exigida pela medida de acompanhamento fixada na sentença para aquele concreto negócio (arts. 154.º, n.º 1 e 145.º, n.º 2, als. b), c) e d) e n.º 3 do CC).

## Bibliografia

ALARCÃO, R. (1997). *A confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I. Coimbra: Atlântida Editora.

ANDRADE, M.A.D. (1983). *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II (reimp.). Coimbra.

BARBOSA, M.M. (2019a). Dificuldades resultantes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. *RJLB*, n.º 1.

BARBOSA, M.M. (2019b). Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores. In *Novo regime jurídico do maior acompanhado*. Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Jurisdição Civil e Processual Civil.

BARBOSA, M. M. (2018). *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*. Gestlegal.

CARVALHO, R.C. *Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto – Cria o regime jurídico do maior acompanhado e elimina os institutos da interdição e da inabilitação*, retirado de <http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=121>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (2018). *Relatório e parecer sobre o estatuto do maior acompanhado*, 100/CNECV/2017.

CORDEIRO, A.M. (2017). *Tratado de direito civil português*, vol. II, Reimpressão da 4.ª Edição. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A.M. (2019). *Tratado de direito civil, Vol. IV – Parte geral: Pessoas*, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.

COSTA, J.A. (2019). Capacidade para depor como testemunha: as alterações ao art. 495.º, n.º 1, do Código de Processo Civil pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (regime jurídico do maior acompanhado). *RDC*, vol. IV, n.º 2.

COSTA, J.A. (2019). O regime jurídico do maior acompanhado: uma apresentação do regime substantivo. *Revista do Ministério Público*, n.º 160.

DUNEM, F. van (2020). *O maior acompanhado: caminho de inovação e mudança para o Século XXI*. Art. da Ministra da Justiça no jornal Expresso, Retirado de <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/intervencao?i=o-maior-acompanhado-caminho-de-inovacao-e-mudanca-para-o-seculo-xxi-artigo-da-ministra-da-justica>.

FERNANDES, L.A.C. (2009). *Teoria geral do direito civil II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 5.ª Edição. Universidade Católica Editora.

GUEDES, A.C. (1998). Algumas notas sobre os artigos 150.º, 149.º e 147.º do Código Civil. In *Juris et de Jure, Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

GUEDES, A.C. & ROSAS, M.M. *Regime jurídico do acompanhamento de maiores – O regime estabelecido nos arts. 138.º a 156.º do Código Civil, instituído pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*. Texto disponibilizado aos alunos de Teoria Geral da Relação Jurídica da Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP.

HORSTER, H.E. & SILVA, E.S.M. (2019). *A Parte geral do Código Civil Português*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MACHADO, J.B. (2010). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 23.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, A.P. (2018). Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4013.

MOREIRA, S. (2018). A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado. In Mac Crorie, B., Rocha, M. & Rocha, S.M. (orgs.). *Temas de direitos e bioética, Vol. I – Novas questões do direito da saúde*, pp. 227-250. Escola de Direito da Universidade do Minho (DH-CII/ JusGov). Retirado de <http://bit.ly/direito-bioetica-ebook>.

NEVES, A. C. (1993). *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra: BFDUC.

PINTO, C.A.M. (2005). *Teoria geral do direito Civil*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

PRATA, A. (coord.) (2019). *Código Civil anotado*, vol. I, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P.P. (2015). *Teoria geral do direito civil*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.01.2020, relatado por Hígina Castelo, no processo n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.06.2019, relatado por Isaías Pádua, no processo n.º 7779/18.1T8CBR.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10.12.2019, relatado por Maria João Areias, no processo n.º 577/184T8CTB.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16.01.2020, relatado por Paulo Reis, no processo n.º 4046/17.1T8GMR.G1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2019, relatado por Jorge Leal, no processo n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2.

Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **Pareceres**

Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Projeto de Proposta de Lei que visa alterar os artigos 138.º a 156.º, 1601.º, 1850.º, 1913.º e 2189.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

## **Anteprojetos**

Anteprojeto de reforma. In *Da situação jurídica do maior acompanhado* \* *Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*.

**O trabalhador seropositivo:**

**Discriminação e outras questões jurídico-laborais**

Catarina Carvalho Oliveira

Sob a orientação da  
Professora Doutora Milena Rouxinol

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, por todo o amor incondicional e por serem, desde sempre, o meu mais sólido suporte.

Aos meus amigos, pela constante compreensão e pelo apoio em todos os momentos.

Aos meus Colegas de escritório, pela incansável mentoria, pelos conhecimentos e experiência que me aportam diariamente e pelo contributo fulcral para o desenvolvimento do meu pensamento crítico e jurídico.

À Professora Doutora Milena Rouxinol, pelo papel decisivo que teve nas várias fases do meu percurso académico, por todo o acompanhamento e dedicação e, em especial, por fazer brotar em mim o gosto pelo Direito do Trabalho.

## **Resumo**

A presente dissertação visa analisar o problema da discriminação do trabalhador seropositivo e refletir sobre o impacto da infecção por VIH nos direitos fundamentais do seu portador, mormente no seu direito à reserva da intimidade da vida privada. Para o efeito, estudaremos se, como e em que medida o quadro normativo internacional, europeu e nacional protege o infetado com VIH contra práticas discriminatórias no domínio laboral, procurando ainda dar resposta à questão de saber se a patologia se pode reconduzir ao conceito de deficiência à luz da Diretiva 2000/78. Por fim, iremos centrar-nos no médico-cirurgião seropositivo, discutindo se e em que condições pode este continuar a exercer a profissão médica.

**Palavras-chave:** Discriminação; deficiência; direito à reserva da intimidade da vida privada; médico-cirurgião seropositivo; VIH/SIDA.

## **Abstract**

This study aims to analyse HIV-positive workers' discrimination and to reflect upon the impact this condition may have on their fundamental rights, particularly on the right to privacy. For this purpose, we will study how and to what extent international, European, and national legal frameworks protect HIV-infected workers against discriminatory practices and analyse whether the infection can be considered a disability under Directive 2000/78. Finally, we will focus our attention on HIV-positive surgeons and discuss whether and under what conditions they may be able to continue medical practice.

**Keywords:** Discrimination; disability; HIV/AIDS; HIV-positive surgeon; right to privacy.

## Lista de siglas e abreviaturas

|            |                                                                   |
|------------|-------------------------------------------------------------------|
| AAFDL      | Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa            |
| AA.VV.     | autores vários                                                    |
| Ac.        | Acórdão                                                           |
| AG         | advogado-geral                                                    |
| AIDS       | Acquired Immunodeficiency Syndrome                                |
| al.        | alínea                                                            |
| AMM        | Associação Médica Mundial                                         |
| APODIT     | Associação Portuguesa de Direito do Trabalho                      |
| art.       | artigo/artigos                                                    |
| <i>BFD</i> | <i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i> |
| <i>BMJ</i> | <i>Boletim do Ministério da Justiça</i>                           |
| CC         | Código Civil                                                      |
| CDFUE      | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia                 |
| CDPD       | Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência           |
| CEDH       | Convenção Europeia dos Direitos Humanos                           |
| CEDS       | Comité Europeu dos Direitos Sociais                               |
| cf.        | confrontar/conferir                                               |
| CNECV      | Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida               |
| coord.     | coordenação                                                       |
| CP         | Código Penal                                                      |
| CRP        | Constituição da República Portuguesa                              |
| CSE        | Carta Social Europeia                                             |
| CSER       | Carta Social Europeia Revista                                     |
| CT         | Código do Trabalho                                                |
| CTo3       | Código do Trabalho de 2003                                        |
| <i>DR</i>  | <i>Diário da República</i>                                        |
| DUDH       | Declaração Universal dos Direitos Humanos                         |
| EM         | Estado-Membro                                                     |
| EU         | European Union                                                    |
| EUA        | Estados Unidos da América                                         |
| HIV        | Human Immunodeficiency Virus                                      |
| n.º/ n.ºs  | número/números                                                    |
| OIT        | Organização Internacional do Trabalho                             |
| OM         | Ordem dos Médicos                                                 |
| OMS        | Organização Mundial de Saúde                                      |



|                      |                                                                       |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| <i>op. cit.</i>      | obra citada                                                           |
| <i>op. ult. cit.</i> | última obra citada                                                    |
| p./pp.               | página/páginas                                                        |
| <i>PDT</i>           | <i>Prontuário de Direito do Trabalho</i>                              |
| PIDCP                | Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos              |
| PIDESC               | Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais |
| Proc.                | processo/processos                                                    |
| Prof./Profs.         | Professor/Professores                                                 |
| <i>QL</i>            | <i>Questões Laborais</i>                                              |
| <i>RAMB</i>          | <i>Revista da Associação Médica Brasileira</i>                        |
| <i>RDP</i>           | <i>Revista de Direito Público</i>                                     |
| rev.                 | revista                                                               |
| <i>RLJ</i>           | <i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>                      |
| <i>RMP</i>           | <i>Revista do Ministério Público</i>                                  |
| SIDA                 | síndrome da imunodeficiência adquirida                                |
| ss.                  | seguintes                                                             |
| STJ                  | Supremo Tribunal de Justiça                                           |
| TC                   | Tribunal Constitucional                                               |
| TCE                  | Tratado da Comunidade Europeia                                        |
| TEDH                 | Tribunal Europeu dos Direitos Humanos                                 |
| TFUE                 | Tratado de Funcionamento da União Europeia                            |
| TJ                   | Tribunal de Justiça                                                   |
| TRL                  | Tribunal da Relação de Lisboa                                         |
| TUE                  | Tratado da União Europeia                                             |
| UE                   | União Europeia                                                        |
| VIH                  | vírus da imunodeficiência humana                                      |
| vol.                 | volume                                                                |
| <i>vs.</i>           | <i>versus</i>                                                         |
| WHO                  | World Health Organization                                             |
| §                    | parágrafo                                                             |

# Índice

## Introdução

1. O VIH/SIDA — impacto da patologia no exercício da prestação laboral
2. O princípio da igualdade e a proibição da discriminação em razão da seropositividade
  - 2.1. No direito internacional
  - 2.2. No direito europeu
    - 2.2.1. No Conselho da Europa
    - 2.2.2. No direito da União Europeia
      - 2.2.2.1. No direito originário
      - 2.2.2.2. No direito derivado
      - 2.2.2.3. Integração do VIH/SIDA no conceito de *deficiência* para efeitos da tutela antidiscriminatória da Diretiva 2000/78
    - 2.3. No direito interno
  3. A tutela do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias
    - 3.1. O *direito à opacidade serológica*
    - 3.2. Limites ao *direito à opacidade serológica*
    - 3.3. A seropositividade no exercício de funções de risco *qualificado* de contágio, *maxime* na prática médico-cirúrgica

## Conclusão

## Bibliografia

## Introdução

Na presente dissertação, propomo-nos estudar o problema da discriminação do trabalhador infetado com VIH no domínio juslaboral, cumprindo-nos analisar se, como e em que medida podem ser atingidos os direitos fundamentais do infetado — mormente o direito à reserva da intimidade da vida privada — em virtude da sua seropositividade, quando em confronto com outros direitos fundamentais, *maxime* o direito à saúde, daqueles com quem contacta no exercício da sua prestação laboral.

Assim, num primeiro momento, caracterizaremos a patologia, referindo as vias através das quais se opera a transmissão do vírus, o quadro sintomatológico inerente a cada um dos estágios da doença e o seu reflexo na (in)capacidade do trabalhador para o desempenho da sua atividade, consoante a natureza da mesma.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre o princípio da igualdade e da não discriminação, analisando, de um ponto de vista holístico, se e como é que a proibição de atos discriminatórios em razão da seropositividade é assegurada pelos vários níveis de jurisdição, a saber, pelo direito internacional, pelo direito europeu e pelo ordenamento jurídico nacional. Ademais, dissecaremos a questão controversa de saber se é possível subsumir a seropositividade ao conceito de deficiência à luz da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27/11/2000 (doravante, Diretiva 2000/78 ou Diretiva), bem como o impacto que uma resposta afirmativa tem, entre nós, na proteção do trabalhador portador de VIH.

Feito o enquadramento jurídico-formal, centrar-nos-emos no estudo do *direito à opacidade serológica* como garante do desiderato antidiscriminatório do trabalhador, analisando os direitos fundamentais constitucional e infraconstitucionalmente protegidos com aquele conectados e os mecanismos consagrados pelo legislador português para a sua proteção. Ademais, examinaremos em que circunstâncias e em que medida podem estes direitos ser comprimidos, e ainda os deveres que nascem na esfera quer do empregador, quer do trabalhador seropositivo nos casos em que as funções que exerce comportam um risco qualificado de contágio.

Por fim, centrando-nos no cirurgião seropositivo, analisaremos a possibilidade de este continuar a exercer as suas funções habituais e as repercussões que se verificam na relação laboral, caso se advogue pela impossibilidade.

## 1. O VIH/SIDA — impacto da patologia no exercício da prestação laboral

A infeção por VIH traduz-se na presença, no organismo humano, de um vírus que se revela como um ataque ao sistema imunitário, debilitando os mecanismos de defesa do seu portador, tornando-o propenso a um conjunto de infeções de natureza vária e à proliferação de tumores, cuja ocorrência determina o momento em que padecerá de SIDA.

A afirmação da SIDA como um fenómeno pandémico resulta diretamente da eficiência com que se opera o contágio pelo vírus. Com efeito, tendo sido encontrado em diversos fluidos corporais — sangue, esperma, secreções vaginais e leite materno —, são identificadas como principais formas de transmissão do vírus: a via sexual, o contacto com sangue e demais líquidos orgânicos e a via fetal.

Ademais, o VIH está na origem de uma patologia peculiar, na medida em que comporta duas fases distintas: um primeiro momento, que pode subsistir durante 2 a 15 anos, no qual o portador do vírus não apresenta qualquer sintoma associado — fase assintomática; e um segundo momento, em que é notória a debilidade do seu sistema imunitário, revelando sintomas como a inflamação dos gânglios linfáticos, infeções bacterianas frequentes, e estando ainda mais suscetível a doenças oncológicas, como o sarcoma de Kaposi e o carcinoma invasivo do colo do útero — fase sintomática<sup>1250</sup>. O quadro clínico e sintomatológico é mais ou menos grave consoante o momento do diagnóstico e o tipo de tratamento a que o infetado é submetido. Note-se que, imediatamente a seguir ao contágio se inicia um “período de janela” de duração variável, entre duas a oito semanas, no qual a presença de anticorpos para o VIH não é detetada nos exames serológicos, muito embora a infeção exista e a possibilidade de transmissão seja real.

Apesar de ser considerada como um dos maiores problemas de saúde pública mundial, nos dias de hoje a infeção por VIH<sup>1251</sup> já não é encarada como uma *sentença de morte*<sup>1252</sup>, tendo deixado de pertencer à categoria de patologia infecciosa fatal, para ser

---

<sup>1250</sup> Para mais informação sobre as formas transmissão e de manifestação do VIH/SIDA, vide Paixão & Pádua, 2009.

<sup>1251</sup> Segundo dados recentes da OMS, no final de 2018 existiam aproximadamente 37,9 milhões de pessoas infetadas com VIH. Cf. OMS, 15 novembro 2019.

<sup>1252</sup> Até ao presente, existem dois casos de pacientes infetados com VIH — comumente designados como *paciente de Berlim* e *paciente de Londres*, e conhecidos respetivamente em 2011 e 2019 — que, após o transplante de células estaminais de dadores com um gene resistente ao VIH (CCR5), conjugado com radioterapia e quimioterapia, deixaram de ter a infeção ativa sem a toma de medicamentos antirretrovirais. De acordo com Gupta et. al., 2020, no dia 04/03/2020, a infeção por VIH no *paciente de Londres* encontrava-se há 30 meses em remissão, não tendo sido detetados vestígios do vírus em amostras de sangue líquido cefalorraquidiano, sémen, tecido intestinal e linfoide. Porém, os cientistas advertem para o facto de

pacificamente entendida, pela comunidade jurídica e científica, como uma doença crónica<sup>1253</sup>, porquanto, dependendo do estágio em que a doença for diagnosticada, o portador do vírus consegue viver por um longo período de tempo com qualidade de vida, submetendo-se aos tratamentos antirretrovirais adequados<sup>1254</sup>.

A condição de seropositivo assintomático, em regra, não importa uma diminuição das condições físicas, pelo que, na generalidade dos casos, a infeção não tem, neste estágio, consequências sobre a capacidade do portador em realizar eficientemente a prestação laboral. Por seu turno, no trabalhador com SIDA, verificar-se-ão períodos de redução ou mesmo de incapacidade para o trabalho, convocando-se, por conseguinte, o regime jurídico das faltas ou da suspensão do vínculo e, em *ultima ratio*, a extinção do mesmo, estando em causa o conceito clínico de doença.

Porém, caso o trabalhador assintomático exerça funções que comportam um risco relevante de contágio do vírus, verifica-se uma inaptidão legal para a execução da prestação laboral, dado que a impossibilidade de prestar trabalho se traduz no facto de o empregador não poder desenvolver a sua atividade em conformidade com os imperativos da ordem jurídica respeitantes à tutela da segurança e saúde dos trabalhadores e de terceiros<sup>1255</sup>.

---

que, dada a agressividade do tratamento, a sua realização não é viável em doentes não oncológicos, pelo que não será acessível a todos os infetados. No entanto, os avanços médico-científicos feitos nesta área, em virtude do sucesso do tratamento adotado em ambos os pacientes, poderão ser um indício de que a cura para a SIDA passe eventualmente pela terapia genética.

<sup>1253</sup> A este propósito, cf. Negrão, 2011, p. 26, em que se afirma o VIH/SIDA como uma doença crónica, e se destaca a forma de transmissão do vírus e o tempo que pode levar a manifestar-se como elementos que configuram o seu carácter distintivo em relação às demais doenças infetocontagiosas.

<sup>1254</sup> Evidenciando a alteração de paradigma quanto à esperança média de vida com qualidade do portador de VIH, Gazzard & Jones, 2006, p. 111, destacam a importância dos tratamentos desenvolvidos para que se deixasse de ambicionar apenas o tratamento das doenças oportunistas potenciadas pelo vírus, mas também o da própria infeção. De notar que o título da publicação da OMS é elucidativo quanto ao entendimento da mesma e quanto à qualificação do VIH como uma doença crónica.

<sup>1255</sup> Neste sentido, Vicente & Rouxinol, 2008, p. 183.

## 2. O princípio da igualdade e a proibição da discriminação em razão da seropositividade

O princípio da igualdade e da não discriminação tem vindo a afirmar-se como um dos princípios basilares na proteção dos direitos humanos. Partindo da premissa de que todos somos diferentes, proíbe-se o tratamento diferenciado de pessoas ou situações em razão de um determinado fator que nunca poderia justificar esta diferença de tratamento. O problema central coloca-se não tanto no ato de diferenciar, mas no seu fundamento<sup>1256</sup>. Por regra, o VIH/SIDA não aparece como um fator proibido de discriminação autónomo nos instrumentos jurídicos<sup>1257</sup> nacionais, europeus<sup>1258</sup> e internacionais. De facto, apenas excecionalmente, alguns países, em que a epidemia se faz sentir de forma mais evidente, incluem a infeção por VIH como um motivo específico protegido na legislação relativa à igualdade e à não discriminação. Refira-se, na Costa Rica, a *Ley General sobre el VIH/SIDA* (Lei n.º 7771, de 29/04/1998), e, em Moçambique, a Lei n.º 5/2002, de 05/02.

De forma a suportar juridicamente a proibição da discriminação em razão da seropositividade, poderá apelar-se àqueles instrumentos internacionais, europeus e nacionais que consagram genericamente a proibição da discriminação, apresentando uma lista aberta de fatores proibidos de discriminação. Note-se que, pese embora a maioria destes instrumentos tenha sido criada numa altura em que a epidemia da SIDA era desconhecida, acompanhando a evolução dos tempos, têm sido interpretados, em algumas ocasiões, no sentido de proteger os portadores de VIH de condutas discriminatórias.

---

<sup>1256</sup> Mestre, 2015, p. 381.

<sup>1257</sup> A este propósito, Colaço, 2003, p. 103, alerta para a necessidade de a lei dar uma resposta clara dirigida ao problema do VIH no âmbito laboral.

<sup>1258</sup> Não se negam, porém, os esforços envidados pela UE para a proteção do portador de VIH contra práticas discriminatórias. Veja-se, por exemplo, a *Dublin Declaration on Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia*, criada na Conferência Ministerial a 23 e 24/02/2004, denominada *Breaking the Barriers: Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia*, ou a *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Combating HIV/AIDS in the European Union and neighbouring countries, 2009-2013*, de 26/10/2009.

## 2.1. No direito internacional<sup>1259</sup>

No direito internacional, são vários os instrumentos normativos de relevo que albergam o princípio da igualdade e proíbem a discriminação, designadamente, a DUDH, o PIDCP, o PIDESC e a CDPD. Muito embora estes diplomas internacionais não consagrem expressamente o VIH/SIDA como um fator proibido de discriminação, o cidadão seropositivo inclui-se na sua esteira de proteção. De facto, a Comissão dos Direitos Humanos (atual Conselho dos Direitos Humanos) das Nações Unidas já se pronunciou neste sentido, ao interpretar a expressão “outra situação”, em razão da qual são proibidas condutas discriminatórias, presente em vários diplomas internacionais sobre os direitos humanos, como incluindo o VIH/SIDA<sup>1260</sup>. Assim, é fortalecida a proteção dos portadores do vírus, conferindo-se uma maior abertura aos tribunais dos Estados que ratificaram aqueles diplomas para abordarem a discriminação em razão do VIH/SIDA, mesmo não estando este previsto nos ordenamentos jurídicos nacionais como um fator *suspeito* de discriminação<sup>1261</sup>.

Para além das fontes genéricas mencionadas, no âmbito do direito internacional juslaboral assume especial relevância a produção normativa da OIT sob forma de convenções e recomendações, muito embora apenas as primeiras tenham força vinculativa para os Estados que as ratificam, sendo as segundas um auxílio para a sua compreensão e interpretação. Refiram-se como relevantes, para o nosso tema, a Convenção n.º 111, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, a Convenção n.º 155, sobre segurança e saúde dos trabalhadores, e a Convenção n.º 159, sobre a readaptação profissional e o emprego dos portadores de deficiência, todas ratificadas por Portugal.

---

<sup>1259</sup> Entre nós, na esteira do art. 8.º/2 CRP, vigora o sistema da *recepção automática* das Convenções Internacionais na ordem jurídica interna, que, após ratificadas pelo Estado Português e publicadas em *DR*, passam a fazer parte da mesma, sem necessidade de transposição dos seus normativos para a lei ordinária. Neste sentido, *vide* Monteiro Fernandes, 2019, pp. 81-82. Como bem afirma Carvalho, 2018, p. 92, cumpre ao julgador fazer um *controlo da convencionalidade*, assegurando uma interpretação dos dispositivos nacionais em conformidade com o preceituado nas Convenções ratificadas, bem como afastando-os quando sejam contrários às normas internacionais, que, por serem suficientemente claras e precisas, podem ser aplicadas diretamente na resolução de litígios. As considerações ora tecidas valem *infra* para o ponto 2.2.1., quanto às fontes emanadas do Conselho da Europa.

<sup>1260</sup> Cf. Resolução n.º 1995/44, de 03/03, ou Resolução n.º 2005/84, de 21/04. Para esta e mais informação sobre as fontes internacionais relevantes para o nosso tema, *vide* a publicação da OIT, 2013, pp. 13-58.

<sup>1261</sup> McTigue, 2014, p. 3, quando discorre sobre a falta de proteção específica nos instrumentos jurídicos europeus conferida ao portador de VIH/SIDA, afirma, em tom crítico, que tal lacuna dá liberdade aos EM para decidirem se pretendem ou não proteger os cidadãos seropositivos de condutas discriminatórias em razão da infeção. Acompanhando Carvalho, 2017, p. 124 (nota 14), entendemos que, muito embora seja legítima a preocupação do autor inglês — de facto, de acordo com o panorama legislativo e jurisprudencial atual, os EM têm uma ampla margem para decidir se pretendem consagrar, nos seus instrumentos jurídicos internos, a proteção em concreto do infetado por VIH em virtude dessa condição —, o que é certo é que essa liberdade nunca se poderá saldar na total desproteção do cidadão seropositivo, sob pena de se atentar contra a dignidade humana, cujo respeito se impõe.

Destaca-se, ainda, a Recomendação n.º 200 como o primeiro instrumento internacional a prever a proteção dos portadores de VIH/SIDA em contexto laboral. O diploma baseia-se nos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e adverte, designadamente, para a necessidade de adoção de medidas de combate à discriminação no acesso à profissão ou no exercício dela e na manutenção do vínculo em razão do estatuto real ou presumido de infetado.

A propósito da repercussão da seropositividade na relação laboral em matéria de igualdade e não discriminação, refira-se um princípio basilar explicitado na Declaração conjunta da OMS e da OIT sobre SIDA e local de trabalho: “os portadores de VIH assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro trabalhador e os sintomáticos como qualquer outro trabalhador doente”<sup>1262</sup>.

## **2.2. No direito europeu**

### **2.2.1. No Conselho da Europa**

Sob o impulso do Conselho da Europa, destacamos a CEDH<sup>1263</sup>, que, no seu art. 14.º, sob a epígrafe “Proibição da discriminação”, consagrando uma cláusula antidiscriminatória aberta, permite a inclusão do portador de VIH no seu escopo de proteção ao prever uma lista exemplificativa de fatores proibidos de discriminação, reforçando a tutela *in fine* ao proibir a discriminação qualquer que seja o elemento diferenciador do indivíduo<sup>1264</sup>. Neste sentido pronunciou-se o TEDH<sup>1265</sup> no caso *Novruk e outros v. Rússia*<sup>1266</sup>, afirmando que a discriminação em razão do estado de saúde, em especial a infeção por VIH, estava coberta pela tutela do art. 14.º, reconduzindo-se ao conceito de “outra situação”.

---

<sup>1262</sup> Cf. *Principes et éléments sur le SIDA et le lieu de travail tenue à Genève du 27 au 29 juin par l'Organisation Mondiale de la Santé en association avec le Bureau International du Travail*, secção III, § 1, *apud* Vicente & Rouxinol, 2007, p. 812, em que se remete para a p. 791, nota 11. Este princípio basilar é reproduzido no nosso ordenamento jurídico no art. 85.º/1 CT.

<sup>1263</sup> Adotada em 1950, foi ratificada por Portugal em 1978.

<sup>1264</sup> Referindo-se a esta norma, Lopes, 2011a, p. 49, afirma que “[o] que se pretende, enfim, é evitar que a igualdade seja afirmada, ao passo que a discriminação — a forma mais infame de desigualdade — continue a ser praticada”.

<sup>1265</sup> O TEDH é o órgão jurisdicional autónomo responsável pela fiscalização do cumprimento, da implementação e da interpretação da CEDH.

<sup>1266</sup> Cf. Ac. do TEDH, de 15/03/2016, Recursos n.º 31039/11, 48511/11, 76810/12, § 91. Veja-se, no mesmo sentido, o Ac. do TEDH, de 10/03/2011, Recurso n.º 2700/10, ou Ac. do TEDH, de 03/10/2013, Recurso n.º 552/10.



Destacamos ainda a CSER<sup>1267</sup> como diploma do Conselho da Europa complementar à CEDH<sup>1268</sup>, que, enfatizando e protegendo mormente os direitos sociais<sup>1269</sup>, garante a todos, “sem qualquer distinção baseada, *nomeadamente*, na raça, na cor, no sexo, na língua, na religião, nas opiniões políticas, ou em quaisquer outras opiniões, na ascendência nacional ou na origem social, na saúde, na pertença a uma minoria nacional, no nascimento ou *em qualquer outra situação*”<sup>1270</sup>, um conjunto de direitos basilares, demonstrando uma especial preocupação nomeadamente com os portadores de deficiência<sup>1271</sup>.

Face ao exposto, pelas mesmas razões aduzidas *supra* quanto à CEDH, a amplitude com que é consagrada a proibição de condutas discriminatórias na CSER garante ao trabalhador portador de VIH proteção bastante, não podendo a seropositividade ser fundamento de restrição de direitos por ela conferidos, designadamente, no domínio laboral.

## **2.2.2. No direito da União Europeia**

### **2.2.2.1. No direito originário**

Num momento inicial, a preocupação com a igualdade e a proibição da discriminação surge como uma necessidade para alcançar o bom funcionamento do mercado comum e não como um direito fundamental de todos os indivíduos. Com um objetivo vincadamente económico, o Tratado de Roma proíbe a discriminação (apenas) em razão da nacionalidade e garante a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, acreditando o legislador europeu que os direitos fundamentais estariam suficientemente protegidos através das soluções domésticas previstas, nomeadamente, nas Constituições dos Estados.

Porém, com a evolução das comunidades e da jurisprudência do TJ, conclui-se que só com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à igualdade e à não discriminação, se iria lograr alcançar uma União de Direito e garantir qualidade de vida aos sujeitos que a integram. Com o Tratado de Amesterdão, deu-se o maior salto em

---

<sup>1267</sup> Adotada em Turim em 1961, em 1996 a CSE apresenta-se na sua versão revista (CSER), tendo esta última sido ratificada por Portugal em 2002. Segundo Alves, 2017, p. 19, na CSER trata-se de uma versão “mais musculada” da CSE.

<sup>1268</sup> Referindo-se às críticas tecidas à CSE por ter ficado aquém da CEDH em termos de efetividade de aplicação e de fiscalização do seu cumprimento, *vide* Akandji-Kombé, 2010, p. 148. Já Churchill & Khaliq, 2004, p. 418, caracterizam a CSE como contraparte da CEDH no domínio dos direitos sociais e económicos.

<sup>1269</sup> De facto, para Schwarz, 2015, p. 8, é mister a proteção dos direitos sociais, exaltando-se a indivisibilidade e igual importância de todos os direitos.

<sup>1270</sup> Cf. Parte V (E). Itálico nosso.

<sup>1271</sup> A implementação e monitorização do cumprimento da CSER e a interpretação dos seus normativos cumpre ao CEDS, através dos sistemas de relatórios e de reclamações coletivas. A este propósito, Costa, 2017, p. 247 (nota 7), realça o facto de o mecanismo dos relatórios ter uma dimensão pedagógica para os Estados, prevenindo o recurso a mecanismos sancionatórios.

matéria de igualdade e não discriminação, superando-se a exclusiva finalidade económica da consagração deste princípio, e assegurando-se a sua proteção a todos os níveis pelas políticas comunitárias. Assim, foi consagrada uma cláusula geral antidiscriminatória (art. 13.º TCE, atual art. 19.º TFUE)<sup>1272</sup>, sendo o Conselho autorizado a adotar medidas para combater as várias formas de discriminação em razão de um conjunto restrito de fatores, entre os quais não consta, porém, a infeção por VIH/SIDA.

Igual reflexo da tutela antidiscriminatória europeia é o art. 2.º TUE, no qual a igualdade aparece como um valor basilar para uma sociedade europeia “caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. Ademais, o art. 3.º/3 TUE fixa como um dos grandes objetivos da UE o combate à discriminação, concluindo-se no art. 9.º TUE que “em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos”. De resto, também o TFUE dispõe que, na definição e execução das suas políticas, a UE deverá combater a discriminação, contudo, em razão de um conjunto limitado de fatores (art. 10.º).

De grande relevo neste domínio, destaque-se ainda a CDFUE, que, adotada em 2000, com o Tratado de Lisboa, em 2009 adquiriu força vinculativa, passando a ser-lhe reconhecido o mesmo valor jurídico dos Tratados (art. 6.º/1 TUE)<sup>1273</sup>. A CDFUE dedica o seu capítulo III por inteiro ao princípio da igualdade, sendo o instrumento que mais amplamente protege os cidadãos contra condutas discriminatórias, elencando exemplificativamente, no art. 21.º/1<sup>1274</sup>, um conjunto de fatores em razão dos quais aquelas são proibidas, e permitindo, deste modo, que sejam abrangidos pelo seu escopo de proteção os trabalhadores seropositivos<sup>1275</sup>. Porém, o contributo para o desiderato antidiscriminatório que este instrumento potencialmente pode importar é, em larga medida, posto em causa pela própria limitação ao seu campo de aplicação consagrada no art. 51.º, do qual resulta a mera eficácia vertical do diploma, não podendo, à luz da sua letra, os direitos por este consagrados ser invocados no âmbito de uma relação entre particulares (como é a relação laboral).

---

<sup>1272</sup> Consagrando um *numerus clausus* de fatores em razão dos quais se proíbem condutas discriminatórias, prevê o n.º 1 do art. 19.º TFUE como critérios *suspeitos* de discriminação o sexo, a raça ou a origem étnica, a religião ou a crença, a deficiência, a idade ou a orientação sexual.

<sup>1273</sup> Note-se que, como relembra Lopes, 2011b, p. 38, mesmo antes do Tratado de Lisboa, a CDFUE já era utilizada pelo TJ como um critério indispensável para a interpretação e concretização do Direito da UE.

<sup>1274</sup> Barrero Ortega, 2019, pp. 649-651, afirma que a consagração, em preceitos distintos, do direito à igualdade e da proibição da discriminação clarifica que o desiderato antidiscriminatório tem uma relevância autónoma, específica e concreta, e conclui que nem toda violação do direito à igualdade constitui um ato discriminatório, mas que toda a violação da proibição da discriminação é uma ofensa ao princípio da igualdade.

<sup>1275</sup> Canotilho & Silveira, 2013, p. 262, caracterizam o princípio da não discriminação de forma tripartida como um valor absoluto, um direito subjetivo e uma técnica jurídica relativa.

Assim, bem se compreendem as críticas ao campo restrito de aplicação da CDFUE, que, de resto, é motivo de discussão na doutrina<sup>1276</sup>. Como bem explicita Sofia Pais, “afirmar que a Carta só tem efeitos verticais tende a esquecer que hoje se esbate, cada vez mais, a distinção entre a esfera pública e a privada e que a proteção dos direitos fundamentais assume um relevo crescente nas relações que se estabelecem entre os particulares”<sup>1277</sup>.

Ora, parece que se vislumbra uma alteração de paradigma neste domínio, quando, nos Acórdãos *Cresco Investigation* e *Egenberger*<sup>1278</sup>, estando em causa uma relação entre privados, o TJ pugna pelo afastamento da aplicação de normas nacionais que não permitam assegurar de forma plena e efetiva as disposições do art. 21.º da CDFUE, contribuindo, deste modo, para a defensabilidade do efeito direto horizontal do diploma<sup>1279</sup>. De facto, permitir a aplicação *inter cives* da CDFUE assume um relevo significativo na tutela do trabalhador seropositivo, dado que aquela se diferencia quer do direito originário, quer do direito derivado, porquanto ambos os quadros normativos são taxativos no elenco dos fatores proibidos de discriminação e deles não consta a seropositividade. Assim, admitindo-se a sua eficácia horizontal, está o trabalhador legitimado a invocar as disposições da CDFUE, impondo-se ao julgador a desaplicação das normas nacionais que lhe sejam contrárias.

#### **2.2.2.2. No direito derivado**

Sendo um instrumento privilegiado no domínio da igualdade e da não discriminação, entre os anos 70 e 80 foi aprovado um conjunto de Diretivas no âmbito do direito do trabalho e da segurança social, com referência apenas à proibição da discriminação em razão do sexo. Mais tarde, com o destaque dado pelo Tratado de Amesterdão ao princípio da igualdade e da não discriminação, outras Diretivas surgiram nesta matéria, sendo certo que, para o presente estudo, cumpre analisar a Diretiva 2000/78, que aprova um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, proibindo, na conjugação dos seus art. 1.º e 2.º, a discriminação

---

<sup>1276</sup> Frantziou, 2015, p. 13, afirma que as objeções à eficácia horizontal da CDFUE baseadas no teor do art. 51.º são frágeis, porquanto, por um lado, a norma não exclui expressamente essa possibilidade e, por outro lado, uma interpretação restritiva do preceito é pouco compatível com a jurisprudência do TJ quanto à aplicação horizontal das normas dos Tratados que dispõem sobre direitos fundamentais.

<sup>1277</sup> Pais, 2017, p. 161.

<sup>1278</sup> Respetivamente, Proc. C-193/17 e Proc. C-414/16. Em matéria de direito a férias, também afirmando a eficácia horizontal das disposições da CDFUE, refira-se o Ac. *Bauer* (Proc. apensos C-569/16 e C-570/16).

<sup>1279</sup> Em comentário ao Ac. *Egenberger*, Zaccaroni, 2018, p. 9, tentando suprir a omissão do TJ em clarificar a razão pela qual optou por aplicar a CDFUE numa situação em que esta não deveria ser aplicável, sustenta que poderá manter-se a motivação já adiantada no Ac. *Danks Industri (DI)*, isto é, de que no princípio da igualdade e da não discriminação se trata de um princípio *sui generis* no seio do ordenamento jurídico comunitário que gradualmente tem vindo a ganhar autonomia.

direta e indireta em razão de um conjunto taxativo de fatores, a saber, religião, idade, orientação sexual e deficiência. Este último conceito reveste importância não despidendo no âmbito do tema abordado nesta dissertação. A esse ponto nos referiremos seguidamente.

### **2.2.2.3. Integração do VIH/SIDA no conceito de *deficiência* para efeitos da tutela antidiscriminatória da Diretiva 2000/78**

Muito embora ainda não tenha sido abordada diretamente pelos tribunais nacionais e europeus, uma das grandes questões – cuja resposta afirmativa fundamentada consubstanciará, entre nós, um marco para a proteção do trabalhador seropositivo – é a de saber se é possível integrar a infeção por VIH/SIDA no conceito de *deficiência* à luz da Diretiva<sup>1280</sup>. Isto porque, na sua esteira, o incumprimento do dever de adaptação razoável por parte do empregador (art. 5.º) – isto é, a omissão de medidas que, não sendo excessivamente onerosas, permitam ao portador de deficiência aceder à sua profissão, exercê-la e progredir nela em condições de igualdade com os demais – resulta na qualificação como discriminatório de qualquer ato de desfavor contra ele praticado em virtude da sua deficiência. A proibição da discriminação em razão da deficiência está expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, na CRP<sup>1281</sup>, no CT e na Lei n.º 46/2006, de 28/08, bem como em vários instrumentos jurídicos internacionais e europeus, entre os quais a CDPD, a CDFUE, a CSE e a Convenção n.º 159 da OIT.

A ligação entre o desiderato antidiscriminatório e o dever de adaptação razoável previsto pelo direito da UE não foi consagrada pelo legislador laboral português, não se vislumbrando qualquer conexão expressa entre os imperativos de não discriminação (arts. 23.º e ss. CT) dos trabalhadores com deficiência e a obrigação de adaptação razoável a cargo do empregador em relação àqueles, positivada no art. 86.º/1 CT. Assim, dado que a Diretiva elenca taxativamente os fatores específicos que estão sob a sua tutela, apenas essa convergência de conceitos, ou seja, a subsunção da seropositividade ao conceito de deficiência, permite que a adoção de um ato de desfavor em relação ao trabalhador portador de VIH, *maxime* a extinção do vínculo<sup>1282</sup>, sem que tenha sido

---

<sup>1280</sup> Centramo-nos neste instrumento jurídico posto que, como *supra* mais bem explicitado, os demais diplomas internacionais e europeus, ao consagrarem cláusulas antidiscriminatórias abertas, tutelam o trabalhador seropositivo.

<sup>1281</sup> Vide, em especial quanto à proteção dos portadores de deficiência, o art. 71.º CRP.

<sup>1282</sup> O contrato de trabalho caduca, verificando-se a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de realizar a prestação laboral (art. 343.º/1-b) CT). Por seu turno, poderá o empregador, servindo-se da figura do *despedimento por inaptidão* (art. 375.º/1-a) CT), fazer cessar o contrato do trabalhador seropositivo que se mostra inapto para o exercício da atividade, ao pôr em risco a segurança e a saúde de terceiros, ou que mostre uma redução da produtividade e da qualidade do trabalho, associadas ou não a avarias repetidas nos equipamentos, fruto da debilidade física característica do doente de SIDA.

cumprido o dever de adaptação razoável, se consubstancie num ato discriminatório. Isto porque, por força do princípio da interpretação conforme, o intérprete português está vinculado a ler e a interpretar a lei nacional à luz da Diretiva e da jurisprudência do TJ, que preveem essa forma de tutela do trabalhador portador de deficiência<sup>1283</sup>.

A resposta afirmativa quanto à possibilidade de subsunção da seropositividade ao conceito de deficiência não constitui uma conquista meramente teórica, assumindo relevo prático considerável para a proteção do infetado com VIH, na medida em que, por um lado, reforça o desvalor associado à conduta de desfavor em relação ao mesmo adotada, designadamente através do agravamento da sanção aplicada ao ato ilícito qualificado como discriminatório, e, por outro lado, permite-lhe beneficiar da aplicação das normas quanto ao encargo probatório em matéria de igualdade e não discriminação<sup>1284</sup>. Quanto a este último aspeto, refira-se que o legislador laboral, no art. 25.º/5 CT, consagra a *partilha* do ónus da prova da discriminação, incumbindo ao demandante alegar factos concretos e precisos que permitam afirmar *prima facie* um tratamento discriminatório e que façam gerar a presunção de que o ato de desfavor se funda ilegítima e injustificadamente num critério no qual, à luz do desiderato antidiscriminatório, nunca se poderia basear tal diferenciação. De resto, cabe ao demandado (empregador) afastar esses indícios de discriminação, alegando e provando a existência de uma causa lícita justificativa da sua conduta, ou que o critério, a disposição ou a prática são proporcionais, sendo, assim, objetivamente justificados<sup>1285</sup>.

Posto isto, para chegar a uma conclusão sobre a questão de saber se a infeção por VIH se poderá reconduzir ao conceito de deficiência para efeitos de proteção da Diretiva, cumpre aferir se as características da respetiva patologia o permitem. A noção de deficiência não se encontra definida na Diretiva, no TUE ou na CDFUE<sup>1286</sup>, pelo que se deverá atender à definição proposta pela CDPD<sup>1287</sup>, sendo esta a definição acolhida pelo TJ<sup>1288</sup>. Assim, cumpre aferir se a infeção por VIH se traduz numa limitação duradoura

---

<sup>1283</sup> Vide Ac. *Chacón Navas* (Proc. C-13/05), § 52, e Ac. *Jette Ring* (Proc. apensos C-335/11 e C-337/11), § 66 e § 67.

<sup>1284</sup> Neste sentido, Rouxinol, 2017, p. 291.

<sup>1285</sup> A este propósito, Moreira, 2013b, pp. 116-118, critica o entendimento restrito que tem vindo a ser adotado pela jurisprudência portuguesa, ao incumbir o trabalhador, além de alegar factos que façam nascer a presunção de discriminação, de invocar o fator que sustentou o tratamento discriminatório, subvertendo-se, deste modo, a benesse que se pretendeu obter para o mesmo com a previsão de uma competência partilhada em matéria de prova da discriminação.

<sup>1286</sup> A propósito do conceito de deficiência, Moreira, 2013a, p. 174, aponta como principais causas para a maioria dos instrumentos normativos não o definirem: a abstração do conceito e a evolução constante do seu conteúdo e âmbito subjetivo.

<sup>1287</sup> Ratificada respetivamente por Portugal e pela UE em 2009 e 2010, a CDPD define amplamente o conceito de deficiência (art. 1.º), proibindo a discriminação em razão deste fator (art. 5.º/2).

<sup>1288</sup> O TJ, no Ac. *Jette Ring*, § 38, adere ao conceito de deficiência tal como definido pela CDPD, demonstrando uma mudança no seu entendimento quanto ao recorte deste conceito, sobre o qual já se havia pronunciado no Ac. *Chacón Navas*, não sendo indiferente a esta mudança de paradigma o facto de, entre os dois arestos, a UE ter ratificado a CDPD.

que resulta, nomeadamente, de uma incapacidade física, mental ou psíquica, cuja interação com diferentes barreiras *impede a participação plena do trabalhador na vida profissional*, em condições de igualdade com outros trabalhadores<sup>1289</sup>.

No que concerne ao primeiro elemento constitutivo do conceito elencado — limitação duradoura —, dúvidas não há quanto ao seu preenchimento quando tratamos da infeção por VIH, sendo certo que, como melhor explicitado *supra*, se trata de uma condição em permanente evolução desde o momento da infeção, e cujas consequências para o organismo apenas poderão ser mitigadas com os tratamentos adequados. Quanto ao demais, concordamos com Joana Vicente e Milena Rouxinol, quando chamam a atenção para a relevância que os vários estágios da doença assumem na qualificação do trabalhador seropositivo como trabalhador portador de deficiência para efeitos da tutela antidiscriminatória no domínio laboral<sup>1290</sup>. De facto, é quase inequívoco afirmá-lo na fase ativa da doença (SIDA), dado que, neste estágio, não raras vezes, o portador do vírus é alvo de infeções oportunistas e demais patologias duradouras, que, com alguma periodicidade, o afetam fisicamente e limitam a sua prestação laboral. Ademais, o reverso da medalha dos tratamentos a que se submetem os infetados, tendo em vista o prolongamento da sua vida, são os efeitos secundários que destes derivam, traduzindo-se, eles próprios, num obstáculo à sua vida laboriosa ativa<sup>1291</sup>.

Porém, a resposta à questão em análise mostra-se menos evidente no trabalhador portador do vírus que é assintomático — encontrando-se a infeção em fase de latência clínica —, salvo estando em causa o exercício de funções em que existe um risco *qualificado* de contágio, sobre as quais nos debruçaremos adiante. Com efeito, muito embora o vírus permaneça em constante evolução e o seu portador seja um foco de infeção, a falta de manifestações físicas ou psíquicas da patologia dificulta a subsunção da infeção por VIH ao conceito de deficiência na aceção da CDPD, bem como da jurisprudência do TJ, porquanto este Tribunal adota uma posição estrita, na medida em que considera que a patologia subsumível à noção de deficiência tem de representar uma limitação para a vida profissional, permitindo, deste modo, afirmar a desigualdade entre o trabalhador doente e os seus pares saudáveis<sup>1292</sup>.

Ora, esta exigência constitui precisamente o que impede a transposição, para o contexto europeu, de uma linha de raciocínio seguida nomeadamente no ordenamento

---

<sup>1289</sup> Cf. Ac. do TJ, *Jette Ring*, § 41.

<sup>1290</sup> Vicente & Rouxinol, 2016, p. 152.

<sup>1291</sup> Alguns dos efeitos secundários dos tratamentos antirretrovirais que poderão comprometer a prestação laboral são a fadiga, as náuseas e as dificuldades no sono. Sobre o tema, *vide* US Department of Health and Human Services, 24 outubro 2019.

<sup>1292</sup> Neste sentido, *vide* Vicente & Rouxinol, 2016, pp. 152-154, e Carvalho, 2017, pp. 146-148. Note-se que o TJ já concluiu que a ausência de um órgão ou uma doença prolongada que exige um tratamento contínuo não se podem subsumir ao conceito de deficiência, mesmo que importem transtorno psicológico para o doente, se não limitarem o exercício da prestação laboral (Cf. Proc. C-363/12, § 77-82).

jurídico americano, no qual é bastante que a limitação física de que padece o portador de deficiência tenha impacto num certo domínio da sua vida — pessoal, social, económico —, sem que seja imperativo que aquela limitação afete a sua prestação laboral<sup>1293</sup>.

Posto isto, muito embora implique algum esforço interpretativo, consideramos que será demasiado redutor, e, inclusive, contrário à teleologia do desiderato antidiscriminatório europeu, afirmar que se encontra totalmente vedada a hipótese de interpretação da Diretiva no sentido de se incluir o trabalhador portador de VIH assintomático no escopo da proteção conferida pela mesma ao trabalhador portador de deficiência, e, portanto, defendemos que existe uma margem relevante para que o primeiro se possa subsumir ao segundo, não havendo risco de se perfilhar uma interpretação *contra legem*.

De modo a sustentar a nossa posição, veja-se, em primeiro lugar, que o TJ não restringe o espectro de situações no domínio laboral em que tem de se manifestar a limitação, pelo que, como bem afirmam Joana Vicente e Milena Rouxinol, “a limitação relevante para efeitos da Diretiva é aquela que afeta a vida profissional do trabalhador em geral, daí resulta que estarão em cima da mesa aspectos que não se restringem à execução concreta do trabalho”<sup>1294</sup>. Assim, questionamos, acompanhando Rui Carvalho<sup>1295</sup>, até que ponto o portador do vírus assintomático está efetivamente em condições de igualdade com os demais, em especial a partir do momento em que o seu estatuto serológico é conhecido, dado o estigma que, muito embora em sentido decrescente, ainda subsiste em torno da infeção por VIH<sup>1296</sup>. De facto, as alterações comportamentais, mesmo inconscientes e sem qualquer intuito discriminatório, que poderão advir de colegas e do empregador, em virtude daquele conhecimento, são suscetíveis de transformar o local de trabalho do trabalhador seropositivo num ambiente hostil, de verdadeira tensão e consternação, e, conseqüentemente, sendo uma fonte de

---

<sup>1293</sup> Nos EUA, o *Supreme Court*, no caso *Bragdon vs. Abbott*, pronunciou-se no sentido de ser possível considerar o portador de VIH assintomático como portador de deficiência à luz do *Americans with Disabilities Act (ADA)*, de 1990, porquanto o conceito de deficiência deverá ser entendido como uma limitação passível de afetar uma atividade essencial da vida do ser humano (*major life activity*), sendo inequívoco que o infetado com VIH padece de um limite físico quanto a uma das mais básicas funções do Homem: a reprodução. De resto, apesar de a tónica ter sido colocada na limitação à reprodução, o Tribunal deixa em aberto a possibilidade de o VIH afetar outras atividades humanas essenciais, porém sem as especificar. Para mais desenvolvimentos sobre este e outros casos americanos sobre o tema, *vide* Zimmer, Sullivan & White, 2013, pp. 490-571. Ademais, Gordon, 2015, p. 228, salienta que, após a alteração ao *ADA*, em 2008, queda claro que o diploma visa proteger amplamente os trabalhadores infetados com VIH contra condutas discriminatórias.

<sup>1294</sup> Vicente & Rouxinol, 2016, p. 156.

<sup>1295</sup> Carvalho, 2017, pp. 146-148.

<sup>1296</sup> A este propósito, o AG Geelhoed, nas conclusões apresentadas ao caso *Chacón Navas*, refere que o momento do conhecimento do defeito genético é o momento decisivo a partir do qual o sujeito passa a ser um alvo privilegiado de atos discriminatórios, não querendo o empregador ou as seguradoras suportar os riscos inerentes à contratação ou à proteção através de uma apólice de seguro.

perturbação, de ter reflexos negativos na execução da prestação laboral. Este impacto negativo poderá verificar-se ainda, a montante, no momento da seleção e da contratação, se, mesmo através de vias legítimas, o empregador tomar conhecimento da infeção do candidato, sendo certo que, com toda a probabilidade, este aspeto não será alheio ao momento da decisão<sup>1297</sup>.

Ademais, atente-se na latitude com que a própria CDPD entende o conceito de deficiência — afirmando-o como um “conceito em evolução” e reconhecendo a “diversidade das pessoas com deficiência”<sup>1298</sup> — e à interpretação do mesmo pela jurisprudência do Comité das Nações Unidas sobre as Pessoas com Deficiência, cuja análise permite uma maior convicção quanto à possibilidade de sobreposição entre o conceito de doença e o conceito de deficiência<sup>1299</sup>. Ora, sendo a CDPD a principal fonte de referência para o TJ quanto às questões relacionadas com o conceito de deficiência, as considerações *supra* aduzidas podem ser um forte indício de que existe elevada probabilidade de o infetado com VIH assintomático poder vir a ser considerado como portador de deficiência pelo TJ<sup>1300</sup>. De resto, uma alternativa à proteção daquele será o legislador europeu prever a infeção por VIH como um fator *suspeito* de discriminação autónomo.

Sem prejuízo do aduzido, mesmo que não se entenda que a seropositividade assintomática se pode reconduzir ao conceito de deficiência, o portador de VIH está especialmente protegido no nosso ordenamento jurídico, sendo considerado como uma pessoa com *risco agravado de saúde* para o efeito da proteção da Lei n.º 46/2006<sup>1301</sup>. O diploma, além de proibir condutas discriminatórias no domínio do emprego (art. 5.º/1), determina que serão assim qualificados aqueles atos de desfavor que não sejam precedidos de medidas de adaptação razoável, sempre que não padecer de uma determinada patologia se trata de um requisito determinante para o exercício da profissão (art. 5.º/3 e 4).

## 2.3. No direito interno

Entre nós, o art. 26.º/1 CRP consagra o direito à proteção contra qualquer forma de discriminação, sendo este, para Jorge Miranda e Rui Medeiros, “uma expressão subjetivada do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º”<sup>1302</sup>. Por seu turno, no âmbito laboral, o art. 24.º/1 CT prevê uma lista exemplificativa de fatores em razão dos quais o empregador se deve abster da prática de condutas direta ou indiretamente

---

<sup>1297</sup> Neste sentido, Vicente & Rouxinol, 2016, p. 156.

<sup>1298</sup> Cf. considerandos e) e i) da CDPD.

<sup>1299</sup> Vide a decisão *Ms. S. C. v. Brazil*, de 28/10/2014.

<sup>1300</sup> No mesmo sentido, Carvalho, 2017, p. 147.

<sup>1301</sup> Assim, Dias Pereira, 2007, pp. 111-112.

<sup>1302</sup> Miranda & Medeiros, 2017, p. 458.



discriminatórias (art. 25.º/1 CT), da qual não consta o VIH/SIDA como fator *suspeito* de discriminação<sup>1303</sup>. Sem embargo, dada a amplitude da tutela concedida pelo legislador ao rejeitar um elenco fechado de critérios *suspeitos* de discriminação, o trabalhador seropositivo está protegido contra qualquer forma de discriminação em todas as fases da relação laboral<sup>1304</sup>.

De relevo para o tema sobre o qual se disserta é ainda a Lei n.º 46/2006, a cuja importância nos referimos no ponto anterior, para o qual ora se remete.

### **3. A tutela do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias**

#### **3.1. O direito à opacidade serológica**

Tendo como pano de fundo o explicitado no ponto anterior, dado o carácter transmissível do VIH, aliado ao facto de a sua cura ser ainda embrionária — e, para a generalidade, inacessível — e de a patologia ser, não raras vezes, conectada com a prática de atividades marginais — toxicodependência e prostituição — e/ou com a homossexualidade, o certo é que o trabalhador seropositivo é um alvo privilegiado de condutas discriminatórias. Posto isto, “a incipiência do percurso rumo à aceitação da (irrelevância) da diferença ainda permite que afirmemos que esta se tolera melhor se se desconhecer”<sup>1305</sup>.

Assim, consideramos que a forma mais eficaz de neutralizar a diferença será evitar que esta seja conhecida pelos demais, pelo que, acompanhando João Leal Amado, afirmamos que o trabalhador é titular do *direito à opacidade serológica*<sup>1306</sup>, tendo, via de regra, o direito de manter o empregador e restantes colegas de trabalho na ignorância sobre o seu estatuto serológico. Com efeito, a proteção do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias em razão do seu estado de saúde passa pela tutela da reserva da intimidade da vida privada, direito esse constitucional e infraconstitucionalmente protegido (art. 26.º/1 CRP e art. 80.º CC)<sup>1307</sup> e expressamente consagrado no domínio laboral no art. 16.º CT<sup>1308</sup>. Assim, no art. 16.º/2 CT, o legislador

---

<sup>1303</sup> Entre nós, embora não tenha sido aprovado, foi apresentado a 01/12/2003, pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, o Projeto de Lei n.º 385/IX, que consagrava expressamente a proibição da discriminação dos portadores de VIH/SIDA, designadamente no domínio laboral.

<sup>1304</sup> A este propósito, Rodrigues, 2016, p. 77, afirma existirem legislação e recursos bastantes para o combate à discriminação em razão da infeção por VIH, e pugna para que a luta seja contra o estigma e pelo garante da efetiva aplicabilidade da lei, tendo em vista a real integração no mercado de trabalho.

<sup>1305</sup> Vicente & Rouxinol, 2007, p. 793.

<sup>1306</sup> Leal Amado, 2010, p. 172.

<sup>1307</sup> A nível supranacional, refira-se, em especial, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que prevê o direito ao respeito pela vida privada no que toca a informações relacionadas com a saúde (art. 10.º).

<sup>1308</sup> Muito embora o preceito se dirija a ambas as partes da relação contratual, compreende-se que se destine

elencar um conjunto de elementos, inclusive os respeitantes à saúde, que subsume ao conceito de intimidade da vida privada<sup>1309</sup>, não podendo o empregador aceder ou divulgar informações desta esfera do trabalhador. Como parte integrante do estado de saúde dos trabalhadores, a seropositividade pertence à sua esfera mais íntima e reservada, a qual não deve ser, por qualquer via, devassada<sup>1310</sup>.

Face ao exposto, cumpre explicitar os vários mecanismos consagrados pelo legislador laboral para o alcance do desiderato garantístico do *direito à opacidade serológica*, e que, por inerência, se traduzem em mecanismos de tutela de diversos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a saber, o direito à dignidade da pessoa humana<sup>1311</sup>, à não discriminação, à reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais, proibindo-se a sua acessibilidade a terceiros (art. 1.º, 26.º e 35.º/4 CRP).

Com efeito, é seguro afirmar que o nosso ordenamento jurídico-laboral procura impedir o escrutínio do estatuto serológico do trabalhador. Desde logo, o art. 17.º/1-b) CT impede que o empregador exija do candidato ou trabalhador informações relativas à sua saúde, consagrando, como regra, a inviolabilidade da reserva da vida privada. Ora, sem prejuízo de maiores desenvolvimentos *infra* sobre as possíveis derrogações ao preceito em análise, saliente-se, como forma de corroborar o nosso entendimento quanto ao elevado nível de proteção a que estão sujeitos os dados relacionados com o estado de saúde do trabalhador, a especial preocupação e a exigência prevista pelo legislador laboral quanto às circunstâncias que têm de se verificar para que se possa equacionar o conhecimento dos mesmos. De facto, muito embora o art. 16.º/2 CT subsuma os dados relativos à saúde do trabalhador à sua vida privada, e o art. 17.º/1-a) CT preveja que o empregador apenas pode questionar o trabalhador quanto a aspetos da sua vida privada quando tais informações sejam “estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação”, na al. b) do art. 17.º/1 CT o legislador vai mais longe, consagrando como imperativo, para tal intromissão, que “particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem”<sup>1312</sup>. De resto, às limitações

---

mormente à tutela do trabalhador, que, inserto numa organização produtiva, se encontra sob as ordens e a direção do empregador, numa posição de subordinação jurídica, ficando, deste modo, a sua vida privada sujeita a maior exposição. Neste sentido, Dray, 2019, p. 99.

<sup>1309</sup> Apesar de o art. 16.º/2 CT prever um catálogo exemplificativo, estão excluídos da sua tutela aqueles aspetos que, muito embora de índole pessoal, são importantes para a celebração e a execução do contrato, como as habilitações literárias.

<sup>1310</sup> Neste sentido, Fragoso, 2006, pp. 4-5.

<sup>1311</sup> Afirmando que a dignidade da pessoa humana, muito embora esteja subjacente a todos os direitos básicos do ser humano, no direito à intimidade se expressa de forma particularmente intensa, *vide* Goñi Sein, 1988, p. 194.

<sup>1312</sup> Referindo-se ao preceito correspondente no CTo3, Menezes Leitão, 2004, p. 126, afirma que a autonomização prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º se baseia na *teoria das três esferas*, dividindo-se a vida privada em esfera íntima, esfera privada e esfera pública. Para o autor, os dados sobre o estado de saúde,

relativas aos pedidos de informação acresce a proibição de ser solicitada a realização ou a apresentação de testes de despistagem do vírus para efeitos de admissão ou de permanência no emprego (art. 19.º/1 CT).

Não se olvide ainda que a assimetria característica da relação laboral potencia a ingerência, por parte do empregador, na esfera da vida privada do candidato ou do trabalhador, que, com receio de retaliações, se vê coagido a responder a questões desta índole. Com efeito, numa primeira abordagem, diríamos que é possível dirimir esta contenda chamando à colação o direito ao silêncio do candidato ou trabalhador, que, perante questões ilegítimas e atentatórias dos seus direitos fundamentais, pode abster-se de lhes responder. Ora, como afirma João Leal Amado, “[o] empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se...”<sup>1313</sup>. De facto, bem se compreende que, especialmente na fase pré-contratual, a inércia de resposta por parte do candidato possa constituir um fator decisivo para a sua não contratação, sendo dificilmente comprovável a razão que lhe vedou o acesso ao emprego<sup>1314</sup>. Neste sentido, o autor admite o “direito à mentira” do candidato e também do trabalhador perante questões ilegítimas e infundadas, nomeadamente sobre o seu estatuto serológico<sup>1315</sup>, tendo em vista a proteção do mesmo contra práticas discriminatórias, e não permitindo que a sua contratação seja *a priori* comprometida, nem que sofra represálias no decurso da relação laboral por, muito embora legitimamente, se ter recusado a responder<sup>1316</sup>.

### **3.2. Limites ao direito à opacidade serológica**

Sem prejuízo de todo o aduzido, o direito à reserva da intimidade da vida privada não é um direito absoluto, tendo de ser compatibilizado com o dever do próprio titular de não colocar em risco, com o seu comportamento, a saúde dos demais trabalhadores, dos clientes, ou do empregador<sup>1317</sup>. Neste sentido, admitem-se exceções às regras

---

mas também, embora não tipificados, as convicções políticas ou os hábitos de vida constituem aspetos que integram a esfera íntima, devendo ser tutelados de forma acrescida.

<sup>1313</sup> Leal Amado, 2014, p. 187.

<sup>1314</sup> Alertando para a dificuldade de provar que a não contratação se deveu ao conhecimento, por parte do empregador, da condição de seropositividade do trabalhador, *vide* Moreira, 2019, p. 162.

<sup>1315</sup> De facto, segundo Leal Amado, 2014, pp. 187-188, poderá o empregador, servindo-se da sua posição enquanto detentor do poder de direção e de decisão sobre inúmeros aspetos da relação laboral, de forma discreta, sem fazer uso do poder disciplinar, comprometer a posição do trabalhador que se recusa (legitimamente) a responder a uma questão intrusiva acerca da sua vida privada. Pense-se, por exemplo, na não concessão de um prémio ou de uma promoção, ou ainda na não aprovação dos dias de férias escolhidos. Assim, defende o autor que, nestes casos, o “direito à mentira” extrapola a fase pré-contratual, sendo válido durante a execução do contrato. Em sentido diverso, pugnando pela existência do “direito à mentira” apenas na fase pré-contratual e já não durante a execução do contrato, momento em que o trabalhador apenas poderá remeter-se ao silêncio, *vide* Apostolides, 2008, p. 257 (nota 687).

<sup>1316</sup> Note-se que este “direito à mentira” não subsiste nos casos em que as perguntas são justificadas pelas particularidades da atividade, devendo o trabalhador responder a estas com verdade, muito embora se consubstanciem numa intromissão na sua esfera íntima.

<sup>1317</sup> Mota Pinto, 1993, pp. 508-509, pronunciando-se sobre o problema da tutela da *privacy*, assinala a contraposição que se pode verificar entre o interesse de cada indivíduo em manter reservados determinados aspetos da sua vida, sem que ninguém a eles tenha acesso, e o interesse público que, em certos casos, existe quanto ao seu conhecimento pelos demais.

proibitivas anteriormente explicitadas, quando, no desempenho da sua atividade, o trabalhador exerce funções que comportam um risco *qualificado* de transmissão do vírus. Nestes casos, a proteção, mormente do direito à saúde (art. 64.º CRP), daqueles com quem o trabalhador contacta é fundamento bastante para a restrição do seu *direito à opacidade serológica* e, comprovada a seropositividade, para o afastamento das suas funções habituais, ou, em última instância, para a cessação do vínculo.

Assim, quer o art. 17.º/1-b) CT quer o art. 19.º/1 CT admitem, desde que seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação, questões sobre o estado de seropositividade, bem como a solicitação de testes de rastreio sempre que as particulares exigências da atividade o justifiquem<sup>1318</sup>. Sem embargo, tratando-se de uma intromissão na esfera mais íntima do trabalhador – e, portanto, de uma restrição a um direito fundamental –, apenas será legítima sob a égide do respeito pelos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, na esteira do art. 18.º/2 CRP<sup>1319</sup>.

No que concerne aos exames médicos, refira-se que o TC, no seu Ac. n.º 368/2002, de 25/09, destaca a obrigatoriedade de o médico do trabalho se cingir aos exames necessários para a concretização do fim último, que é o de decidir sobre a aptidão ou inaptidão do trabalhador ou do candidato a emprego para o exercício da atividade em causa. Bem se compreende esta precisão feita pelo TC, posto que, no caso da solicitação e realização de exames de despiste de certa patologia, é comprimido o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador de forma ainda mais premente do que no pedido de informações acerca do estado de saúde, e ainda o direito à integridade física, ambos direitos fundamentais que apenas podem ser restringidos na medida do permitido pelo princípio da proibição do excesso.

Note-se, porém, que quer (indiretamente) a CRP (art. 59.º/1-c)), quer a legislação ordinária (art. 281.º CT e art. 15.º da Lei n.º 102/2009, de 10/09) impõem ao empregador, sendo o detentor do domínio dos perigos subjacentes à atividade que desenvolve, que atue de forma a prevenir riscos para a saúde dos seus trabalhadores e de terceiros<sup>1320</sup>, cumprindo-lhe remover todos aqueles que sejam passíveis de eliminação e,

---

<sup>1318</sup> Colaço, 2003, p. 108 (nota 18), critica a redação dos preceitos equivalentes na Proposta do CT (Proposta de Lei n.º 29/IX), considerando que a amplitude das exceções admitidas compromete o principal objetivo da norma. No mesmo sentido, Quintas, 2013, p. 284, critica a técnica legislativa nebulosa, referindo que a terminologia utilizada pelo legislador, ao prevalecer-se de conceitos indeterminados, atribui ao empregador a prerrogativa de avaliar e determinar se e em que medida o escopo da atividade que dirige exige que sejam prestadas informações de índole privada pelo trabalhador.

<sup>1319</sup> Neste sentido se pronunciou o TC no Ac. n.º 306/03, de 25/06.

<sup>1320</sup> Concordamos com Vicente & Rouxinol, 2007, p. 811, quando afirmam que a obrigação de sujeição a testes de despiste do vírus não se justifica em nome da proteção dos interesses do próprio trabalhador, porquanto este sempre poderia realizá-los de forma autónoma e externa ao emprego. Aliás, segundo a publicação da OIT, 2011, p. 24, “podem ocorrer situações nas quais os trabalhadores desejem, por sua

quanto aos demais, reduzi-los até ao mínimo possível<sup>1321</sup>. No caso de o trabalhador exercer funções que comportam um risco relevante de contágio, confirmada a seropositividade, o cumprimento de tal dever traduzir-se-á na modificação do conteúdo funcional do trabalhador<sup>1322</sup> ou, caso isto não seja possível, na cessação do vínculo. Tal contende, porém, com direitos fundamentais do trabalhador seropositivo, a saber, o direito ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e a não ser discriminado (art. 26.º CRP), o direito ao trabalho (art. 58.º CRP) — abrangendo este último o direito a ocupação efetiva compatível com as funções para as quais o profissional foi contratado — e o direito à estabilidade no emprego (art. 53.º CRP), em prol da tutela do direito à saúde e à integridade física dos demais (arts. 64.º e 25.º CRP). Assim, será o juízo de proporcionalidade, razoabilidade, adequação e suficiência na restrição e tutela dos bens conflitantes que assumirá o papel limitador da ação preventiva.

Todavia, não está vedada a hipótese de o empregador, mesmo cumprindo com a sua obrigação de garante da segurança e da saúde no trabalho, não conhecer, num dado momento, a inaptidão do trabalhador para o exercício das suas funções, posto que os exames de despiste do vírus, cuja realização deve promover (art. 108.º da Lei n.º 102/2009), não são diários, nem muito menos o serão as questões sobre o estatuto serológico do trabalhador. Ademais, um resultado negativo no teste serológico não significa indubitavelmente que o trabalhador não esteja infetado e não seja infetante, podendo aquele encontrar-se no “período de janela”, durante o qual o vírus não é detetado.

Ora, saliente-se que não só sobre o empregador recaem deveres no domínio da segurança e da saúde no trabalho. O trabalhador deve adotar uma atitude zelosa e diligente, de modo a afiançar a sua segurança e a velar pela sua saúde, nomeadamente comparecendo às consultas e aos exames determinados pelo médico do trabalho, bem como pela saúde dos demais com quem contacta no exercício da sua profissão (art. 17.º/1-b), d) da Lei n.º 102/2009). Como notam Jorge Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à saúde consubstancia-se não só no direito à proteção da saúde do seu titular, mas também no dever jurídico do próprio de proteger a saúde dos demais, abstendo-se de condutas passíveis de a lesar, bem como, muito embora de forma mais dúbia, de afetar a sua própria saúde<sup>1323</sup>.

---

própria iniciativa, submeter-se ao teste HIV, inclusive no âmbito de programas de rastreio voluntário. Neste caso, o rastreio deve ser efectuado pelos serviços de saúde comunitários e não no local de trabalho”.

<sup>1321</sup> Martins, 2019, p. 348 (nota 70), adverte para o facto de, muito embora o respeito pelo princípio da prevenção reduzir a probabilidade de acidentes de trabalho e de exposição a fatores de risco, o esforço que comporta para o empregador ter de ser compatibilizado com o princípio da proporcionalidade.

<sup>1322</sup> Neste sentido, Dias Pereira, 2006, p. 130.

<sup>1323</sup> Gomes Canotilho & Moreira, 2007, p. 826.

Posto isto, o caso do VIH é particular, na medida em que, contrariamente a outras doenças cuja transmissão se opera por via aérea (gripe, tuberculose, etc.) – por conseguinte, de forma menos controlável –, a transmissão do VIH é facilmente evitável, mediante uma atitude responsável do seu portador. Assim, é mister a promoção da responsabilização individual do cidadão seropositivo, que, no domínio laboral, consideramos traduzir-se em deveres de informação e de sujeição a exames de rastreio, por parte dos trabalhadores que desempenham funções nas quais a possibilidade e a probabilidade de transmissão do vírus é uma realidade atendível<sup>1324</sup>. Neste sentido, a doutrina<sup>1325</sup> tem entendido que o candidato e o trabalhador<sup>1326</sup> têm o dever de informação, revelando ao médico do trabalho a sua condição de seropositividade quando o exercício da prestação laboral importe um risco relevante de contágio do vírus, sendo tal dever um corolário do princípio da boa-fé pré-contratual e contratual (art. 102.º e art. 126.º/1 CT)<sup>1327</sup>.

Porém, mesmo nestas situações excecionais, o empregador não tem o direito de tomar conhecimento do estado de saúde do trabalhador. De facto, somente o médico do trabalho tem acesso a esta informação, cumprindo-lhe comunicar ao empregador apenas a (in)aptidão do trabalhador (art. 17.º/2 CT e 19.º/3 CT), bem como, nos termos do art. 110.º/2 da Lei n.º 102/2009, sendo o juízo de inaptidão, indicar, se possível, outras funções que aquele possa desempenhar. O médico está obrigado a manter segredo sobre a seropositividade do trabalhador, estando adstrito ao dever de sigilo profissional<sup>1328</sup>, sendo para o empregador tão-só o juízo final respeitante à idoneidade, ou ausência dela, do trabalhador, e indiferente conhecer as causas que estiverem na raiz da eventual inaptidão<sup>1329</sup>. Assim, notamos que o médico do trabalho possui uma ampla discricionariedade na avaliação e no juízo sobre a possibilidade de o trabalhador ou candidato ao emprego exercer a prestação, não se lhe impondo qualquer fundamentação, e sendo aquele juízo inimpugnável<sup>1330</sup>.

---

<sup>1324</sup> Neste sentido, Daudel, R. & Montagnier, L. (1995). *A SIDA*. Lisboa: Instituto Piaget, pp. 46, 104 e 105, *apud* Negrão, 2011, p. 26.

<sup>1325</sup> Rouxinol, 2008, p. 251, e Moreira, 2004, p. 494.

<sup>1326</sup> Cf. art. 106.º/2 CT.

<sup>1327</sup> Para uma definição de boa-fé na relação contratual, *vide* Abrantes, 2005, p. 178.

<sup>1328</sup> Cf. art. 29.º e ss. do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (anexo ao Regulamento da OM n.º 707/2016, de 21/07). Note-se que a ficha clínica está sujeita ao segredo profissional (art. 109.º/2 da Lei n.º 102/2009) e que a violação do dever de sigilo pode consubstanciar um crime de devassa da vida privada (art. 192.º CP) e de violação de segredo (art. 195.º CP).

<sup>1329</sup> Neste sentido, Abrantes, 2018, p. 147 (nota 52), critica a possibilidade consagrada no art.17.º/3 CT03 (suprimida pela Lei n.º 7/2009, de 12/02) de o trabalhador autorizar, por escrito, o acesso, por parte do empregador, a informações sobre o seu estado de saúde, considerando-a atentatória dos limites do art.18.º/2 CRP.

<sup>1330</sup> A este propósito, o TC (Ac. n.º 368/02, de 25/09) refere que, mesmo sendo o poder atribuído ao médico discricionário, não é necessário um mecanismo para impugnar a sua pronúncia, posto que, não sendo o parecer do médico vinculativo para o empregador, é este último que decide, a final, sobre a restrição de direitos ou interesses do trabalhador.

### **3.3. A seropositividade no exercício de funções de risco qualificado de contágio, *maxime* na prática médico-cirúrgica**

Como ponto prévio, saliente-se que rejeitamos a terminologia “profissões de risco”, referindo-nos, ao invés, a funções que comportam um risco de contágio *qualificado*. Acompanhamos, deste modo, Leal Amado, que entende o primeiro conceito como obsoleto, considerando desnecessário e demasiadamente abrangente tipificar determinadas profissões que *per se* e no seu todo representam um risco acrescido de transmissão do VIH<sup>1331</sup>. De facto, ao invés, dever-se-á considerar que existem atividades cujas condições em que são exercidas aumentam aquele risco, sendo exigidos cuidados acrescidos para evitar a transmissão do vírus.

Compreende-se este entendimento, sendo certo que, no limite, qualquer profissão pode importar risco de contágio. Pensamos, por exemplo, no caso em que um trabalhador de uma fábrica fique ferido aquando da utilização de uma ferramenta de trabalho e de um outro trabalhador, com uma ferida aberta anteriormente, utilizar logo de seguida esse instrumento. Assim, muito embora, no domínio da obrigação de proteção da segurança e da saúde a cargo do empregador, se venha a admitir ser chamado à colação o princípio da precaução<sup>1332</sup>, aplicá-lo para definir profissões que importam risco de transmissão do VIH resultaria numa ampliação para lá do razoável do círculo daquelas em que é legítima a compressão de direitos fundamentais do trabalhador<sup>1333</sup>.

Aqui chegados, cumpre delimitar as funções que comportam um risco relevante de contágio<sup>1334</sup>, tendo como pano de fundo os conhecimentos da ciência e da medicina sobre as vias possíveis de transmissão do vírus *supra* explicitadas. Este exercício delimitativo é particularmente exigente, pelo que consideramos que não basta uma mera possibilidade remota, sendo imperativa a existência de uma forte probabilidade de contágio; daí o risco ter de ser qualificado, vedando-se a possibilidade de realização de exames de despiste do VIH e mantendo-se intacta a privacidade individual nos casos em que o risco é meramente ocasional ou accidental<sup>1335</sup>. Nestes últimos, nada mais é exigível

---

<sup>1331</sup> Leal Amado, 2010, p. 174.

<sup>1332</sup> O respeito pelo princípio da precaução traduz-se na adoção de medidas de controlo de riscos incertos, cuja ocorrência ainda não se prevê com certeza e sobre os quais a ciência não apresenta dados conclusivos, mas fornece elementos que permitem identificar um fundado receio de que existam.

<sup>1333</sup> Neste sentido advogam Vicente & Rouxinol, 2008, pp. 186-187.

<sup>1334</sup> Dias Pereira, 2006, p. 135, defende a criação de uma comissão médico-legal responsável pela elaboração de uma lista de casos em que seria legítima a solicitação de exames de diagnóstico de VIH em sede laboral.

<sup>1335</sup> De relevo para o nosso tema é o Ac. do TRL, de 29/05/2007, confirmado pelo STJ a 24/09/2008, que considerou legítima a declaração de caducidade do vínculo laboral — por impossibilidade, absoluta e definitiva, de prestar trabalho — dirigida pelo empregador ao trabalhador seropositivo, na sequência do juízo médico de inaptidão quanto ao desempenho de funções de cozinheiro num hotel. O aresto apresenta um entendimento desconforme com os conhecimentos científicos à data sobre as vias de contágio do VIH, afirmando a possibilidade de transmissão do vírus na eventualidade de haver derrame de sangue, saliva ou suor aquando da confeção dos alimentos e de posterior consumo por quem tenha uma ferida ou mucosa na boca. Ademais, considerando os factos apurados, não exercendo o trabalhador funções de risco qualificado, encontramos o problema, a montante, de não ser legítima a solicitação de informação, pelo médico do trabalho, ao médico assistente sobre o estado de saúde do cozinheiro, nem a revelação, pelo último, da

ao empregador que não adotar as medidas regulares de garante da segurança e da saúde no exercício da atividade que detém, sendo estas, *a priori*, suficientes para obstar ao contágio<sup>1336</sup>.

Posto isto, entende-se que são os profissionais de saúde — *maxime* os médicos-cirurgiões — quem, contactando regularmente, e não apenas excecional ou incidentalmente, com fluidos orgânicos, exerce funções que comportam um risco acrescido de contágio e, conseqüentemente, aqueles relativamente aos quais as questões e os exames de deteção do VIH se afiguram legítimos e obrigatórios.

Grandes interrogações e inquietações surgem quando analisamos o caso do cirurgião com teste positivo ao VIH, porquanto são as práticas médico-cirúrgicas aquelas que comportam um risco não meramente ocasional ou eventual, existindo, aquando do seu exercício, uma forte probabilidade de transmissão do vírus. Isto porque a maioria dos procedimentos cirúrgicos envolve técnicas invasivas e a utilização de equipamentos cortantes, sendo inerente à cirurgia o contacto com o sangue do paciente, de modo que se reúnem todas as condições para se operar a transmissão da doença, ou, pelo menos, para a tornar provável e não meramente possível.

Assim, no caso do cirurgião seropositivo, é premente a colisão de direitos a que nos referimos no subcapítulo anterior, porquanto poderá ter de ser comprimido o seu direito a uma ocupação efetiva e coincidente com as funções para as quais foi contratado e vedada a possibilidade de progressão na carreira enquanto cirurgião, em prol do imperativo de proteção dos pacientes, evitando a exposição dos mesmos à contaminação por VIH por ocasião da cirurgia.

A este propósito, a AMM recomenda, na Declaração sobre o VIH/SIDA e a Profissão Médica (§ 18.3)<sup>1337</sup>, que o médico seropositivo se afaste das suas competências funcionais, na medida em que a sua atividade crie risco de transmissão da doença a terceiros. Entre nós, pronunciou-se primeiramente o CNECV, no seu Relatório-Parecer (16/CNECV/96) sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA, afirmando que “os médicos se são seropositivos por HIV ou doentes de SIDA, pelo alto risco de transmitir a outros o vírus de HIV, através do sangue no exercício da especialidade, têm o dever de renunciar à especialidade e quedar-se por outras artes de menor risco” (CNECV, 17 janeiro 1996)<sup>1338</sup>. Posteriormente, em sentido distinto se pronunciou a OM, dispondo, no

---

infecção por VIH. Esta decisão foi exaustivamente criticada pela doutrina, *vide* Vicente & Rouxinol, 2008, p. 189, e Leal Amado, 2010, p. 175.

<sup>1336</sup> Neste sentido, Rouxinol, 2008, pp. 249-250.

<sup>1337</sup> Adotada pela 57.<sup>a</sup> Assembleia-Geral da AMM, realizada em Pilanesberg, África do Sul, no ano de 2006, e alterada pela 68.<sup>a</sup> Assembleia-Geral da AMM, realizada em Chicago, EUA, em 2017.

<sup>1338</sup> Fora do nosso ordenamento jurídico, em sentido semelhante, pronunciou-se a *Corte Costituzionale*, a 23/05/1994, decidindo-se pela inconstitucionalidade de parte de uma norma italiana da iniciativa de prevenção e luta contra a SIDA, que recusava a realização de exames de despiste do VIH no âmbito de profissões que integram funções que comportam elevado risco de contágio.



Regulamento sobre os Profissionais Médicos Seropositivos, que “os médicos nomeadamente especialistas em áreas cirúrgicas, seropositivos para o VIH podem continuar a praticar procedimentos invasivos e intervenções cirúrgicas”, salvo na hipótese de “demonstrada incapacidade do médico para cumprir os procedimentos básicos do controlo da infeção” ou se este estiver “incapaz funcionalmente para tratar os seus doentes” (OM, 19 junho 2009).

Ora, mesmo em relação aos cirurgiões, devemos ser rigorosos, aquilatando as tarefas integrantes do seu conteúdo funcional que podem, e em que condições, ser propícias à transmissão do vírus, dado que nem todas o serão<sup>1339</sup>. Ademais, a ponderação sobre a possibilidade de restrição de direitos do cirurgião deverá ser feita à luz dos avanços científicos, devendo apurar-se se a realização de uma determinada cirurgia implica, de facto, a criação de um perigo grave e iminente para a integridade física do paciente, e equacionar-se se esse perigo não pode ser superado na sua totalidade, ou reduzido até ao mínimo aceitável, pela utilização de equipamentos de segurança especiais<sup>1340</sup>.

Assim, tendo como pano de fundo o princípio da proporcionalidade da restrição de direitos, cumpre, em primeira linha, definir as tarefas que genericamente integram o conteúdo funcional de um cirurgião, para depois concluir quais, e em que medida, terão de ser limitadas, em prol do garante dos direitos fundamentais dos pacientes. Posto isto, dada a natureza e as características das tarefas que podem incluir o objeto do contrato de trabalho de um cirurgião, a saber, cirurgia aberta, cirurgia laparoscópica, dar consultas médicas, funções de investigação ou ensino e funções de gestão e administração, parece-nos evidente que os três últimos grupos de funções referidos não deverão ser limitados em razão da seropositividade, sendo tal limitação injustificada, ilícita e, inclusivamente, passível de ser qualificada como discriminatória, e, portanto, sancionável à luz dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais a que *supra* nos referimos.

Inversamente, para a realização da cirurgia aberta e laparoscópica, a seropositividade do médico será um dado relevante e um fator provavelmente limitador dessas funções. De facto, não obstante, na cirurgia aberta, ser manifesto o risco real de transmissão, ao paciente, do vírus de que é portador o cirurgião seropositivo, na cirurgia laparoscópica — na qual apenas se procede a uma pequena incisão na parede abdominal — esse contágio é também uma possibilidade relevante. Como bem relembra André Dias Pereira, sustentando-se no entendimento de alguns médicos, muito embora não seja tão evidente o risco de transmissão do vírus aquando da sua realização, o certo é que, por

---

<sup>1339</sup> Neste sentido, Rouxinol, 2011, pp. 129-130.

<sup>1340</sup> Neste sentido, Dias Pereira, 2007, p. 105.

um lado, nas cirurgias laparoscópicas são frequentes as situações de emergência, em que é necessário recorrer à cirurgia aberta, e, por outro, sendo um tipo de cirurgia invasiva, e na qual há recurso a instrumentos cortantes, não é por demais improvável a concretização do contágio<sup>1341</sup>.

Em face do exposto, mais conservadores, consideramos ser legítimo o afastamento do médico-cirurgião seropositivo do exercício de técnicas médico-cirúrgicas, quando não se consiga afirmar, com um grau relevante de certeza, a impossibilidade de transmissão do vírus no âmbito do exercício das suas funções. Entendemos que tal restrição não ofende o conteúdo essencial do direito ao trabalho do médico-cirurgião, porquanto se mantém na carreira médica, sendo-lhe apenas vedada a realização de cirurgias, e somente assim se protege eficazmente bens jurídicos fundamentais, como a saúde e a integridade física dos pacientes<sup>1342</sup>.

Ademais, numa perspetiva jurídico-penal, acompanhando Álvaro Rodrigues, consideramos que esta é a única solução em conformidade com o respeito pelo dever objetivo de cuidado que impende sobre o médico no exercício da sua profissão<sup>1343</sup>, bem como sobre as entidades hospitalares, que, no exercício do seu poder de direção sobre o primeiro, e estando conscientes de que o estado serológico do médico, aliado às funções que exerce, é suscetível de causar um risco relevante de contágio para os pacientes, devem eliminar esse risco, afastando o cirurgião do exercício dessas funções<sup>1344</sup>.

Em sentido algo diverso do que perfilhamos e, deste modo, mais protetor da estabilidade do conteúdo funcional dos médicos-cirurgiões, veja-se o disposto sobre esta matéria no direito norte-americano, nomeadamente em *Statement on the Surgeon and the HIV Infection*, do American College of Surgeons (2004), em que se afirma que, para que o cirurgião seropositivo deixe de poder realizar cirurgias invasivas, é necessário provar a existência de um risco relevante de contágio, demonstrando-se que o médico está funcionalmente incapaz de tratar o paciente ou não consegue cumprir com os procedimentos básicos de controlo de infeções.

---

<sup>1341</sup> Dias Pereira, 2007, p. 106.

<sup>1342</sup> Dias Pereira, 2007, p. 106. A este propósito Negrão, 2008, p. 211, considera que “é fortemente sugerido que o médico com HIV se abstenha de práticas diagnósticas ou terapêuticas invasivas, o que no caso de um cirurgião em funções julgamos implicar mudança necessária de especialidade, conquanto manutenção na carreira médica”.

<sup>1343</sup> A este respeito, Figueiredo Dias & Monteiro, 1994, p. 64, afirmam que, a partir do momento em que o médico aceita um paciente, emerge para o mesmo um dever jurídico de garante, cumprindo-lhe abster-se de práticas que possam consubstanciar uma lesão para a saúde do segundo. Pugnando pela responsabilidade individual dos trabalhadores, Campos, 1999, p. 167, afirma que, muito embora não seja necessário o total afastamento do profissional de saúde seropositivo do exercício da sua atividade, este não deve participar em operações suscetíveis de expor o paciente ao VIH.

<sup>1344</sup> Rodrigues, 2013, p. 230.

Acresce que, se a atividade desempenhada comportar risco qualificado de contágio, o tratamento diferenciado dado ao trabalhador seropositivo, mormente a modificação das condições de exercício da sua atividade, ou, como *ultima ratio*, a cessação do vínculo como consequência do juízo de inaptidão pelo médico do trabalho, não se saldará num comportamento discriminatório, dado que não ser portador de VIH representa um requisito essencial e determinante para o exercício daquelas funções (art. 25.º/2 CT).

Sem embargo, a seropositividade do médico-cirurgião não poderá implicar o afastamento do mesmo da profissão médica sem mais, porquanto tal entendimento se revela manifestamente atentatório de direitos fundamentais basilares do nosso ordenamento jurídico. Assim, sendo a infeção por VIH pacificamente entendida como uma doença crónica, relembra-se que, no art. 86.º/1 CT, o legislador laboral positiva, para o empregador, o dever de adaptação razoável, o qual, no caso do médico-cirurgião, nos parece poder ser cumprido através da adaptação do seu quadro funcional e da recolocação<sup>1345</sup> num posto compatível com o seu quadro clínico — passando a dar consultas médicas ou a executar funções de investigação ou de gestão e administração —, não havendo outra medida menos lesiva, cuja existência deverá ser apurada em articulação com os avanços científicos e da medicina, designadamente com a criação de equipamentos de segurança especiais que, utilizados no decurso das cirurgias, *eliminem* o risco, impossibilitando o contágio.

Ademais, conjugando as considerações que tecemos *supra*, sobre os requisitos necessários para a integração da seropositividade no conceito de deficiência, com aquelas que exprimimos acerca do risco relevante de contágio do vírus no decurso da cirurgia, bem se compreende a qualificação dos cirurgiões seropositivos como portadores de deficiência em todos os estágios da doença para o efeito da tutela antidiscriminatória nacional, internacional e europeia. De facto, sendo inequívoca a íntima conexão entre a patologia e o obstáculo ao exercício de técnicas médico-cirúrgicas sem que seja lesado o conteúdo essencial de direitos fundamentais de terceiros, a proteção do cirurgião seropositivo é em larga medida acrescida, sendo qualificado como discriminatório todo o ato de desfavor em relação àquele (*maxime* a caducidade do vínculo) sem que previamente tenham sido adotadas medidas adequadas a permitir-lhe permanecer no

---

<sup>1345</sup> Note-se que, mesmo que não se considere que, na recolocação do trabalhador, se trata de uma medida integrante do dever de adaptação razoável, sempre se diga, na esteira de Gomes, 2007, p. 919, e de Rouxinol, 2016, p. 148, que, para o empregador poder afirmar como preenchido o requisito da impossibilidade absoluta e definitiva de prestar trabalho, mostra-se necessário que aquele se encontre inapto, não apenas para desempenhar a sua função habitual, mas também para qualquer outra existente na empresa e que lhe seja compatível, sendo, deste modo, a recolocação um requisito a montante da possibilidade de o contrato caducar lícitamente. Em sentido diverso, Romano Martinez, 2019, pp. 955-956, e Palma Ramalho, 2019, p. 769, consideram, ao abrigo dos princípios civilistas, que se deverá ter por relevante, para este efeito, a impossibilidade de o trabalhador desempenhar as funções para as quais foi contratado, sendo o dever de modificação do contrato por parte do empregador excecional, e apenas previsto em determinados domínios, como os acidentes de trabalho ou o despedimento por inaptidão.

exercício da profissão médica, conquanto afastado da realização de intervenções cirúrgicas.

De resto, entendemos que o médico-cirurgião é titular da obrigação de informar sobre o seu estado de seropositividade, bem assim como de se submeter a exames médicos de despiste do vírus, em especial no caso de ter assumido comportamentos de risco, sendo a omissão de comunicação ou a não realização dos testes serológicos fundamento bastante para se afirmar a existência de uma infração disciplinar<sup>1346</sup>.

De modo a sustentar a nossa posição, refira-se que existem determinados casos em que a natureza e o modo como é executado o trabalho impõem, respeitados os critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade em matéria de restrição dos direitos fundamentais, que o trabalhador se submeta a exames médicos periódicos obrigatórios, de modo a evitar a supressão irreversível do direito à integridade física e *maxime* à vida dos demais com quem contacta no exercício da atividade<sup>1347</sup>. A propósito dos trabalhadores cujas funções implicam o manuseamento de máquinas perigosas ou a condução de veículos, e da obrigação de estes realizarem exames à alcoolémia, já se pronunciou o TC no Ac. n.º 319/95, de 20/06, no sentido de que, muito embora o consumo de álcool integre um aspeto da esfera da vida privada, nestes casos, o controlo e o despiste quanto à ingestão daquela substância é adequado e necessário para o garante de bens jurídicos de relevo.

Face a todo o exposto, saliente-se que “a ignorância do seu estatuto de seropositivo não é, por si só, sinónimo de não responsabilização”<sup>1348</sup>. A este respeito, perfilhamos o entendimento de João Loureiro<sup>1349</sup>, e consideramos que aqueles que, no exercício da sua profissão, exercem funções que importam um elevado risco de contágio do VIH têm, além do dever ético e moral, o dever jurídico de realizar testes de despiste do vírus, não sendo legítimo, nestes casos, chamar à colação um “direito a não saber”<sup>1350</sup>.

---

<sup>1346</sup> Note-se que, sendo lícita a realização do exame de despiste do VIH, não se dispensa o consentimento informado do visado, estando em causa o seu direito à integridade física. Assim, é ilícita, podendo consubstanciar um crime (art. 156.º CP) a realização de exames contra a vontade ou sem o consentimento do trabalhador.

<sup>1347</sup> Pense-se nos pilotos de aviões e nos controladores aéreos, que têm de se submeter a testes psicológicos em prol do interesse público, sendo que a segurança de outros depende da sua capacidade anímica para o desempenho da profissão. Assim, *vide* Castro, 2002, p. 154.

<sup>1348</sup> Vicente & Rouxinol, 2007, p. 838, nota 141.

<sup>1349</sup> Loureiro, 2005, p. 29.

<sup>1350</sup> Loureiro, 2005, p. 29. Já Costa Andrade, 2004, pp. 23-29, afirma que o “direito a não saber” permite ao que suspeita de a infeção conduzir a sua vida “sem o custo da presença antecipada da morte”. O conhecimento do resultado positivo de um teste ao VIH é irreversível e não será indiferente para o seu portador, levando-o a modificar a relação consigo mesmo e a forma de interação com os outros. De resto, o impacto provocado pela notícia da infeção é suscetível de debilitar o sistema anímico do doente, podendo agravar os efeitos do próprio vírus e favorecer a aceleração da doença.

## Conclusão

Ao longo da presente dissertação, procurámos analisar e refletir sobre o impacto que ser portador de VIH/SIDA tem no domínio juslaboral, mormente em matéria de igualdade e não discriminação, porquanto, sendo ainda patente o estigma em torno da doença, o trabalhador seropositivo é um alvo fácil de condutas discriminatórias em todas as fases da relação laboral.

No seguimento da análise aos quadros normativos nacional, internacional e do Conselho da Europa, concluímos que a amplitude das cláusulas antidiscriminatórias naqueles previstas permite integrar o trabalhador seropositivo no seu escopo de proteção. Já no domínio do Direito da UE, mostra-se de especial relevo para o reforço da tutela do portador de VIH a abertura do TJ à possibilidade de aplicação nas relações *inter cives* do art. 21.º da CDFUE, consagrando este normativo uma lista aberta de fatores *suspeitos* de discriminação.

Quanto à questão de saber se a infeção por VIH se pode reconduzir ao conceito de deficiência para efeitos de proteção da Diretiva 2000/78, não temos dúvidas quanto a uma resposta afirmativa no caso do doente com SIDA, dadas as infeções e as manifestações físicas regulares características da doença, que limitam o exercício da atividade. Maiores dúvidas levanta a convergência dos conceitos de seropositividade assintomática e de deficiência, caso não esteja em causa o exercício de funções que comportam um risco relevante de contágio. Porém, consideramo-la defensável, por um lado, dada a amplitude do conceito de deficiência previsto na CDPD, e, por outro, porque entendemos que o trabalhador infetado com VIH não se encontra em condições de igualdade em relação aos seus pares saudáveis. De facto, dado o estigma ainda existente em torno da doença, caso esta seja conhecida pelo empregador e/ou pelos colegas, não será improvável o surgimento de um clima de tensão e de hostilidade em relação ao trabalhador seropositivo, clima esse, naturalmente, suscetível de se refletir negativamente na prestação laboral.

Ademais, concluímos ser mister para a proteção do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias a tutela do *direito à opacidade serológica* conferida pelo legislador laboral, ao vedar ao empregador a possibilidade de ilegítima e injustificadamente questionar ou solicitar a realização de exames de despiste do vírus. Assim, entendemos que, caso seja confrontado com questões sobre o seu estatuto serológico, fora dos casos excecionalmente admissíveis, o candidato ou trabalhador é titular do “direito à mentira”, não sendo o silêncio, na imparidade da relação laboral, suficiente para assegurar a sua proteção contra condutas persecutórias por parte do empregador. Sem embargo, caso o trabalhador exerça funções em que o risco de transmissão do vírus é *qualificado*, a salvaguarda, mormente do direito à saúde daqueles

com quem contacta, justifica a restrição do seu direito à reserva da intimidade da vida privada, bem como, confirmando-se a seropositividade, o afastamento das suas funções habituais e, no limite, a cessação do vínculo.

Assim, sendo as práticas médico-cirúrgicas aquelas em que se verifica o maior e mais relevante risco de transmissão do VIH, e apurando-se que este não pode ser superado através da utilização de equipamentos de proteção que *impossibilitem* o contágio — até ao momento não conhecidos —, entendemos que não ofende o conteúdo essencial do seu direito ao trabalho o afastamento do cirurgião seropositivo daquelas funções, tendo o mesmo, ainda, a obrigação de comunicar o seu estado de seropositividade, bem como de realizar exames de despiste do vírus, em prol da defesa do direito à saúde e à integridade física dos seus pacientes.

De resto, constituindo a infeção por VIH um obstáculo ao exercício das suas funções, sem ofender o conteúdo essencial de direitos fundamentais de terceiros, a seropositividade do médico-cirurgião é subsumível, em qualquer estágio da doença, ao conceito de deficiência à luz da Diretiva, sendo, por conseguinte, entre nós, qualificado como discriminatório todo o ato de desfavor adotado em relação ao mesmo, não cumprido o dever de adaptação razoável. Neste sentido, devem, sempre que possível, ser-lhe atribuídas outras funções, compatíveis com o seu estado clínico, permitindo-lhe exercer a profissão médica sem que seja um fator de risco de transmissão do VIH.

## Bibliografia

- ABRANTES, J. (2005). *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ABRANTES, J. (2018). O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador. In *Estudos de Direito do Trabalho*, pp. 131-149. Lisboa: AAFDL.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (2010). Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des Droits de l'Homme: Quelles perspectives pour les 10 prochains? In Schutter, O. (coord.). *The European Social Charter: A social Constitution for Europe*, pp. 147-165. Bruxelles: Bruylant.
- ALVES, F. (2017). Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, pp. 17-40.
- APOSTOLIDES, S. (2008). *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- BARRERO ORTEGA, A. (2019). Artículo 21. No discriminación. In AA.VV. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, pp. 645-668. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAMPOS, M.A. (1999). O trabalhador da saúde portador do HIV: Lições para biossegurança e ética. *RAMB*, n.º 45, pp. 163-168.
- CANOTILHO, M. & SILVEIRA, A. (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C. (2018). A adaptabilidade e o banco de horas à luz do direito europeu e internacional. In RAMALHO, M. & MOREIRA, T. (coord.). *Estudos APODIT. Tempos de trabalho e tempos de não trabalho: O Regime Nacional do Tempo de Trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 69-99. Lisboa: AAFDL.
- CARVALHO, R. (2017). A infeção por VIH/SIDA como deficiência na aceção da Diretiva 2000/78/CE: Realidade ou mera possibilidade? Breve análise do problema à luz da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. *RDP*, n.º 18, pp. 119-155.
- CASTRO, C. (2002). A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores. *QL*, n.º 20, pp. 139-163.
- CHURCHILL, R. & KHALIQ, U. (2004). The collective complaints system of the European Social Charter: An effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights? *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 3, pp. 417-456.
- CNECV (17 janeiro 1996). Relatório-parecer sobre a obrigatoriedade dos testes da SIDA.
- COLAÇO, A., (2003). O infectado de VIH: A aguardar cidadania plena em sede laboral (resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica). *RMP*, n.º 93, pp. 101-112.
- COSTA, A. (2017). O arrojo do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, pp. 244-265.
- COSTA ANDRADE, M. (2004). *Direito penal médico. SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS PEREIRA, A. (2006). Discriminação de um trabalhador de VIH/SIDA: Estudo de um caso. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 6, pp. 121-135.

DIAS PEREIRA, A. (2007). Cirurgião seropositivo: Do pânico ao direito. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 8, pp. 97-114.

DRAY, G. (2019). Anotação ao art. 16.º. In Romano Martinez, P., Monteiro, L., Vasconcelos, J. & Brito, P. *Código do Trabalho anotado*, 12.ª Edição, pp. 99-102. Coimbra: Almedina.

FIGUEIREDO DIAS, J. & MONTEIRO, S. (1994). Responsabilidade médica em Portugal. *BMJ*, n.º 332, pp. 21-79.

FRAGOSO, A. (2006). O HIV/SIDA em Moçambique: Breves considerações jurídico-laborais. Retirado de <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Fragoso-Americo-Oliveira-O-HIVSIDA-EM-MOCAMBIQUE-Breves-Consideracoes-Juridico-Laborais.pdf>.

FRANTZIOU, E. (2015). The horizontal effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the reasons for horizontality. *European Law Journal*, vol. 21. Retirado de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12137>.

GAZZARD, B. & JONES, R. (2006). From death to life: Two decades of progress in HIV therapy. In *HIV/AIDS in Europe moving from death sentence to chronic disease management*, pp. 101-117. Denmark: WHO Regional Office for Europe.

GOMES, J. (2007). *Direito do trabalho: Relações individuais de trabalho*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES CANOTILHO, J. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição anotada*, vol. I, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

GOÑI SEIN, J. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador: Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas.

GORDON, A. (2015). End around: HIV discrimination in the post-amendments act workplace. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 36, pp. 215-260. Retirado de <https://pdfs.semanticscholar.org/a8c6/aca4769ef5599cfed1b951cd9dafof86f84a.pdf>.

GUPTA, R. et al. (2020). Evidence for HIV-1 cure after CCR5Δ32/Δ32 allogeneic haemopoietic stem-cell transplantation 30 months post analytical treatment interruption: A case report. *The Lancet: HIV*, pp. 340-347. Retirado de [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018\(20\)30069-2.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018(20)30069-2.pdf).

LEAL AMADO, J. (2010). VIH/SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: Entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”. *RLJ*, n.º 3960, pp. 170-175.

LEAL AMADO, J. (2014). *Contrato de trabalho*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, D. (2011a). A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Julgar*, n.º 14, pp. 47-75.

LOPES, D. (2011b). Principais contributos da União Europeia em matéria de não discriminação. *Debater a Europa*, n.º 4, pp. 32-61.

LOUREIRO, J. (2005). SIDA e discriminação social: Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado (uma perspectiva jurídico-constitucional). *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 3, pp. 9-54.



MARTINS, D. (2019). Segurança e saúde no trabalho: breves notas introdutórias. *PDT*, vol. I, pp. 311-354.

McTIGUE, P. (2014). The disorganised nature of European disability: Rethinking protection for HIV positive individuals. *CELTS Online Paper Series*, vol. 3. Retirado de [http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/8408/1/PubSub4501\\_McTigue.pdf](http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/8408/1/PubSub4501_McTigue.pdf).

MENEZES LEITÃO, L. (2004). A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*, pp. 123-138. Coimbra: Coimbra Editora.

MESTRE, B. (2015). Sobre o conceito de discriminação: Uma perspectiva contextual e comparada. In *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, pp. 377-410. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I, 2.<sup>a</sup> Edição rev. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MONTEIRO FERNANDES, A. (2019). *Direito do trabalho*, 19.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. (2004). *Da esfera privada do trabalhador e controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, T. (2013a). A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência. In *Estudos de direito do trabalho: Igualdade e não discriminação*, pp. 165-223. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. (2013b). O ónus da prova em casos de discriminação. In *Estudos de direito do trabalho: Igualdade e não discriminação*, pp. 79-127. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. (2019). Os direitos de personalidade nas relações de trabalho. In Leal Amado, J., Rouxinol, M., Moreira, T., Vicente, J. & Santos, C. *Direito do trabalho: Relação individual*, pp. 105-207. Coimbra: Almedina.

MOTA PINTO, P. (1993). O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *BFD*, vol. LXIX, pp. 479-586.

NEGRÃO, M. (2008). Médico cirurgião seropositivo. *Lusíada*, série II, n.º 6, pp. 195-211.

NEGRÃO, M. (2011). O direito ao sigilo e a infecção VIH/SIDA no ambiente hospitalar. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 16, pp. 25-36.

OIT (2011). *Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho*. Genebra. Retirado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_714772.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714772.pdf).

OIT (2013). *VIH e SIDA e direito do trabalho: Um manual para juízes e profissionais da área jurídica*. Genebra. Retirado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms\\_666282.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666282.pdf).

OM (19 junho 2009). Regulamento sobre os profissionais médicos seropositivos.

OMS (15 novembro 2019). *HIV/AIDS: Key facts*. Retirado de <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>.

PAIS, S. O. (2017). *Estudos de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

PAIXÃO, M. & PÁDUA, E. (2009). Transmissão da infecção por VIH. In *Manual sobre SIDA*, 3.<sup>a</sup> Edição, pp. 109-116. Lisboa: Permanyer Portugal.

PALMA RAMALHO, M. (2019). *Tratado de direito do trabalho, Parte II: Situações laborais individuais*, 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

QUINTAS, P. (2013). *Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspetiva exclusiva do trabalhador subordinado: Direitos (des)figurados*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Á. (2013). *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, C. (2016). Instrumentos internacionais relevantes no combate à discriminação no local de trabalho em virtude da doença. Sua aplicabilidade no direito interno, com especial enfoque na Recomendação n.º 200 (OIT). *PDT*, vol. I, pp. 73-77.

ROMANO MARTINEZ, P. (2019). *Direito do trabalho*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

ROUXINOL, M. (2008). *A obrigação de segurança e saúde do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.

ROUXINOL, M. (2011). O direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 16, pp. 127-133.

ROUXINOL, M. (2016). Revisitando a caducidade do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (*maxime*, por doença). *PDT*, vol. II, pp. 132-152.

ROUXINOL, M. (2017). Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, pp. 266-301.

SCHWARZ, R. (2015). A concretização dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais: alguns elementos para um pensar e um agir garantistas e democráticos. *Julgar Online*. Retirado de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Direitos-sociais-como-direitos-humanos-fundamentais-Rodrigo-Schwarz.pdf>.

US DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES (24 outubro 2019). *Understanding HIV/AIDS, fact sheets, HIV medicines and side effects*. Retirado de <https://aidsinfo.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/22/63/hiv-medicines-and-side-effects>.

VICENTE, J. & ROUXINOL, M. (2007). VIH/SIDA e contrato de trabalho. In AA.VV. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferreira Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, pp. 789-847. Coimbra: Coimbra Editora.

VICENTE, J. & ROUXINOL, M. (2008). Entre o direito à saúde e o direito a estar doente: Comentário ao Acórdão do TRL, de 29 de maio de 2007. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 10, pp. 181-198.

VICENTE, J. & ROUXINOL, M. (2016). Sobre a readaptação do (conceito de) trabalhador seropositivo (inadaptado?). In *Direito da saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, pp. 137-168. Coimbra: Almedina.

ZACCARONI, G. (2018). Egenberger, or the place of non-discrimination on the ground of religion in the EU constitutional legal order. *University of Milan-Bicocca School of Law Research Paper Series*, n.º 18-01. Retirado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3296239](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296239).

ZIMMER, M., SULLIVAN, C. & WHITE, R. (2013). *Cases and materials on employment discrimination*. New York: Wolters Kluwer.

**Auxílios de Estado e preços de transferência**  
**Análise crítica na perspetiva do direito europeu**

Cláudia Isabel da Costa Mendes

Sob a orientação do Professor Doutor  
João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

## **Agradecimentos**

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, por ter orientado o nosso trabalho de forma incansável, por todas as críticas que o fizeram crescer e por toda a disponibilidade ao longo deste percurso.

À Clementino Cunha e Associados – Sociedade de Advogados, pelo meu crescimento profissional e pelo apoio à elaboração deste trabalho.

À Diana e à Luísa, minhas companheiras nesta aventura, pela motivação constante e pela partilha de ideias.

Aos meus pais, ao meu irmão, à minha família e aos meus amigos, por tudo.

## **Resumo**

Através da sua vontade de combater as práticas fiscais prejudiciais, a Comissão Europeia tem desencadeado vários procedimentos de controlo aos auxílios estaduais, que determinadas multinacionais obtêm por meio de um Estado-Membro. Para efetuar tal controlo, aproveita-se da amplitude do instituto dos auxílios de Estado, com o objetivo de abolir esquemas de planeamento fiscal agressivo.

O nosso trabalho consiste em explorar o modo de atuação da Comissão, nomeadamente no que diz respeito à interpretação que esta faz do critério da seletividade e do princípio de plena concorrência. Também iremos averiguar de que modo é que esta atuação pode afetar a certeza e a segurança jurídicas dos grupos multinacionais, uma vez que os acordos prévios de fixação de preços de transferência são elaborados com o intuito de prevenir eventuais litígios. Por fim, iremos refletir sobre o impacto que estas decisões acarretam para casos futuros.

**Palavras-chave:** Auxílios de Estado; preços de transferência, princípio de plena concorrência; acordo prévio de fixação de preços de transferência; seletividade; planeamento fiscal agressivo.

## **Abstract**

With the aim of fighting harmful tax practices, the European Commission has launched several procedures for controlling State aid that certain multinationals obtain through a Member State.

To carry out such control, the Commission takes advantage of the extent of State aid rules in order to stop aggressive tax planning schemes.

Our work is to explore how the Commission operates, focusing particularly on the interpretation given to the requirement of selectivity and to the arm's length principle. We will also analyse how its actions can affect the legal certainty of multinational companies, since advanced price agreements are designed to prevent potential litigation. Lastly, we will reflect upon the impact these decisions will have on future cases.

**Keywords:** State Aid; transfer pricing; arm's length principle; advanced price agreement; selectivity; aggressive tax planning.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                                           |
|--------|-----------------------------------------------------------|
| Ac.    | Acórdão                                                   |
| AE     | Auxílio(s) de Estado                                      |
| AOE    | <i>Apple Operations Europe</i>                            |
| APAC   | Ásia-Pacífico                                             |
| APPT   | Acordo(s) Prévio(s) de Fixação de Preços de Transferência |
| Art.   | Artigo(s)                                                 |
| ASI    | <i>Apple Sales International</i>                          |
| AT     | Autoridade(s) Tributária(s)                               |
| BEPS   | <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>                   |
| CE     | Comissão Europeia                                         |
| CMOCDE | Convenção Modelo da OCDE                                  |
| CNBV   | <i>Converse Netherlands BV</i>                            |
| EM     | Estado(s)-Membro(s)                                       |
| EMOA   | Europa, Médio Oriente e África                            |
| EMOIA  | Europa, Médio Oriente, Índia e África                     |
| FFT    | <i>Fiat Finance and Trade</i>                             |
| MNE    | Empresas Multinacionais                                   |
| NEON   | <i>Nike European Operations Netherlands BV</i>            |
| OCDE   | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| PI     | Propriedade Intelectual                                   |
| PT     | Preço(s) de Transferência                                 |
| SCBV   | <i>Starbucks Coffee BV</i>                                |
| SMBV   | <i>Starbucks Manufacturing BV</i>                         |
| TFUE   | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia           |
| TGUE   | Tribunal Geral da União Europeia                          |
| TJUE   | Tribunal de Justiça da União Europeia                     |
| TPI    | Tribunal de Primeira Instância                            |
| UE     | União Europeia                                            |
| Vd.    | <i>Vide</i>                                               |

# Índice

Nota introdutória

Nota justificativa

Metodologia

1. Noções operativas

1.1. Dos auxílios de Estado

1.1.1. Auxílios de Estado em matéria tributária

1.1.1.1. Condições de proibição

1.1.2. Auxílios de Estado *de minimis*

1.2. Dos preços de transferência

1.2.1. Princípio de plena concorrência

1.2.1.1. Métodos de determinação dos preços de transferência

1.2.2. Acordos prévios de fixação preços de transferência

2. *Status quo*

2.1. Do caso *Fiat*

2.1.1. A posição da Comissão Europeia

2.1.2. A posição do Tribunal Geral da União Europeia

2.2. Do caso *Starbucks*

2.2.1. A posição da Comissão Europeia

2.2.2. A posição do Tribunal Geral da União Europeia

2.3. Do caso *Apple*

2.3.1. A posição da Comissão Europeia

2.4. Do caso *Nike*

2.4.1. A posição da Comissão Europeia

3. Análise crítica

3.1. Do critério da seletividade

3.1.1. A determinação do sistema de referência

3.1.2. A derrogação ao sistema de referência

3.1.3. A justificação da derrogação

3.2. Da aplicação do princípio de plena concorrência

3.3. Do princípio da proteção da confiança legítima

3.4. Das implicações em casos futuros

Notas conclusivas

Anexos

Lista bibliográfica



## Nota introdutória

A temática abrangida pela nossa tese envolve uma pluralidade de questões às quais pretendemos dar uma resposta. A maior parte delas advém de um *hot topic* que trará desenvolvimentos fundamentais para o Direito Fiscal Internacional.

Desde logo, conseguimos identificar o problema que se encontra no cerne da questão: a falta de harmonização das leis fiscais e tributárias na União Europeia (UE). Esta harmonização está, na nossa humilde opinião, longe de ser alcançada, uma vez que os Estados-Membros (EM) são soberanos em matéria de tributação direta. Todavia, esta soberania que se lhes impõe tampouco é absoluta, pois devem respeitar as normas e os princípios europeus.

Com a crescente integração das economias mundiais, os EM encontram-se constantemente numa situação de concorrência fiscal, o que, num primeiro plano, parece bastante positivo, por impor uma pressão nos governantes no sentido da redução das despesas públicas. Por seu turno, quando estudamos a questão com o devido zelo que ela merece, chegamos à conclusão de que a concorrência fiscal tem, também, o poder de colocar os EM em situações desvantajosas.

As empresas multinacionais (MNE) têm adotado práticas fiscais prejudiciais, que se refletem num planeamento fiscal agressivo, bastante sofisticado e com o intuito de reduzir (ou, até mesmo, eliminar) a sua carga tributária. Para tal, tendem a aproveitar-se dos institutos dos auxílios de Estado (AE) e dos preços de transferência (PT), conjugando-os com as discrepâncias legislativas de diferentes territórios.

Após diversas investigações sobre esta problemática, a Comissão Europeia (CE) chegou à conclusão de que várias MNE conseguem vantagens fiscais seletivas. Estas vantagens, antes de mais, são ilegais. Depois, colocam em causa a concorrência e o mercado interno europeu, já que não estão afetas aos seus concorrentes e reduzem os lucros das demais empresas, de forma artificial.

Através da sua investigação, a UE desvendou potenciais casos em que se podem apurar esquemas “artificiais e complexos” que eram (e são) utilizados por empresas que nos são bastante familiares: *Fiat*, *Starbucks*, *Apple*, *Nike*, *Amazon*, entre outras.

Focaremos o nosso estudo nas quatro empresas que referimos em primeiro lugar, por dizerem respeito a AE obtidos através dos PT que estas empresas praticam nas transações intragrupo. Faremos uma análise ao modo como a CE tem lidado com estes problemas, bem como à reação do Tribunal Geral da União Europeia (TGUE) sobre os casos *Fiat* e *Starbucks*.

Deste modo, fulcral será estabelecer o limite do instituto dos AE. A CE é dotada de legitimidade – e muito bem – para proceder ao controlo destes auxílios. Contudo, iremos examinar se a sua intenção é, de facto, controlar possíveis AE ilegais ou, por outro lado, lutar contra o planeamento fiscal agressivo, através de um instituto que não foi delineado para tal.

## **Nota justificativa**

O planeamento fiscal internacional é um tema que, hodiernamente, assume uma relevância extrema.

Surgiu-nos o interesse específico pelos AE concedidos através dos PT porque, através destes institutos, a maior parte das MNE consegue obter cargas tributárias extremamente reduzidas ou, até mesmo, nulas.

Com a investigação que a CE iniciou, em junho, do ano 2014, à *Fiat* e à *Starbucks* e, consequentemente, com a palavra do TGUE sobre os casos em concreto, apercebemo-nos de que situações semelhantes podem originar desfechos opostos. Deste modo, torna-se imperativo estudar estes casos, para que possamos entender as circunstâncias que justificam a reposição do imposto não suportado *a priori*, para uns, e a absolvição, para outros.

Independentemente dos problemas que se desencadeiam com a utilização destes esquemas “artificiais e complexos”, acreditamos que estamos no vértice de enormes alterações legislativas, que serão de extrema importância para o direito europeu e mais importantes serão para os EM (isto porque não podemos afastar a hipótese de estes sofrerem consequências ao nível da sua soberania fiscal).

Em conclusão, justificamos este tema com base na sua frescura e na sua controvérsia. Apesar de defendermos uma concorrência leal e um mercado interno europeu justo, acreditamos que estes não são alcançáveis através de imposições vinculativas aos EM que desrespeitem a sua soberania em matéria de tributação direta.

## **Metodologia**

Na elaboração da nossa tese, baseámos a nossa pesquisa em documentos oficiais da União Europeia, na jurisprudência europeia e, fundamentalmente, na vasta doutrina nacional e europeia que tem surgido sobre esta matéria.

Por estarmos limitados, delimitámos o nosso estudo à matéria europeia, em detrimento da matéria nacional. Não pela falta de importância, mas pela sua irrelevância nos casos em abordagem.

# 1. Noções operativas

## 1.1. Dos auxílios de Estado

Os auxílios de Estado constituem um instituto de natureza jurídica e política europeia<sup>1351</sup> criado com o intuito de controlar a atividade estadual perante as demais empresas. Este conceito encontra (ampla)<sup>1352</sup> definição no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos seus arts. 107.º, 108.º e 109.º, bem como na vasta doutrina da CE<sup>1353</sup> e, até mesmo, na jurisprudência comunitária<sup>1354</sup>.

Concretamente, os AE são medidas de carácter económico, concedidas pelo Estado a certos e determinados agentes económicos privados, apoiando a sua atividade, e surgindo com o propósito de “corrigir ou compensar falhas de mercado, com o objetivo final de melhorar o bem estar económico”<sup>1355</sup>. Assim, de certa forma, estes auxílios afiguram-se positivos para a economia, mas (a maior) parte das vezes a sua concessão reflete o oposto, por beneficiar determinados entes em detrimento de outros, causando distúrbios na concorrência nacional e/ou europeia.

Portanto, o n.º 1 do art. 107.º do TFUE estabelece a proibição da concessão de todos os auxílios que sejam incompatíveis com o mercado interno e enuncia os requisitos cumulativos para que uma medida estatal (ou proveniente de recursos estatais) seja considerada incompatível. Na aceção de João Sérgio Ribeiro, esta proibição favorece um duplo propósito: primeiro, evita-se “o desperdício de recursos públicos através da concessão de subsídios que podem ser ineficientes”<sup>1356</sup> e, segundo, evita-se “que investimentos eficientes assumam posições dominantes pondo em causa um mercado interno competitivo e aberto”<sup>1357</sup>.

---

<sup>1351</sup> Santos (coord.), *s.d.*, p. 1.

<sup>1352</sup> Dizemos “ampla” dada a impossibilidade de este conceito avistar uma definição restrita e consensual. Isto porque a “impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo, tendo em vista a razão de ser do seu controlo”, funda-se nos elementos presentes no n.º 1 do art. 107.º do TFUE, que “[permitem] à Comissão não só estender o seu controlo a um conjunto de medidas de incentivo dos Estados que vão muito para lá do clássico conceito de subvenção, como não fechar o conceito de auxílio de Estado, o qual permanece um conceito aberto a novos conteúdos, apto a integrar novas medidas de fomento económico, fruto da imaginação criativa dos Estados, no seu esforço para escapar ao controlo da Comissão”. Porto & Almeida, 2010, p. 187.

<sup>1353</sup> Vd. Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01) (JO C 262), Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para 2014-2020 (2013/C 209/01), Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01), Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (2014/C 249/01), Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas (2014/C 99/03), Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas, JO C 384 de 10/12/1998, pp. 3-9, Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-Membros, Reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, JO C 2 de 6/1/1998, p. 2-5.

<sup>1354</sup> Vd. Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TGUE): *Stardust Marine*, *Sloman Neptun*, *Itália/Comissão* e *Altmark*.

<sup>1355</sup> Pereira, 2013, p. 28.

<sup>1356</sup> Ribeiro, 2019, p. 127.

<sup>1357</sup> Ribeiro, 2019.

No entanto, admitimos que esta proibição não é, de todo, absoluta, já que os n.ºs 2 e 3 do art. 107.º do TFUE ditam as exceções ao princípio geral de proibição, podendo ser consideradas de natureza legal ou discricionária<sup>1358</sup>, respetivamente.

Para que seja feito um controlo à atribuição dos AE, a CE não só é dotada de competência para proceder à análise dos auxílios atribuídos pelos Estados, como tem igualmente competência para adotar as medidas necessárias para fazer face aos AE que não são compatíveis com o mercado interno e que, mesmo assim, foram concedidos pelos EM<sup>1359</sup>. Deste modo, para que não restem dúvidas quanto à (possível) atuação da CE, em 2015, o Conselho Europeu estabeleceu as regras de execução do art. 108.º do TFUE, através do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho<sup>1360</sup>.

Em suma, quando estes auxílios (que são verdadeiros benefícios) são atribuídos pelo Estado a uma determinada empresa/produção, podem ser suscetíveis de causar graves distorções na concorrência, por modificarem a estrutura económica dessa entidade, colocando-a numa posição mais favorável face às demais empresas/produções que estejam numa situação comparável. Por conseguinte, a CE pode incumbir o EM com a recuperação do auxílio ilegal prestado por este<sup>1361</sup>.

### **1.1.1. Auxílios de Estado em matéria tributária**

A matéria dos auxílios de Estado em matéria tributária encontra-se intrinsecamente relacionada com a temática dos preços de transferência. Os PT têm um grande impacto nos grupos societários, por definirem o preço das transações intragrupo, e é por esta via que se pode dar azo a um AE em matéria tributária (por exemplo, se a AT aprova um preço que não o de plena concorrência, está a conferir uma vantagem a determinada entidade).

Para realizar o propósito do nosso estudo, deixámos a análise geral dos AE, para apreciar esta subforma de os conceder. Esta é uma das formas mais comuns que os Estados adotam para conceder estes auxílios. Isto justifica-se no interesse que os Estados têm em prestar apoio financeiro a empresas/produções específicas, para prosseguir e implementar políticas de carácter económico e social<sup>1362</sup>.

Em 1998, a CE emitiu a Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas<sup>1363</sup> <sup>1364</sup>, que

---

<sup>1358</sup> Ribeiro, 2019, p. 132.

<sup>1359</sup> Art. 108.º do TFUE.

<sup>1360</sup> Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho.

<sup>1361</sup> Art. 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589.

<sup>1362</sup> Santos, 2003, p. 311.

<sup>1363</sup> JOCE C 384, de 10/12/1998.

<sup>1364</sup> Para melhor entendimento da Comunicação, vd. Comunicação da Comissão C(2004)434/1, de 09/02/2004.

determinou a aplicação do instituto dos AE também aos apoios concedidos em matéria fiscal. Esta Comunicação, quando articulada com o Código de Conduta<sup>1365</sup>, permite a regulação deste tipo específico de auxílios. Ressalva-se que, tanto a Comunicação, como o Código de Conduta não são instrumentos vinculativos, mas antes *soft law*.

Antes de passarmos a uma análise das condições que proíbem os auxílios fiscais, não podemos deixar de referir o acórdão *Itália/Comissão*<sup>1366</sup>, que formulou três decisões inovadoras e de extrema importância nesta matéria: clarificou a sujeição das medidas de carácter fiscal ao controlo do instituto dos AE<sup>1367</sup>, formulou a Teoria dos Efeitos<sup>1368</sup> e “criou uma válvula de segurança (a *cláusula da natureza e economia do sistema*<sup>1369</sup>) que permite, em casos excepcionais, não considerar como AE sob forma tributária certas medidas fiscais”<sup>1370</sup>.

Embora sumariamente, optámos por desenvolver as condições que conferem a proibição do auxílio neste ponto, por motivos práticos: primeiro, porque não são diferentes dos AE que não provêm de natureza fiscal; segundo, porque o nosso trabalho se centra, especificamente, nesta subforma de AE.

A doutrina ainda não se encontra pacificada no que diz respeito aos requisitos que determinam a proibição dos AE, pois tanto encontramos autores que os explanam de uma forma minuciosa<sup>1371</sup>, como outros que os explanam de forma mais abrangente<sup>1372</sup>.

#### **1.1.1.1. Condições de proibição**

Por impossibilidade de realizar um estudo exaustivo de todos os elementos que conferem a proibição da concessão dos AE, decidimos enunciá-los, fazendo determinados apontamentos (apenas) aos que assumem maior importância e controvérsia.

- *O auxílio de Estado deve consubstanciar-se numa ajuda.*

Revela-se, aqui, importante o princípio da irrelevância da forma. Resumidamente, este princípio aplica a proibição geral dos AE não só aos auxílios positivos<sup>1373</sup>, como abrange, também, os auxílios negativos<sup>1374</sup>.

---

<sup>1365</sup> JO C 2, de 6/1/1998, pp. 2-5.

<sup>1366</sup> Ac. do TJUE, *Itália/Comissão*.

<sup>1367</sup> *Idem*, § 28.

<sup>1368</sup> Esta teoria está intrinsecamente relacionada com o princípio da irrelevância da forma dos auxílios tributários, que analisaremos, de forma sintética, no subponto seguinte.

<sup>1369</sup> Itálico do autor.

<sup>1370</sup> Santos (coord.), *s.d.*, p. 9.

<sup>1371</sup> Martins, 2002, p. 52 e Marcelino, 2016, p. 138.

<sup>1372</sup> Ribeiro, 2019, pp. 128 e 129.

<sup>1373</sup> P. ex.: subsídios, taxas e impostos.

<sup>1374</sup> P. ex.: isenções, abatimentos e deduções derogatórias. Traduzem-se na redução do montante de imposto a pagar.

Assim, a Teoria dos Efeitos defende que tanto os AE negativos, como os positivos produzem efeitos idênticos. Isto é, pretende-se dar relevância aos efeitos que determinada medida causa nas empresas/produções beneficiárias e não, propriamente, à forma do auxílio<sup>1375</sup>.

– *Conferir uma vantagem aos seus beneficiários.*

Esta vantagem pode ser atribuída de forma direta ou indireta<sup>1376</sup>.

Ora, “não é necessário provar, em todos os casos, ter havido lugar a uma transferência de recursos estatais para que a vantagem concedida a uma ou mais empresas possa ser considerada um auxílio de Estado na aceção do art. 87.º, n.º 1, CE<sup>[1377]</sup>”<sup>1378</sup>. Assim, consideramos que existe uma vantagem sempre que se verifique um “benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado”<sup>1379</sup>.

– *Favorecer certas empresas/produções (seletividade).*

Atevemo-nos a afirmar que esta é a condição com mais relevância, a par da sua controvérsia, para verificarmos a existência de um AE. Isto porque é esta característica que distingue um auxílio legal – medidas de alcance geral<sup>1380</sup> – de um auxílio proibido. Deste modo, uma medida será seletiva sempre que favoreça certas empresas ou produções.

A seletividade pode ser material e/ou regional<sup>1381</sup>. No domínio da seletividade material, esta pode ser *de jure* ou *de facto*<sup>1382</sup>.

Ora, esta condição deverá ser aferida em quatro fases: três delas introduzidas pela CE<sup>1383</sup>, e outra introduzida pelo TJUE, através do mediático acórdão *Paint Graphos*<sup>1384</sup>.

---

<sup>1375</sup> Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vd. Rossi-Maccanico, 2012, pp. 41-44, Ribeiro, 2019, pp. 127-135 e Santos, 2015, p. 190. Vd., ainda, Acs. do TJUE: *Itália/Comissão*, § 26 e *Sloman Neptun*, § 17-22.

<sup>1376</sup> JO C 262, § 115 e 116.

<sup>1377</sup> Atual art. 107.º do TFUE.

<sup>1378</sup> Ac. do TJUE, *Stardust Marine*, § 36.

<sup>1379</sup> JO C 262. Vd. Acs. do TJUE: *SFEI e outros*, § 60 e *Espanha/Comissão*, § 41.

<sup>1380</sup> Não existe seletividade quando a medida é aplicável, de modo igual, a todos os operadores económicos. Neste sentido, vd. Acs. do TJUE: *Adria-Wien Pipeline*, § 35 e *Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido*, § 73.

<sup>1381</sup> Para mais desenvolvimentos nesta matéria, vd. JO C 262, § 120-155: “A seletividade material de uma medida implica que esta seja aplicável apenas a algumas empresas (grupos de empresas) ou certos setores da economia num determinado Estado-Membro”, já no que concerne à seletividade regional, “[e]m princípio, apenas as medidas que se aplicam na totalidade do território do Estado escapam ao critério de seletividade regional previsto no art. 107.º, n.º 1, do Tratado. No entanto, como exposto em seguida, o sistema de referência não tem necessariamente de ser definido como a totalidade de um Estado-Membro”. Sublinhado nosso.

<sup>1382</sup> JO C 262, § 120-122: “A seletividade *de jure* resulta diretamente dos critérios jurídicos para a concessão de uma medida que está formalmente reservada apenas a certas empresas” e “[a] seletividade *de facto* pode ser estabelecida nos casos em que, apesar de os critérios formais para a aplicação da medida serem formulados em termos gerais e objetivos, a estrutura da medida é tal que os seus efeitos favorecem significativamente um grupo específico de empresas”. Itálicos do autor.

<sup>1383</sup> JO C 262, § 128.

<sup>1384</sup> Ac. do TJUE, *Paint Graphos e outros*, § 75.

Efetivamente, os passos a seguir são: (i) determinar o sistema de referência, (ii) determinar se a medida em causa provoca uma derrogação a esse sistema<sup>1385</sup>, (iii) determinar se tal derrogação é justificável, e (iv) determinar se a medida respeita o princípio da proporcionalidade.

Através da Comunicação da CE<sup>1386</sup>, de 2016, é possível reter que as decisões fiscais prévias devem respeitar as regras do instituto dos auxílios estatais<sup>1387</sup>. Enquanto a CE enfrenta estes problemas, vai decifrando as práticas mais usuais levadas a cabo pelos Estados-Membros, o que tem como consequência direta a regulação específica de situações concretas. É possível verificarmos este entendimento naquela Comunicação, visto que a CE adota especificamente o controlo de decisões fiscais que têm os PT como objeto<sup>1388</sup>.

Independentemente de as decisões que dizem respeito apenas à confirmação de certo tratamento fiscal não serem vistas como auxílios, as que resultam na redução da carga tributária do beneficiário são expressamente proibidas pela CE (salvo quando haja fundamento legal).

As restantes condições de proibição que costumamos encontrar na doutrina são as seguintes:

- *Ser concedida pelo Estado ou proveniente de recursos estatais*<sup>1389</sup>;
- *Suscetível de afetar as trocas comerciais entre os EM*<sup>1390</sup>; e
- *Falsear ou ameaçar falsear a concorrência*<sup>1391</sup>.

### **1.1.2. Auxílios de Estado de minimis**

O Regulamento (CE) n.º 69/2001<sup>1392</sup> veio estabelecer a regra geral de não proibição dos AE que sejam concedidos num período de três anos e que não excedam o montante de 200.000€.

Esta regra foi adotada uma vez que este tipo de auxílio representa um baixo impacto financeiro para o Estado.

---

<sup>1385</sup> O sistema de referência é derrogado sempre que exista um tratamento diferente entre a entidade beneficiária da medida e outras entidades, que se encontrem em situações factuais e jurídicas semelhantes.

<sup>1386</sup> Vd. CE, *DG Competition*, 2016.

<sup>1387</sup> JO C 262, §170.

<sup>1388</sup> Verhagen, 2017, p. 282.

<sup>1389</sup> JO C 262, § 38-65. Vd. Acs. do TJUE: *Van Tiggele*, § 25 e 26 e *Sloman Neptun*, § 18 e Ac. do TPI, *Air France/Comissão*, § 63.

<sup>1390</sup> JO C 262, § 190-198.

<sup>1391</sup> *Idem*, § 187-189.

<sup>1392</sup> Regulamento (CE) n.º 69/2001 da Comissão, atualizado pelo Regulamento (CE) n.º 1998/2006.

## 1.2. Dos preços de transferência

Enfrentamos, agora, um tema de extrema complexidade, que tem ganhado destaque, tanto a nível nacional, como supranacional, por dar azo a práticas fiscais abusivas.

Em 1995, a OCDE adotou os *princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência*, que hoje se encontram atualizados pela versão de 2017<sup>1393</sup>, sendo esta a que iremos seguir. Note-se que estas orientações não têm carácter vinculativo.

Na verdade, os PT são os preços praticados em transações comerciais entre entidades do mesmo grupo. Na versão da OCDE, estes definem-se como “os preços pelos quais uma empresa transfere bens físicos e ativos intangíveis ou presta serviços a empresas associadas [especialmente relacionadas]”<sup>1394</sup>.

À primeira vista, pode não parecer que este tema abarque grandes problemas, uma vez que há uma tendência para que os preços se corrijam no mercado, dada a concorrência existente no mercado europeu. Todavia, não nos podemos esquecer de que falamos de empresas que são especialmente relacionadas entre si, ou seja, “[por existir] um ‘controlo comum’, é de temer que os preços praticados pelas entidades em causa nas suas transações (...) não correspondam aos valores correntes de mercado. Daí o poder da autoridade tributária (AT) para corrigir o valor de tais transações”<sup>1395</sup>.

Efetivamente, os PT são um mecanismo utilizado com frequência, por MNE, para conseguirem uma erosão da sua base tributável e, consequentemente, transferirem os seus lucros<sup>1396</sup> para territórios de baixa (ou nula) tributação. O planeamento fiscal (agressivo) feito por entidades deste género ocorre, geralmente, da seguinte forma: (i) aproveitamento de lacunas existentes em ordenamentos jurídicos distintos, (ii) sociedade-filha sediada num território de baixa/nula tributação, (iii) sociedade-mãe sediada num território de elevada tributação, (iv) sociedade-filha transfere bens, ativos ou presta serviços à sociedade-mãe, por um preço inflacionado (excessivo), (v) alocação dos lucros para o território de baixa tributação e (vi) consequente diminuição da carga fiscal do grupo, por existir uma diminuição dos lucros no país de elevada tributação.

---

<sup>1393</sup> OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris.

<sup>1394</sup> Tradução nossa. “[T]he prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises.” – OCDE, 2017, p. 17.

<sup>1395</sup> Morais, 2017, pp. 155-160. Esta correção, por parte da AT, apenas assume relevância prática quando duas entidades, do mesmo grupo, se situem em jurisdições diferentes, nomeadamente em EM diversos. Isto porque, “o imposto arrecadado ‘a menos’, relativamente a uma delas, corresponderá ao imposto arrecadado ‘a mais’ relativamente a outra”, quando se encontram na mesma jurisdição.

<sup>1396</sup> *Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*.



Face a estes esquemas de evasão fiscal, a OCDE adotou o *Plano de Ação BEPS*<sup>1397</sup>, com o intuito de promover a boa governação e a cooperação fiscal mútua, e tem vindo a atualizar os *princípios* que os EM são incentivados a seguir para uma boa aplicação do princípio de plena concorrência.

Deste modo, as AT não devem aceitar os preços de transferência entre sociedades associadas, sempre que estas transações não sejam remuneradas de um modo idêntico às que são praticadas entre entidades independentes “que negociem em circunstâncias comparáveis em condições de plena concorrência”<sup>1398</sup>.

### 1.2.1. Princípio de plena concorrência

Este princípio<sup>1399</sup> encontra-se consagrado no art. 9.º da Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE)<sup>1400</sup>. No entanto, não é esta a versão seguida pela CE para efetuar a apreciação dos AE, por dois motivos: para evitar possíveis ambiguidades e dado a CMOCDE ser um instrumento não vinculativo<sup>1401</sup>.

Com efeito, no acórdão *Bélgica e Forum 187 ASBL vs. Comissão*<sup>1402</sup>, o TJUE pronuncia-se sobre este princípio como critério para determinar se certa medida confere uma vantagem, na aceção do art. 107.º, n.º 1 do TFUE. Assim, a CE define-o como sendo “o princípio segundo o qual as transações realizadas entre sociedades de um mesmo grupo deveriam ser remuneradas como se fossem acordadas por sociedades independentes a negociar em circunstâncias comparáveis e em condições de plena concorrência”<sup>1403</sup>, e “é aplicado para determinar se os lucros tributáveis de uma sociedade pertencente a um grupo para efeitos do cálculo do imposto sobre as sociedades foram calculados aplicando um método que se aproxima das condições de mercado”<sup>1404</sup>.

Neste entendimento, todos os EM estão vinculados a este “princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação, que resulta do art. 107.º, n.º 1, do TFUE”<sup>1405</sup>, independentemente de o introduzirem nos seus ordenamentos jurídicos (o

---

<sup>1397</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. Para um aprofundar esta matéria, aconselhamos a leitura das ações 8 a 10 deste plano, que dizem respeito aos preços de transferência.

<sup>1398</sup> Decisão (UE) 2016/2326, §85.

<sup>1399</sup> Arm's length principle.

<sup>1400</sup> “[Quando] (...) as duas empresas [associadas], nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem estas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade” – Art. 9.º da CMOCDE.

<sup>1401</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 228.

<sup>1402</sup> Ac. do TJUE, *Bélgica e Forum 187 ASBL/Comissão*, § 95.

<sup>1403</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 225.

<sup>1404</sup> *Idem*, § 228.

<sup>1405</sup> *Idem*.

que – como veremos no capítulo 3. do nosso trabalho – põe em causa a soberania fiscal dos EM).

#### **1.2.1.1. Métodos de determinação dos preços de transferência**

Esta matéria está dividida em dois grupos: os métodos tradicionais, baseados nas transações, e os métodos baseados no lucro das operações. Os primeiros são identificados, pela CE, como os métodos diretos e permitem identificar qual o preço que respeita o princípio de plena concorrência. No entanto, se não for possível utilizá-los, devido à extrema complexidade de certas entidades, podem ser utilizados os métodos com base no lucro das operações. Por seu turno, estes são os métodos indiretos, e são utilizados quando os métodos diretos não cumprem a sua função, ou seja, quando estamos perante bens incorpóreos. Assim, devem ser utilizados, somente, como último recurso<sup>1406</sup>.

Do primeiro grupo fazem parte o método do preço comparável de mercado<sup>1407</sup>, o método do custo majorado<sup>1408</sup> e o método do preço de revenda minorado<sup>1409</sup>. Do segundo fazem parte o método da margem líquida da operação<sup>1410</sup> e o método do fracionamento do lucro<sup>1411</sup>.

Como veremos no capítulo seguinte, o método predileto dos grupos societários para determinar o PT é o da margem líquida da operação. Para obtermos o preço de plena concorrência, este método indica que a margem de lucro líquido obtida numa operação vinculada deve ser comparada à mesma margem quando obtida em transações entre empresas independentes. Evidentemente, as entidades relacionadas e as entidades dependentes devem estar em situações comparáveis e devem ter por base os mesmos fatores: custos, vendas e ativos.

Contudo, apercebemo-nos de que o método predileto da CE para determinar o preço de plena concorrência, nas transações intragrupo, é o do preço comparável de mercado. Este método compara o preço faturado na transação de um bem ou serviço entre duas entidades integradas com o que é faturado (para o mesmo bem/serviço) entre duas entidades independentes, quando se encontrem em situações comparáveis. Deve ser utilizado sempre que o tipo de bens/serviços a transacionar seja recorrente no mercado e, por isso, simples de comparar.

---

<sup>1406</sup> Ribeiro, 2010, p. 396.

<sup>1407</sup> Vd. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, § 2.14-2.26. *Comparable Uncontrolled Price Method – CUP*.

<sup>1408</sup> *Idem*, § 2.45-2.61. *Cost Plus – CP*.

<sup>1409</sup> *Idem*, § 2.27-2.44. *Resale Price Method – RPM*.

<sup>1410</sup> *Idem*, § 2.64-2.113. *Transactional Net Margin Method – TNMM*.

<sup>1411</sup> *Idem*, § 2.114-2.151. *Profit Split – PS*.

Portanto, desde já nos deparamos com uma ligeira incoerência entre o que está exposto nos *princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência* e o que a CE, efetivamente, tem vindo a praticar. Isto porque, como veremos nos capítulos seguintes, tanto no caso *Starbucks*, como no caso *Apple* (que utilizam o método da margem líquida da operação) se dão operações sobre bens incorpóreos – pelo que seria de esperar que o método escolhido fosse considerado correto –, mas a Comissão vem afirmar que o método correto seria o do preço comparável de mercado (que não está aconselhado para este tipo de operações).

Recordamos, ainda, que, embora a CE recomende a aplicação destes métodos na determinação dos PT praticados entre empresas especialmente relacionadas, preservando o princípio de plena concorrência, deve ter-se em consideração que a fixação de um PT tem de ser feita com base numa apreciação casuística, quer por parte da AT, quer do contribuinte.

Por conseguinte, este princípio pode acarretar múltiplas dificuldades e custos avultados – para o contribuinte e para a AT – por nem sempre ser fácil (ou mesmo impossível, por razões de confidencialidade) reunir todas as informações necessárias para fixar o PT que o respeite.

### **1.2.2. Acordos prévios de fixação preços de transferência**

Um acordo deste tipo permite definir, previamente à realização de operações vinculadas, um conjunto de critérios adequados (designadamente, o método a utilizar, os elementos de comparação e os ajustamentos a introduzir, os pressupostos principais quanto à evolução futura) com vista à determinação do preço de transferência aplicável a essas operações durante um determinado período de tempo. Um acordo de fixação prévia de preços de transferência pode ser unilateral quando apenas intervém uma Administração Fiscal e um contribuinte ou multilateral se requer o acordo de duas ou mais Administrações Fiscais<sup>1412</sup>.

Estes APPT são processos voluntários, da iniciativa do contribuinte, e visam a prevenção de eventuais litígios, uma vez que há uma predeterminação do preço que deve ser praticado em condições de plena concorrência. No plano internacional, estes acordos ajudam a prevenir a dupla tributação<sup>1413</sup>, embora não sejam uma garantia<sup>1414</sup>.

---

<sup>1412</sup> Síntese dos Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência, p. 7: OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, p. 26.

<sup>1413</sup> Pinto, s.d., p. 16.

<sup>1414</sup> Teixeira, 2006, pp. 20 e 21.

Deste modo, a principal vantagem que as MNE obtêm com a realização de APPT é a segurança jurídica, uma vez que são decisões de carácter vinculativo. Por outro lado, não deixam de ser processos morosos, de extrema complexidade e que podem repercutir custos elevados.

Como consequência da complexidade que se lhes advém, a AT tem legitimidade para proceder às correções que entender como convenientes, sendo igualmente incentivada a seguir os *princípios da OCDE*, aplicando um dos métodos estabelecidos, após uma avaliação casuística.

Na verdade, como os APPT conferem ao contribuinte a certeza do tratamento fiscal a que determinada operação está sujeita num certo e determinado período de tempo, tornam-se aliciantes a práticas de planeamento fiscal agressivo, provocando elisão e evasão fiscal e tornando a concorrência europeia fiscal prejudicial. Ora, os acordos que fixam os PT em operações vinculadas são verdadeiras decisões fiscais prévias, o que significa que, impreterivelmente, estamos perante o poder discricionário da AT. Tendo em vista que, frequentemente, a AT abusa do seu poder discricionário (apoderando-se de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados para conferir vantagens seletivas), a CE prevê uma presunção de auxílio estatal sempre que uma decisão administrativa se afaste das regras de plena concorrência<sup>1415</sup>.

Neste sentido, concordamos com a posição que João Félix Nogueira adota quando defende a proibição da discricionariedade administrativa no direito europeu. De facto, “o cumprimento do direito comunitário não pode ficar dependente de um qualquer poder discricionário conferido à administração”<sup>1416</sup>, não obstante, em matéria de preços de transferência, as demais AT (ainda) possuírem manobra suficiente para conferirem vantagens fiscais seletivas.

## **2. Status quo**

Na sequência do escândalo *LuxLeaks*<sup>1417</sup>, a Comissão Europeia levou a cabo uma série de investigações com o objetivo de determinar possíveis auxílios garantidos pelos EM a várias multinacionais, concedidos através das regras sobre PT.

---

<sup>1415</sup> Vd., Comunicação de 2016, § 170 e 171: “A concessão de uma decisão fiscal deve, no entanto, respeitar as regras em matéria de auxílios estatais”, sendo certo que “uma decisão fiscal que subscreve uma metodologia de fixação dos preços de transferência para determinar os lucros tributáveis de uma entidade de um grupo de empresas que não resulte numa aproximação fiável dos resultados baseados no mercado em sintonia com o princípio da plena concorrência confere uma vantagem seletiva ao seu beneficiário”. Vd. Comunicação de 1998, § 22: “Em princípio, qualquer decisão administrativa que se afaste das regras fiscais geralmente aplicáveis para favorecer determinadas empresas dá origem a uma presunção de auxílio estatal e deve ser analisada em pormenor”.

<sup>1416</sup> Nogueira, 2010, p. 432.

<sup>1417</sup> No ano de 2014, ocorreu um escândalo financeiro no Luxemburgo. Na sua sequência foram reveladas informações sobre 343 empresas, expondo as suas práticas de elisão e planeamento fiscal.

No presente capítulo, analisaremos quatro dos casos mais mediáticos em sede de PT: *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Nike*. Iremos percorrer os motivos que levaram a que CE decidisse pela existência destes auxílios, e exporemos a recente posição do TGUE relativamente aos casos *Fiat* e *Starbucks*. Salientamos que, embora estejamos perante casos de extrema complexidade – já que versam sobre o instituto dos preços de transferência e apresentam uma extensa factualidade –, estas situações são deveras interessantes na ótica do planeamento fiscal. Portanto, optámos por abusar de uma análise exaustiva dos factos (quer pela sua explanação, quer pela elaboração de figuras sobre as transações intragrupo), para que a compreensão dos mesmos seja facilitada e para que possamos compará-los, de caso para caso, de modo a entendermos as decisões da CE e do TGUE.

Apesar de ainda não conhecermos qualquer decisão definitiva do TJUE, optámos por uma análise focada nestes casos, pela similitude da factualidade que apresentam e que, ainda assim, gera conclusões e decisões diversas, por parte quer da CE, quer do TGUE.

## **2.1. Do caso *Fiat***

### **2.1.1. A posição da Comissão Europeia**

No âmbito das investigações prosseguidas pela CE, esta decidiu, em outubro de 2015<sup>1418</sup>, que o acordo concedido à *Fiat Finance and Trade* (FFT) pelo Estado luxemburguês revestia um AE ilegal, na aceção do art. 107.º, n.º 1, do TFUE.

Este acordo consistia num APPT celebrado entre a FFT e a AT luxemburguesa a 3 de setembro de 2012 e pela validade de cinco anos<sup>1419</sup>. Durante este período, o acordo era vinculativo e, portanto, não permitia qualquer ajustamento durante este período.

A FFT tinha sede no Luxemburgo e era uma subsidiária do grupo *Fiat*, que, na altura, era controlado pela *Fiat S.p.A.*<sup>1420</sup>. As principais atividades do grupo consistiam em serviços industriais e financeiros, que prestavam no setor automóvel. Por sua vez, a FFT dedicava-se, exclusivamente, à prestação de serviços de tesouraria e ao financiamento interno das entidades sediadas (principalmente) na Europa, à exceção da Itália<sup>1421</sup>. A FFT era detida a 60% pela *Fiat S.p.A.* e a 40% pela *Fiat Finance S.p.A.*

As principais transações intragrupo da FFT podem resumir-se na figura n.º 1<sup>1422</sup>.

---

<sup>1418</sup> Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão. Para consultar a decisão de início do procedimento, vd. CE, *State Aid SA*. 38375, C(2014) 3627 final, 11/06/2014.

<sup>1419</sup> Decisão (UE) 2016/2326, §52.

<sup>1420</sup> Hoje em dia, esta entidade (que era a entidade-mãe) já não existe. A fusão desta com a *Fiat Investments N.V.* deu origem à atual *Fiat Chrysler Automobiles N.V.*, que controla todas as entidades do grupo.

<sup>1421</sup> Decisão (UE) 2016/2326, §35 e 36.

<sup>1422</sup> Figura da nossa autoria.

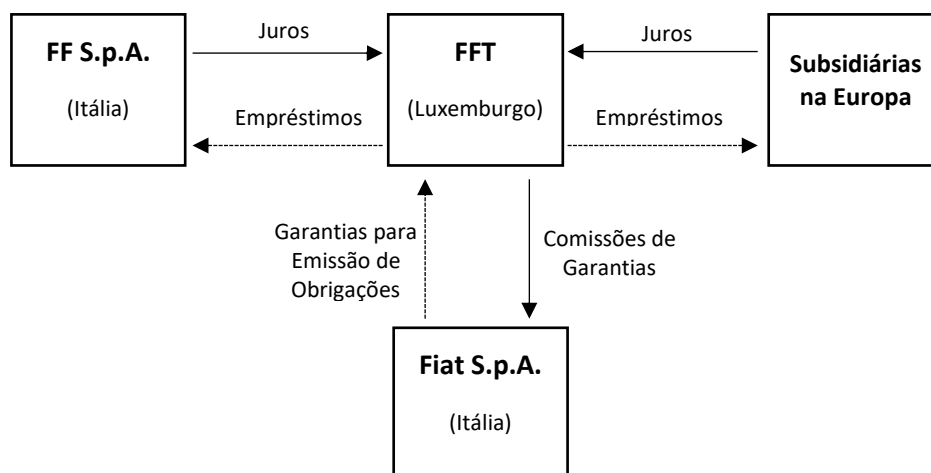


*Figura 1 – Transações Intragrupo da FFT.*

No seio das suas principais funções, a FFT procedia à emissão de obrigações, conseguindo financiamento através do mercado, que lhe permitia apoiar o crescimento e as operações de outras entidades do grupo através da concessão de empréstimos. Desta forma, os principais ativos da FFT estavam associados aos empréstimos intragrupo, bem como dívidas que daí resultassem, e aos depósitos bancários<sup>1423</sup>. Note-se que os juros recebidos pela FFT não estavam sujeitos a tributação no Luxemburgo e eram dedutíveis tanto na Itália (onde estava sediada a FF S.p.A.), como nos restantes países europeus, o que poderia resultar na dupla não tributação deste rendimento.

A investigação da CE revelou um APPT celebrado entre a FFT e a AT luxemburguesa que fixava: (i) a base tributável anual da FFT na ordem dos 2,542 mil milhões de euros, com um desvio de +/- 10%, (ii) a taxa de imposto a aplicar a esta base (28,8%)<sup>1424</sup>, e (iii) uma taxa de remuneração de 6,05%, que se aplicava (apenas) ao montante de capitais próprios que a FFT considerava necessário para exercer as suas funções e para suportar os seus riscos<sup>1425</sup>. O método utilizado para calcular a base tributável foi o da margem líquida da operação.

O acordo concedido à FFT foi aprovado com base no art. 164.º, n.º 3 do Código luxemburguês dos Impostos sobre o Rendimento e na Circular L.I.R. n.º 164/2, de 28 de janeiro de 2011. Ambas as fontes implementavam o princípio de plena concorrência. A primeira, no art. 9.º da CMOCDE. A segunda era descrita como guia para a tributação das entidades que realizassem transações financeiras intragrupo. Esta Circular estabelecia, expressamente, que, nas transações financeiras intragrupo, os PT deviam ser

<sup>1423</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 51.

<sup>1424</sup> C(2014) 3627, § 37.

<sup>1425</sup> Estimado pelos consultores fiscais da FFT, que utilizavam várias metodologias (por exemplo, o Quadro de Basileia II) e ajustamentos (por exemplo, a dedução das participações que a FFT detinha em outras entidades do grupo para calcular o montante total de capitais próprios, nomeadamente na *Fiat Finance North America* e na *Fiat Finance Canada*). Vd. Miladinovic & Petruzzi, 2019, pp. 250 e 251.

determinados de acordo com o princípio de plena concorrência (art. 9.º da CMOCDE e as orientações da OCDE).

A utilização destas metodologias levou a que a CE as classificasse como artificiais e complexas<sup>1426</sup>, não sendo adequadas a refletir condições de mercado. Dado que as atividades da FFT eram comparáveis às de uma entidade bancária, os lucros tributáveis da FFT deveriam ter sido calculados do mesmo modo que estas entidades o faziam, isto é, “como o cálculo da remuneração do capital mobilizado pela empresa para as suas atividades de financiamento”<sup>1427</sup>.

Consequentemente, a CE considerou o APPT concedido à FFT pelas autoridades administrativas luxemburguesas como AE ilegal, pelas seguintes razões: (i) o método escolhido não era o mais apropriado (no caso, seria o método do preço comparável de mercado), (ii) a escolha de uma base tributável fixa, durante cinco anos, sem possibilidade de ajustamentos, podia pôr em causa o princípio de plena concorrência, (iii) o montante dos capitais próprios tido em conta para o cálculo da taxa de remuneração da FFT não era o correto e, consequentemente, (iv) a própria taxa, em si, era excessivamente baixa, pelo que (v) a AT luxemburguesa abusou do seu poder discricionário ao conceder este acordo.

Concluindo, este APPT não respeitava o princípio de plena concorrência, tendo sido concedida uma vantagem seletiva à FFT, já que, para além dos motivos expostos, este APPT não caía nas exceções dos n.ºs 2 e 3 do art. 107.º do TFUE. Portanto, a CE ordenou a recuperação do auxílio<sup>1428</sup>, pelo montante da diferença entre o que a empresa teria pago na ausência deste APPT e o que, efetivamente, pagou. No caso, este montante ascende aos 23,1 milhões de euros<sup>1429</sup>.

### **2.1.2.A posição do Tribunal Geral da União Europeia**

Descontentes com a decisão da CE, o Grão-Ducado do Luxemburgo e a FFT decidiram recorrer desta para o TGUE. Para tal, utilizaram os seguintes argumentos<sup>1430</sup>, criticando a CE por: (i) ter adotado uma análise capaz de proporcionar uma harmonização fiscal disfarçada, (ii) ter confirmado a existência de uma vantagem (tendo desrespeitado o princípio de plena concorrência), e, consequentemente, contrariar o art. 107.º do TFUE, o dever de fundamentação e os princípios da certeza jurídica e da proteção das expectativas legítimas dos contribuintes, (iii) ter considerado que essa vantagem era seletiva, (iv) ter considerado que o APPT era suscetível de afetar as trocas

---

<sup>1426</sup> Vd. Anexo I.

<sup>1427</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 21/10/2015, p. 2.

<sup>1428</sup> Art. 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589, do Conselho.

<sup>1429</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 16/09/2019, p. 3.

<sup>1430</sup> TGUE, Comunicado de Imprensa n.º 118/19, 24/09/2019.

comerciais entre os EM e de falsear/ameaçar falsear a concorrência e, consequentemente, contrariar (novamente) o art. 107.º do TFUE e incumprir com o seu dever de fundamentação e, por último, (v) ter violado o princípio da segurança e certeza jurídica e infringido os direitos de defesa quando ordenou a recuperação do auxílio em questão.

Todavia, o TGUE concordou com a decisão da Comissão<sup>1431</sup>. Para suportar a sua decisão, este Tribunal fundamentou-a com os seguintes argumentos:

(i) A CE não procedeu a nenhuma tentativa de harmonização fiscal, mas antes usou o poder que lhe foi conferido pela legislação europeia;

(ii) A existência de uma vantagem podia ser conferida através da comparação com a tributação “normal” do EM em questão – deveriam ter sido comparadas as posições do contribuinte antes e depois da concessão do APPT – pelo que o preço estabelecido para as transações intragrupo não foi determinado em condições de plena concorrência<sup>1432</sup>. Considerou, ainda, que o princípio de plena concorrência foi uma ferramenta que caiu no escopo da legislação luxemburguesa, permitindo, assim, que a CE verificasse se os preços fixados respeitaram as condições de mercado. No que concerne à vantagem conferida, *per se*, o TGUE confirmou a aplicação incorreta do método da margem líquida da operação e considerou que todo o capital da FFT deveria ser tido em conta, aplicando-se-lhe, apenas, uma taxa. Desta forma, concluiu que a remuneração da FFT foi minimizada, reduzindo a sua base tributável e, portanto, existiu uma vantagem;

(iii) Existiu, de facto, uma seletividade, que se confirmou através do preenchimento dos três requisitos. Ressalvou que existia seletividade, quer fossem considerados como sistemas de referência o art. 164.º do Código luxemburguês dos Impostos sobre o Rendimento, quer o sistema geral de tributação do rendimento das pessoas coletivas;

(iv) A CE conseguiu provar que a medida confere uma restrição à concorrência europeia; e

(v) A recuperação do auxílio não violou o princípio da segurança e certeza jurídica, nem infringiu os direitos de defesa.

Contudo, a FFT não se conformou com a decisão do TGUE e interpôs recurso desta para o TJUE, no dia 4 de dezembro de 2019<sup>1433</sup>. Aguardamos a sua pronúncia.

---

<sup>1431</sup> Ac. do TGUE, *Grão-Ducado do Luxemburgo vs. Comissão*.

<sup>1432</sup> O TGUE entende que quando um EM não faz distinção, na sua legislação doméstica, entre a tributação do rendimento de entidades independentes e a das entidades especialmente relacionadas, é porque entende que ambas devem ser tributadas da mesma forma. Ou seja, qualquer rendimento que provenha da atividade económica deve ser sujeito a tributação.

<sup>1433</sup> JO C 45, 10/2/2020, p. 30.



## **2.2. Do caso *Starbucks***

### **2.2.1. A posição da Comissão Europeia**

Em outubro de 2015, a CE decidiu<sup>1434</sup>, também, a favor da ilegalidade do auxílio prestado pelos Países Baixos à *Starbucks Manufacturing BV* (doravante SMBV), violando o disposto no art. 107.º do TFUE.

Este acordo prévio de fixação de preços de transferência foi concedido pela autoridade tributária holandesa à SMBV em 28 de abril de 2008 e pela validade de dez anos. Porém, apesar de este APPT ter sido, também, vinculativo, previa uma “verificação intercalar” para o final do ano 2013, a fim de averiguar a existência de alterações de factos e circunstâncias<sup>1435</sup>.

A SMBV estava sediada na Holanda como uma subsidiária do grupo *Starbucks*, tal como a *Starbucks Coffee BV* (SCBV), e ambas eram controladas pela *Starbucks Corporation*<sup>1436</sup>. O grupo desenvolvia a sua atividade através da torrefação de café, do comércio e retalho de café especial e do comércio de outros produtos<sup>1437</sup>, mormente, chás, chávenas e produtos alimentares frescos. Todavia, a SMBV era a única entidade do grupo que se dedicava, exclusivamente, à torrefação do café, fora dos EUA. Por seu turno, a SCBV funcionava como sede do grupo *Starbucks* nas regiões da Europa, Médio Oriente e África (EMOA)<sup>1438</sup>.

As transações intragrupo relevantes para a análise deste APPT encontram-se resumidas na figura n.º 2<sup>1439</sup>.

---

<sup>1434</sup> Decisão (UE) 2017/502 da Comissão. Para consultar a decisão de início do procedimento, vd. C(2014) 3626 final, de 11/06/2014.

<sup>1435</sup> Decisão (UE) 2017/502, § 40.

<sup>1436</sup> Esta entidade tinha sede em *Seattle*, EUA, e controlava todas as entidades do grupo. Para mais informações sobre a estrutura do grupo, vd. C(2014) 3626 final, § 27.

<sup>1437</sup> Estes produtos eram vendidos através de lojas exploradas pelo grupo. Decisão (UE) 2017/502, § 38.

<sup>1438</sup> C(2014) 3626 final, § 22.

<sup>1439</sup> Figura da nossa autoria.

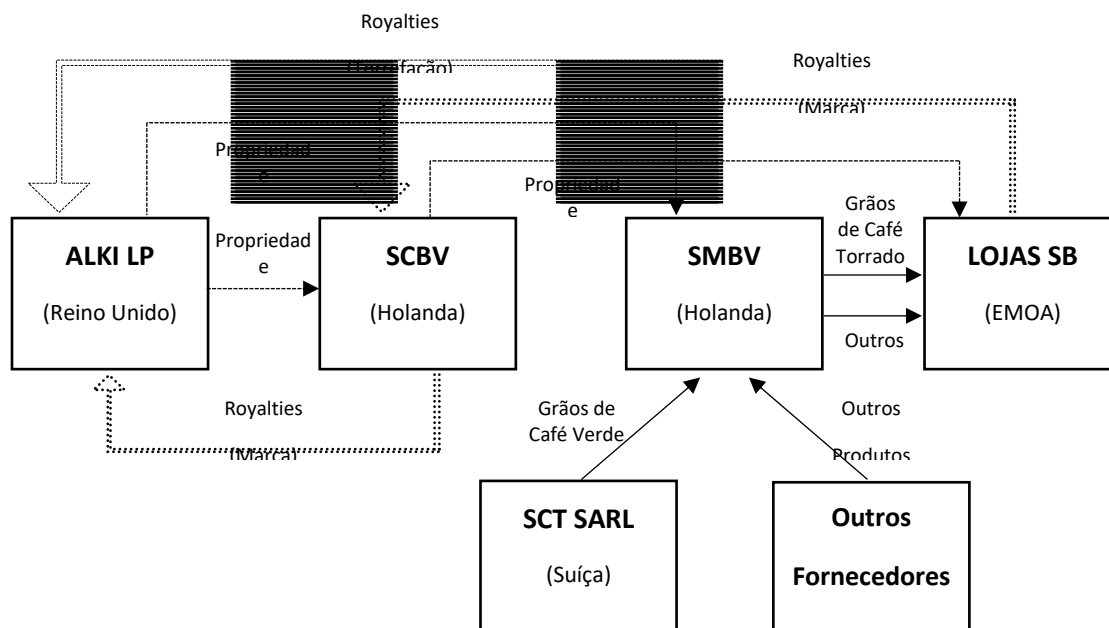


Figura 2 – Transações Intragrupo da SMBV.

Deste modo, a SMBV adquiria grãos de café verde à *Starbucks Coffee Trading SARL* (SCT SARL), sediada na Suíça, e procedia à sua torrefação. Para poder efetuar esta atividade, a SMBV pagava uma licença à Alki LP, pelo seu *know-how* da atividade torrefatora, que se traduzia no pagamento de *royalties*. A SCBV detinha vários direitos de propriedade intelectual (PI), adquiridos através da Alki LP, e sublicenciava-os, por exemplo, a exploradores de lojas. Por conseguinte, pagava, também, um montante de *royalties* à Alki LP.

A AT holandesa celebrou dois APPT: um com a SMBV e outro com a SCBV. Ao caso concerne, apenas, o acordo celebrado com a SMBV, pelo que o analisaremos pormenorizadamente. Efetivamente, o montante da remuneração foi fixado através do método da margem líquida da operação e estabelecia que: (i) a remuneração a aplicar era um valor entre 9 e 12% da base de custos relevante<sup>1440</sup>, (ii) o montante que excedia a margem de lucro do ponto anterior era transferido, como *royalties*, para a Alki LP, e (iii) o pagamento de *royalties* era dedutível para efeitos de tributação (ou seja, não estavam sujeitos a retenção na fonte na Holanda).

Este acordo foi concluído com base no art. 8.º-B, n.º 1, da Lei do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas Holandesas, de 1969, e no Decreto Holandês sobre

<sup>1440</sup> Incluía os custos com pessoal e com equipamento de produção e despesas gerais das instalações, mas excluía os custos dos grãos de café verde, de logística e de distribuição, a remuneração de atividades fornecidas por terceiros e o montante de *royalties* transferidos à Alki LP. Vd. Decisão (UE) 2017/502, § 43.

Preços de Transferência, de 2001<sup>1441</sup><sup>1442</sup>. Ambas as fontes implementavam o princípio de plena concorrência no ordenamento jurídico holandês. A primeira, porque dava expressão ao art. 9.º da CMOCDE. A segunda, porque contemplava o princípio de plena concorrência, já que fornecia orientações sobre o modo como a AT deveria interpretar este princípio, também previsto no supramencionado art. 8.º-B, n.º 1.

Mais uma vez, a CE considerou que o APPT concedido à SMBV revelava metodologias artificiais e complexas<sup>1443</sup>, que não respeitavam as condições de mercado e, portanto, não davam cumprimento ao princípio de plena concorrência. Isto porque, nenhuma entidade do grupo (nas mesmas condições da SMBV) era obrigada a pagar *royalties* pelo *know-how* da torrefação, não havendo justificação para este pagamento, e o preço de aquisição dos grãos de café verde era considerado muito inflacionado<sup>1444</sup>. Os *royalties* não estavam sujeitos a tributação no Reino Unido, onde estava sediada a Alki LP, nem na Holanda, como já vimos – o que levava a crer que uma grande parte dos lucros da SMBV era desviada para a Alki LP, sob forma de *royalties*, pelo que provocava uma dupla não tributação.

Nestes termos, a CE decidiu a favor da existência de um AE ilegal, na aceção do art. 107.º do TFUE, com as seguintes motivações: (i) o método escolhido não era o apropriado (no caso, seria o método do preço comparável de mercado), (ii) a margem de remuneração obtida era demasiado baixa para as atividades que desenvolvia, (iii) a determinação da base de custos relevante era muito restrita, e (iv) o cálculo do montante de *royalties* como lucro residual acima dos 9-12% aparentava ser suspeito.

Com efeito, este APPT foi reputado, pela CE, como violador do princípio de plena concorrência, uma vez que conferia uma vantagem seletiva à SMBV. O caso em concreto não era subsumível às exceções previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 107.º do TFUE e, por isso, era ilegal. Como resultado, a CE ordenou a recuperação do auxílio<sup>1445</sup>, nos mesmos termos do caso *Fiat*. Nesta situação, o montante a recuperar ascendia aos 25,7 milhões de euros<sup>1446</sup>.

### **2.2.2. A posição do Tribunal Geral da União Europeia**

Confrontada com a decisão da Comissão, também a SMBV, juntamente com a Holanda, decidiu recorrer desta para o TGUE. Para tal, muniram-se de quatro argumentos e criticavam a CE por: (i) ter usado um sistema de referência inapropriado

---

<sup>1441</sup> Agora atualizado pelo Decreto sobre Preços de Transferência de 14 de novembro de 2013, n.º IFZ 2013/184M.

<sup>1442</sup> Decisão (UE) 2017/502, § 85-90.

<sup>1443</sup> Vd. Anexo II.

<sup>1444</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 21/10/2015, pp. 2 e 3.

<sup>1445</sup> Art. 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589, do Conselho.

<sup>1446</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 16/09/2019, p. 3.

aquando da análise do requisito da seletividade, (ii) ter apurado, incorretamente, a existência de uma vantagem, à luz de um princípio de plena concorrência, que era inerente à legislação europeia e, portanto, violava a autonomia fiscal dos EM, (iii) ter considerado que o método da margem líquida da operação não era o adequado, e (iv) ter considerado que as regras contidas no APPT conferiam uma vantagem à SMBV.

Neste caso, o TGUE alcançou um julgamento oposto ao do caso *Fiat*<sup>1447</sup>. Todavia, não concordou totalmente com os fundamentos apresentados pela SMBV e pela Holanda e clarificou que:

(i) Para ser averiguada a existência de uma vantagem, quando falamos de medidas fiscais, deveria ser comparada a situação da entidade beneficiária na presença da medida com a sua posição ao abrigo da legislação doméstica;

(ii) Quando um EM não fazia distinção entre a tributação das entidades independentes e das especialmente relacionadas, era porque pretendia tributar os lucros destas últimas. Isto é, as transações entre entidades especialmente relacionadas deveriam ser praticadas ao preço do mercado; e

(iii) O princípio de plena concorrência era uma ferramenta que permitia à CE realizar o controlo das transações efetuadas entre entidades especialmente relacionadas. Assim, era possível averiguar se estas se realizavam em condições de mercado. Esta ferramenta caía no escopo da lei holandesa, pois este poder de controlo era conferido à CE através do art. 107.º do TFUE.

Para se fundamentar na anulação da decisão da CE, o TGUE suportou a sua convicção nos seguintes argumentos:

(i) O incumprimento dos requisitos metodológicos do método da margem líquida da operação não implicava, necessariamente, a redução da carga tributária de uma entidade. Por outras palavras, a CE tinha de demonstrar que os erros cometidos no APPT eram suscetíveis de desrespeitar o princípio de plena concorrência, através da redução da carga tributária;

(ii) A CE não fundamentou a sua convicção de que o método escolhido pela SMBV deveria ter sido o do preço comparável de mercado. Não conseguiu provar que o preço de remuneração obtido pelo método escolhido era extremamente baixo, nem demonstrou esta insuficiência através de uma comparação entre os resultados obtidos pelos dois métodos;

(iii) Não se demonstrou que o pagamento de *royalties* à Alki LP era indevido, nem que deste resultava uma vantagem para a SMBV;

---

<sup>1447</sup> Ac. do TGUE, *Países Baixos vs. Comissão*.

(iv) Relativamente ao preço dos grãos de café verde, o TGUE esclareceu que estes não faziam parte de escopo do APPT e, por isso, a CE não tinha direito de se basear em factos posteriores à conclusão deste acordo; de sorte que

(v) A CE não conseguiu demonstrar a existência de uma vantagem económica, na aceção do art. 107.º do TFUE.

Em suma, a decisão da CE foi anulada pelo TGUE e, por conseguinte, a Holanda não terá de proceder à recuperação do auxílio prestado à *Starbucks*<sup>1448</sup>.

## **2.3. Do caso *Apple***

### **2.3.1. A posição da Comissão Europeia**

A decisão<sup>1449</sup> sobre a ilegalidade dos auxílios prestados pela Irlanda à *Apple Sales International* (ASI) e à *Apple Operations Europe* (AOE) foi anunciada, pela CE, em agosto de 2016.

No caso em concreto, estávamos na presença de dois acordos, concedidos àquelas entidades pelas AT irlandesas. Os APPT foram realizados em duas alturas diferentes, com cada uma das entidades: os primeiros, em 29 de janeiro de 1991, que foram substituídos pelos segundos, em 23 de maio de 2007. Estes últimos estiveram em vigor até 27 de setembro de 2014<sup>1450</sup>.

A ASI e a AOE estavam sediadas na Irlanda, embora não fossem consideradas residentes para efeitos tributários, dado que operavam através de sucursais<sup>1451</sup>. As suas “sedes sociais” não tinham presença física em qualquer país, nem tinham qualquer funcionário afeto. A ASI era detida na totalidade pela AOE, que, por sua vez, era detida, na totalidade, pela *Apple Inc.* – que controlava todo o grupo. Este grupo desenvolvia a sua atividade através da conceção, fabrico e comercialização de dispositivos móveis de comunicação e multimédia, isto é, computadores pessoais, leitores de música portáteis e digitais, *softwares*, serviços, aplicações digitais de terceiros, entre outros. Em concreto, a ASI e a AOE exerciam uma série de atividades na Irlanda<sup>1452</sup>: a primeira comprava produtos *Apple* a fabricantes por todo o mundo e vendia-os nas regiões da Europa, Médio Oriente, Índia e África (EMOIA) e da Ásia-Pacífico (APAC); a segunda fabricava gamas especializadas de produtos informáticos para a região EMOIA. Note-se que toda e

---

<sup>1448</sup> Vd. TGUE, Comunicado de Imprensa n.º 119/19, 24/09/2019.

<sup>1449</sup> Decisão (UE) 2017/1283. Para consultar a decisão de início do procedimento, vd. C(2014) 3606 final.

<sup>1450</sup> Decisão (UE) 2017/1283, § 39.

<sup>1451</sup> *Idem*, § 48-52. Além de não serem consideradas como residentes fiscais na Irlanda, estas entidades também não tinham residência fiscal em qualquer outro território. Tal facto devia-se à sua inserção no escopo de uma das duas exceções previstas pela *Section 23A* do *Taxes Consolidation Act 1997*, que permitia a determinadas sociedades, sediadas na Irlanda, serem consideradas não residentes.

<sup>1452</sup> *Idem*, § 53-57.

qualquer venda de produtos *Apple* na Europa, para todos os efeitos, era contratualmente efetuada com a ASI, e não com a loja que, efetivamente, procedia à sua venda.

As transações intragrupo relevantes para a análise destes APPT encontram-se reproduzidas na figura n.º 3<sup>1453</sup>.

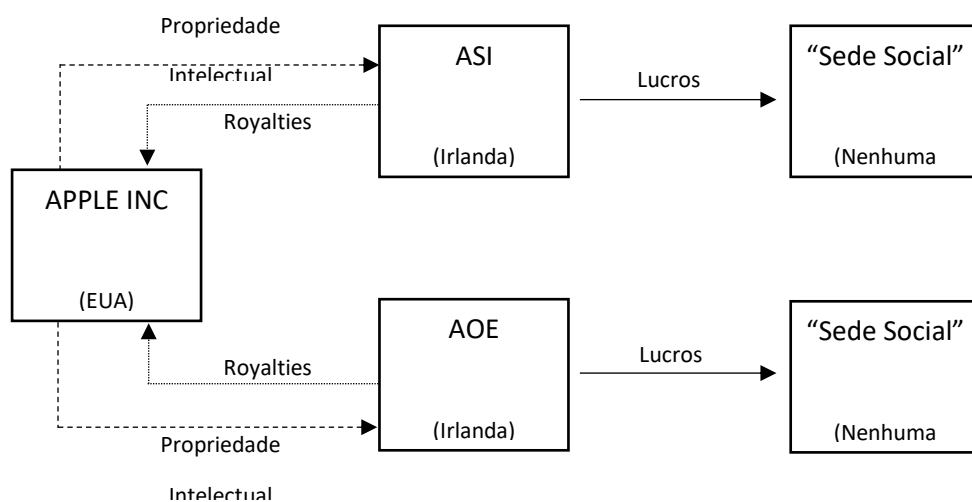


Figura 3 - Transações Intragrupo da ASI e da AOE.

Ora, para que pudessem fabricar e vender os produtos nas regiões mencionadas, tanto a ASI como a AOE detinham direitos de utilização da PI da *Apple*. Para tal, celebraram o “Acordo de Repartição de Custos” com a *Apple Inc.*, com o intuito de “financiar os esforços de investigação e desenvolvimento realizados em nome das empresas irlandesas nos EUA”<sup>1454</sup>. Estas despesas eram deduzidas aos lucros da ASI e da AOE.

O APPT celebrado entre a AT irlandesa e a ASI, em 1991, estabelecia que: (i) o lucro líquido tido em conta, para efeitos tributários, correspondia a um montante de 12,5% dos custos de exploração da sucursal, excluindo-se os que diziam respeito ao material para revenda. Em 2007, este acordo foi substituído, e estabelecia que: (i) o lucro líquido a ter em conta, para efeitos tributários, correspondia a um montante entre 10% e 15% dos custos de exploração da sucursal, excluindo-se os que diziam respeito a encargos de filiais *Apple* e a material. Em ambos os APPT, o método utilizado para calcular estas percentagens foi o da margem líquida da operação<sup>1455</sup>.

O APPT celebrado entre a AT irlandesa e a AOE, em 1991, estabelecia que: o lucro líquido tido em conta, para efeitos tributários, correspondia a um montante de 65% dos custos de exploração da sucursal, até ao montante de 60-70 milhões de euros – a partir deste montante, era utilizada a percentagem de 20% –, excluindo-se os que diziam

<sup>1453</sup> Figura da nossa autoria.

<sup>1454</sup> CE – Comunicado de Imprensa, de 30/08/2016, p. 1.

<sup>1455</sup> Decisão (UE) 2017/1283, § 359 e 360.

respeito ao material para revenda e à repartição dos custos de ativos incorpóreos cobrados de filiais da *Apple*. Em 2007, este acordo foi, também, substituído, e estabelecia que: (i) a remuneração era calculada pelo montante entre 10% a 15% dos custos de operação da sucursal, (ii) o rendimento da PI era calculado pelo montante entre 1% a 5% do volume de negócios da sucursal, e (iii) eram efetuadas deduções relativas a instalações e edifícios<sup>1456</sup>.

Ambos os APPT foram celebrados à luz da *Section 25 of the Irish Taxes Consolidation Act*, que previa o modo de tributação das entidades não residentes. Daqui decorria que uma entidade não residente não estava sujeita ao imposto corporativo, a menos que efetuasse trocas comerciais, através de uma sucursal, ou agência, na Irlanda. Ao exercer estas trocas comerciais, a entidade não residente era sujeita ao imposto no que se referia a: (i) “rendimentos comerciais direta ou indiretamente obtidos por intermédio ou a partir da sucursal ou agência”, (ii) “qualquer rendimento patrimonial ou direitos utilizados por, ou detidos por ou para, a sucursal ou agência” e (iii) “mais-valias tributáveis imputáveis à sucursal ou agência”<sup>1457</sup>. A *Part 35A of the Irish Consolidation Act*, foi aditada, em 2010, e previa a incorporação do princípio de plena concorrência na jurisdição irlandesa, tal como o art. 9.º da CMOCDE. Esta norma estava, também, prevista no *Transfer Pricing Country Profiles* da OCDE, como referência ao princípio de plena concorrência. No entanto, esta só tinha aplicação entre entidades associadas, e não entre uma entidade e a sua sucursal.

Neste caso, a CE considerou, também, que as metodologias utilizadas pela ASI e pela AOE eram artificiais e complexas<sup>1458</sup>, visto que violavam o princípio de plena concorrência. Com a sua investigação, concluiu que a atribuição dos lucros às respetivas “sedes sociais” não tinha qualquer justificação económica ou factual, uma vez que estas não tinham quaisquer capacidades operacionais. Entendeu, também, que a AOE tinha capacidade para gerar rendimentos através da comercialização, pelo que os seus lucros deviam ter sido tributados na Irlanda.

Deste modo, a CE decidiu a favor da existência de um AE ilegal, na aceção do art. 107.º do TFUE, pelas seguintes motivações: (i) os acordos de 1991 pareciam ser negociados, em vez de comparados com transações semelhantes, (ii) a razão pela qual eram utilizados os custos de operação como indicadores, aquando da aplicação do método da margem líquida da operação, não era clara, (iii) no acordo da AOE, de 1991, a discrepância entre o montante de 65% e de 20% dos custos parecia excessiva, (iv) verificava-se a falta de revisão dos acordos realizados em 1991, no período de 15 anos, e

---

<sup>1456</sup> *Idem*, § 61-62.

<sup>1457</sup> *Idem*, § 69-78.

<sup>1458</sup> Vd. Anexo III.

(v) o APPT concedido à ASI, em 2007, não tinha em conta o aumento de vendas que esta revelou ao longo dos anos.

Com base nestas observações, a CE considerou que os APPT celebrados com a ASI e com a AOE violavam o princípio de plena concorrência. Como tal, eram ilegais, pois não se enquadravam nas exceções previstas pelos n.ºs 2 e 3 do art. 107.º do TFUE, pelo que a CE ordenou a recuperação do auxílio<sup>1459</sup>. No caso, o montante ascendeu aos 14,3 mil milhões de euros.

Neste momento, ainda não existe qualquer pronúncia do TGUE sobre o presente caso. No entanto, não podemos ignorar a sua relevância para o nosso estudo, visto que se sustenta em factos que se assemelham aos casos anteriores. Alertamos para o facto de que estes casos são situações frequentes e que têm vindo a ser reveladas progressivamente. Portanto, entendemos pertinente a análise de diversos casos para tentarmos compreender a forma como as instituições e os organismos da UE dão tratamento a estas questões.

## **2.4. Do caso *Nike***

### **2.4.1. A posição da Comissão Europeia**

Recentemente, a CE deliberou sobre os auxílios concedidos pela Holanda à *Nike European Operations Netherlands BV* (NEON) e à *Converse Netherlands BV* (CNBV), e optou pela abertura do procedimento<sup>1460</sup>. Esta decisão preliminar foi conhecida em janeiro de 2019.

No caso em concreto, estávamos perante cinco acordos prévios sobre preços de transferência<sup>1461</sup> celebrados, ao longo dos anos, entre a AT e estas duas entidades – três deles com a NEON (em 2006, 2010 e 2015) e dois com a CNBV (em 2010 e 2015).

A NEON e a CNBV estavam sediadas na Holanda, como subsidiárias do grupo *Nike*. Eram totalmente detidas pela *Nike Europe Holding BV*, também sediada na Holanda, que, por sua vez, era detida pela *Nike, Inc.*, sediada nos EUA, que controlava todo o grupo. A CNBV era, também, subsidiária da *Converse Inc.*<sup>1462</sup>, com sede nos EUA. Este grupo desenvolvia a sua atividade através do *design*, desenvolvimento, *marketing* global e venda de produtos desportivos. Concretamente, a NEON atuava como sede regional, principal vendedor e distribuidor do grupo para a região da EMOA<sup>1463</sup>. Depois da reestruturação do grupo, em 2010, também controlava o setor do comércio eletrónico.

---

<sup>1459</sup> Art. 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589, do Conselho.

<sup>1460</sup> State Aid SA.51284 (2018/NN).

<sup>1461</sup> *Idem*, § 38.

<sup>1462</sup> Também detida pela *Nike Inc.*

<sup>1463</sup> SA.51284 (2018/NN), § 16-19.



De igual modo, a CNBV atuava como sede regional da *Converse* na Europa e desenvolvia todas as atividades necessárias<sup>1464</sup>.

Em 2015, a PI da *Nike* EMOA – que era detida pela *Nike International Limited* (NIL), sediada nas Bermudas – foi transferida para a *Nike International CV* (NICV), sediada na Holanda e transparente para efeitos fiscais. Por outras palavras, os pagamentos de *royalties*, efetuados pela NEON à NICV, não estavam sujeitos a tributação na Holanda. O mesmo acontecia relativamente ao pagamento de *royalties* realizado pela CNBV à *All Star CV* (ASCV)<sup>1465</sup>.

As principais transações intragrupo da NEON e da CNBV encontram-se na fig. 4<sup>1466</sup>.

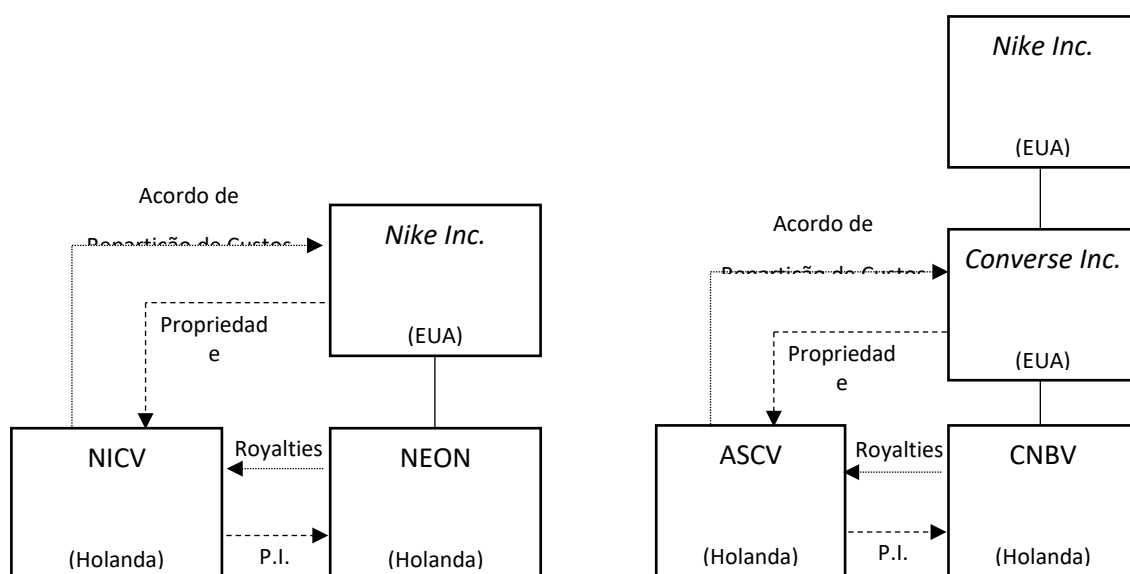


Figura 4 - Transações Intragrupo da NEON e da CNBV.

Os APPT, celebrados entre a AT holandesa e a NEON, bem como com a CNBV, assumiam, consecutivamente, as mesmas linhas gerais (apenas se alteravam pequenos pormenores, que diziam respeito às taxas de remuneração<sup>1467</sup>). Em todos os acordos, o método utilizado para determinar o PT foi o da margem líquida da operação.

Os APPT da NEON estabeleciam: (i) uma remuneração entre 2% e 5% do montante total das suas principais receitas, (ii) o montante de *royalties* que a NEON tinha de pagar à NICV<sup>1468</sup> – que se fixava no montante que resultava da diferença entre o total dos lucros operacionais realizados e a margem obtida no ponto anterior, (iii) que, para as atividades relacionadas com o comércio eletrónico, se fixava uma remuneração entre 1% e 5% do

<sup>1464</sup> *Idem*, § 33.

<sup>1465</sup> Por seu turno, esta entidade estava licenciada pela *Converse Inc.*

<sup>1466</sup> Figura da nossa autoria.

<sup>1467</sup> Para informações pormenorizadas sobre todos os APPT, vd. SA.51284 (2018/NN), § 39-51.

<sup>1468</sup> Anteriormente, estes pagamentos eram feitos à NIL.

montante total das receitas provenientes deste setor, e (iv) a dedução do montante que pagavam a título de *royalties* ao montante anual dos lucros que obtinham.

Por sua vez, os APPT da CNBV estabeleciam: (i) uma remuneração entre 2% e 5% do montante total das suas principais receitas, (ii) o montante de *royalties* que a CNBV tinha de pagar à ASCV – que se fixava no montante que resultava da diferença entre o total dos lucros operacionais comerciais e a margem obtida no ponto anterior, (iii) uma remuneração, para as atividades relacionadas com o comércio eletrónico, entre 1% e 5% do montante total das receitas que provinham deste setor, e (iv) a dedução do montante que pagavam a título de *royalties* ao montante anual dos lucros que obtinham.

Estes acordos foram celebrados à luz dos mesmos normativos que o caso *Starbucks*, pelo que para lá remetemos. Portanto, a CE entendia que se encontrava implementado o princípio de plena concorrência na Holanda.

Consequentemente, a CE considerou, também neste caso, que as metodologias utilizadas na celebração destes APPT eram artificiais e complexas<sup>1469</sup>, pois conferiam uma vantagem seletiva à *Nike*. Posto isto, o que mais alertou a CE para a existência de um AE, na sua análise preliminar, foi o facto de se ter revelado que, apesar de a NEON e a CNBV terem mais de mil funcionários (estando envolvidas na gestão, desenvolvimento e exploração da PI), os beneficiários do montante de *royalties* eram entidades que não tinham funcionários, nem qualquer atividade económica. A CE também não concordou com a escolha que o grupo fez sobre o método para determinar o preço de transferência em condições de plena concorrência, entendendo que deveria ter sido utilizado o do fracionamento do lucro<sup>1470</sup>.

Neste caso em concreto, a CE ainda não decidiu formalmente pela existência de um AE atribuído à NEON e à CNBV, mas já chegou à sua conclusão provisória. Perante esta situação, decidiu abrir o procedimento formal, para averiguar a compatibilidade destas medidas com o MI<sup>1471</sup>.

Consequentemente, também ainda não existe qualquer pronúncia do TGUE acerca deste caso. No entanto, decidimos abordá-lo pelas motivações que referimos no ponto 2.3.1. do nosso trabalho.

### **3. Análise crítica**

No capítulo que se inicia, iremos analisar criticamente os pontos mais controversos destas matérias, que desencadearam um infinito debate na doutrina internacional.

---

<sup>1469</sup> Vd. Anexo IV.

<sup>1470</sup> SA.51284 (2018/NN), § 89, 131 e 132.

<sup>1471</sup> SA.51284 (2018/NN), § 89, 131 e 132, ponto 5.

Com as convicções que a CE tem formulado, os EM entendem que esta tem vindo a proceder, disfarçadamente, a uma harmonização fiscal europeia, interferindo com a sua soberania fiscal – pelo que, desde já, afirmamos que esta atuação não é bem aceite pelos EM.

Efetivamente, as convicções mais atacadas pelos EM dizem respeito ao sistema de referência utilizado para a apreciação do AE, bem como à aplicação do princípio de plena concorrência. A respeito das consequências que lhes advêm com confirmação da existência de um AE ilegal, os EM apoiam-se na violação da segurança e da certeza jurídica.

Não obstante, o TGUE e o TJUE têm vindo a formular convicções diversas às da CE, o que, certamente, trará implicações para decisões futuras.

### **3.1. Do critério da seletividade**

#### **3.1.1. A determinação do sistema de referência**

A primeira crítica a apontar à CE diz respeito à sua convicção de que o sistema de referência apropriado deve ser o das normas gerais de tributação dos lucros das pessoas coletivas. Tal como expusemos no capítulo anterior, em todos os casos a CE optou por considerar como sistema de referência as normas gerais de tributação dos EM visados. Consequentemente, considera que as empresas independentes e as especialmente relacionadas se encontram numa situação jurídico-factual comparável – consideração esta que tem proporcionado as piores críticas à CE.

Em primeiro lugar, relembramos que os PT assumem o propósito de repor a estabilidade nos EM. Assim, estes dois tipos de entidades, estando em situações comparáveis, devem praticar o mesmo preço nas transações. Porém, a opção pelas normas gerais de tributação como sistema de referência não nos parece, de facto, apropriado, uma vez que acarreta várias incoerências. Vejamos: não podemos negar que o objetivo principal dos EM seja a tributação dos lucros destas entidades, mas também não nos podemos esquecer de que os lucros das entidades relacionadas podem ser influenciados pelos seus acionistas – ao contrário do que se passa com as entidades independentes. Assim sendo, são impreteríveis normas que controlem esta influência, permitindo que o lucro de entidades relacionadas se mantenha fiel ao que obteriam com operações efetuadas de acordo com o MI<sup>1472</sup>. Ainda neste campo, não podemos ignorar a observação que Raymond Luja faz ao facto de que vários EM não permitem que a AT questione as decisões de negócio das empresas, salvo nos casos em que existam transações intragrupo – que são reguladas por normas preventivas da elisão e evasão

---

<sup>1472</sup> Verhagen, 2017, p. 283.

fiscal. Ora, se admitimos que as entidades independentes são comparáveis jurídica e factualmente às entidades relacionadas, também temos de admitir que, nestes EM, as AT não podem questionar as decisões de negócio das transações intragrupo (quer resultem em mais ou menos lucro tributável). Como resultado, obteríamos uma tributação mais favorável das entidades especialmente relacionadas em relação às independentes<sup>1473</sup>.

Na verdade, existem casos em que a CE não considerou as empresas independentes comparáveis às que são relacionadas<sup>1474</sup>. Porém, quando confrontada com este facto, afirma que não se encontra vinculada às suas decisões anteriores e que, nos casos recentes, aquela linha de raciocínio não se aplica, por causa do “objetivo do regime” ou do “objetivo da medida fiscal”<sup>1475</sup>.

Não obstante, nos casos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Nike*, o objetivo das medidas fiscais era, precisamente, regular as transações intragrupo, pelo que não entendemos a opção por um sistema de referência tão amplo. O TGUE não procedeu a uma análise profunda desta formulação, limitando-se a afirmar que: se as normas gerais de imposto não fazem uma distinção entre os dois tipos de entidades, para efeitos de sujeição ao imposto, é porque entende que os lucros devem ser tributados de igual forma, ou seja, ao preço de mercado. No entanto, esta formulação é tão ampla que podemos afirmar que, desta forma, todas as empresas se encontrariam numa posição comparável (mesmo aquelas que, claramente, não o são)<sup>1476</sup>. Por seu turno, na jurisprudência do TJUE podemos encontrar afirmações que confirmam a incomparabilidade de determinadas entidades<sup>1477</sup>, bem como a dos lucros auferidos por entidades residentes e não residentes<sup>1478</sup>.

Em segundo lugar, a CE revela-se inconsistente na escolha do sistema de referência. Conquanto a sua preferência é, sem dúvida, a opção pelas normas gerais de tributação das pessoas coletivas, já assistimos à sua opção por um escopo mais restrito<sup>1479</sup> – apesar de, quando confrontada com esta hipótese pela *Fiat*, *Starbucks* e *Apple* (bem como pelos respetivos EM), a refutar por completo, fundamentando que a existência destas regras, por si só, confere seletividade quando desenhadas para determinadas entidades.

Os APPT analisados no capítulo anterior foram considerados seletivos por utilizarem metodologias artificiais e complexas na alocação dos lucros, provocando a

---

<sup>1473</sup> Lujá, 2016, pp. 113-115.

<sup>1474</sup> Por exemplo, Decisão (UE) 2016/1699, § 13-22 e Decisão (UE) (2009/809/CE), § 85, 101 e 107.

<sup>1475</sup> Decisão (UE) 2017/1283, § 231-233.

<sup>1476</sup> Vd. Lazarov & Buriak, 2019, p. 3.

<sup>1477</sup> Vd. Verhagen, 2017, p. 283 e Ac. do TJUE, *Hydrotherm Gerätebau GmbH vs. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, § 11.

<sup>1478</sup> Vd. Wattel, 2016, p. 189 e Acs. do TJUE: *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*, § 65 e *Staatssecretaris van Financiën vs. D. G. Kieback*, § 22.

<sup>1479</sup> Vd. Acs. do TGUE: *Autogrill España, SA vs. Comissão Europeia*, § 50 e *Banco Santander SA and Other vs. Comissão Europeia*, § 54.

diminuição da base tributável e não respeitando, por isso, o valor do mercado. Destarte, a opção pelo escopo amplo ou restrito parece-nos irrelevante, pois a solução será a mesma. Então, encontramos dois motivos que justificam a preferência da CE pelas normas gerais em detrimento das restritas (por exemplo, sobre preços de transferência): (i) o uso do instituto dos AE como ferramenta para combater a concorrência fiscal desleal e (ii) o ônus da prova – como este recai sobre a CE, esta tem mais facilidade em apurar a seletividade de um APPT em relação a todas as entidades de um ordenamento jurídico (independentes e especialmente relacionadas) do que quando o tem de o fazer relativamente às entidades especialmente relacionadas<sup>1480</sup>.

Apesar disso, o TJUE já estabeleceu que, para se conferir seletividade a uma medida, para além da consideração das regras gerais de imposto, também é necessário ter em conta as práticas judiciais e administrativas de determinado Estado.

### **3.1.2.A derrogação ao sistema de referência**

Depois de determinar o sistema de referência, a CE entendeu que houve uma derrogação aos sistemas legais do Luxemburgo, dos Países Baixos e da Irlanda, porque as decisões fiscais prévias utilizaram metodologias artificiais e complexas na alocação dos lucros (que provocaram a erosão das bases tributáveis das respetivas entidades). Assim, obtiveram um resultado que não foi aproximado ao do mercado, nem respeitou o princípio de plena concorrência<sup>1481</sup>.

Desde já, podemos afirmar que o princípio de plena concorrência tem de estar reproduzido no sistema de referência. Nos casos analisados, à data da celebração dos APPT, todos incorporavam este princípio (na versão da CMOCDE), exceto a Irlanda – que, em 1991, não continha na sua jurisdição qualquer regra sobre preços de transferência. Mesmo assim, a CE defende que este princípio se aplica a todos os EM, quer estes o tenham incorporado ou não. Isto é, por admitir que o princípio deriva da aplicação do art. 107.º do TFUE, assume-o como um princípio geral de igualdade de tratamento, que vincula todos os EM – ou seja, não decorre do art. 9.º da CMOCDE. Cremos que esta formulação advém do acórdão do TJUE *Belgium and Forum 187 ASBL*<sup>1482</sup>, que afirmou que o preço de transferência utilizado, no caso, não refletiu as condições de mercado. No entanto, esta afirmação refere-se, concretamente, ao parágrafo 95 da Decisão da Comissão, que, por sua vez, se refere a este princípio tal como previsto na CMOCDE<sup>1483</sup>. Quer isto dizer que o TJUE pode não ter formulado um

---

<sup>1480</sup> Verhagen, 2017, pp. 282-284.

<sup>1481</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 217, Decisão (UE) 2017/502, § 253 e Decisão (UE) 2017/1283, § 259.

<sup>1482</sup> Ac. do TJUE, *Belgium and Forum 187 vs. Commission*, § 95 e 96.

<sup>1483</sup> Gormsen, 2016, p. 380.

princípio que decorre do direito da UE, vinculativo a todos os EM, mas antes que a CE o admitiu como tal, através da sua interpretação – com a qual, com o devido respeito, não concordamos. Note-se que não estamos a pôr em causa o espírito dos PT, que têm um papel fundamental no direito fiscal dos EM, mas antes os métodos (que, por vezes, não resultam da jurisdição dos EM) utilizados pela CE para abolir a elisão e a evasão fiscal.

Nesta sequência, ficamos sem entender, com clareza, o motivo pelo qual a CE insiste que os EM se guiem, na aplicação dos PT, pelos *princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência*, se não aceita os resultados daí obtidos – tanto no caso *Fiat* como no caso *Starbucks*, as entidades utilizaram estes princípios para determinar o preço de transferência<sup>1484</sup>. Estes princípios, como vimos no primeiro capítulo, não são vinculativos, mas são aceites como guião para uma correta aplicação do princípio de plena concorrência, e são usados pela própria CE nos casos analisados<sup>1485</sup>. Todavia, o princípio tido em conta neste guião é o reproduzido pelo art. 9.º da CMOCDE. Deste modo, entendemos que a CE deve, urgentemente, clarificar este princípio, bem como a sua correta aplicação, de modo a que haja consistência nesta matéria.

Ora, não podemos deixar de ter em mente que a determinação dos PT não é uma ciência exata. Como bem se compreende, as empresas independentes dificilmente revelam informação sobre a sua atividade, pelo que se torna extremamente complicado chegar a um preço de mercado. Esta falta de informação torna, por vezes, uma comparação entre entidades independentes e relacionadas impossível. Por outro lado, mesmo quando há informação suficiente, torna-se difícil alcançar um resultado exato, porque da aplicação dos métodos de determinação dos PT resulta um intervalo de valores que representam as condições de mercado<sup>1486</sup>. Assim, não há obrigatoriedade em aplicar o valor mais alto daquele intervalo, uma vez que o preço mais baixo também se encontra em condições de mercado (desde que existam motivos para aplicar o preço mais baixo e estes sejam consistentes). Tal não resultou da decisão da CE sobre o caso *Starbucks*, em que esta considerou que o preço determinado não se encontrava em condições de concorrência, embora este estivesse dentro do intervalo de valores<sup>1487</sup>.

Por último, não podemos deixar de nos referir à autonomia fiscal dos EM em matéria de tributação direta. Deste modo, quando as AT aplicam os PT, estamos sempre perante um certo grau de discricionariedade e diferentes interpretações.

Ora, podemos compreender que, se a CE entender que determinada AT fez uma interpretação incorreta e tentar corrigi-la, está a substituir a AT, violando a sua

---

<sup>1484</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 157 e Decisão (UE) 2017/502, § 174 e ss.

<sup>1485</sup> Como podemos verificar, por exemplo, no § 157 da Decisão (UE) 2016/2326 e nos § 287 e 290 da Decisão (UE) 2017/502.

<sup>1486</sup> Taferner & Kuipers, 2016, p. 140.

<sup>1487</sup> Decisão (UE) 2017/502, § 162-179.

autonomia. No entanto, se aceitarmos esta convicção, todas as medidas fiscais estariam excluídas do escrutínio dos AE – o que também não podemos aceitar como benéfico.

Para solucionar este problema, a CE poderia começar por considerar a consistência interna do EM, na aplicação do instituto dos PT – embora o tivesse considerado no caso da *Fiat* e da *Apple*, não seguiu esta linha de raciocínio, porque considerou que estes Estados eram demasiado inconsistentes<sup>1488</sup>. Deste modo, a CE arguiria a seletividade das medidas conforme a consistência da aplicação dos PT: se um EM é consistente nesta prática, fica demonstrado como é que, naquele território, se interpreta o princípio de plena concorrência. Se, posteriormente, esse mesmo EM concedesse uma medida inconsistente com a sua prática, esta seria seletiva. A vantagem de considerarmos a consistência e coerência da prática dos EM é que a CE deixaria de ser acusada da violação da autonomia fiscal dos EM. Contudo, a desvantagem desta solução é a avaliação desta consistência, dado que a CE teria um árduo trabalho em analisar um grande número de acordos fiscais somente para determinar um sistema de referência.

### **3.1.3. A justificação da derrogação**

O TJUE delimitou o escopo da justificação da derrogação de um modo muito restrito, pelo que nem a *Fiat*, nem a *Starbucks*, nem a *Apple* apresentaram, sequer, qualquer justificação<sup>1489</sup>.

Efetivamente, não são aceites justificações que se fundem: (i) em regras fiscais específicas para MNE<sup>1490</sup>, (ii) na atração de investimento estrangeiro<sup>1491</sup>, e (iii) em isenções concedidas com o propósito de evitar a dupla tributação (mesmo na existência uma convenção)<sup>1492</sup>.

Assim sendo, consideramos extremamente difícil a existência de qualquer justificação válida, quer por parte do EM, quer pela entidade envolvida.

## **3.2. Da aplicação do princípio de plena concorrência**

Como já vimos anteriormente, parece-nos que a CE tem aplicado este princípio como uma ferramenta/referência para determinar se certa medida se afasta das normas gerais de tributação de um EM. Também o TGUE, tanto no caso *Fiat*<sup>1493</sup>, como no caso *Starbucks*<sup>1494</sup>, tem vindo a apoiar esta perceção da CE. No entanto, fá-lo numa vertente

---

<sup>1488</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 326 e ss. e Decisão (UE) 2017/1283, § 383.

<sup>1489</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 337, Decisão (UE) 2017/502, § 413 e Decisão (UE) 2017/1283, § 405.

<sup>1490</sup> Gormsen, 2016, p. 378.

<sup>1491</sup> Rossi-Maccanico, 2015, p. 67.

<sup>1492</sup> *Idem*.

<sup>1493</sup> Ac. do TGUE, *Fiat*, § 143.

<sup>1494</sup> Ac. do TGUE, *Starbucks*, § 151.

mais restrita, entendendo que a lei doméstica dos EM tem de incorporar este princípio<sup>1495</sup>. Como resultado, este Tribunal reitera, no caso *Starbucks*, que a CE pode provar a existência de uma vantagem fiscal, apenas, “se a discrepância entre [o resultado gerado em condições de mercado e o resultado obtido pelo EM] for além das imprecisões inerentes ao método aplicado para obter a referida aproximação”<sup>1496</sup>. Por seu turno, a pronúncia do TJUE sobre este tópico no caso *Forum 187 ASBL* não é esclarecedora, pelo que esperamos a clarificação do seu entendimento.

Desta forma, antecipamos duas soluções para este problema: (i) um sistema de tributação unitário com uma fórmula de repartição (CCCTB)<sup>1497</sup>, e (ii) a adoção de diferentes regimes de tributação para entidades independentes e para grupos.

No que concerne à primeira opção, muitos destes problemas seriam resolvidos se os grupos e as multinacionais passassem a ser tributados de acordo com uma base fiscal comum, sendo o rendimento determinado de uma forma global. Posteriormente, e utilizando uma fórmula de repartição, este lucro seria alocado aos EM onde a entidade atua. Esta solução pode ser viável para a UE, por existir uma moeda única e pelo facto de o método de determinação dos lucros para efeitos contabilísticos estar harmonizado através das Normas Internacionais de Contabilidade<sup>1498</sup>. As vantagens que a CCCTB acarreta têm reflexo: na vida das entidades que operem em vários EM (tornando-a mais simplificada), bem como na das Administrações Fiscais, que passam a lidar com apenas um sistema, melhorando, ainda, a transparência da competição fiscal entre os EM. Todavia, a desvantagem (óbvia) desta solução é que a base fiscal comum tem de ser determinada com comum acordo entre todos os EM.

A segunda solução já foi prevista pela CE<sup>1499</sup> e pelo TGUE<sup>1500</sup>, mas parece-nos mais débil. Isto porque, tanto no caso *Fiat* como no caso *Starbucks*, apesar de os EM visados já fazerem esta distinção, a CE considerou o contrário.

Os princípios da OCDE preveem este princípio tal como descrito pelo art. 9.º da CMOCDE, cujos principais objetivos são combater a evasão fiscal e limitar a dupla não tributação. Para que este princípio seja aplicado corretamente, deverá ser feita uma análise em quatro passos: (i) identificar todas as relações comerciais e/ou financeiras das entidades relacionadas, para identificar a transação real que está a ser realizada, (ii) averiguar se uma entidade independente realizaria/poderia realizar essa transação em condições económicas comparáveis, (iii) seleccionar o método de determinação do preço

---

<sup>1495</sup> Ac. do TGUE *Fiat*, § 145 e Ac. *Starbucks*, § 146.

<sup>1496</sup> Ac. do TGUE, *Starbucks*, §1 52.

<sup>1497</sup> *Common Consolidated Corporate Tax Base*. A este respeito, vd. Ribeiro, 2019, pp. 270 e ss.

<sup>1498</sup> Vd. Ribeiro, 2019, pp. 271 e 272.

<sup>1499</sup> Decisão (UE) 2016/2326, § 152 e Decisão (UE) 2017/502, § 164.

<sup>1500</sup> Acs. do TGUE: *Fiat*, § 141 e *Starbucks*, § 149.



de transferência mais apropriado para definir uma remuneração de plena concorrência<sup>1501</sup>, e (iv) aplicar o método escolhido<sup>1502</sup>.

A CE não está vinculada aos *princípios da OCDE*, nem o direito da UE exige que esta as aplique. No entanto, quando procede à análise de uma medida através daqueles, o seu intuito é obter um preço de plena concorrência – que é exigido pelo direito da UE – já que estas são o instrumento adequado para obter este preço.

Ora, isto é, no mínimo, incompreensível. Pelo que fica impreciso se os EM estão, de facto, vinculados a estes princípios e, não sendo o caso, se podem usar outros métodos, pelo que urge à CE estabelecer o modelo que adota deste princípio, bem como instruir os EM sobre a sua correta aplicação.

Nas suas recentes decisões, a CE tem vindo a substituir este princípio pelo do *operador de mercado prudente e independente*, que, na verdade, é ainda mais vago do que o consolidado *princípio da independência*. Concluímos, então, que, se o princípio da independência já não nos oferecia segurança e certeza jurídica, este ainda menos<sup>1503</sup>.

A matéria dos preços de transferência é extremamente complexa e indeterminada, pelo que dá azo a inúmeras interpretações. Por isso, não é aconselhável que se trate esta matéria recorrendo ao instituto dos AE<sup>1504</sup>, mas sim à harmonização destas normas – que pode ser concretizada através das regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno<sup>1505</sup>, da troca automática de informações obrigatória<sup>1506</sup>, do “relançamento da ‘matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades’”, entre outros<sup>1507</sup>.

### **3.3. Do princípio da proteção da confiança legítima**

No seguimento do que explanámos no ponto anterior, torna-se compreensível a forma como toda esta temática pode prejudicar as legítimas expectativas que as entidades integradas criam face à elaboração de um APPT com uma entidade estatal competente.

De facto, e como já vimos no primeiro capítulo, a CE tem total legitimidade para proceder à análise dos AE, quer o sejam em matéria tributária ou não. Porém, não podemos deixar de ter em mente que esta análise é posterior à celebração do APPT e que,

---

<sup>1501</sup> Note-se que os métodos previstos pelos *princípios* não são vinculativos, nem hierarquizados. Deste modo, supostamente, o EM será livre de adotar qualquer um deles, desde que resulte um preço de plena concorrência.

<sup>1502</sup> Miladinovic & Petruzzi, 2019, pp. 246-248.

<sup>1503</sup> Broe, 2015, p. 292 e Ribeiro, 2019, p. 149.

<sup>1504</sup> Como vimos ao longo do nosso trabalho, o recurso a este instituto causa um choque entre a CE e a soberania fiscal dos EM, bem como com a sua liberdade na celebração de contratos. Vd. Ribeiro, 2019, p. 146.

<sup>1505</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho.

<sup>1506</sup> Diretivas (UE) 2015/2376 e (UE) 2016/881 do Conselho.

<sup>1507</sup> Ribeiro, 2019, p. 149.

na maioria dos casos, decorrem largos anos (no caso *Apple*, mais de vinte, por exemplo) até que esta análise suceda.

Este princípio é um dos princípios gerais do direito europeu, e consagra que as pessoas (singulares ou coletivas) não devem ser penalizadas quando têm confiança legítima de que estão a agir legalmente por terem sido orientadas por entidades competentes para o efeito.

Posto isto, resta-nos pensar no propósito da celebração de um APPT: a segurança jurídica. Como resultado, nos casos previamente analisados, as partes não tardaram a levantar este argumento – que logo foi rejeitado. A CE entendeu que a confiança das entidades não era legítima porque: (i) os EM não tinham legitimidade para invocar este princípio em nome do beneficiário, (ii) a falta de adesão ao procedimento de controlo dos AE invalidou a confiança legítima, e (iii) a confiança não era legítima por si mesma.

Não podemos compactuar com esta compreensão, já que,: (i) as decisões sobre os auxílios foi dirigida aos EM e não aos beneficiários dos APPT, bem como a obrigação de salvaguardar a confiança legítima dos contribuintes recai sobre os EM, (ii) os APPT não são elaborados com o objetivo de conceder auxílios, pelo que os EM não devem ser responsabilizados por não os submeterem a este controlo, e (iii) é jurisprudência assente que as autoridades nacionais têm a obrigação de proteger a confiança legítima dos contribuintes na aplicação do direito europeu – e, portanto, não permitir a recuperação do auxílio<sup>1508</sup> <sup>1509</sup>.

Pelo exposto, visto que “[a] Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito da União”<sup>1510</sup>, cremos que a ordem de recuperação levada a cabo pela CE nos casos *Fiat*, *Starbucks* e *Apple* é contrária ao direito da UE, especificamente se estivermos perante acordos prévios de fixação de preços de transferência.

Por último, julgamos que a celebração de APPT bilaterais e multilaterais pode ser a solução para enfrentar estes problemas, pois envolvem riscos menores para as entidades beneficiárias, permitem o controlo da dupla tributação e, no caso dos acordos multilaterais, é possível não recorrer à legislação doméstica dos EM<sup>1511</sup>.

---

<sup>1508</sup> Ac. do TJUE, *Elmeke NE vs. Ypourgos Oikonomikon*, § 31.

<sup>1509</sup> Fadiga, 2018, pp. 226-228.

<sup>1510</sup> Art. 16.º, n.º 1, *in fine*, do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho.

<sup>1511</sup> Para aprofundar esta tema, vd. Markham, 2020, pp. 2-6, 11 e 12.

### 3.4. Das implicações em casos futuros

Com as recentes decisões do TGUE – das quais tivemos conhecimento em setembro de 2019 – sobre os casos *Fiat* e *Starbucks*, podemos prever que as mesmas influenciem a CE em casos futuros, bem como antecipamos as implicações que acarretam para os casos *Apple* e *Nike*.

O caso *Apple* está a aguardar a decisão do TGUE. Portanto, desde já, podemos prever que este Tribunal seguirá a linha de raciocínio que adotou nas decisões *Fiat* e *Starbucks*: a implementação do princípio de plena concorrência na lei doméstica é irrelevante<sup>1512</sup>, uma vez que este é visto como uma ferramenta/referência. Posto isto, concluímos que não há como escapar à aplicação deste princípio, qualquer que seja o EM ou, até mesmo, a entidade, visto que o objetivo comum a todos os EM é a tributação dos lucros das entidades residentes (ou das que auferam rendimentos no seu território)<sup>1513</sup>. Embora a *Apple* exercesse a sua atividade na Irlanda através de uma sucursal, nada faz com que esteja a salvo desta conclusão, pois este EM persegue, também, a tributação dos rendimentos auferidos por estas entidades<sup>1514</sup>.

O fundamento de que a CE não cumpriu com o seu ónus da prova – que foi decisivo na anulação da decisão sobre o caso *Starbucks* – poderá ter aplicabilidade no caso da *Apple*. O TGUE tem analisado as decisões da CE de uma forma muito minuciosa, o que nos leva a considerar que pode anular a decisão sobre o AE da *Apple*, visto que os argumentos em favor da posição da CE são desnecessários<sup>1515</sup>. Também uma afirmação que decorre do acórdão da *Fiat* pode favorecer o caso *Apple*, na medida em que “a [CE] não dispõe [...] de uma competência que lhe permit[e] definir de forma autónoma a tributação dita ‘normal’ de uma empresa integrada, fazendo abstração das regras fiscais nacionais”<sup>1516</sup>. Por seu turno, a *Nike* poderá não aproveitar deste fundamento, já que ainda só existe uma decisão de início de procedimento. Assim, na decisão sobre o auxílio (se existir), a CE pode aprimorar a sua fundamentação e cumprir com o ónus da prova.

No que concerne à escolha do método para determinar o preço de transferência, o TGUE já referiu, no caso *Starbucks*, que o método da margem líquida da operação é apropriado quando estamos perante transações de bens incorpóreos. Assim sendo, e dada a semelhança das transações intragrupo que a *Nike* e a *Starbucks* realizavam, antecipamos que o método escolhido pela *Nike* também será considerado adequado<sup>1517</sup>. No acordo da *Apple* também é utilizado este método, pois pratica transações de bens

---

<sup>1512</sup> Acs. do TGUE *Fiat*, § 131 e *Starbucks*, § 156.

<sup>1513</sup> Mason, 2019, p. 95.

<sup>1514</sup> Decisão (UE) 2017/1283, § 73 e 256.

<sup>1515</sup> Mason, 2019, p. 96.

<sup>1516</sup> Ac. do TGUE, *Fiat*, § 112.

<sup>1517</sup> A este respeito, já vimos que os *princípios da OCDE* não são vinculativos e, consequentemente, a escolha do método também não o é.

incorpóreos. No entanto, a CE não contestou a escolha do método, mas antes a escolha dos custos de operação como indicadores para a aplicação do método. Não obstante, relembramos que o resultado obtido é dado como um intervalo de valores, e todos eles respeitam o princípio de plena concorrência. Portanto, caberá à CE provar o contrário.

Outro esclarecimento importante foi feito no acórdão *Starbucks*, que confirma a proibição retroativa de informações aos factos. Quer isto dizer que só pode ser considerada a informação existente ao momento da celebração do APPT<sup>1518</sup> – o que não se verificou, em concreto, no caso *Apple* (porque a Irlanda não tinha nenhuma regra sobre preços de transferência à data de celebração do primeiro acordo). Esta clarificação irá beneficiar tanto a *Nike*, como a *Apple*, bem como casos futuros.

Com as decisões distintas dos casos *Fiat* e *Starbucks*, podemos concluir que tudo se resume à forma como as partes fundamentam a sua posição, bem como ao nível de prova produzido<sup>1519</sup>. Por conseguinte, no caso *Nike*, a CE ainda tem a hipótese de proceder a uma fundamentação exaustiva, que deverá ser acompanhada com a devida prova.

Em suma, cremos que ambas as decisões do TGUE esclarecem pormenores importantes acerca destas matérias, apesar de não acarretarem grandes desenvolvimentos e muito menos desvendarem os problemas fulcrais que foram expostos no presente capítulo.

---

<sup>1518</sup> Ac. do TGUE, *Starbucks*, § 251.

<sup>1519</sup> CFE ECJ Task Force, 2020, p. 229.

## Notas conclusivas

I. Os EM são soberanos em matéria de tributação direta e, como tal, não existe harmonização normativa, nem doutrinal, relativamente à fixação dos preços de transferência.

II. A CE tem vindo a investigar as práticas fiscais dos EM desde 2013, focando-se, particularmente, nos casos sobre preços de transferência – como são os casos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Nike*. De facto, concordamos que este controlo deve ser realizado, mas não podemos concordar com os termos em que tem vindo a ser feito. Para proceder a este controlo, a Comissão mune-se do art. 107.º do TFUE como uma ferramenta que lhe permite aplicar, vinculativamente, o princípio de plena concorrência a todos os Estados-Membros.

III. A falta de harmonização europeia nestas matérias significa, necessariamente, que não existe consenso entre os EM no que toca à definição de plena concorrência. Pelo que, ao aplicá-lo de modo vinculativo, está a ser violada a soberania dos mesmos.

IV. Ao afirmar que este princípio pode ser utilizado como referência para determinar se a alocação dos lucros respeita o preço de mercado, o TGUE parece ter transferido para a CE o poder de determinar o modo como os EM devem alocar os seus lucros nas transações transfronteiras.

V. No entanto, a formulação de um princípio geral, aplicável a todos os Estados de forma imperativa, despoleta insegurança e incerteza jurídica nos contribuintes, que pode trazer consequências negativas para a UE – nomeadamente, através de reestruturações corporativas e, até mesmo, da saída das MNE do mercado europeu.

VI. Se os *princípios da OCDE* são a única forma aceite pela CE como fidedigna para determinar os preços das transações intragrupo (de acordo com o princípio de plena concorrência), então poderíamos sustentar que este guião é o único que tem legitimidade para servir como ponto de referência para estas situações.

VII. Como tal, são incompreensíveis todas as críticas efetuadas pela CE às MNE, já que é a própria a recomendar e incentivar a utilização destes princípios. Na verdade, chega mesmo a afirmar que, quando os EM seguem estas regras, é muito difícil que o preço obtido não seja o de plena concorrência.

VIII. Como consequência, urge a necessidade de esclarecer qual a definição do princípio de plena concorrência que a CE pretende adotar em matéria de AE tributários, bem como a sua correta aplicação.

IX. Ainda, entendemos que existem três tópicos fundamentais que merecem melhor esclarecimento: (i) no que diz respeito aos *princípios da OCDE*, qual a versão que deve ser aplicada, se têm eficácia retroativa, se podem ser vinculativos e se são considerados

parte do sistema de referência, (ii) clarificar se os métodos de fixação dos preços de transferência devem ser aplicados hierarquicamente, e (iii) a questão do ónus da prova.

X. Apesar de já termos presenciado decisões anteriores da CE contrárias ao seu recente entendimento, a mesma afirma que não se encontra vinculada às mesmas. No entanto, parece-nos que esta afirmação transmite, de certa forma, a autoincriminação da CE.

XI. Para efeitos de averiguação sobre a existência de seletividade num APPT, a consistência interna deveria fazer parte do sistema de referência.

XII. Por fim, entendemos que o instituto dos AE não serve o propósito de impedir ou prevenir que as demais entidades se aproveitem das lacunas existentes nos ordenamentos jurídicos dos EM, bem como das diferenças nas legislações de diversos EM – desde que, como é óbvio, respeitem as regras dos EM. Portanto, o uso deste instituto para combater a concorrência fiscal prejudicial deve ser limitado, principalmente se estivermos perante matérias relacionadas com PT.

XIII. Em suma, cremos que esta matéria, neste momento, se encontra cercada de conceitos e formulações duvidosas que causam controvérsia no direito europeu. Pelo que a CE e os Tribunais Europeus devem criar metodologias e estruturas que não permitam margem discricionária na implementação de APPT.

## Anexos

### Anexo I<sup>1520</sup>



### Anexo II<sup>1521</sup>



<sup>1520</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 21/10/2015.

<sup>1521</sup> *Idem.*

### Anexo III<sup>1522</sup>



### Anexo IV<sup>1523</sup>



<sup>1522</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 30/08/2016.

<sup>1523</sup> CE – Comunicado de Imprensa, 10/01/2019.



## Lista bibliográfica

### 1. Livros e artigos

BROE, L. (2015). The State aid review against aggressive tax planning: ‘Always look a gift horse in the mouth’. *EC Tax Review*, vol. 24, no. 6, pp. 290-293.

CFE ECJ TASK FORCE (2020). Confédération Fiscale Européenne – Opinion statement ECJ-TF 1/2020 on the General Court Decisions of 24 September 2019 in *The Netherlands v. Commission (Starbucks)* (Joined Cases C-760/15 and T-636/16) and *Luxembourg v. Commission (Fiat Finance and Trade)* (Joined Cases T-755/15 and T-759/15), on State Aid Granted by Transfer Pricing Rulings. *European Taxation*, vol. 60, no. 5, pp. 222-230.

DOURADO, A.P. (2018). *Governança fiscal global*, 2.<sup>a</sup> Edição. Col. Monografias. Coimbra: Almedina.

FADIGA, R. (2018). Of apples, cars and coffee – Against the Commission’s remedy to unlawful tax rulings. *European Journal of Legal Studies*, vol. 10, no. 2, pp. 209-230.

GHAZARIAN, L. (2016). Recovery of State aid – The obligations of Member States, national courts and national authorities in State aid recovery and recent developments in the case-law of the Court of Justice of the European Union. *European State Aid Quarterly*, vol. 15, no. 2, pp. 228-234.

GONZÁLEZ, S.M. (2017). State aid, tax competition and BEPS: Comments on the European Commission’s decisions on transfer pricing rulings. *University of Leicester School of Law Research Paper*, no. 17/00, pp. 1-22.

GORMSEN, L.L. (2016). EU State Aid law and transfer pricing: A critical introduction to a new saga. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, no. 6, pp. 369-382.

ILIOPOULOS, T. (2017). The State aid cases of Starbucks and Fiat: New routes for the concept of selectivity? *European State Aid Law Quarterly*, vol. 16, no. 2, pp. 263-271.

JAEGER, T. (2015). From Santander to LuxLeaks – and back. *European State Aid Quarterly*, vol. 14, no. 3, pp. 345-357.

KYRIAZIS, D. A. (2016). From soft law through hard law: The Commission’s approach to the State aid assessment of tax rulings. *European State Aid Quarterly*, vol. 15, no. 3, pp. 428-439.

LAZAROV, I. & BURIK, S. (2019). Is Fiat’s tank half-full or half empty? The General Court’s decision in *Luxembourg v. Commission* (T-755/15). *International Transfer Pricing Journal*, vol. 27, no. 1, pp. 1-8.

LUJA, R.H.C. (2014). EU State aid rules, tax competition and its limits. *Tax Notes International*, vol. 76, no. 4, pp. 1-8.

LUJA, R.H.C. (2016). State aid benchmarking and tax rulings: Can we keep it simple? In *State aid law and business taxation*, vol. XI, pp. 111-131. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

MARKHAM, M. (2020). Are advance price agreements experiencing a renaissance as a dispute resolution mechanism in the era following the OECD/G20’s base erosion and profit shifting initiative? *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, no. 1, pp. 1-12.

MÁRQUEZ, P.L. (2019). Harmful tax competition and fiscal State aid: Two sides of the same coin? *European Taxation*, vol. 59, no. 5, pp. 197-208.

- MARTINS, J.Z. (2017). *Auxílios de Estado, escritos*. S.l.: NovaCausa.
- MARTINS, M. (2002). *Auxílios de Estado no direito comunitário*. Cascais: Principia.
- MASON, R. (2019). Implications of the rulings in Starbucks and Fiat for the Apple State aid case. *Tax Notes Federal*, vol. 165, no. 1, pp. 93-100.
- MILADINOVIC, A. & PETRUZZI, R. (2019). The recent decisions of the European Commission on fiscal State aid: An analysis from a transfer pricing perspective. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 26, no. 4, pp. 243-252.
- MORAIS, R.D. (2005). *Imputação dos lucros de sociedades não residentes: Sujeitas a um regime fiscal privilegiado (Controlled foreign companies, O art.º 60.º do C.I.R.C.)*. Porto: Universidade Católica.
- MORAIS, R.D. (2017). *Apontamentos ao IRC, versão provisória*. S.l.: s.n.
- NICOLAIDES, P. (2016). State aid rules and tax rulings. *European State Aid Quarterly*, vol. 15, no. 3, pp. 416-427.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2010). *Direito fiscal europeu – O paradigma da proporcionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEREIRA, L.I.S. (2013). As medidas fiscais seletivas e o regime dos auxílios de Estado na União Europeia: seletividade regional e capacidade fiscal dos entes infra-estatais no “Caso Açores”. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. II, pp. 27-63. Coimbra: Almedina.
- PORTO, M. & ALMEIDA, J. N. (2010). Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado. *Revista da Concorrência e Regulação*, no. 3, pp. 173-207.
- RASCH, M. & WROBLEWSKI, P. (2016). International – European Commission decision on Fiat: State aid case explained. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, no. 6, pp. 436-441.
- RIBEIRO, J.S. (2010). *Tributação presuntiva do rendimento: Um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável*. Col. Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, J.S. (2019). *Direito fiscal da União Europeia: Tributação direta*, 2.<sup>a</sup> Edição. Col. Manuais Universitários. Coimbra: Almedina.
- ROSSI-MACCANICO, P. (2012). Fiscal aid review and tax competition. In *State aid and tax law (International Tax Conferences of the University of Luxembourg)*, vol. III, pp. 41-44. Kluwer Law International.
- ROSSI-MACCANICO, P. (2015). A new framework for State aid review of tax rulings. *European State Aid Law Quarterly*, vol. 14, no. 3, pp. 371-381.
- SANTOS, A.C. (2003). *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Col. Monografias. Coimbra: Almedina.
- SANTOS, A.C. (2015). O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, vol. 7, no. 1, pp. 179-216.

TAFERNER, A. & KUIPERS, J. W. (2016). European Union – Tax rulings: In line with OECD Transfer Pricing Guidelines, but contrary to EU State aid rules? *European Taxation*, vol. 56, no. 4, pp. 140-143.

TEIXEIRA, G. (2006). *Preços de transferência: Casos práticos*. Porto: Vida Económica.

TRAVERSA, E. & FLAMINI, A. (2015). Fighting harmful tax competition through EU State aid law: Will the hardening of soft law suffice? *European State Aid Quarterly*, vol. 14, no. 3, pp. 323-331.

VERHAGEN, H. (2017). State aid and tax rulings – An assessment of the selectivity criterion of Article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decisions. *European Taxation*, vol. 57, no. 7, pp. 279-287.

VOS, B. (2018). State aid, taxation & transfer pricing: Illegal fiscal state aid granted to Starbucks? *EC Tax Review*, vol. 27, no. 2, pp. 113-120.

WATTEL, P. (2016). The cat and the pigeons: Some general comments on (TP) tax rulings and State aid after the Starbucks and Fiat decisions. In *State Aid Law and Business Taxation*, vol. XI. Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

## **2. Dissertações**

ANDRADE, C.S.R. (2018). *O caso McDonald's: Explorando os limites da proibição de auxílios de Estado na luta contra o planeamento fiscal internacional*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

SILVA, P.M.M. (2018). *Matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades: A fórmula de repartição*, Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

## **3. Documentos de organizações internacionais**

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (98/C 384/03), de 10 de dezembro de 1998.

—, Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), de 19 de junho de 2016.

—, Comunicado de Imprensa, de 11 de junho de 2014, State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg) (IP/14/663).

—, Comunicado de Imprensa, de 17 de dezembro de 2014, State aid: Commission extends information enquiry on tax rulings practice to all Member States (IP/14/2742).

—, Comunicado de Imprensa, de 21 de outubro de 2015, A Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais (IP/15/5880).

—, Comunicado de Imprensa, de 30 de agosto de 2016, Auxílios estatais: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR (IP/16/2923).

—, Comunicado de Imprensa, de 4 de outubro de 2017, State aid: Commission refers Ireland to Court for failure to recover illegal tax benefits from Apple worth up to €13 billion (IP/17/3702).

—, Comunicado de Imprensa, de 10 de janeiro de 2019, State aid: Commission opens in-depth investigation into tax treatment of Nike in the Netherlands (IP/19/322).

—, Comunicado de Imprensa, de 16 de setembro de 2019, State aid: Commission opens in-depth investigations into individual “excess profit” tax rulings granted by Belgium to 39 multinational companies (IP/19/5578).

—, Comunicado de Imprensa, de 24 de setembro de 2019, Statement by Commissioner Margrethe Vestager following today's Court judgments on two tax State aid cases (Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands) (STATEMENT/19/5831).

—, Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) – Alegado auxílio à Apple, (2014/C 369/04), de 17 de outubro de 2014.

—, Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Auxílio estatal SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Alegado auxílio à Starbucks, (2014/C 460/03), de 19 de dezembro de 2014.

—, Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Auxílio Estatal SA.38375 (2014/C) (ex 2014/NN) – Alegado auxílio à FFT, (2014/C 369/05), de 17 de outubro de 2014.

—, Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Auxílio estatal SA.51284 (2018/NN) – Possível auxílio estatal a favor da Nike, (2019/C 226/04), de 5 de julho de 2019.

—, DG Competition, “Working Paper on State Aid and Tax Rulings”, Internal Working Paper, de 03 de junho de 2016.

—, Decisão da Comissão, de 8 de julho de 2009, relativa ao regime groepsrentebox que os Países Baixos pretendem executar [C 4/07 (ex N 465/06)], C(2009) 4511, (2009/809/CE).

—, Decisão da Comissão, de 11 de junho de 2014, de dar início ao procedimento de investigação formal, State Aid SA. 38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Ireland, Alleged aid to Apple, C(2014) 3606 final.

—, Decisão da Comissão, de 11 de junho de 2014, de dar início ao procedimento de investigação formal, State Aid SA. 38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Netherlands, Alleged aid to Starbucks, C(2014) 3626 final.

—, Decisão da Comissão, de 11 de junho de 2014, de dar início ao procedimento de investigação formal, State Aid SA. 38375 (2014/NN) (ex 2014/CP) – Luxembourg, Alleged aid to FFT, C(2014) 3627 final.

—, Decisão da Comissão, de 10 de janeiro de 2019, de dar início ao procedimento de investigação formal, State Aid SA.51284 (2018/NN) – Netherlands Possible State aid in favour of Nike, C(2019) 6 final.

—, Decisão (UE) 2016/1699 da Comissão, de 11 de janeiro de 2016, relativa ao regime de auxílios estatais de isenção em matéria de lucros excedentários SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) concedido pela Bélgica, C(2015) 9837.

—, Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Fiat, C(2015) 7152.

—, Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelos Países Baixos à Starbucks, C(2015) 7143.

—, Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple, C(2016) 5606.

—, Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas (2014/C 99/03), de 4 de abril de 2014.

—, Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01), de 28 de junho de 2014.

—, Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (2014/C 249/01), de 31 de julho de 2014.

—, Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para 2014-2020 (2013/C 209/01), de 23 de julho de 2013.

—, Regulamento (CE) n.º 69/2001 da Comissão, de 12 de janeiro de 2001, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios de minimis.

—, Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado aos auxílios de minimis.

—, Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas, (C(2004)434), de 09 de fevereiro de 2004.

Conselho da União Europeia, Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

—, Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

—, Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

—, Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Conselho da União Europeia e Representantes dos Governos dos Estados-Membros, Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, Reunidos no

Conselho de 1 de dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (JO C 2), de 6 de janeiro de 1998.

Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros (ECOFIN), Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, de 1 dezembro de 1997.

OCDE, Model Tax Convention, Introduction to the Model Convention.

— (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

— (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris.

— (2002), Princípios Aplicáveis em Matéria de Preços de Transferência Destinados às Empresas Multinacionais, Síntese--.

— (2017), Transfer Pricing Country Profiles: Grand-Duchy of Luxembourg, Netherlands, Ireland, Updated 2017.

Processo C-885/19 P: Recurso interposto em 4 de dezembro de 2019 por Fiat Chrysler Finance Europe do Acórdão proferido pelo Tribunal Geral (Sétima Secção alargada) em 24 de setembro de 2019 nos processos apensos T-755/15 e T-759/15, Luxembourg e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão, JO C 45 de 10 de fevereiro de 2020, p. 30-30.

TGUE, Comunicado de Imprensa, de 24 de setembro de 2019, The General Court annuls the Commission's decision on the aid measure implemented by the Netherlands in favour of Starbucks (119/19).

—, Comunicado de Imprensa, de 24 de setembro de 2019, The General Court confirms the Commission's decision on the aid measure granted by Luxembourg to Fiat Chrysler Finance Europe (118/19).

#### **4. Documentos eletrónicos e *websites***

BAL, A. (21 junho 2016). EU State aid investigations and tax rulings. *Taxsutra*. Retirado de: <https://www.taxsutra.com/ibfd/experts/column?sid=644>.

BYRNES, W. (23 outubro 2015). EU Commission State Aid Starbucks Decision – My U.S. perspective. *Kluwer International Tax Blog*. Retirado de: [http://kluwertaxblog.com/2015/10/23/eu-commission-state-aid-starbucks-decision-my-u-s-perspective/?doing\\_wp\\_cron=1589285185.75510406494140625000000](http://kluwertaxblog.com/2015/10/23/eu-commission-state-aid-starbucks-decision-my-u-s-perspective/?doing_wp_cron=1589285185.75510406494140625000000).

BYRNES, W. (13 julho 2016). Application of TNMM to Starbucks roasting operation: Seeking comparables through understanding the Market. *Kluwer International Tax Blog*. Retirado de: <http://kluwertaxblog.com/2016/07/13/application-tnmm-starbucks-roasting-operation-seeking-comparables-understanding-market/>.

BYRNES, W. (08 julho 2019). Nike State Aid Comments. *Kluwer International Tax Blog*. Retirado de: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/08/nike-state-aid-comments/>.

CASTRO, S., FERNANDES, G. & ANJOS, C. (2015). A tributação direta das sociedades na União Europeia: Perspetivas futuras. *Ordem dos Contabilistas Certificados*. Retirado de: [https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais\\_site/205.pdf](https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais_site/205.pdf).

DASGUPTA, P. & KUMAR, A. (24 outubro 2019). Taxsutra Global TP Battleground: European Court's Landmark Ruling in Fiat Case – Adding Shadow of Uncertainty to APAs. *Taxsutra*. Retirado de: <https://tp.taxsutra.com/sites/tp.taxsutra.com/files//webform/European%20Court's%20Landmark%20Ruling%20in%20Fiat....pdf>.

DELOITTE (31 julho 2019). EC provisional conclusion of state aid in Nike case. Retirado de: <https://www2.deloitte.com/nl/nl/pages/tax/articles/ec-provisional-conclusion-state-aid-nike-case.html>.

LICKESS, T. (04 março 2019). Lessons from the European Commission's Investigation of Nike in the Netherlands. *International Expansion Blog*. Retirado de: <https://ieglobal.vistra.com/blog/2019/4/lessons-european-commission-s-investigation-nike-netherlands#>.

MADE, B. (20 outubro 2014). EU: Fiscal State aid and BEPS: EU Commission launches series of in-depth investigations into specific tax rulings and regimes. *International Tax Review*. Retirado de: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f9jw7mc704ds/eu-fiscal-state-aid-and-beps-eu-commission-launches-series-of-in-depth-investigations-into-specific-tax-rulings-and-regimes>.

MARCELINO, C. (2016). Auxílios de Estado – Introdução ao conceito à luz do Artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu. *e-Publica: Revista Eletrônica de Direito Público*. Retirado de: [www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X2016000200007](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000200007).

MARTINS, A. (2015). A tributação e os preços de transferência: estudo de caso de aplicação do método da margem líquida das operações”, *Boletim de Ciências Económicas*. Retirado de: <http://hdl.handle.net/10316.2/39881>.

MASON, R. (05 junho 2018). Identifying illegal subsidies. *American University Law Review*. Retirado de: <https://ssrn.com/abstract=3191417>.

MONSENEGO, J. (28 setembro 2019): Some observations on Starbucks, Fiat, and their potential impact on future amendments to the arm's length principle. *Kluwer International Tax Blog*. Retirado de: <http://kluwertaxblog.com/2019/09/28/some-observations-on-starbucks-fiat-and-their-potential-impact-on-future-amendments-to-the-arms-length-principle/>.

PUUTIO, T. A. (26 outubro 2017). Apple State Aid Case one year later: The open questions on IP, Transfer pricing and State aid. *Kluwer Competition Law Blog*. Retirado de: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/10/26/apple-state-aid-case-one-year-later-open-questions-ip-transfer-pricing-state-aid/>.

PWC (18 janeiro 2019). EC opens in-depth State aid investigation into the Netherlands' tax treatment of Nike. *Tax Insights from International Tax Services*. Retirado de: <https://www.pwc.com/us/en/tax-services/publications/insights/assets/pwc-ec-state-aid-investigation-netherlands-tax-treatment-nike.pdf>.

RENTA, C. C. (2018). A cute cowboy stole our money: Apple, Ireland, and why the Court of Justice of the European Union should reverse the European Commission's decision. *Southwestern Journal of International Law*. Retirado de: <https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2018-04/SWT106.pdf>.

SANTOS, A. C. (coord.). Jurisprudência sobre auxílios de Estado. *CIDEEFF*. Retirado de: [https://www.cideeff.pt/xms/files/04\\_PUBLICATIONS/Working\\_Papers/Grupo\\_III/Jurisprudencia\\_sobre\\_auxilios\\_de\\_Estado.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_Estado.pdf).

YSEWYN, J., BERTIN, S. & KALANTARI, G. (22 outubro 2019). The GC's rulings in Fiat and Starbucks: A green light with a warning. *Convington Competition*. Retirado de: <https://www.covcompetition.com/2019/10/the-gcs-rulings-in-fiat-and-starbucks-a-green-light-with-a-warning/>.

## **5. Jurisprudência**

### **1974**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de julho de 1974, processo 173/73, *Itália/Comissão*.

### **1978**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de janeiro de 1978, processo 82/77, *Van Tiggele*.

### **1984**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de julho de 1984, processo C-170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH vs. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*.

### **1993**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 17 de março de 1993, processo C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*.

### **1996**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 11 de julho de 1996, processo C-39/94, *SFEI e outros*.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância da União Europeia, de 12 de dezembro de 1996, processo T-358/94, *Air France/Comissão*.

### **1999**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 29 de abril de 1999, processo C-342/96, *Espanha/Comissão*.

### **2001**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 8 de novembro de 2001, processo C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*.

### **2002**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16 de maio de 2002, processo C-482/99, *Stardust Marine*.

### **2003**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 24 de julho de 2003, processo C-280/00, *Altmark*.

### **2006**



Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de junho de 2006, processo C-183/03 e C-217/03, *Bélgica e Forum 187 ASBL/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de setembro de 2006, processo C-181/04 a C-183/04, *Elmeke NE vs. Ypourgos Oikonomikon*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de dezembro de 2006, processo C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*.

#### **2011**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 8 de setembro de 2011, processo C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos e outros*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de novembro de 2011, processo C-106/09 P e C-107/09 P, *Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido*.

#### **2014**

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, de 7 de novembro de 2014, processo T-219/10, *Autogrill España, SA vs. Comissão Europeia*.

Acórdão do Tribunal de Geral da União Europeia, de 7 de novembro de 2014, processo T-399/11, *Banco Santander SA and Other vs. Comissão Europeia*.

#### **2015**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 8 de junho de 2015, processo C-9/14, *Staatssecretaris van Financiën vs. D. G. Kieback*.

#### **2019**

Acórdão do Tribunal de Geral da União Europeia, de 24 de setembro de 2019, processo T-755/15 e T-759/15, *Grão-Ducado do Luxemburgo vs. Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Geral da União Europeia, de 24 de setembro de 2019, processo T-760/15 e T-636/16, *Países Baixos vs. Comissão*.

**A aparente tensão entre o regime de clemência e o private  
enforcement**

**A proibição de divulgação das declarações de clemência**

Daniel António Neiva da Silva

Sob a orientação da Professora  
Doutora Sofia Pais

## **Agradecimentos**

Aos meus Pais, por todo o apoio, carinho, conselhos, e porque nada disto seria possível sem eles.

À minha Irmã, pelo exemplo que é.

À Jéssica, por todo o apoio incondicional.

À Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, pelo tempo despendido e pela sua orientação.

Aos amigos, que me acompanharam ao longo da vida académica.

## **Resumo**

O desenvolvimento da aplicação privada do direito da concorrência na União Europeia deu azo a várias tensões com a aplicação pública, de onde se destaca a tensão entre o *private enforcement* e o regime de clemência. Ora, a proibição, ou, por outro lado, a necessidade de divulgação das declarações de clemência aos lesados por comportamentos anticoncorrenciais tem sido uma matéria amplamente discutida ao longo dos anos da evolução do *private enforcement*, tanto na jurisprudência como na doutrina, tendo como último desenvolvimento a proibição de divulgação instaurada pela Diretiva 2014/104/UE.

A presente dissertação ambiciona discorrer e esclarecer alguns dos pontos mais críticos desta tensão, recorrendo para isso a uma descrição sintetizada do Regime de Clemência e do *private enforcement*, para depois contrapor as várias teorias apresentadas pela doutrina para a resolução deste problema, culminando com a apreciação da atual solução legislativa.

Neste sentido, resulta desta investigação a convicção pessoal de que as medidas implementadas pela Diretiva são as que melhor se coadunam com o objetivo de um direito da concorrência com uma aplicação complementar dos dois braços do *enforcement*, em detrimento de outras soluções apresentadas que, pelo facto de prejudicarem em demasia a aplicação pública, de não se poderem efetivar na União Europeia ou por serem contrárias a normas fundamentais, levariam a situações prejudiciais ou contrárias ao direito da União Europeia.

**Palavras-chave:** Direito da concorrência; regime de clemência; acesso a documentos relativos a um programa de clemência; lesados; *Pfleiderer*; Diretiva 2014/104/UE ou Diretiva dos danos; aplicação pública do direito da concorrência; aplicação privada do direito da concorrência.

## **Abstract**

The developments of private enforcement in European's competition law resulted in numerous tensions between private and public enforcement, especially between private enforcement and leniency. Thus, the issue regarding the prohibition vs. the need of communication of leniency statements to third parties that have suffered damages from anticompetitive behaviours, which has been a wildly discussed matter in European case law and by numerous authors over the years of the development of Private Enforcement, with its last development being the prohibition of this communication implemented by Directive 2014/104/EU.

The present study aims at clarifying some of the most critical points of this tension, by resorting to a synthetized discretion of leniency and private enforcement, followed by an analysis of the various theories put forward to solve this problem, culminating with an appreciation of the current legislative solution.

In this regard, it results from this investigation the personal conviction that the measures implemented by the Directive are the most capable of obtaining the objective of achieving a competition law that encompasses a complementary application of both private and public enforcement, to the detriment of the other solutions put forward that would, in our view, lead to prejudicial or unlawful situations, because they either take a heavy toll on Public Enforcement, cannot be implemented in the EU, or are contrary to fundamental regulations of EU Law.

**Keywords:** Competition law; leniency; disclosure of leniency-related documents; victims; Pfleiderer; Directive 2014/104/EU; Damages Directive; public enforcement; private enforcement.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                            |
|--------|--------------------------------------------|
| AdC    | Autoridade da Concorrência                 |
| Art.   | Artigo                                     |
| CE     | Comissão Europeia                          |
| ECN    | <i>European Competition Network</i>        |
| EMs    | Estados-Membros                            |
| EUA    | Estados Unidos da América                  |
| p./pp. | Página/Páginas                             |
| para.  | Parágrafo                                  |
| TCE    | Tratado da Comunidade Europeia             |
| TFUE   | Tratado de Funcionamento da União Europeia |
| TJUE   | Tribunal de Justiça da União Europeia      |
| TN     | Tribunal Nacional                          |
| UE     | União Europeia                             |

# Índice

Introdução

1. A importância do regime de clemência
2. O desenvolvimento da relação entre o *private enforcement* e o regime de clemência no direito europeu da concorrência
  - 2.1. A evolução do *private enforcement*
  - 2.2. As funções do *private enforcement*
3. A tensão entre a proteção dos regimes de clemência e o *private enforcement* e possíveis soluções
  - 3.1. Imunidade de indemnização
  - 3.2. A solução do ordenamento jurídico norte-americano
  - 3.3. Proibição geral com possibilidade de divulgação por parte dos TN em último recurso
4. A solução da Diretiva 2014/104/UE como a que melhor se coaduna com a compatibilização entre os dois braços do *enforcement*

Conclusão

Bibliografia

Legislação e outros documentos

Jurisprudência

## Introdução

Ao longo da evolução do direito europeu e da criação do mercado interno, o direito da concorrência tem-se revelado como uma peça fundamental, com uma importância crescente, que visa múltiplas finalidades, como os atuais objetivos primordiais de proteção dos consumidores e eficiência económica.

Nesse sentido, este ramo do direito compreende um conjunto de medidas com o intuito de detetar e punir aqueles que visem falsear a concorrência no mercado europeu, sendo de destacar a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas imposta pelo art. 101.º do TFUE, bem como a proibição de abuso de posição dominante prevista no art. 102.º do mesmo tratado.

A aplicação destas regras da concorrência é levada a cabo por um conjunto de instituições europeias, como a Comissão Europeia e os Tribunais Europeus, mas também pelos Tribunais Nacionais e pelas Autoridades Nacionais da Concorrência. Ora, aliada a esta aplicação pública do direito da concorrência, tem sido encorajada a aplicação privada do direito da concorrência, isto é, a possibilidade de os lesados serem indemnizados por danos resultantes de comportamentos anticoncorrenciais.

No entanto, o desenvolvimento do *private enforcement* veio revelar algumas tensões inegáveis com o *public enforcement*, assumindo aqui especial relevância a tensão entre os programas de clemência e a divulgação dos documentos autoincriminatórios fornecidos pelos requerentes de clemência aos lesados com vista a diminuir a assimetria de informação característica deste tipo de ações de indemnização.

Ora, após as decisões jurisprudenciais e as várias opiniões doutrinárias sobre a matéria, surgiu finalmente em 2014 um diploma que visava otimizar a relação entre o *public* e o *private enforcement*, e que apresenta no seu art. 6.º, n.º 6 e 7.º, n.º 1 uma solução para esta tensão. Porém, a solução de proibir a divulgação das declarações de clemência foi tudo menos consensual no seio da doutrina, surgindo várias vozes a propugnar a incompatibilidade desta solução com o direito primário da UE e a oferecer soluções alternativas (imunidade de coima; a solução do ordenamento jurídico norte americano; e proibição geral com possibilidade de divulgação em último recurso).

Deste modo, e após uma primeira fase de contextualização dos programas de clemência, discorre-se sobre a evolução e as funções do *private enforcement* na União Europeia e, posteriormente, a presente dissertação almeja analisar, discriminar e criticar as soluções alternativas, com mais eco na doutrina, bem como a solução consagrada na legislação, com vista a concluir sobre qual a que melhor se coaduna com os objetivos da diretiva e do direito da União de alcançar uma aplicação compatível e complementar do *public* e do *private enforcement*.



## 1. A importância do regime de clemência

Importa, antes de incidir sobre a solução consagrada pela Diretiva 2014/104/UE<sup>1524</sup> nos arts. 6.º, n.º 6 e 7.º, n.º 1, abordar sucintamente as funções do programa de clemência, os seus aspetos positivos e negativos, e averiguar a importância deste instituto no seio do Direito da Concorrência Europeu.

Devido a uma necessidade premente de combater as crescentes violações do art. 101.º do TFUE mediante acordos ou práticas concertadas de uma pluralidade de empresas num certo mercado, isto é, por parte de cartéis<sup>1525</sup>, foi introduzido no direito europeu, através de uma comunicação da Comissão em 1996<sup>1526</sup>, o Regime de Clemência. Esta comunicação relativamente à clemência foi claramente inspirada<sup>1527</sup> pelo “US Department of Justice’s Corporate Leniency Policy” de 1993 e após esta seguiram-se mais duas comunicações da Comissão Europeia que a vieram rever e colmatar falhas de que padecia, uma em 2002<sup>1528</sup> e outra em 2006<sup>1529</sup>.

O art. 2.º, n.º 15<sup>1530</sup> da diretiva mencionada consagra a definição de programa de clemência, reiterando que se trata de um programa com base no qual um participante de um cartel coopera numa investigação da autoridade da concorrência divulgando a esta informações sobre o cartel, obtendo, em contrapartida, uma dispensa ou redução de coima.

Os EMs foram implementando, de forma gradual, nos respetivos ordenamentos jurídicos os seus programas de clemência, o que significa que estes e o programa de clemência da Comissão Europeia são independentes entre si<sup>1531</sup>. No entanto, estes são

---

<sup>1524</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

<sup>1525</sup> Machado, 2018, p. 470: “esses acordos, decisões e práticas concertadas que a doutrina reconduz à categoria dos cartéis, são *ipso iure* proibidos e nulos, se não satisfizerem as condições do art. 101.º/3 do TFUE, sem necessidade de qualquer decisão prévia (art. 1.º/1 Regulamento n.º 1/2003)”.

<sup>1526</sup> Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (1996/C 207/04).

<sup>1527</sup> Wils, 2007, p. 15: “The European Commission’s first Leniency Notice was adopted in 1996, and was clearly inspired by the US Department of Justice’s Corporate Leniency Policy of 1993. The European Commission had however already in a number of cases before 1996 reduced fines or even abstained from imposing fines in recognition of cooperation received”.

<sup>1528</sup> Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2002/C 45/3).

<sup>1529</sup> Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

<sup>1530</sup> Art. 2.º, n.º 15 da Diretiva 2014/104/EU: “‘Programa de clemência’, um programa relativo à aplicação do art. 101.º do TFUE ou de uma disposição correspondente do direito nacional, com base no qual um participante num cartel secreto, independentemente das outras empresas participantes no cartel, coopera numa investigação da autoridade da concorrência, facultando voluntariamente informações do seu conhecimento sobre o cartel e o papel que nele desempenha, recebendo, em contrapartida, mediante decisão ou suspensão do processo, dispensa ou redução de coima aplicável pela sua participação no cartel”.

<sup>1531</sup> Wils, 2016, p. 7.

maioritariamente similares, já que têm por base o regime-modelo da ECN<sup>1532</sup>, o que, por um lado, alcança a harmonização entre os programas dos EMs mas, por outro, permite também que cada EM possa implementar os programas tendo em conta as especificidades internas de cada um<sup>1533</sup>.

No nosso ordenamento jurídico nacional, a figura da clemência foi introduzida em 2006 pela Lei n.º 39/2006<sup>1534</sup>, de 25 de agosto, que foi posteriormente revogada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio<sup>1535</sup>, que consagrou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, que por sua vez foi alterada pela Lei n.º 23/2018<sup>1536</sup>, de 5 de junho.

Assim, o programa de clemência prende-se então com uma denúncia de existência de um cartel por parte de um dos seus membros mediante o fornecimento de informações relevantes para as autoridades que investigam esse mesmo cartel. Ora, o primeiro membro do cartel que o denunciar receberá, em contrapartida pela sua cooperação, imunidade face à coima que venha a ser aplicada aos membros do cartel, caso estejam verificados os requisitos exigidos<sup>1537</sup>.

Além disto, pode ainda ser concedida uma redução da coima às restantes empresas não elegíveis para receber imunidade, desde que o contributo destas para a investigação da Autoridade da Concorrência tenha um “valor acrescentado significativo”<sup>1538</sup>.

Desta forma, o programa de clemência acaba por representar não só um incentivo ao cumprimento das regras da concorrência<sup>1539</sup>, mas também um fator desestabilizador

---

<sup>1532</sup> European Competition Network Model Leniency Programme, revisto em novembro de 2012, disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf); I. Introdução; Ponto 3 : “(...) The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme”.

<sup>1533</sup> Cauffman, 2011, p. 199.

<sup>1534</sup> Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/540662/details/maximized>.

<sup>1535</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1705&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_m\\_iolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_m_iolo=).

<sup>1536</sup> Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, relativa ao Direito a indemnização por infracção ao direito da concorrência, que transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115456103/details/maximized>.

<sup>1537</sup> Os requisitos exigidos para que um denunciante possa beneficiar da imunidade total da coima estão expostos nos pontos 8 a 13 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis de 8 de dezembro de 2006, Ponto 8: “A Comissão concederá imunidade relativamente a qualquer coima que de outra forma seria aplicada à empresa que revele a sua participação num alegado cartel que afete a Comunidade, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, na opinião da Comissão, lhe permitam: (a) efectuar uma inspecção direccionada visando o alegado cartel (1); ou (b) determinar a existência de uma infracção ao art. 81.º CE, relativamente ao alegado cartel”.

<sup>1538</sup> Os requisitos exigidos para poder beneficiar de uma redução do montante da coima estão expostos nos pontos 23 a 26 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis de 8 de dezembro de 2006, Ponto 24: “Por forma a poder beneficiar desta redução, a empresa deve fornecer à Comissão elementos de prova da alegada infracção, que apresentem um valor acrescentado significativo”.

<sup>1539</sup> Zingales, 2008, p. 6: “deterrence itself is a combination of the penalty and the probability of being caught. Therefore, enhancing the fear of punishment can substantially increase deterrence”.

no interior do cartel, pois ao dar aos membros do cartel uma contrapartida pela denúncia, acaba por disseminar a desconfiança entre eles, o que aumenta a probabilidade de haver um denunciante<sup>1540</sup>. Esta situação em que cada um dos membros do cartel tem de escolher entre duas possíveis alternativas (denunciar ou não denunciar) cujo resultado depende de uma escolha idêntica feita por outro membro do cartel é um exemplo clássico do dilema dos prisioneiros<sup>1541</sup>.

Contextualizados os programas de clemência, importa agora uma análise sucinta dos seus efeitos positivos e negativos.

O programa de clemência revela-se um instrumento fundamental na deteção e punição de cartéis, diminuindo o tempo, os custos e a elevada dificuldade de recolha de informação probatória da violação das regras da concorrência a que a autoridade da concorrência está sujeita, na medida em que esta recebe a assistência dos requerentes de clemência na investigação<sup>1542</sup>. Desta forma, o programa de clemência permite à Comissão Europeia detetar e punir mais cartéis, que de outra forma não seriam punidos, através de um incentivo a um dos membros do cartel para que este proceda à confissão da sua conduta e à incriminação das restantes empresas que compõem o cartel.

Além disto, o programa de clemência torna mais difícil a criação e manutenção de cartéis<sup>1543</sup>, pois, como já foi explicado, a possibilidade de um dos participantes recorrer a este regime de clemência torna muito mais difícil a manutenção desta coesão de comportamentos dos participantes de um cartel, já que cria um sentimento de desconfiança entre os mesmos, o que acaba por enfraquecer o seu relacionamento e aumenta a probabilidade de retirada de um dos membros<sup>1544</sup>. Isto pode resultar numa situação em que os cartéis acabem por ter um fim prematuro relativamente ao que tinham perspectivado ou, ainda, numa dissuasão à sua formação.

No entanto, além destes claros efeitos positivos, o regime de clemência pode acarretar alguns riscos ou efeitos negativos. Apesar de outros potenciais riscos<sup>1545</sup>

---

<sup>1540</sup> Zingales, 2008, pp. 8 e 9: “the strategy of leniency programmes is quite straightforward: by giving cartel members a reward for confessing, the programmes disseminate distrust within the cartel. This makes their bond weaker, and increases the possibility of having one member withdrawing from the cartel”.

<sup>1541</sup> Zingales, 2008, p. 9.

<sup>1542</sup> Segundo Wouter Wils, as autoridades da concorrência, para poderem punir as empresas que constituem um cartel, precisam de recolher provas e informação suficiente das violações do direito da concorrência, e estas autoridades podem conseguir essa informação mediante 3 fontes. Podem primeiramente elas próprias monitorizar o mercado e mediante uma análise económica obter essa informação, ou podem obter essas provas através de terceiros, nomeadamente consumidores e concorrentes que foram prejudicados por aquele cartel. No entanto, estes dois meios de obtenção de prova não se mostram, de todo, tão eficazes na obtenção da informação necessária como o terceiro meio de prova, que se prende com serem os próprios membros do cartel a divulgar à autoridade da concorrência a informação. Isto é assim devido ao secretismo em que os cartéis estão envolvidos, em que na maior parte dos casos apenas os seus membros contêm a informação necessária para se fazer prova das violações do direito da concorrência. In Wils, 2016, pp. 11 e 12.

<sup>1543</sup> Wils, 2016, pp. 13 e 14.

<sup>1544</sup> Freire, 2015, p. 197.

<sup>1545</sup> Segundo Wouter Wils, além do risco da dependência exclusiva dos programas de clemência podem ainda apontar-se os seguintes efeitos negativos: aparente diminuição do montante geral das coimas; efeito

inerentes aos programas de clemência, é de destacar o potencial efeito perverso<sup>1546</sup> de as AdC poderem vir a tornar-se exclusivamente dependentes dos programas de clemência para detetar cartéis. Apesar de o principal efeito positivo deste regime de clemência ser, como foi referido *supra*, a diminuição do tempo, custo administrativo e dificuldade na obtenção de prova das atividades ilícitas dos cartéis, é importante notar que estes programas de clemência visam meramente complementar outros métodos de recolha de informação provatória.

Aliás, os programas de clemência funcionam melhor se os participantes de um cartel se mantiverem conscientes do risco da AdC detetar as práticas do cartel sem o programa de clemência, pois isso pode resultar numa “corrida para cooperar”<sup>1547</sup> por parte dos participantes de um cartel por medo que um outro participante desse mesmo cartel decida cooperar primeiro que eles. Ora, se uma AdC não consegue criar a credibilidade de que é capaz de detetar um cartel por outros meios que não sejam o programa de clemência, isso pode levar os participantes de um cartel a duvidar da capacidade da AdC de o conseguir fazer, o que resultará numa diminuição da eficácia do programa de clemência, pois os cartelistas não se sentem ameaçados de forma a incentivar o uso deste regime.

Explicitado que está o regime de clemência, importa agora depreender a importância deste no seio da aplicação pública do Direito da Concorrência.

É inegável que o programa de clemência tem tido um sucesso crescente, e que representa a pedra angular do *public enforcement*, já que a grande maioria das infrações praticadas pelos cartéis é descoberta por intermédio da clemência<sup>1548</sup>. Isto fica ainda mais evidente quando analisamos as estatísticas apresentadas por Wouter Wils:

---

perverso de facilitar a criação e a manutenção de cartéis; efeitos morais negativos e a reincidência. Cfr. Wils, 2016, pp. 15-28.

<sup>1546</sup> Freire, 2015, p. 198: “Há ainda que considerar um possível efeito perverso associado ao facto das autoridades responsáveis pela aplicação das normas de defesa da concorrência passarem a confiar exclusivamente na clemência. Com efeito, a aplicação destes programas assenta na percepção que os participantes no cartel têm do risco das autoridades públicas poderem vir a instaurar, contra si, procedimentos por violação da concorrência, caso não optem pela clemência. Aquele risco depende da reputação que as autoridades públicas consigam criar e isto pressupõe que, previamente, a autoridade construa um nível suficiente de credibilidade sobre a sua capacidade de detectar e punir práticas ilícitas”.

<sup>1547</sup> Wils, 2016, p. 26.

<sup>1548</sup> Carmeliet, 2011-2012, p. 463: “These days, leniency is a cornerstone of the enforcement policy of the European Commission and the National Competition Authorities (“NCAs”). Almost 60% of cartel infringements is discovered through leniency”.

| Period      | Total number of European Commission cartel decisions with fines | Number of decisions in which immunity was granted under the European Commission's leniency programme to the first undertaking cooperating |
|-------------|-----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1986 - 1990 | 9                                                               |                                                                                                                                           |
| 1991 - 1995 | 8                                                               |                                                                                                                                           |
| 1996 - 2000 | 10                                                              | 1                                                                                                                                         |
| 2001 - 2005 | 33                                                              | 20                                                                                                                                        |
| 2006 - 2010 | 31                                                              | 25                                                                                                                                        |
| 2011 - 2015 | 23                                                              | 21                                                                                                                                        |

1549

Apesar de o programa de clemência ter sido introduzido em 1996, apenas com a revisão operada em 2002 é que este obteve melhores resultados<sup>1550</sup>, com um aumento de 10% (1 em 10), no período de 1996-2000, para 61% (20 em 33) no período de 2001-2005. Nos períodos seguintes, manteve-se esta tendência de aumento no número de decisões da Comissão que envolviam o programa de clemência, representando 81% (25 em 31) no período de 2006-2010, e 91% (21 em 23) no período de 2011-2015. De notar que, ao conjugar esta tabela e a Tabela 2<sup>1551</sup> apresentadas por Wouter Wils, é possível concluir que foram condenados, apenas e somente graças ao programa de clemência, 10% (1996-2000), 21% (2001-2005), 48% (2006-2010) e 47% (2011-2015) do número de cartéis referidos em cada período.

Daqui se conclui então que o programa de clemência é fundamental na atuação da Comissão e das AdC e que esta importância tem aumentado gradualmente.

## 2. O desenvolvimento da relação entre o *private enforcement* e o regime de clemência no direito europeu da concorrência

O direito da concorrência é, por regra, baseado em dois pilares: *public enforcement* e *private enforcement*. De acordo com Hüschelrath e Peyer<sup>1552</sup>, o *public enforcement* caracteriza-se pelo facto de as regras da concorrência serem aplicadas por autoridades estaduais, logo direciona-se para a deteção, investigação e punição de cartéis mediante

<sup>1549</sup> Análise estatística retirada de: Wils, 2016, p. 9.

<sup>1550</sup> Esta melhoria do programa de clemência deve-se em grande parte à introdução, com a revisão de 2002, da possibilidade de se conceder imunidade da coima, ao invés da redução de 75% que até aí vigorava. Cfr. Sandhu, 2007, pp. 148 e 149.

<sup>1551</sup> Wils, 2016, p. 15.

<sup>1552</sup> Hüschelrath, & Peyer, 2013, pp. 2-5.

imposição de coimas de forma a inibir essas práticas anticoncorrenciais. Já o *private enforcement* caracteriza-se pela prossecução individual de litígios, diante de um tribunal, de forma a ressarcir os lesados por eventuais prejuízos causados pela violação das regras de concorrência.

Com isto, pretende-se alcançar dois propósitos, o de prevenir as violações do direito da concorrência por parte dos cartéis através da deteção e punição levadas a cabo pela Comissão Europeia ou pelas autoridades nacionais da concorrência de forma a dissuadir essas práticas (*public enforcement*), e o de compensar as vítimas dos cartéis pelos prejuízos sofridos, potencialmente dissuadindo de tais práticas, contribuindo para uma manutenção da concorrência na União Europeia. Assim, *public* e *private enforcement* representam dois lados da mesma moeda que é a aplicação do direito da concorrência, e a sua aplicação não se resume a um em detrimento do outro, mas sim a uma aplicação cumulativa, num sentido de complementaridade<sup>1553</sup>.

De referir que, em relação ao *private enforcement*, as ações de indemnização intentadas pelos lesados podem ser de dois tipos<sup>1554</sup>: ações *stand-alone*: caracterizam-se pelo facto de a propositura da ação de indemnização não depender diretamente de uma descoberta de comportamentos anticoncorrenciais feita pelas AdC; e ações *follow-on*: ações impostas por parte de lesados que queiram obter uma compensação dos danos que foram causados pelos comportamentos anticoncorrenciais violadores dos arts. 101.º e 102.º do TFUE que tenham sido descobertos e condenados pela Comissão ou por outra Autoridade Nacional da Concorrência.

Para a presente dissertação assume uma maior relevância o tipo de ações *follow-on*, pois é nestas que se verifica a tensão entre o programa de clemência e o *private enforcement* que se visa apreciar. Ora, tendo em conta que o regime de clemência tem por base o fornecimento, por parte do requerente da clemência, de documentação autoincriminatória que contenha informação relevante sobre as práticas ilícitas do cartel, é facilmente compreensível que o requerente se coloca numa posição de fragilidade extrema, ainda mais quando há a requisição de documentação por parte do lesado, que no âmbito de uma ação de indemnização, tem naturalmente o interesse de aceder ao máximo de informação possível de forma a sustentar a sua pretensão.

Tendo isto em mente, importa então agora analisar a evolução do *private enforcement* na UE e, em especial, as posições adotadas pelo TJUE e pela Comissão relativamente à cedência de documentos fornecidos por um requerente de clemência aos lesados no âmbito de uma ação de indemnização.

---

<sup>1553</sup> De Stefano, 2012, p. 95: “Therefore, public and private enforcement represent different sides of the same coin of antitrust enforcement: it is not ‘either/or’ but ‘both’”.

<sup>1554</sup> Saavedra, 2010, p. 22.

## 2.1. A evolução do *private enforcement*

A primeira referência da aplicação privada do direito da concorrência pode ser encontrada no julgamento do caso BRT<sup>1555</sup>. No entanto, foram precisos cerca de 25 anos para o Tribunal, no acórdão *Courage*<sup>1556</sup>, dar algumas diretrizes sobre o *private enforcement*. Assim, os lesados passaram a poder interpor, nos TN, ações com o intuito de serem indemnizados pelos danos sofridos por comportamentos anticoncorrenciais. No entanto, o TJUE, na falta de normas harmonizadas, impôs<sup>1557</sup> aos TNs o cumprimento dos princípios da equivalência e da efetividade.

Em dezembro de 2005, no seguimento desta decisão, e após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003<sup>1558</sup>, a Comissão publicou o *Green Paper* sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, que submetia à discussão possíveis medidas capazes de facilitar a propositura de ações de indemnização.

Este documento da Comissão veio, de certa forma, dar seguimento às ideias expressadas pelo TJUE no acórdão *Courage*, já que acolheu a ideia de que a aplicação privada do direito da concorrência prossegue os mesmos objetivos<sup>1559</sup> que o *public enforcement*, mas afirma também que o *private enforcement* se encontrava num estado de subdesenvolvimento total<sup>1560</sup>.

---

<sup>1555</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1974, *BRT v. Sabam*, Processo n.º 127/73, para. 16: “Uma vez que as proibições previstas nos arts. 85.º, n.º 1, e 86.º se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes arts. criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger”.

<sup>1556</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, *Courage v. Crehan*, Processo n.º C-453/99, para. 27: “Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade”.

<sup>1557</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage v. Crehan*, Processo n.º C-453/99, para. 29: “Contudo, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)”.

<sup>1558</sup> Regulamento n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado. Deste regulamento importa destacar o art. 15.º, que confere a possibilidade aos Tribunais Nacionais de solicitar à Comissão que lhes sejam facultadas as informações na posse desta.

<sup>1559</sup> COM(2005) 672, Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 3: “As regras antitrust estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado são aplicadas tanto pelos poderes públicos como a nível dos particulares. Estas duas formas de aplicação integram um sistema comum e prosseguem os mesmos objectivos: impedir as práticas anticoncorrenciais proibidas pela legislação no domínio antitrust e proteger as empresas e os consumidores destas práticas e de quaisquer danos por elas causados”.

<sup>1560</sup> COM(2005) 672, Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 4: “Embora o direito comunitário exija um sistema eficaz para os pedidos de indemnização na sequência de infracções às regras antitrust, esta área do direito caracteriza-se, nos 25 Estados-Membros, por um ‘subdesenvolvimento total’”.

No entanto, vários autores, entre os quais Wouter Wils<sup>1561</sup>, criticaram este documento, pois representava uma visão demasiado americanizada<sup>1562</sup> do *private enforcement*.

Relativamente à matéria de acesso às declarações de clemência, são de destacar as opções 6, 28, 29, e 30 apresentadas pelo *Green Paper*<sup>1563</sup>. Duas<sup>1564</sup> destas opções<sup>1565</sup> previam uma exclusão de acesso às declarações de clemência, enquanto outra<sup>1566</sup> oferecia como alternativa a possibilidade de imunidade de indemnização, e, por fim, a opção 30<sup>1567</sup>, uma limitação da responsabilidade solidária. Além destas opções, importa ainda destacar a opção 7<sup>1568</sup>, que implicava o acesso dos TN aos documentos na posse da Comissão, mas obrigava a que fosse garantida a confidencialidade de determinados documentos.

Assim, a Comissão, com este Livro Verde, iniciou o debate sobre o *private enforcement*, apresentando várias opções que visavam o seu desenvolvimento.

Posto isto, em julho de 2006, o Tribunal de Justiça apresentou a sua decisão do caso *Manfredi*<sup>1569</sup>, que considerava diretamente alguns dos problemas que tinham sido levantados pelo Livro Verde. Ora, este acórdão vem confirmar o objetivo do Livro

---

<sup>1561</sup> Wils, 2017, p. 21: “This Green Paper was to a significant extent infused with the US American conception of private actions for damages as an instrument of deterrence and a potential replacement for public enforcement”.

<sup>1562</sup> Morais, 2015, p. 6; Balasingham, 2017, p. 158.

<sup>1563</sup> Costa, 2018, p. 27.

<sup>1564</sup> Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 6: “Opção 6: Obrigação, para qualquer das partes num processo perante uma autoridade de concorrência, de entregar a uma parte num litígio civil todos os documentos apresentados à autoridade, com excepção dos pedidos de redução ou não aplicação de coimas. As questões relacionadas com a divulgação de segredos comerciais e outras informações confidenciais e com os direitos da defesa seriam regulados pela lei do foro (ou seja, pela lei do tribunal competente)”.

<sup>1565</sup> Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 10: “Opção 28: Exclusão da divulgação dos pedidos de redução ou não aplicação de coimas, protegendo assim a confidencialidade dos documentos apresentados à autoridade de concorrência no âmbito de tais pedidos”.

<sup>1566</sup> Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 10: “Opção 29: Redução condicional do montante da indemnização a pagar por uma empresa que tenha apresentado um pedido de redução ou não aplicação de coimas; as indemnizações a pagar pelos restantes autores da infracção – solidariamente responsáveis pela totalidade dos danos – não sofrem alterações”.

<sup>1567</sup> Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 10: “Opção 30: Supressão da responsabilidade solidária para as empresas que tenham apresentado um pedido de redução ou não aplicação de coimas, limitando assim a exposição destas últimas a pedidos de indemnização. Uma possível solução consistiria em limitar a responsabilidade das empresas que apresentam pedidos de redução ou não aplicação de coimas à parte da indemnização correspondente à quota dessa empresa no mercado objecto do cartel”.

<sup>1568</sup> Livro Verde sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 6.

<sup>1569</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2006, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia SpA*, Processos C-295/04 a C-298/04.



Verde<sup>1570</sup>, reforça também as ideias já expressadas no acórdão *Courage*<sup>1571</sup>, e desenvolve a concretização dos princípios da efetividade e da equivalência<sup>1572</sup>.

Na sequência do *Green Paper*, a Comissão emitiu, em 2008, o *White Paper* ou Livro Branco<sup>1573</sup>, cujo principal objetivo era melhorar as condições legais de exercício do direito conferido às vítimas de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência de comportamentos anticoncorrenciais, admitindo ainda que a compensação dos lesados é o primeiro e mais importante objetivo do *private enforcement*<sup>1574</sup>, separando assim as funções de compensação e dissuasão<sup>1575</sup>.

No entanto, a Comissão não descarta por completo a função dissuasora que pode ser atribuída à aplicação privada do direito da concorrência, considerando-a um subproduto da função de compensação<sup>1576</sup>: “Por conseguinte, uma melhoria dos mecanismos de compensação produzirá igualmente de forma automática efeitos benéficos de dissuasão em termos de infrações futuras e de respeito das regras comunitárias *antitrust*”<sup>1577</sup>.

Esta mudança de perspetiva por parte da Comissão deve-se, provavelmente, às respostas que foram dadas ao seu Livro Verde<sup>1578</sup>, em particular às críticas já aqui mencionadas de uma americanização do sistema de *private enforcement* da UE.

Em relação aos programas de clemência e cedência das declarações de clemência, o Livro Branco realçou a importância de proteger de forma adequada as declarações de empresas que apresentam um pedido de clemência, pois, caso contrário, a possibilidade de divulgação das confissões poderia resultar numa dissuasão aos infratores de apresentar pedidos de clemência. Além disto, a Comissão volta a propor outra medida para assegurar a atratividade dos programas de clemência, que se prende com a limitação

---

<sup>1570</sup> De Smijter & O’Sullivan, 2006, p. 26: “In its Manfredi judgment, the Court of Justice underlined yet again the need for an effective redress for the victims of competition law infringements. In doing so, the Court confirms the overall objective of the Commission’s Green Paper on antitrust damages actions”.

<sup>1571</sup> De Smijter & O’Sullivan, 2006, p. 23: “Concerning the right to claim damages for harm suffered through a breach of the competition rules, the Court of Justice in *Manfredi* reiterated a statement of principle which it had already given in *Courage v. Crehan* (Case C-453/99), and to which the Commission referred in the Green Paper”.

<sup>1572</sup> A título de exemplo, veja-se os parágrafos 71 e 77 do Acórdão *Manfredi*.

<sup>1573</sup> COM (2008) 165 final, Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. De notar que a leitura deste Livro Branco deve ser aliada à leitura de 2 outros documentos: um documento relativo a estas acções de indemnização, que explica mais pormenorizadamente as considerações em que assenta o Livro Branco, e um relatório de avaliação de impacto.

<sup>1574</sup> Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 3: “A plena indemnização é, por conseguinte, o primeiro e mais importante princípio orientador”.

<sup>1575</sup> Balasingham, 2017, p. 159.

<sup>1576</sup> Balasingham, 2017, p. 159.

<sup>1577</sup> Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, p. 3.

<sup>1578</sup> Cauffman, 2011, p. 183.

da responsabilidade civil do requerente de clemência face às ações de indemnização apresentadas pelos lesados<sup>1579</sup>.

Deste modo, o Livro Branco representa uma mudança de opinião relativamente às funções do *private enforcement*, pois enquanto no Livro Verde a Comissão afirmava a existência de uma função dissuasora em pé de igualdade com o *public enforcement*, no Livro Branco esta ideia é claramente rejeitada, conferindo a função de dissuasão ao *public enforcement* e estabelecendo a função de compensação como o principal objetivo da aplicação privada do direito da concorrência<sup>1580</sup>.

Após a publicação do Livro Branco, o Tribunal de Justiça decidiu dois casos de elevado relevo para a matéria em análise nesta dissertação: os casos *Pfleiderer*<sup>1581</sup> e *Donau Chemie*<sup>1582</sup>.

No Acórdão *Pfleiderer*, o Tribunal de Justiça concluiu no sentido de que as disposições do direito da União Europeia não se opõem à cedência dos documentos relativos a um programa de clemência a uma pessoa lesada por uma infração do direito da concorrência; no entanto, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais fazer uma ponderação de interesses, caso a caso, para determinar as condições em que tal acesso deve ou não ser autorizado<sup>1583</sup>. Assim, será necessária uma ponderação de interesses casuística entre o interesse de proteger os programas de clemência enquanto instrumento do *public enforcement* e o interesse da proteção do direito dos lesados de serem compensados pelos danos resultantes da atividade de um cartel.

As interpretações sobre o significado deste acórdão e sobre a posição do Tribunal de Justiça são bastante díspares, pois enquanto alguns autores afirmam que esta decisão do Tribunal de Justiça resulta no favorecimento do *private enforcement*, outros consideram que resulta no favorecimento do *public enforcement*<sup>1584</sup>.

Segundo Sofia Pais, o Tribunal de Justiça limitou-se a explicar a finalidade comum do regime de clemência e da ação de indemnização, sem fornecer qualquer tipo de hierarquização expressa<sup>1585</sup>. No entanto, ao assumir esta posição de neutralidade, o TJUE parece abrir as portas à possibilidade da cedência de documentos relativos a um programa de clemência a um terceiro lesado pela atividade do cartel<sup>1586</sup>.

---

<sup>1579</sup> Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, pp. 11 e 12, Ponto 2.9.

<sup>1580</sup> Moraes, 2015, p. 6.

<sup>1581</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*, Processo C-360/09.

<sup>1582</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, *Bundewettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11.

<sup>1583</sup> Processo C-360/09, ponto 32.

<sup>1584</sup> Anastácio, 2012.

<sup>1585</sup> Pais, 2012, p. 10.

<sup>1586</sup> Anastácio, Cunha, Gorjão-Henriques, Porto, & Vilaça, 2013, p. 793.

Apesar disto, o que facilmente se conclui é que, com esta decisão, o Tribunal de Justiça contraria as conclusões do Advogado-Geral Ján Mázak<sup>1587</sup> e a posição adotada pela Comissão no Livro Branco, que defendia uma proteção adequada das declarações de clemência.

Ora, esta conclusão aparenta que o Tribunal não quis ponderar os objetivos do *public enforcement* contra os objetivos do *private enforcement* e assumiu, então, uma posição neutra ao afirmar que a divulgação destes documentos era uma matéria da competência dos TN numa ótica casuística<sup>1588</sup>, causando uma enorme incerteza aos requerentes de clemência, pois estes não tinham qualquer garantia de que as declarações iriam permanecer secretas<sup>1589</sup>.

O Acórdão *Donau Chemie* veio seguir e reforçar a posição estabelecida pelo Tribunal de Justiça no caso *Pfleiderer*. Neste caso, no entanto, a solução não poderia ser a mesma, pois a lei austríaca impunha que, em falta de acordo, os tribunais não podiam ordenar o acesso a tais autos. Assim, o Tribunal decidiu no sentido de que o direito da UE se opõe a uma norma de um direito nacional que não permita que seja levada a cabo uma ponderação de interesses por parte dos TN sobre a divulgação ou não dos documentos<sup>1590</sup>.

Na sequência destas duas decisões, foi apresentada, a 11 de junho de 2013, uma proposta de Diretiva da qual resultou a Diretiva 2014/104/UE<sup>1591</sup>, de 26 de novembro de 2014, criada com a intenção de fortalecer o direito da concorrência e com dois grandes objetivos: otimizar a aplicação complementar do *public* e do *private enforcement*; e assegurar a terceiros lesados pelas violações do direito europeu da concorrência a capacidade de serem ressarcidos pelos danos sofridos<sup>1592</sup>.

Uma das maiores preocupações da diretiva foi a de assegurar que os lesados conseguissem obter informação suficiente sobre os comportamentos anticoncorrenciais que os houvessem lesado para intentar ações de indemnização e, nesse sentido, o art. 5.º

---

<sup>1587</sup> Ponto 48 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09: “Os lesados por um cartel não podem ter acesso, para efeitos de formulação de um pedido cível de indemnização, ao conteúdo de declarações auto-incriminatórias prestadas pelos requerentes de clemência”. O Advogado-Geral afirma ainda no ponto 41 das conclusões que um programa de clemência eficaz é relevante não só no *public enforcement* como também para os privados, pois sem a atratividade e eficiência destes programas muitas serão as práticas anticoncorrenciais e os cartéis que ficam por detetar: “Por um lado, sem um programa de clemência eficaz, haverá um grande número de cartéis que permanecerá por identificar ou cuja existência não se conseguirá provar, pelo que os mesmos poderão subsistir em contínuo prejuízo da concorrência em geral e dos terceiros lesados”.

<sup>1588</sup> Wardhaugh, 2013, p. 15.

<sup>1589</sup> Geradin & Grelher, 2013.

<sup>1590</sup> Costa, 2018, pp. 35 e 36.

<sup>1591</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

<sup>1592</sup> Cauffman, 2013, p. 4.

da diretiva permite que sejam divulgados aos lesados determinados documentos provatórios mediante a verificação de certas condições<sup>1593</sup>.

No entanto, no que às declarações de clemência diz respeito, a diretiva, nos seus arts. 6.º, n.º 6, e 7.º, n.º 1, impôs aos EMs a inclusão no seu direito nacional de uma proibição de divulgação das declarações de clemência, por parte dos TN, no âmbito de ações de indemnização, aos lesados por comportamentos anticoncorrenciais e, além disso, estabeleceu ainda que estes elementos provatórios devem ser considerados inadmissíveis para efeitos de uma ação de indemnização.

Esta solução de uma proibição de divulgação das declarações de clemência por parte dos TN contraria a jurisprudência e o teste de ponderação de interesses adotado no caso *Pfleiderer*<sup>1594</sup>, e é alicerçada na ideia de que a função dissuasora é um efeito secundário do *private enforcement* quando comparado com o efeito dissuasor do *public enforcement*, seguindo assim a ideia expressada pela Comissão no Livro Branco.

## **2.2. As funções do *private enforcement***

A análise à discussão sobre as funções atribuídas ao *private enforcement* é fundamental, pois o entendimento que se adota em relação a estas influencia diretamente a posição que se toma em relação ao problema sobre o qual esta dissertação discorre<sup>1595</sup>.

Assim, à aplicação privada do direito da concorrência são normalmente apontadas duas funções: compensar e dissuadir. Há um consenso generalizado de que a função de compensação é a função fundamental do *private enforcement*; já no que concerne à função dissuasora, permanece uma discussão doutrinal sobre a sua relevância.

Parte da doutrina<sup>1596</sup>, em consonância com o Tribunal de Justiça<sup>1597</sup>, é do entendimento que à aplicação privada do direito da concorrência se pode atribuir uma função dissuasora dos comportamentos anticoncorrenciais. Neste sentido, de acordo com os autores Nazzini e Nikpay este reforço da função dissuasora das regras concorrenciais levado a cabo pelo *private enforcement* assenta nas seguintes razões<sup>1598</sup>: aumenta os recursos disponíveis para os casos de infrações do direito da concorrência; melhora os níveis de deteção e condenação; e aumenta as consequências financeiras da condenação.

---

<sup>1593</sup> Pais, 2016, p. 29.

<sup>1594</sup> Pais, 2016, p. 29.

<sup>1595</sup> Costa, 2018, p. 13.

<sup>1596</sup> Komninos, 2011, p. 143; Carbonelli, 2012, pp. 2 e 3; Nazzini & Nikpay, 2008, pp. 109-111; Hüschelrath & Peyer, 2013, pp. 2-5.

<sup>1597</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, *Courage v. Crehan*, Processo n.º C-453/99 para. 27.

<sup>1598</sup> Nazzini & Nikpay, 2008, p. 111.

Contrariamente a esta posição surgem outros autores<sup>1599</sup> que percebem a aplicação privada apenas como um meio à disposição das vítimas para que estas possam ser ressarcidas ou que, reconhecendo a função dissuasora, a consideram meramente residual. Nesta linha de pensamento, Wouter Wils defende a chamada “*separate-tasks approach*”, em que o *public* e o *private enforcement* devem servir as funções para as quais se revelam mais adequados<sup>1600</sup>. Neste sentido, Wils afirma que, para efeitos de dissuasão, o *public enforcement* é inerentemente superior<sup>1601</sup> ao *private enforcement*, sustentando a sua posição em três razões: a aplicação pública do direito da concorrência beneficia de poderes de investigação e condenação mais eficazes; como o *private enforcement* é guiado pela ideia de lucro privado, este diverge do interesse geral; e o *private enforcement* representa um custo mais elevado do que *public enforcement*.

Desde já se esclarece que a posição adotada é a de que o *private enforcement* visa, inegavelmente, uma função de compensação dos lesados por comportamentos anticoncorrenciais e uma função de dissuasão; no entanto, esta segunda função será meramente residual quando comparada com a função dissuasora do *public enforcement*, daí que se concorde com a opinião fomentada por Wouter Wils, que, de certa forma, estabelece uma hierarquia entre o *public* e o *private enforcement*.

Deste modo, importa então analisar os argumentos apontados pelo referido autor:

**a) a aplicação pública do direito da concorrência beneficia de poderes de investigação e condenação mais eficazes:** no que à investigação diz respeito, é evidente que as AdC possuem capacidades – nomeadamente, um poder de investigação mais alargado – que lhes permitem ser mais capazes de detetar e provar comportamentos anticoncorrenciais. Além de que, a isto, junta-se o problema da dificuldade de recolha de prova transnacional a que os lesados estariam sujeitos, problema este que não se reflete na atuação da Comissão Europeia<sup>1602</sup>.

Já relativamente à condenação, também o *public enforcement* se apresenta como uma ferramenta mais eficaz, já que permite que sejam aplicadas, além das sanções monetárias, outros tipos de sanções, ao passo que o *private enforcement* apenas permite que sejam aplicadas sanções monetárias aos infratores do direito da concorrência na forma de indemnizações. Mais ainda, em relação às sanções monetárias, as indemnizações serão sempre calculadas não atendendo ao ganho dos infratores ou à perda social, mas por referência aos danos que os lesados consigam eventualmente

---

<sup>1599</sup> Wils, 2003, p. 11; Morais, 2015, p. 39; MacCulloch & Wardhaugh, 2012, p. 26.

<sup>1600</sup> Balasingham, 2017, p. 160.

<sup>1601</sup> Wils, 2003, p. 11.

<sup>1602</sup> Wils, 2003, p. 11.

provar, pelo que será igualmente menos eficaz do que o *public enforcement* no cálculo otimizado da sanção<sup>1603</sup>.

**b) como o *private enforcement* é guiado pela ideia de lucro privado, este diverge do interesse geral:** quando falamos em *private enforcement*, está sempre subjacente a ideia dos ganhos privados dos lesados em que assentam as ações de indemnização. Isto pode resultar em 3 problemas: investimento desadequado, ações infundadas, e acordos indesejados<sup>1604</sup>.

**c) *private enforcement* representa um custo mais elevado do que *public enforcement*:** este custo mais elevado deve-se principalmente a 2 fatores: no estabelecimento da indemnização são gastos muitos mais recursos do que aqueles que seriam gastos caso a sanção monetária fosse aplicada por uma AdC; além disto, a aplicação pública do direito da concorrência será geralmente menos custosa devido ao elevado grau de especialização das pessoas envolvidas e ao menor custo administrativo dos procedimentos quando comparados com a litigação civil<sup>1605</sup>.

Assim, e em concordância com a posição de Wouter Wils aqui explanada, importa concluir que a posição aqui defendida não é a de que o *private enforcement* não tenha qualquer função dissuasora, pois essa função é indubitável, ainda para mais quando se trata de uma aplicação privada forte e robusta, algo que ainda não se verifica na UE, no entanto, esta função tem um efeito meramente residual quando comparada com o efeito dissuasor exercido pelo *public enforcement*, pelo que não restam dúvidas que, em caso de conflito, na UE, onde vigora uma doutrina ordoliberal segundo a qual o funcionamento do mercado deve ser supervisionado e governado por uma autoridade pública<sup>1606</sup>, há uma inerente superioridade hierárquica da aplicação pública do direito de concorrência em detrimento da aplicação privada.

### **3. A tensão entre a proteção dos regimes de clemência e o *private enforcement* e possíveis soluções**

As ações de indemnização em direito da concorrência são normalmente caracterizadas por uma elevada desinformação dos lesados, pelo que lhes deve ser garantido acesso aos elementos de prova<sup>1607</sup>. Ora, o desenvolvimento da aplicação privada do direito da concorrência pode levar a um desincentivo do recurso aos programas de clemência, caso não estejam estabelecidos os limites e não estejam formados os equilíbrios necessários, isto porque não se deve colocar os requerentes de

---

<sup>1603</sup> Wils, 2003, p. 12.

<sup>1604</sup> Wils, 2003, pp. 13-15.

<sup>1605</sup> Wils, 2003, p. 15.

<sup>1606</sup> Cisotta, 2014, p. 1.

<sup>1607</sup> Papp, 2016, p. 54.

clemência, que cooperaram com as AdC, numa situação pior do que os restantes membros do cartel, na medida em que isso prejudicaria a atratividade dos programas de clemência, pois não compensaria colaborar.

Dado o carácter autoincriminatório das declarações de clemência, facilmente se compreende que estas têm de ser sujeitas a uma forte proteção, sob pena de reduzir drasticamente a atratividade e eficácia dos programas de clemência, como aponta o Advogado Geral Ján Mázak nas suas conclusões sobre o caso *Pfleiderer*:

“38. Do meu ponto de vista, em certas circunstâncias a concessão de acesso, por parte de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, a toda a informação e documentação apresentada por um requerente de clemência pode prejudicar seriamente a atratividade e, logo, a eficácia do regime de clemência daquela autoridade, uma vez que os potenciais requerentes de clemência podem entender que são colocados numa posição mais desfavorável, no tocante aos pedidos cíveis de indemnização, devido às declarações autoincriminatórias que são obrigatoriamente apresentadas à autoridade, do que a posição dos membros do cartel que se recusam a cooperar. Assim, pode entender-se que o benefício da imunidade ou da redução de coimas concedido a um requerente é anulado pelo risco acrescido de responsabilidade por danos quando for concedido o acesso ao processo de clemência, especialmente nos casos em que os membros dos cartéis forem solidariamente responsáveis nos termos das legislações nacionais. Assim, um membro de um cartel pode abster-se de apresentar um pedido de clemência ou, por outro lado, ser menos colaborante com a autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência no decorrer do respetivo processo”<sup>1608</sup>.

Devido a isto, existe então um conflito entre, por um lado, a proteção da eficácia do regime de clemência aplicado por uma autoridade de um EM e, logo, da aplicação pública do direito da concorrência e, por outro lado, da divulgação da informação fornecida pelos requerentes de clemência a um terceiro lesado, para que estes possam exercer o seu direito de intentar uma ação de indemnização por violação do art. 101.º do TFUE.

De um lado desta tensão defende-se que devem ser feitos todos os esforços para ultrapassar a assimetria de informação entre as partes mediante uma extensa divulgação de documentos que possam ajudar os lesados a intentar uma ação de indemnização, e que os requerentes de clemência já beneficiam de imunidade ou redução de coima, pelo

---

<sup>1608</sup> Ponto 38 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

que não lhes deve ser concedido um tratamento especial no seio do *private enforcement*; logo, as declarações de clemência deveriam poder ser divulgadas aos lesados<sup>1609</sup>.

Do lado oposto defende-se que se deve evitar uma redução da eficácia do *public enforcement*, um argumento que vem normalmente aliado à ideia de que a aplicação pública do direito da concorrência se apresenta como mais capaz de realizar as funções de dissuasão e clarificação da lei do que o *private enforcement*. Além disso, defendem ainda que mesmo a função de compensação característica da aplicação privada é mais facilmente realizada se o *public enforcement* se mantiver eficaz na descoberta de cartéis, pois a maioria das ações de indemnização são construídas a partir do *public enforcement*, e não só nos casos das ações *follow-on*, mas também no caso das *stand-alone*, que são geralmente iniciadas devido a investigações das AdC<sup>1610</sup>.

Esclarece-se então que a posição aqui adotada se alinha com este segundo entendimento, onde se defende que a eficácia do programa de clemência, e consequentemente do *public enforcement*, não deve ser perturbada para efeitos de *private enforcement*, de forma a não perder a sua enorme relevância no seio do direito da concorrência europeu.

Como descrito *supra*, este conflito foi sujeito a várias apreciações, quer por parte da Comissão, quer por parte do Tribunal de Justiça, e neste momento vigora a disposição do art. 6.º, n.º 6 da Diretiva 2014/104/UE que proíbe a divulgação das declarações de clemência por parte dos TN.

No entanto, a solução apresentada pela Diretiva não está, de todo, isenta de controvérsia, pois vários autores<sup>1611</sup> apontam-na como contrária ao princípio da efetividade, sustentando-se nas afirmações do Tribunal de Justiça<sup>1612</sup> de que qualquer regra rígida seria contrária ao princípio da efetividade. Ora, segundo este princípio, o exercício do direito de indemnização “não pode ser praticamente impossível ou excessivamente difícil”<sup>1613</sup>, pelo que estes autores que qualifiquem a proteção do art. 6.º, n.º 6 como rígida a consideram violadora do Princípio da Efetividade e incompatível com o direito primário da UE<sup>1614</sup>.

Neste sentido, importa então analisar algumas opções alternativas a esta solução apresentada pela Diretiva, tais como: imunidade de indemnização; a solução do

---

<sup>1609</sup> Papp, 2016, p. 55.

<sup>1610</sup> Papp, 2016, p. 55.

<sup>1611</sup> A título de exemplo veja-se: Kersting, 2013, pp. 2-5.

<sup>1612</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, *Bundewettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11, para. 31.

<sup>1613</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, *Courage v. Crehan*, Processo n.º C-453/99, para. 29: “e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)”.

<sup>1614</sup> Kersting 2013, pp. 2 e 3: “Any rigid *per se* rule would, according to the ECJ, violate the principle of effectiveness. Yet, a rigid *per se* denial of access is exactly what the proposal suggests in art. 6(1) for leniency corporate statements. Exceptions from this *per se* rule are not provided for in the proposal. This is incompatible with the primary law principle of effectiveness”.



ordenamento jurídico norte-americano; e a proibição geral com exceção de possibilidade de divulgação em último recurso.

### **3.1. Imunidade de indemnização**

O art. 11.º, n.º 1 e n.º 5 estabelece como regra geral que as empresas participantes num cartel, que infringem o direito da concorrência, são solidariamente responsáveis pelos danos causados. Assim, cada uma das empresas fica obrigada a reparar integralmente os danos, e o lesado pode exigir a reparação integral de qualquer uma delas, tendo posteriormente o infrator que reparou integralmente o dano do lesado direito de regresso. De notar, no entanto, que o montante recuperado dos outros infratores deverá ser determinado à luz da responsabilidade e do dano causado pela infração de cada um<sup>1615</sup>.

Esta regra geral está sujeita a algumas exceções, de onde se destaca a exceção do n.º 4, que apresenta maior relevo para esta dissertação. Ora, segundo este n.º 4 do art. 11.º, os beneficiários de dispensa de coima só serão solidariamente responsáveis perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, e perante os outros lesados, no caso de não se conseguir obter a reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência. Esta exceção ao regime da responsabilidade solidária foi pela primeira vez sugerida na opção 30 do *Green Paper*.

O Recital 38<sup>1616</sup> da Diretiva vem explicar o porquê desta exceção. Ora, tendo em conta que a decisão da AdC que declara a infração se pode tornar definitiva para o requerente de clemência antes de se tornar definitiva para as outras empresas infratoras, isto pode torná-lo o alvo preferencial para ser demandado em tribunal, daí a necessidade de proteger o requerente de clemência e a eficácia do programa de clemência mediante esta exceção, pois caso o lesado decida intentar a ação contra o requerente de clemência, este não conseguirá obter dele a reparação integral dos danos.

Esta limitação da responsabilidade solidária visa então privilegiar as empresas que colaboram com as AdC, sem, no entanto, pôr em causa o princípio da efetividade, pois caso não seja possível aos lesados obter a reparação integral dos danos através das empresas infratoras, estes podem, em última opção, recorrer ao beneficiário de dispensa de coima<sup>1617</sup>.

No entanto, Christian Kersting<sup>1618</sup> afirma que faz sentido privilegiar os beneficiários de dispensa de coima no âmbito do *private enforcement*, mas que este

---

<sup>1615</sup> Wils, 2017, pp. 26 e 27.

<sup>1616</sup> Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, Recital 38.

<sup>1617</sup> Costa, 2018, p. 62.

<sup>1618</sup> Kersting, 2013, p. 4.

privilegio não pode ser concedido à custa dos lesados. Ao invés disso, o autor apresenta como alternativa a possibilidade de se privilegiar os requerentes de clemência, não à custa dos lesados, mas sim à custa dos restantes infratores, ou seja, os lesados deverão poder obter a reparação integral do beneficiário de dispensa da coima, podendo este reclamar uma compensação total dos danos indemnizados aos restantes membros do cartel.

Ora, essa possibilidade parece não ser tão efetiva na manutenção da eficácia dos programas de clemência como a opção consagrada na Diretiva, pelo facto de o requerente de clemência ter efetivamente de proceder à reparação integral dos danos, o que pode acarretar um impacto psicológico significativo, capaz de desincentivar a apresentação de um pedido de clemência, prejudicando assim a atratividade dos programas de clemência.

Além disto, há ainda quem defenda uma imunidade de indemnização tal como foi mencionada pela Comissão na opção 29 do *Green Paper*. Florian Papp<sup>1619</sup> afirma que, de um ponto de vista teórico, isentar os beneficiários de dispensa de coima da obrigação de indemnizar seria uma boa opção para que o *private enforcement* não tivesse qualquer efeito na eficácia dos programas de clemência. E que, caso fosse possível esta isenção, não seriam necessários limites à divulgação das declarações de clemência. Apesar de isto ser, de facto, verdade, esta opção não se pode considerar viável, pois levaria a um enriquecimento injusto do requerente de clemência.

Assim, é de concluir que a opção consagrada na Diretiva de considerar os requerentes de clemência como solidariamente responsáveis perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos e perante os outros lesados, no caso de estes não conseguirem obter a reparação integral dos danos dos outros infratores, se revela como a mais acertada, e a que melhor alcança a articulação e compatibilidade desejadas entre *public* e *private enforcement*.

### **3.2. A solução do ordenamento jurídico norte-americano**

É por demais evidente que os sistemas de aplicação do direito da concorrência dos EUA e da UE são fundamentalmente díspares. Enquanto no ordenamento jurídico estadunidense se reconhece o direito de indemnização por violações ao direito da concorrência desde os primórdios do direito da concorrência, na UE o reconhecimento deste direito surgiu bastante mais tarde, primeiro através da jurisprudência e posteriormente por consagração legislativa. Ou seja, nos EUA há uma forte tradição e

---

<sup>1619</sup> Papp, 2016, p. 57: “One way to ensure that private damages claims have no detrimental effect on leniency applications even from a theoretical perspective would be to except successful leniency applicants entirely from the obligation of paying damages”.

prevalência do *private enforcement*, ao passo que na UE se verifica o contrário, com uma prevalência da aplicação pública do direito da concorrência sobre a aplicação privada.

Assim, o *private enforcement* tem sido preponderante no ordenamento jurídico dos EUA, onde a grande maioria (cerca de 90%) da aplicação do direito da concorrência resulta da litigância privada, ao invés da aplicação pública<sup>1620</sup>.

Esta preponderância resulta de uma série de medidas que foram implementadas em 1890 com a adoção do *Sherman Act* e pela lei que o sucedeu em 1914, o *Clayton Act*. Este incentivo reflete-se nas seguintes medidas consagradas no *Clayton Act*: “treble damages for those injured by reason of anything forbidden in the antitrust laws; injunctive relief against threatened loss or damage by a violation; the use of judgments entered against the defendant as prima facie evidence against that defendant; clear limitation periods; and successful plaintiffs (claimants) to recover costs, including reasonable attorney’s fees, contrary to the ordinary rule in the US that each party bears its own attorney fees and costs”<sup>1621</sup>.

Ora, as *treble damages* consubstanciam-se na possibilidade de os lesados por comportamentos anticoncorrenciais receberem um valor três vezes superior ao dano sofrido. Segundo Wils, as *treble damages* são um substituto do *public enforcement* e visam colmatar a falha da função dissuasora que o *public enforcement* era incapaz de cumprir nos EUA<sup>1622</sup>.

De referir, ainda, que nos EUA o programa de clemência pode ser altamente vantajoso para as empresas, já que mediante este, podem ser reduzidas quer as consequências financeiras, quer as consequências penais.

No que à tensão entre os programas de clemência e o *private enforcement* diz respeito, o ordenamento jurídico dos EUA apresenta uma solução bastante interessante.

Nos EUA é possível aos lesados obter a divulgação de todos os documentos relevantes, onde se incluem naturalmente aqueles fornecidos pelos requerentes de clemência<sup>1623</sup>. No entanto, e para prevenir a perda de eficácia dos programas de clemência, foi introduzido, em 2004, o ACPERA (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*), que limita a responsabilidade civil dos requerentes de clemência ao *single damages*<sup>1624</sup>. Esta medida permite que os infratores que apresentem um pedido de clemência e colaborem com os lesados de forma a assegurar o direito de indemnização vejam a sua responsabilidade civil limitada aos danos que o lesado efetivamente sofreu, ao invés de um valor 3 vezes superior (*treble damages*), como é a

---

<sup>1620</sup> Jones, 2016, p. 3.

<sup>1621</sup> Jones, 2016, p. 6.

<sup>1622</sup> Wils, 2017, p. 16.

<sup>1623</sup> Buccirossi, Marvão & Spagnolo, 2014, p. 3.

<sup>1624</sup> Cauffman, 2011, p. 203.

regra geral<sup>1625</sup>. Com este *de-treble of damages* consegue manter-se a atratividade e eficácia dos programas de clemência e, ao mesmo tempo, diminuir a assimetria de informação entre os lesados e os membros do cartel, permitindo um melhor exercício do direito de indemnização.

Além disto, tendo em conta a obrigação de cooperação entre os requerentes de clemência e os lesados, a obtenção ou não das declarações de clemência pouco ou nada importa para o sucesso da ação de indemnização<sup>1626</sup>, pelo que na ordem jurídica dos EUA não há uma tensão tão acentuada entre os dois braços de *enforcement* relativamente a esta matéria.

No entanto, é de notar que esta solução não pode ser incorporada no Direito da União Europeia, pois este não contempla *treble damages*, algo que é aliás liminarmente excluído pelo art. 3.º, n.º 3 da Diretiva 2014/104/UE. Ora, sem a possibilidade deste tipo de indemnização não é possível implementar a limitação da responsabilidade civil, pelo que se conclui por impraticável esta solução no ordenamento jurídico da EU.~

### **3.3. Proibição geral com possibilidade de divulgação por parte dos TN em último recurso**

Em alternativa à solução consagrada na diretiva, continua a ser defendido o entendimento propugnado pelo Tribunal de Justiça de que a divulgação das declarações de clemência deverá ser analisada casuisticamente pelos TN. Isto é assim pois é do entendimento dos defensores desta solução de que a norma da diretiva é demasiado rígida e, por isso, contrária ao princípio da efetividade e incapaz de operar uma boa cooperação entre o *public* e *private enforcement*.

Assim, e segundo este entendimento, a divulgação das declarações de clemência deve manter-se como proibida, exceto se, e mediante a avaliação caso a caso do TN, as declarações de clemência se revelassem como o único meio para os lesados efetivarem o seu direito de indemnização. Ou seja, em último recurso deveria ser permitida a divulgação das declarações de clemência<sup>1627</sup>.

Tendo em conta que esta solução tem por base a decisão do Acórdão *Pfleiderer*, importa perceber quais as críticas apontadas a esta, e o porquê de a Diretiva consagrar disposições que contrariam o que foi definido neste Acórdão. Assim, uma das grandes críticas apontadas era a de que esta decisão causou uma enorme incerteza jurídica<sup>1628</sup>, e a necessidade de uniformização que daí adveio foi o que levou à formulação e adoção de

---

<sup>1625</sup> Rule & Bial, 2019.

<sup>1626</sup> Costa, 2018, p. 72.

<sup>1627</sup> Costa, 2018, pp. 55-62

<sup>1628</sup> De Stefano, 2012, p. 102.

uma Diretiva com o objetivo de otimizar esta relação entre *public enforcement* e *private enforcement*<sup>1629</sup>.

Além disto, foi ainda apontada a esta decisão a crítica de que esta solução de uma ponderação de interesses casuística deu a liberdade e a oportunidade aos tribunais nacionais dos EMs de aplicarem os seus princípios, o que pode levar a uma enorme variedade de resultados<sup>1630</sup> e, conseqüente, *forum-shopping*. Ou seja, o Tribunal de Justiça, sem fornecer critérios orientadores harmonizados a usar nessa ponderação, levou a uma situação em que certas jurisdições nacionais possam ser mais favoráveis que outras no que toca à divulgação das declarações de clemência, o que pode dar azo a que os lesados intentem as ações onde mais facilmente conseguem obter os referidos documentos<sup>1631</sup>.

Apesar de esta solução adicionar a esta análise casuística a reserva de que a divulgação só poderia acontecer em último recurso, as mesmas críticas e as mesmas dúvidas lhe podem ser apontadas, já que uma análise casuística de prós e contras da divulgação das declarações de clemência cria incerteza jurídica e pode implicar atrasos que prejudiquem as ações de indemnização<sup>1632</sup>.

Além disto, a mera possibilidade de divulgar as declarações de clemência, ainda que em último recurso, já consubstanciam uma perda de eficácia e de atratividade dos programas de clemência, pelo que logo à partida se deve rejeitar liminarmente esta opção. Em adição, pode ainda afirmar-se que, se toda uma panóplia de documentos, entre os quais a decisão final da Autoridade da Concorrência<sup>1633</sup>, não foi suficiente para os lesados garantirem o seu direito de indemnização, não se afigura como provável que as declarações de clemência o possam ser.

Posto isto, entende-se que esta solução de possibilidade de divulgação em último recurso deve ser veemente rejeitada, pois é passível de prejudicar drasticamente a eficácia e atratividade do programa de clemência e, com isso, prejudicar a aplicação pública do direito de concorrência. Isto porque, enquanto o desenvolvimento do *private enforcement* é obviamente desejável e levará a um direito da concorrência europeu mais forte e justo, este não deve ser feito às custas do *public enforcement*, que está já

---

<sup>1629</sup> De Stefano, 2012, p. 106.

<sup>1630</sup> Temos como exemplos o caso em análise, em que o *Amtsgericht Bonn* recusou à *Pfleiderer* o acesso a documentos fornecidos no âmbito de um pedido de clemência, e o caso *National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd & Ors* da *England and Wales High Court* de 4 de abril de 2012, que concedeu acesso parcial a documentos fornecidos no âmbito de um programa de clemência através da ponderação de interesses consagrada na jurisprudência aqui em análise.

<sup>1631</sup> De Stefano, 2012, pp. 103-105.

<sup>1632</sup> Catón, 2013, p. 25.

<sup>1633</sup> Wils, 2017, pp. 34 e 35.

desenvolvido e estabelecido na Europa e se tem revelado um sucesso, sob pena de enfraquecer os dois braços de *enforcement* do direito da concorrência europeu.

#### **4. A solução da Diretiva 2014/104/UE como a que melhor se coaduna com a compatibilização entre os dois braços do *enforcement***

Cientes da importância dos programas de clemência, conforme foi explanado *supra*, para o bom funcionamento do *public enforcement*, e da importância de conceder às declarações de clemência uma proteção adequada sob pena de a sua divulgação a terceiros lesados por um comportamento anticoncorrencial consubstanciar uma perda de eficácia do regime de clemência e, conseqüentemente, da aplicação pública do direito da concorrência, cumpre-se agora analisar em específico a solução introduzida pela Diretiva 2014/104/UE.

Conforme foi defendido pela Comissão e pelo Advogado-Geral Ján Mázak<sup>1634</sup>, era necessária uma distinção entre documentos autoincriminatórios fornecidos pelos requerentes de clemência e documentos preexistentes também submetidos por requerentes de clemência, algo que foi igualmente defendido por outros autores<sup>1635</sup>.

Neste sentido, a Diretiva 2014/104/UE vem efetivar esta distinção entre as categorias de documentos, estabelecendo no art. 2.º, n.º 16 o que se deve entender por declaração de clemência, excluindo de forma clara desta categoria as informações preexistentes. Esta distinção veio então oferecer uma maior certeza jurídica após a incerteza deixada pelo caso *Pfleiderer*, pois estabelece as diferentes categorias de documentos e o respetivo nível de confidencialidade<sup>1636</sup>. Deste modo, enquanto as declarações de clemência vêm a sua divulgação proibida, os documentos preexistentes podem ser divulgados aos lesados.

Assim, o regime de divulgação exposto no art. 6.º da diretiva procede a uma categorização dos documentos probatórios em três tipos, sujeitos a diferentes níveis de proteção<sup>1637</sup>:

- Art. 6.º, n.º 4: A primeira categoria é a “lista branca”, composta sobretudo por informação preexistente, isto é, prova que existe independentemente da investigação da AdC. Estes documentos não justificam qualquer tipo de proteção especial;

- Art. 6.º, n.º 5: A segunda categoria é a “lista cinzenta”, composta por documentos preparados para o propósito de uma investigação de um cartel. Estes documentos estão

---

<sup>1634</sup> Pontos 17, 47 e 48 das Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

<sup>1635</sup> Hirner, 2014, p. 13.

<sup>1636</sup> Hirner, 2014, p. 13.

<sup>1637</sup> Balasingham, 2017, pp. 183 e 184.

sujeitos a uma proteção especial temporária, na medida em que os tribunais só podem ordenar a sua divulgação após a AdC ter concluído o seu processo;

- Art. 6.º, n.º 6: Por fim, a terceira categoria é a “lista negra”, composta por documentos cuja divulgação pode expor em demasia os requerentes de clemência e, com isso, prejudicar o *public enforcement*, nomeadamente as declarações de clemência. Estes documentos são bastante protegidos, já que em momento algum pode um tribunal ordenar a sua divulgação.

Além disso, o art. 7.º impõe limites à utilização de elementos de prova obtidos através do acesso ao processo de uma AdC. Na sua essência, os n.ºs 1 e 2 requerem que os EMs assegurem que os elementos de prova que compõem as listas negra e cinzenta que tenham sido obtidos por uma pessoa singular ou coletiva através do acesso ao processo de uma AdC sejam considerados inadmissíveis em ações de indemnização. Já o n.º 3 do referido artigo tem o objetivo de prevenir que os elementos de prova obtidos através das AdC se tornem um objeto de troca<sup>1638</sup>.

Neste sentido, o regime de divulgação da diretiva incentiva as ações de indemnização sem, contudo, expor em demasia os requerentes de clemência.

Ora, desde já se defende, em concordância com vários autores<sup>1639</sup>, que as declarações de clemência não devem ser divulgadas aos lesados sob pena de afetar irremediavelmente o *public enforcement*, pelo que a proibição de divulgação das declarações de clemência imposta pelo art. 6.º, n.º 6 da diretiva se revela como a melhor opção para compatibilizar o *public* e o *private enforcement*, na medida em que permite o desenvolvimento da aplicação privada sem deteriorar a aplicação pública do direito da concorrência, algo que deve ser visto como essencial neste processo, dada a enorme disparidade de desenvolvimento e importância dos dois braços de *enforcement*.

É de notar que, apesar de a solução consagrada na diretiva contradizer aquilo que foi defendido pelo TJUE na jurisprudência já mencionada, nenhum EM se insurgiu contra esta medida mais estrita aquando da transposição para os seus ordenamentos jurídicos<sup>1640</sup>. Aliás, esta solução da diretiva, que se assemelha bastante à proposta do Advogado-Geral Ján Mázak no caso *Pfleiderer*, recebeu até uma reação positiva por parte da generalidade da doutrina<sup>1641</sup>.

No que ao ordenamento jurídico português concerne, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que consagrou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, já almejava a proteção

---

<sup>1638</sup> Abbott & Wils, 2019, p. 307.

<sup>1639</sup> Por exemplo: Catón, 2013, p. 25; Wils, 2017, pp. 32-35.

<sup>1640</sup> Rodger, Ferro & Marcos, 2018, p. 36.

<sup>1641</sup> Balasingham, 2017, p. 186.

dos elementos que foram incluídos nas listas “cinzentas” e “negras” da diretiva, nomeadamente nos arts. 22.º, n.º 16, 27.º, n.º 11, e 81.º<sup>1642</sup>.

Acontece que esta lei se revelava ainda mais restritiva do que a diretiva, já que proibia o acesso a todos os documentos e informações apresentadas para efeito de um pedido de clemência, ou seja, não diferenciava entre as declarações de clemência e os documentos preexistentes<sup>1643</sup>. Tendo em conta que a disposição da diretiva tem caráter imperativo e obrigatório para todos os EMs, as suas normas não podem conferir uma proteção mais ou menos restritiva dos documentos relacionados com um programa de clemência, logo era necessária uma harmonização na lei portuguesa<sup>1644</sup>, no sentido de excluir desta proteção os documentos preexistentes, que veio a ser operada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

Posto isto, importa agora analisar a questão levantada por vários autores, e já anteriormente explanada, de que este art. 6.º, n.º 6 viola o princípio da efetividade; logo, é contrário ao direito primário da UE.

De facto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece apontar no sentido de que deverá existir a possibilidade de, numa análise casuística, pesar os prós e contras da divulgação das declarações de clemência, de forma a assegurar uma proteção efetiva do direito de um lesado de ser indemnizado por danos resultantes de comportamentos violadores dos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

No entanto, e como expõe Wouter Wils<sup>1645</sup>, esta norma da diretiva não se revela contrária ao direito primário da UE, por duas razões: primeiro, é bastante improvável que surja a necessidade de recorrer a declarações de clemência para assegurar uma proteção eficaz do direito do lesado de ser indemnizado, pois há vários documentos que podem ser usados por estes, incluindo a decisão final da AdC; segundo, os arts. 6.º, n.º 6 e 7.º, n.º 1 não consagram uma proteção absoluta das declarações de clemência, pois há outra possibilidade de acesso a estes documentos que não é afetada pela diretiva, nomeadamente, a hipótese dos TN requererem o acesso a estes documentos à Comissão Europeia ao abrigo do art. 15.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003<sup>1646</sup>.

Ora, apesar de pelo art. 9.º, n.º 1 a prova dos pressupostos ilicitude e culpa se encontrar facilitada, recai sobre os lesados a prova dos pressupostos nexo de causalidade e dano, daí a importância da divulgação de documentos aos lesados, com vista a colmatar a assimetria de informação entre as partes e assegurar uma proteção efetiva do direito de indemnização. No entanto, não se afigura como provável que as declarações de

---

<sup>1642</sup> Rossi, & Ferro, 2015, p. 186.

<sup>1643</sup> Melícias, 2016, pp. 9 e 10.

<sup>1644</sup> Melícias, 2016, pp. 9 e 10.

<sup>1645</sup> Wils, 2017, pp. 34 e 35.

<sup>1646</sup> Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado.



clemência possam ser necessárias para a prova destes pressupostos, ou até mesmo úteis, pois certos autores defendem que estas raramente contêm informações quanto a esses elementos<sup>1647</sup>.

A possibilidade de estes documentos não serem relevantes para as pretensões dos lesados, aliada ao facto de ser possível obter vários documentos, como, por exemplo, a decisão final da AdC, revelam que a opção de proibição da divulgação das declarações de clemência é de facto a mais acertada, pois não prejudica a efetividade do direito de indemnização dos lesados, já que se revela como improvável e até mesmo pouco útil a necessidade de utilização destes documentos para que os lesados consigam obter a sua pretensão de serem compensados pelos danos sofridos.

Além disto, a proibição imposta pela diretiva não se pode considerar como absoluta, na medida em que esta visa apenas duas possíveis formas de acesso às declarações de clemência: a divulgação pelos Tribunais Nacionais, e o acesso aos documentos no decurso dos processos da AdC.

Deste modo, se porventura surgisse uma situação em que um TN considerasse que, para assegurar uma proteção efetiva do direito de ser indemnizado, fosse necessário ao lesado ter acesso à declaração de clemência na posse da Comissão, então este poderia efetuar um pedido para que este documento fosse transmitido ao lesado com base no art. 15.º, n.º 1 do referido regulamento. Neste caso, caberia à Comissão analisar, em relação àquele caso em específico, os prós e contras da divulgação da declaração e decidir a favor ou contra a mesma. Caso a decisão de divulgação se revele negativa, há sempre a possibilidade de esta decisão ser submetida aos tribunais europeus para revisão judicial<sup>1648</sup>.

Logo, aparenta cair por terra a ideia de que estas normas da diretiva são contrárias ao princípio da efetividade e, por consequência, violadoras do direito primário da UE, pois, ao contrário do propugnado, esta não é uma proibição absoluta que torna o exercício do direito de indemnização por parte dos lesados “praticamente impossível ou excessivamente difícil”, na medida em que é impossível sem uma experiência prática determinar a importância do acesso às declarações de clemência, sendo de concluir, pela evidência apresentada, que, quer pela panóplia de documentos à disposição dos lesados, quer pela incerteza de que as declarações de clemência contenham efetivamente factos importantes para provar o dano e o nexo de causalidade, esta solução se revela como a mais adequada para melhor alcançar o objetivo de otimizar uma aplicação complementar do *public* e do *private enforcement*, tendo em conta o estado de desenvolvimento dos dois braços de *enforcement*.

---

<sup>1647</sup> Groussot, & Pierre, 2015, p. 2.

<sup>1648</sup> Wils, 2017, p. 35.

Isto é assim pois, caso fosse possível a divulgação das declarações de clemência aos lesados, isso iria resultar num enfraquecimento do *public* e do *private enforcement*, já que a progressão da aplicação privada do direito de concorrência na UE, em particular as ações *follow-on*, está indiretamente dependente da efetividade e da eficácia do programa de clemência, tendo em conta o papel fundamental que este desempenha na aplicação pública do direito da concorrência.

## Conclusão

Um sistema de direito da concorrência é mais eficaz e justo quando ambos os braços do *enforcement* estão integrados e se complementam, cada um focado em cumprir a função para a qual mais se adequa. Tal sistema não é apenas superior na capacidade de obter sanções mais otimizadas, mas apresenta também uma maior legitimidade.

Neste sentido, as duas medidas implementadas pela Diretiva visavam resolver a tensão entre o regime de clemência e o *private enforcement*. A primeira medida, disposta no art. 6.º, n.º 6, exclui as declarações de clemência do rol de documentos passíveis de serem divulgados aos lesados, harmonizando a matéria de divulgação de documentos. A segunda consubstancia-se no art. 11.º, que regula a responsabilidade solidária entre os participantes do cartel, em especial a exceção do n.º 4, que só responsabiliza solidariamente os requerentes de clemência no caso de não se conseguir obter reparação integral dos restantes infratores do direito da concorrência.

Estas duas medidas protegem os requerentes de clemência de possíveis efeitos adversos resultantes do acesso às declarações de clemência, sem tornarem impossível ou excessivamente difícil o direito de os lesados intentarem uma ação de indemnização e serem compensados pelo dano sofrido; logo, conseguem demonstrar que o *public enforcement* e o *private enforcement* se podem complementar sem se prejudicarem.

Neste sentido, é por demais evidente que a proibição de divulgação das declarações de clemência imposta pela Diretiva é, de facto, a medida mais capaz de compatibilizar o regime de clemência e o *private enforcement* sem atentar à eficácia do *public enforcement* e a medida que melhor serve o sistema de direito da concorrência europeu, pois quanto maior a probabilidade de uma condenação pública devido ao regime de clemência, maior a probabilidade de se verificarem *follow-on actions*, o que por sua vez conduz a que mais lesados sejam compensados pelos danos sofridos resultantes de um comportamento anticoncorrencial.

Logo, é de interesse geral, seja para uma maior eficácia do *public enforcement* ou para uma maior aplicação do *private enforcement*, que sejam protegidas as declarações de clemência, de modo a que o regime não perca a sua atratividade.

Tudo isto, aliado ao facto de não ser possível afirmar com certeza que as declarações de clemência possam ser úteis aos lesados no âmbito de uma ação de indemnização, de estar disponível uma enorme panóplia de documentos entre os quais a decisão final da AdC, e de a aplicação pública do direito de concorrência ser, na UE de muito maior importância do que a aplicação privada, torna esta tensão entre o regime de clemência e o *private enforcement* mais aparente do que real.

## Bibliografia

ABBOTT, H. & WILS, W.P.J. (2019). Access to the file in competition proceedings before the European Commission. *World Competition Law and Economics Review*, vol. 42, no. 3.

ANASTÁCIO, C. (2012). Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no processo c-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 10.

ANASTÁCIO, C., CUNHA, C., GORJÃO-HENRIQUES, M., PORTO, M.L. & VILAÇA, J.L.C. (2013). *Lei da Concorrência anotada – Comentário conimbricense*. Coimbra: Almedina.

BALASINGHAM, B. (2017). Chapter 6: The impact of private actions for damages on the effectiveness and fairness of the EU leniency policy. In *The EU leniency policy: Reconciling effectiveness and fairness – on international competition law series*. Wolters Kluwer.

BUCCIROSSI, P., MARVÃO, C. & SPAGNOLO, G. (2014). Leniency and damages. *Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper no. 28*.

CARBONELLI, V. (2012). Private enforcement of EU competition law between public and private issues. *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 2, no. 4.

CARMELIET, T. (2011-2012). How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle. *Jura Falconis*, vol. 48, no. 3.

CATÓN, P.G.Z. (2013). Disclosure of leniency material: A bridge between public and private enforcement of antitrust law. *Research Papers in Law 8/2013, College of Europe*.

CAUFFMAN, C. (2013). The European Commission proposal for a directive on antitrust damages: A first assessment. *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2013/13*.

CAUFFMAN, C. (2011). The interaction of leniency programmes and actions for damages. *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/34*.

CISOTTA, R. (2014). Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union. *The Competition Law Review*, vol. 10, no. 1.

COSTA, G. (2018). *O (des)equilíbrio entre o public e o private enforcement do direito da concorrência da União Europeia: A proibição de acesso às declarações de clemência*. Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Direito Internacional Europeu na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

DE SMIJTER, E. & O'SULLIVAN, D. (2006). The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions. *Competition Policy Newsletter*, no. 3.

DE STEFANO, G. (2012). Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: A fast-evolving scenario. *Global Competition Litigation Review*, vol. 3.

FREIRE, P.V. (2015). Análise económica dos programas de clemência no direito da concorrência. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 1.

GERADIN, D. & GRELIER, L. (2 dezembro 2013). Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg? *Social Science Research Network*. Retirado de <https://ssrn.com/abstract=2362386>.

GROUSSOT, X. & PIERRE, J. (2015). Transparency and liability in leniency programmes: A question of balancing? *Lund University Legal Research Series, Paper no. 1/2015*.

HIRNER, S.M. (2014). Access to evidence in antitrust damage actions in light of recent case law and the draft directive. *Public Law*. Retirado de <http://www.publiclaw.at/pl/images/stories/pop-2014-8-15-hirner.pdf>.

HÜSCHEL RATH, K. & PEYER, S. (2013). Public and private enforcement of competition law: A differentiated approach. *ZEW - Centre for European Economic Research*.

JONES, A. (2016). Private enforcement of EU competition law: A comparison with, and lessons from, the US. In Bergström, M., Iacovides, M. & Strand, M. (eds.). *Harmonising EU competition litigation: The new Directive and beyond. TLI Think! Paper 10/2016*. Hart Publishing.

KERSTING, C. (2013). Removing the tension between public and private enforcement: Disclosure and privileges for successful leniency applicants. *Briefing Session Private Enforcement Directive*, COM (2013) 404final. Bruxelas.

KOMNINOS, A.P. (2011). The relationship between public and private enforcement: *Quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*. In Lowe, P. & Marquis, M. *European competition law annual 2011: Integrating public and private enforcement of competition law – Implications for courts and agencies*. Hart Publishing.

MACCULLOCH, A. & WARDHAUGH, B. (2012). The baby and the bathwater: The relationship in competition law between private enforcement, criminal penalties, and leniency policy. *A paper prepared for the CCP Conference*.

MACHADO, J.E.M. (2018). *Direito da União Europeia*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Gestlegal.

MELÍCIAS, M.J. (2016). The art of consistency between public and private antitrust enforcement: Practical challenges in implementing the damages directive in Portugal. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 26, pp. 9-10.

MORAIS, L.S. (2015). Integrating public and private enforcement of competition law in Europe – Legal and jurisdictional issues. In Lowe, P. & Marquis, M. *European competition law annual 2011: Integrating public and private enforcement of competition law – Implications for courts and agencies*. Hart Publishing.

NAZZINI, R. & NIKPAY, A. (2008). Private actions in EC competition law. *Competition Policy International*, vol. 4, no. 2.

PAIS, S.O. (2016). Antitrust private enforcement and collective redress in Portugal. In Pais, S.O. *Competition law challenges in the next decade*. Bruxelas: P.I.E-Peter Lang S.A., Éditions Scientifiques Internationales.

PAIS, S.O. (2012). Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.6.2011, Proc. C-360/09. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37.

PAPP, F.W. (18 fevereiro 2016). Access to evidence and leniency materials. *Social Science Research Network*. Retirado de <https://ssrn.com/abstract=2733973>.

RODGER, B.J., FERRO, M.S. & MARCOS, F. (2018). A comparative view of the implementation of the EU antitrust damages directive in sixteen member states. *Working Paper IE Law School*.

ROSSI, L. & FERRO, M.S. (2015). O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 22.

RULE, C.R. & BIAL, J. (4 novembro 2019). Cartels & Leniency 2020. ICLG. Retirado de [https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/usa\\_](https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/usa_)

SAAVEDRA, A. (2010). The relationship between the leniency programme and private actions for damages at EU level. *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 4.

SANDHU, J.S. (2007). The European Commission’s leniency policy: A success? *European Competition Law Review*, vol. 28, no. 3.

WARDHAUGH, B. (2013). Cartel leniency and effective compensation in Europe: The aftermath of Pfleiderer. *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 19.

WILS, W. (2007). Leniency in antitrust enforcement: Theory and practice. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30.

WILS, W. (2017). Private enforcement of EU antitrust law and its relationship with public enforcement: Past, present and future. *World Competition*, vol. 40, no. 1.

WILS, W. (2003). Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe? *World Competition*, vol. 26, no. 3.

WILS, W. (2016). The use of leniency in EU cartel enforcement: An assessment after twenty years. *World Competition*, vol. 39.

ZINGALES, N. (2008). European and American leniency programmes: Two models towards convergence? *Competition Law Review*, vol. 5, no. 1.

## **Legislação e outros documentos**

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia;

Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas 1996/C 207/04;

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2002/C 45/3);

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).;

Lei n.º 39/2006 de 25 de agosto que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/540662/details/maximized>;

Lei n.º 19/2012 de 8 de maio que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, disponível em:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1705&tabela=lei\\_velhas&nverso=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=lei_velhas&nverso=1&so_miolo=);

Lei n.º 23/2018 de 5 de junho relativa ao Direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014 disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115456103/details/maximized>;

European Competition Network Model Leniency Programme, revisto em novembro de 2012, disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf);

Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado;

COM (2005) 672 Livro Verde sobre Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust;

COM (2008) 165 final, Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust;

Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák, relativas ao processo C-360/09.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1974, *BRT v. Sabam*, Processo n.º 127/73;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, *Courage v. Crehan*, Processo n.º C-453/99;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2006, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia SpA*, Processos C-295/04 a C-298/04;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*, processo C-360/09;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e outros*, Processo n.º C-536/11.

**Trabalho por turnos e descanso semanal**

**A atualidade de uma antiga controvérsia**

Diana Maria Bessa Costa

Sob a orientação da Professora Doutora  
Catarina de Oliveira Carvalho



## **Resumo**

O princípio do descanso semanal tem um extenso leque de fundamentos que expressam a sua essencialidade, principalmente para a segurança e saúde de todos os trabalhadores. Tendo em conta a penosidade acrescida do trabalho por turnos, mormente os turnos rotativos, o dia em que recai é um aspeto de extrema relevância para a recuperação física e psicológica destes trabalhadores, como também para a sua inclusão nos eventos sociais e para garantir a sua presença no seio familiar.

Por outro lado, o tema em apreço, o regime do descanso semanal no trabalho por turnos, tem sido amplamente discutido e tingido de discordância desde os anos 60. Mais recentemente, a controvérsia reacendeu-se em consequência da decisão do TJ no âmbito do Caso Maio Marques da Rosa, importando apreciar o seu impacto na ordem jurídica interna.

Nestes termos, pretende-se, no presente estudo, analisar a evolução histórica do regime do descanso semanal no trabalho por turnos a nível legislativo, doutrinal e jurisprudencial até aos dias de hoje, com particular ênfase na decisão do TJ e respetiva interpretação por parte dos tribunais portugueses.

**Palavras-chave:** Trabalho por turnos; turnos rotativos; princípio do descanso semanal; segurança e saúde do trabalhador; Tribunal de Justiça; Caso Maio Marques da Rosa; período de referência; jurisprudência nacional.

## **Abstract**

The principle of weekly rest has an extensive range of fundamentals that express its essentiality, mainly for the safety and health of all workers. Bearing in mind the increased hardship of shift work, especially rotating shifts, the day it falls on is an extremely relevant aspect for the physical and psychological recovery of these workers, as well as for their inclusion in social events and to guarantee their presence within the family.

On the other hand, the subject under consideration – the regime of weekly rest in shift work – has been widely discussed and tinged with disagreement since the 1960s. More recently, the controversy has reignited as a result of the Court of Justice's decision in the context of the *Maio Marques da Rosa* case, and its impact on the national legal system needs to be assessed.

The aim of this study is to analyse the historical evolution of the regime of weekly rest in shift work at the legislative, doctrinal and jurisprudential level until today, with particular emphasis on the decision of the Court of Justice and its interpretation by the Portuguese courts.

**Keywords:** Shift work; rotating shifts; weekly rest principle; workers' health and safety; Court of Justice; *Maio Marques da Rosa* case; reference period; national case-law.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|        |                                                                                                                                                                                |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BMJ    | Boletim do Ministério da Justiça                                                                                                                                               |
| CEDS   | Comité Europeu dos Direitos Sociais                                                                                                                                            |
| CDFUE  | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia                                                                                                                              |
| CJ     | Coletânea de Jurisprudência                                                                                                                                                    |
| CSER   | Carta Social Europeia Revista                                                                                                                                                  |
| CRP    | Constituição da República Portuguesa                                                                                                                                           |
| CT     | Código do Trabalho                                                                                                                                                             |
| DL     | Decreto-Lei                                                                                                                                                                    |
| DUDH   | Declaração Universal dos Direitos do Homem                                                                                                                                     |
| IRCT   | instrumento de regulamentação coletiva de trabalho                                                                                                                             |
| LCT    | Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47031, de 27 de maio de 1966, alterado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969 |
| LFFF   | Lei das Férias, Feriados e Faltas, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de dezembro de 1976                                                                             |
| n.º    | número                                                                                                                                                                         |
| OIT    | Organização Internacional do Trabalho                                                                                                                                          |
| p.     | página                                                                                                                                                                         |
| pp.    | páginas                                                                                                                                                                        |
| PIDESC | Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais                                                                                                               |
| ss.    | seguintes                                                                                                                                                                      |
| STA    | Supremo Tribunal Administrativo                                                                                                                                                |
| STJ    | Supremo Tribunal de Justiça                                                                                                                                                    |
| TFUE   | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia                                                                                                                                |
| TJ     | Tribunal de Justiça [da União Europeia]                                                                                                                                        |
| TRP    | Tribunal da Relação do Porto                                                                                                                                                   |
| TUE    | Tratado da União Europeia                                                                                                                                                      |

# **Índice**

Introdução

1. O trabalho por turnos

1.1 Breve definição

1.2 O impacto na vida do trabalhador

1.3 O princípio do descanso semanal e a sua proteção

2. Análise da evolução histórica do regime do descanso semanal no trabalho por turnos

3. O problema na atualidade

3.1 O Caso Maio Marques da Rosa

3.1.1 O problema

3.1.2 A legislação nacional aplicável e a questão da laboração contínua

3.1.3 A jurisprudência anterior do TJ

3.1.4 A decisão do TJ no Caso Maio Marques da Rosa

3.2 O seu impacto na jurisprudência nacional

3.3 A conformidade da decisão do TJ com os diplomas internacionais

Conclusões

Bibliografia

## Introdução

Historicamente, o trabalho por turnos com as características atuais remonta ao final do século XVIII e início do século XIX, impulsionado pela criação da luz artificial, o que permitiu a extensão do período de laboração. Verifica-se que, no período pós-Segunda Guerra Mundial, o recurso ao trabalho por turnos foi aumentando gradualmente nos países industrializados, devido aos grandes avanços tecnológicos que se deram naquela época e à progressiva redução da duração do período normal de trabalho semanal<sup>1649</sup>. Constata-se, portanto, que, no seu surgimento, o trabalho por turnos prendia-se com uma maior utilização dos fatores de produção da época, isto é, as máquinas industriais. Por outro lado, surgiram também indústrias em que o encerramento não é possível ou acarreta custos demasiado elevados, como é o caso das indústrias químicas, metalúrgicas e refinarias<sup>1650</sup>.

Atualmente, no mundo laboral, assistimos a uma flexibilização dos horários de trabalho, devido a uma premente necessidade de satisfazer as exigências da população de forma contínua. Acresce o facto de a sociedade estar voltada, cada vez mais, para a obtenção do lucro, sendo que as formas de organização de trabalho mais elásticas permitem o seu incremento através de um maior aproveitamento dos fatores de produção e de um período mais alargado de laboração nos estabelecimentos de prestação de serviços.

No âmbito da indústria 4.0, é visível a tendência de flexibilização da organização do tempo de trabalho, surgindo *apps* para a realização das mais variadas prestações de serviços e que implicam uma disponibilidade *online* constante. De facto, presencia-se, hoje em dia, uma “autêntica metamorfose” no Direito do Trabalho, onde plataformas digitais como a UBER demonstram a modificação que ocorre, designadamente, no tempo de trabalho<sup>1651</sup>. Contudo, até estabelecimentos de prestações de serviços que tradicionalmente realizavam a sua atividade no horário de trabalho convencional operam cada vez mais fora daquele, como é o exemplo dos estabelecimentos comerciais e dos serviços bancários.

Outra vertente onde se observa uma grande exigência por parte da população são estabelecimentos que se prendem com a prestações de serviços básicos e essenciais e que têm de estar em permanente laboração, como serviços de saúde, fornecimento de água e luz, telecomunicações, transportes, serviços de vigilância, entre outros, onde o trabalho por turnos se apresenta como imprescindível.

Pelo quadro descrito, evidencia-se o peso do trabalho por turnos nos dias de hoje. No entanto, estes trabalhadores têm de beneficiar do mesmo nível de proteção de segurança

---

<sup>1649</sup> Sousa, 2012, pp. 58-59.

<sup>1650</sup> Silva, 2012, p. 60.

<sup>1651</sup> Amado & Moreira, 2019, pp. 96-99.

e saúde que os trabalhadores com uma organização do tempo de trabalho dita convencional.

Um dos aspetos mais importantes no mundo laboral, e um direito irrenunciável dos trabalhadores, é, precisamente, o descanso semanal, por imposição do direito internacional, europeu e constitucional e da legislação ordinária.

Com efeito, o instituto do descanso semanal surgiu no Velho Testamento. Mais tarde, com o reconhecimento do cristianismo pelos Estados, instituiu-se o domingo como dia de descanso, em homenagem à ressurreição de Cristo, e que ainda hoje se mantém, por razões sociais.

Importa, neste estudo, analisar as consequências que o trabalho por turnos acarreta para os trabalhadores que executam a sua atividade profissional nesses termos, bem como demonstrar a importância que o descanso semanal tem na recuperação física e psicológica dos trabalhadores. Para este efeito, afigura-se importante analisar o princípio do descanso semanal e a sua consagração nos vários instrumentos legislativos nacionais e internacionais.

De seguida, debruçamo-nos sobre a evolução legislativa do regime do descanso semanal no trabalho por turnos, desde os anos 60 até aos dias de hoje, tratando-se de uma matéria alvo de grande discordância e polémica, tanto a nível doutrinal, como jurisprudencial. Deste modo, iremos realçar as alterações legislativas que este regime sofreu ao longo dos anos e a interpretação doutrinal e jurisprudencial das mesmas, para uma adequada compreensão do problema à luz do direito em vigor.

A este propósito, surge o Acórdão Maio Marques da Rosa, proferido pelo TJ, devido a um reenvio prejudicial do TRP, que relançou a controvérsia. Este é um dos aspetos mais importantes na análise do problema aqui abordado, tendo em conta a relevância que o direito da União Europeia e a jurisprudência do TJ possuem no direito nacional e o princípio da interpretação conforme que todos os Estados-Membros têm de respeitar.

No que se refere à jurisprudência do TJ, iremos analisar decisões sobre a matéria do descanso semanal anteriores ao Acórdão Maio Marques da Rosa, procedendo, assim, a uma comparação entre a orientação anterior e a orientação assumida no Acórdão aqui escrutinado.

Posteriormente, observadas as conclusões a que o TJ chegou no Acórdão Maio Marques da Rosa, assemelha-se basilar compreender o impacto que esta decisão do TJ teve na jurisprudência nacional. Por conseguinte, realiza-se um exame aos Acórdãos proferidos ao longo dos anos, anterior e posteriormente àquela sentença, e avalia-se criticamente esta jurisprudência.

Num último momento, há lugar a uma apreciação da conformidade da decisão do TJ com os diplomas internacionais, nomeadamente com as Convenções da OIT e com a CSER.

## **1. O trabalho por turnos**

### **1.1 Breve definição**

Previamente à análise do impacto que o trabalho por turnos tem na vida do trabalhador, é necessário entender o que esta forma de organização do tempo de trabalho implica e o que difere em relação a um horário de trabalho convencional.

A regulamentação do trabalho por turnos encontra-se prevista nos arts. 220.º e seguintes do CT, e a sua implementação verifica-se

Quando em virtude do período de funcionamento da empresa ultrapassar o período normal de trabalho diário, os horários de trabalho dos trabalhadores que ocupam o mesmo posto de trabalho são articulados, de modo a que o termo do período de trabalho de um trabalhador coincida com o início do outro<sup>1652</sup>.

O trabalho por turnos pode apresentar várias modalidades: os turnos fixos e os turnos rotativos. Nos turnos fixos, os trabalhadores executam o seu trabalho no mesmo horário de trabalho, ao passo que, nos turnos rotativos, o horário de trabalho é alterado de forma cíclica de uns trabalhadores para outros. Nesta última modalidade, os turnos podem ainda funcionar de forma contínua ou descontínua<sup>1653</sup>.

Tal como refere o art. 221.º, esta forma de organização do tempo de trabalho é aplicada nas empresas e estabelecimentos cujo período de funcionamento excede os limites máximos do período normal de trabalho, o que acontece, por exemplo, nos espaços comerciais abertos à noite e ao fim de semana, em atividades de transporte de pessoas e bens e empresas ou estabelecimentos de laboração contínua<sup>1654</sup>.

Os trabalhadores sujeitos ao regime dos turnos exercem a sua atividade, muitas vezes, em períodos de descanso dos trabalhadores com horário de trabalho dito normal. No entanto, para aqueles, essa prestação de trabalho encontra-se dentro do seu período normal de trabalho, qualificando-se, evidentemente, como trabalho normal, e não suplementar<sup>1655</sup>.

---

<sup>1652</sup> Martinez *et al.*, 2019, p. 559.

<sup>1653</sup> Ramalho, 2019, p. 442.

<sup>1654</sup> Martinez, 2019, p. 567.

<sup>1655</sup> Ramalho, 2019, pp. 441 e 442.

## 1.2 O impacto na vida do trabalhador

O art. 222.º do CT, norma de segurança e saúde no trabalho relativamente ao trabalho por turnos, tem na sua origem a preocupação com os trabalhadores que executam a sua atividade profissional em turnos rotativos. De facto, é esta vertente do trabalho por turnos que mais afeta negativamente o trabalhador<sup>1656</sup>.

O ser humano está sujeito a ciclos biológicos diários, os designados ciclos circadianos, que afetam o modo de funcionamento do organismo e, assim, a sua capacidade de trabalho. Compreende-se que a organização do tempo de trabalho em turnos causa grandes perturbações no ritmo biológico do trabalhador, o que acarreta consequências nocivas, tanto a nível da sua saúde, como a nível da segurança no trabalho. Os turnos rotativos implicam, a maioria das vezes, o trabalho noturno, mais penoso para o trabalhador, uma vez que, no período noturno, o organismo está dirigido para o descanso<sup>1657</sup>.

Estudos referentes ao impacto que o trabalho por turnos acarreta na vida dos trabalhadores apontam três grandes dimensões no que respeita aos seus efeitos negativos. Em primeiro lugar, a nível da saúde, podendo o trabalhador sentir sono, fadiga, redução do bem-estar, ansiedade, mas também perturbações mais graves, relacionadas com o sistema gastrointestinal, na saúde reprodutiva das mulheres e, até, um risco acrescido de desenvolvimento de doença oncológica<sup>1658</sup>. A segunda dimensão é a vida familiar e social, evidenciando-se que esta organização de tempo de trabalho poderá resultar numa maior dificuldade de conciliação de horários dos membros da família, bem como na participação em atividades coletivas e, assim, desencadear no trabalhador um sentimento de isolamento. A terceira dimensão consiste no contexto organizacional, isto é, a produtividade do trabalhador tenderá a ser menor e haverá um maior risco de acidentes e erros no local e tempo de trabalho<sup>1659</sup>.

O quadro exposto leva os trabalhadores por turnos a compensarem os resultados nefastos da organização do seu tempo de trabalho, demonstrando-se um maior consumo de fármacos hipnóticos e tranquilizantes, mas também de álcool, de modo a combater o sono<sup>1660</sup>.

---

<sup>1656</sup> Leitão, 2019, p. 211.

<sup>1657</sup> Fernandes, 2018, pp. 369 e 370; Silva, 2012, pp. 94 e ss. Esta preocupação é espelhada no considerando n.º 7 da Diretiva n.º 2003/88: “Os estudos efetuados demonstraram que, durante a noite, o organismo humano é mais sensível às perturbações ambientais e a certas formas penosas de organização do trabalho e que a prestação de longos períodos de trabalho noturno é prejudicial para a saúde dos trabalhadores e pode ameaçar a sua segurança no trabalho”.

<sup>1658</sup> Uma das consequências mais graves a que o trabalho por turnos pode conduzir, especificamente o que envolva trabalho noturno, é ao cancro da mama, como resulta um estudo feito em 2001, apontando que o risco de cancro da mama aumenta 60% para trabalhadores expostos àquele tipo de horário de trabalho: Silva, 2012, p. 149.

<sup>1659</sup> Silva, Prata & Ferreira, 2014, pp. 69 e 70.

<sup>1660</sup> Silva, 2012, p. 135.



Feita esta análise, constata-se que muitas são as consequências negativas que esta forma de organização de trabalho possui na vida do trabalhador. Deste modo, a forma de apaziguar e minimizar o impacto destas consequências é, precisamente, o respeito pelo descanso semanal, um princípio fundamental do direito do trabalho e direito fundamental dos trabalhadores, estudado *infra*.

### **1.3 O princípio do descanso semanal e a sua proteção**

A relevância de um período de descanso semanal advém do que pretende preservar. Em primeiro lugar, assegura o repouso do trabalhador, tanto física como psiquicamente, bem como períodos de autodisponibilidade, para que o trabalhador possa despende tempo no seu círculo familiar e social. No entanto, é também do interesse do empregador que o trabalhador usufrua do descanso semanal, na medida em que diminui os riscos de acidente de trabalho e contribui para que o trabalhador atinja a produtividade que lhe é esperada<sup>1661</sup>.

O princípio do descanso semanal é amplamente tutelado através de diplomas internacionais, europeus e nacionais.

No âmbito internacional, encontramos o art. 24.º da DUDH, que estipula o seguinte: “Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas”. No PIDESC é referido, no seu art. 7.º, alínea d), que todas as pessoas têm direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias que garantam, em especial, “o descanso, usufruir do tempo livre, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, assim como a remuneração dos dias feriados”.

Existem, ainda, duas convenções da OIT sobre este tema, a Convenção n.º 14, relativa ao descanso semanal na indústria<sup>1662</sup>, e a Convenção n.º 106, relativa ao descanso semanal no comércio e nos escritórios<sup>1663</sup>. O que estes diplomas enunciam é que os trabalhadores têm direito a um período de descanso semanal de pelo menos 24 horas em cada período de sete dias.

No plano europeu, mais concretamente, Conselho da Europa, a CSER estatui no n.º 5 do art. 2.º que se deve “assegurar um descanso semanal que coincida, tanto quanto possível, com o dia da semana reconhecido como dia de descanso pela tradição ou pelos usos do país ou da região”.

---

<sup>1661</sup> Fernandes, 2018, p. 333. Nestes termos, Cordeiro, 2019, p. 568, dita que “a necessidade do repouso vem a acentuar-se continuamente, à medida que se impõem novos valores de realização pessoal, de cultura e, até, de distribuição do trabalho existente: o trabalho não pode, em si mesmo, ser um fim”.

<sup>1662</sup> Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 15362, de 14 de abril de 1928.

<sup>1663</sup> Aprovada para ratificação pelo DL n.º 43005, de 3 de junho de 1960.

No que se refere à União Europeia, temos duas normas que se debruçam sobre o descanso semanal. Dispõe o art. 31.º, n.º 2, da CDFUE que “todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas”. Vislumbra-se na Diretiva n.º 2003/88/CE<sup>1664</sup> o art. 5.º, que nos diz, no 1.º parágrafo, que “Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem, por cada período de sete dias, de um período mínimo de descanso ininterrupto de 24 horas às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário previstas no artigo 3.º”.

Finalmente, chegados ao ordenamento jurídico nacional, verifica-se que o princípio do descanso semanal goza de assento constitucional, na alínea d) do n.º 1 do art. 59.º da CRP<sup>1665</sup>, com âmbito subjetivo bastante alargado<sup>1666</sup>. Este direito ao descanso semanal possui a natureza de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, tal como previsto no art. 17.º da CRP, e a sua restrição tem de respeitar o princípio da proporcionalidade, imposto no art. 18.º do mesmo diploma, sendo diretamente aplicáveis e vinculativos para as entidades públicas e privadas<sup>1667</sup>. Cabe salientar que a concretização desde direito resulta, igualmente, numa garantia dos trabalhadores ao desenvolvimento da personalidade e à saúde, sendo de gozo irrenunciável<sup>1668</sup>.

No CT, a norma reguladora do princípio do descanso semanal é o art. 232.º, que hoje dita que “o trabalhador tem direito a, pelo menos, um dia de descanso por semana”.

Analisada esta extensa lista, é claro o lugar cativo e fundamental que este direito detém na regulamentação da organização do tempo de trabalho. Desde logo, consiste numa das primeiras reivindicações dos trabalhadores desde o início da Revolução Industrial.

Por razões de natureza confessional, nos países ocidentais o dia de descanso semanal foi fixado ao domingo<sup>1669</sup>. Hoje em dia, o domingo permanece o dia eleito para o descanso semanal, mas já com outras razões acrescentadas, de natureza familiar e social. Por esta razão, os legisladores, tanto a nível europeu<sup>1670</sup>, como a nível nacional, fazem referência ao dia de descanso reconhecido pela tradição. Contudo, não se pode confundir o

---

<sup>1664</sup> Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de novembro de 2003 relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.

<sup>1665</sup> Nesta alínea, é afirmado que todos os trabalhadores têm direito “ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas”.

<sup>1666</sup> Miranda & Medeiros, 2017, p. 837. Referem os Autores que a alínea d) se aplica até a trabalhadores que realizam a sua prestação de trabalho de “forma marcadamente intermitente”, e dão o exemplo do guarda de uma passagem de nível.

<sup>1667</sup> Canotilho & Moreira, 2007, pp. 773 e 774.

<sup>1668</sup> Fernandes, 2018, p. 333.

<sup>1669</sup> Ramalho, 2019, p. 467.

<sup>1670</sup> Nesta senda, a Diretiva n.º 93/104/CE de 23 de novembro de 1993 relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, antecessora da Diretiva n.º 2003/88, previa, no art. 5.º, 2.º parágrafo, que “o período mínimo de descanso referido no primeiro parágrafo inclui, em princípio, o domingo”. Contudo, no Acórdão *Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia* de 12 de novembro de 1996, processo C-84/94, o TJ anulou este parágrafo, considerando que não se vislumbra razões por que a saúde e segurança dos trabalhadores, fundamento desta diretiva, fica mais assegurada com o descanso ao domingo.

princípio de descanso dominical com o princípio de descanso semanal. O primeiro admite desvios e exceções<sup>1671</sup>, enquanto o segundo, como já foi referido *supra*, é irrenunciável, não sendo possível a sua derrogação<sup>1672</sup>. Aliás, consultando o art. 3.º, n.º 3, alínea h) do CT, verificamos que as normais legais referentes ao período mínimo de repouso apenas poderão ser afastadas em sentido mais favorável ao trabalhador por IRCT.

Jorge Leite entende que basta a conjugação destes dois princípios para perceber a regularidade do dia de descanso semanal, resultando que “dos sete dias da semana, um, pelo menos, é de descanso e seis, no máximo, são de trabalho” e que “o número máximo de dias consecutivos de trabalho normal é de seis, tantos quantos vão se segunda a sábado”<sup>1673</sup>.

## **2. Análise da evolução histórica do regime do descanso semanal no trabalho por turnos**

A querela quanto ao posicionamento do dia de descanso semanal no trabalho por turnos iniciou-se com a entrada em vigor da LCT<sup>1674</sup>, em 1967, posteriormente alterada em 1969. A norma que regulava o assunto em análise, o art. 51.º, n.º 2, mencionava que “Sendo o trabalho prestado no regime do trabalho por turnos, estes devem ser organizados de modo que os trabalhadores de cada turno tenham, *em sete dias*<sup>1675</sup>, um dia de descanso”<sup>1676</sup>.

A nível doutrinal, os autores concordavam que o dia de descanso semanal deveria recair no sétimo dia, após seis dias consecutivos de trabalho. Neste sentido, destacam-se Bernardo Lobo Xavier<sup>1677</sup> e Fernanda Agria/Maria Luísa Cardoso Pinto<sup>1678</sup>.

No que se refere à jurisprudência, destacam-se vários Acórdãos do STA<sup>1679</sup>, sendo unânime a ideia de que o dia de descanso seria ao fim de seis dias de trabalho, isto é, no sétimo dia. A este propósito, veja-se o que é proferido no Acórdão de 06/07/1976: “O

---

<sup>1671</sup> O n.º 2.º do art. 232.º elenca as circunstâncias em que o dia de descanso pode deixar de recair ao domingo.

<sup>1672</sup> Leite, 1984/1985, p. 90; Pinto, Martins & Carvalho, 1994, p. 219.

<sup>1673</sup> Leite, 1984/1985, p. 91.

<sup>1674</sup> DL n.º 47 031, de 27 de maio de 1966, alterado pelo DL n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969.

<sup>1675</sup> Sublinhado nosso.

<sup>1676</sup> Na primeira versão da LCT, este artigo tinha uma composição ligeiramente diferente, referindo que o dia de descanso semanal teria de coincidir, no máximo de dois em dois meses, com o domingo. A alteração de 1969 eliminou a referência ao descanso dominical no n.º 2 e introduziu-a no n.º 3: “A entidade patronal deverá fazer coincidir periodicamente com o domingo o dia de descanso semanal a que se refere o número anterior”.

<sup>1677</sup> Xavier, 1972, p. 124. No entanto, desde o ano de 1986 que o Autor defende a posição oposta: Xavier, 1986, pp. 272-279.

<sup>1678</sup> Agria & Pinto, 1972, p. 93.

<sup>1679</sup> Vd. Acórdãos do STA de 06/04/1976, 22/06/1976, 06/07/1976 e 19/10/1976, publicados em *Acórdãos Doutrinais do STA*, n.º 175, pp. 1024 e ss., n.º 176/177, pp. 1164 e ss., n.º 178, pp. 1325 e ss. e n.º 18, pp. 1777 e ss., respetivamente.

princípio do descanso semanal, consignado no artigo 51.º, do regime aprovado pelo DL n.º 49 408, é extensivo aos trabalhadores em regime de turnos, pois do confronto dos n.ºs 1 e 2 daquele artigo apenas se extrai a diferença, quanto a estes e por razões óbvias, de o dia de descanso não ter que ser o domingo”. Afirma-se que o dia de descanso semanal salvaguarda valores que não podem ceder perante a vontade das partes ou por qualquer entidade, tais como a saúde, bem-estar e produtividade dos trabalhadores<sup>1680</sup>. Em 1976, entrou em vigor a denominada LFFF<sup>1681</sup>, que, no seu art. 31.º, procedeu à revogação do capítulo IV da LCT, onde se inseria o sobredito art. 51.º, sendo alvo de bastantes críticas. Desde logo, deu-se uma divisão na doutrina e jurisprudência. Para quem acreditava que o art. 51.º se encontrava revogado, resolvia o problema através da aplicação do art. 60.º, n.º 1, alínea d) da CRP (que hoje corresponde ao art. 59.º, n.º 1, alínea d)) e dos arts. 27.º, 28.º e 37.º do DL n.º 409/71, de 27 de setembro. Os primeiros dois artigos do DL n.º 409/71 referiam-se à organização do trabalho por turnos e o art. 37.º estipulava derrogações ao descanso dominical. Por outro lado, houve quem entendesse que foi um lapso do legislador, acreditando que não era sua intenção revogar o art. 51.º<sup>1682</sup>.

A maioria da doutrina tendia para a segunda orientação. Todavia, a jurisprudência seguia a primeira posição, passando a defender que o dia de descanso semanal poderia ser ao cabo de sete dias consecutivos de trabalho, surgindo uma inversão da jurisprudência<sup>1683</sup>. Esta jurisprudência acompanhava o entendimento espelhado no Despacho Ministerial de 3 de abril de 1978<sup>1684</sup>, afirmando-se que o art. 51.º se encontra cumprido quando o dia de descanso semanal, em cada período de sete dias, recai, no máximo, no nono dia, após oito dias consecutivos de trabalho.

Nesta matéria, afigura-se relevante o parecer de Raúl Ventura e Monteiro Fernandes. Consideram estes Autores que os trabalhadores devem ter um dia de descanso em cada semana de calendário, isto é, no período de sete dias que se inicia em cada domingo e

---

<sup>1680</sup> Acórdão do STA de 06/07/1976, *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 178, pp. 1325 e ss.

<sup>1681</sup> DL n.º 874/76, de 28 de dezembro de 1976.

<sup>1682</sup> Neste sentido, Neto, 1984, p. 149; Xavier, 1986, p. 275; Leite & Almeida, 1985, p. 86. Jorge Leite e Coutinho de Almeida entenderam que o artigo se mantinha em vigor, enumerando várias razões. Desde logo, a LFFF introduziu um novo regime para os feriados, as férias e as faltas, que se encontravam regulamentadas nas secções I, II e III. Contudo, não fez o mesmo para a matéria regulada no art. 51.º e na secção IV, mantendo-se omissos. Acresce ainda que o mencionado art. 31.º refere expressamente as secções I, II, III e IV, ou seja, todas as que incorporavam o capítulo IV, acreditando o Autor que o legislador disse mais do que queria, uma vez que, se quisesse revogar todas as secções, bastava afirmar que o capítulo IV era revogado.

<sup>1683</sup> Veja-se, por exemplo, o Acórdão do STJ de 28/02/1986, *BMJ*, n.º 354, 1986, pp. 407-419. Apesar de ser a primeira vez que o STJ se pronuncia sobre esta matéria, há uma referência na parte final do Acórdão de que as decisões do STA são anteriores à revogação do art. 51.º da LCT, e, por essa razão, o STJ decide em termos distintos.

<sup>1684</sup> Dúvidas foram levantadas quanto à validade jurídica deste Despacho. Leite, 1984/1985, p. 118, considera que o Despacho é normativo, logo seria necessária a sua publicação na 1.ª série do Diário da República, o que não sucedeu, concluindo que não era vinculativo. Por outro lado, o Acórdão do STJ de 28/02/1986, *BMJ*, n.º 354, 1986, pp. 413 e ss., afirma que o Despacho apenas possui carácter informativo.

termina no sábado seguinte. De outra forma, não se conseguiria conciliar os n.ºs 2 e 3 do art. 51.º, pois a fixidez do dia de descanso semanal implicaria a impossibilidade de repouso ao domingo de forma periódica<sup>1685</sup>.

Bernardo Lobo Xavier, tendo-se manifestado anteriormente no sentido de que o dia de descanso não poderia ser ao fim de sete dias, vem defender que, de facto, o dia de descanso não tem de recair no sétimo dia. Para tal, argumenta que o descanso complementar se banalizou em Portugal, através da contratação coletiva, eliminando a violência do número de dias consecutivos de trabalho. Salienta, ainda, que tem de haver maleabilização e flexibilidade nos horários de trabalho<sup>1686</sup>.

Em sentido oposto, Jorge Leite rejeita o entendimento de que a semana aqui aplicada pelo legislador seja a semana de calendário, pois é apenas um dos sentidos possíveis a dar ao conceito de “semana”. Salienta que o legislador usa a expressão “semana de calendário” quando deseja que assim se entenda, como é exemplo o n.º 1 do art. 93.º da LCT<sup>1687</sup>. Mais uma vez se alude às razões que levam à conceção do descanso semanal, sendo que essas razões só são respeitadas quando o repouso tem em conta os dias de trabalho que o antecedem. O Autor menciona que, segundo a corrente que interpreta a expressão “semana” como semana de calendário, seria lícito trabalhar durante 12 dias sucessivos, apelidando tal situação como “manifestamente violenta”<sup>1688</sup>. Os defensores desta corrente empregam esta interpretação de “semana” sem qualquer justificação, incorrendo num vício, na opinião do Autor<sup>1689</sup>.

Refere, ainda, que se deve atender ao período normal de trabalho semanal, sendo que, à data da publicação deste estudo (1984/1985), a duração do trabalho semanal não podia exceder 48 horas. Na opinião de Jorge Leite, este limite é ultrapassado sempre que se preste mais de 48 horas de trabalho em dias consecutivos, uma vez que, também neste domínio, não se pode entender “semana” como semana de calendário<sup>1690</sup>. Logo, entre dois períodos normais de trabalho semanal, é necessário que o trabalhador usufrua de um dia de descanso.

---

<sup>1685</sup> Ventura & Fernandes, 1985, pp. 11-15. Monteiro Fernandes continua a defender a orientação segundo a qual é lícito trabalhar durante sete dias consecutivos, uma vez que é a “única suscetível de viabilizar a estruturação de horários de turnos rotativos sem automática ampliação do período de repouso semanal”, Fernandes, 2019, pp. 544 e 545.

<sup>1686</sup> Xavier, 1986, pp. 276-279. Posição novamente reforçada em 1992, Xavier, 1992, p. 423, e, mais recentemente, em 2018, Xavier, 2018, p. 672.

<sup>1687</sup> Leite, 1984/1985, pp. 95 e 96.

<sup>1688</sup> Leite, 1984/1985, p. 101. Ressalva-se que os defensores desta posição também não aceitam este resultado, com base no Despacho Ministerial de 03/04/1978.

<sup>1689</sup> Leite, 1984/1985, pp. 101 e 102.

<sup>1690</sup> Leite, 1984/1985, pp. 105-107.

No que se refere à questão anteriormente levantada de o dia de descanso coincidir periodicamente com o domingo, este Autor entende que, tendo em conta as razões que determinam o repouso, não releva se esse descanso é ou não ao domingo<sup>1691</sup>.

Outro autor que se pronunciou no sentido de que o dia de descanso teria de ser após seis dias consecutivos de trabalho foi Barros Moura, salientando que o trabalho por turnos consiste numa organização do tempo de trabalho mais penosa para o trabalhador, pelo que “deveria se concebido em termos suscetíveis de atenuar o mais possível as consequências nocivas para a saúde e vida pessoal e familiar do trabalhador”<sup>1692</sup>.

É neste panorama de divisão doutrinal que surge o DL n.º 398/91, de 16 de outubro, aditando o n.º 5 ao art. 27.º do DL n.º 409/71, referindo o seguinte: “Os turnos no regime de laboração contínua e dos trabalhadores que assegurem serviços que não possam ser interrompidos, nomeadamente guardas, vigilantes e porteiros, devem ser organizados de modo que aos trabalhadores de cada turno seja concedido pelo menos um dia de descanso em cada semana de calendário, sem prejuízo do período excedente de descanso a que o trabalhador tenha direito”. Este aditamento parece resolver, assim, a constante discussão entre jurisprudência e doutrina, posicionando-se ao lado do parecer de Raúl Ventura e Monteiro Fernandes, que assentava, justamente, na defesa da existência de um dia de descanso por semana de calendário.

Apesar disso, alguma doutrina continua a defender que este novo número no sobredito art. 27.º não basta para se considerar que o dia de descanso pode ocorrer após sete ou mais dias de trabalho consecutivos. Na opinião de Liberal Fernandes, é necessário ter em atenção as normas constitucionais, nomeadamente o art. 59.º, n.º 1, al. d), onde jaz o princípio do descanso semanal, pois esta norma “tem subjacente a regra da semana de seis dias de trabalho e um de descanso”<sup>1693</sup>. Acrescenta este Autor que a utilização da expressão “semana de calendário” nesta norma não possui significado jurídico preciso, uma vez que não há unanimidade quanto ao seu início e fim<sup>1694</sup>. Nos mesmos termos, Jorge Leite escreve que os cenários permitidos pelo n.º 5 do art. 27.º não respeitam o princípio constitucional do descanso semanal, pois é necessário que o descanso recaia no sétimo dia, após seis dias de prestação de trabalho, de modo a poder ser designado descanso semanal<sup>1695</sup>.

A nível jurisprudencial, a partir de 1976, atendendo à inversão jurisprudencial já referenciada, passou a ser defendida a tese de que o trabalhador deveria descansar ao

---

<sup>1691</sup> Leite, 1984/1985, pp. 111-112. Como refere o Autor, “as razões de proteção do trabalhador acabaram por sobrepor-se a todas as outras”.

<sup>1692</sup> Moura, 1980, pp. 280 e 283.

<sup>1693</sup> Fernandes, 1995, p. 90.

<sup>1694</sup> Fernandes, 2012, p. 201.

<sup>1695</sup> Leite, 2004, p. 138, acentua, por diversas vezes, que “o dia de descanso é o dia que se segue à semana de trabalho”, uma vez que o que justifica o repouso é o trabalho anteriormente executado.

oitavo dia, inserindo-se esse dia de descanso na semana de calendário. De modo a explicar esta nova posição, é referido no Acórdão da Relação de Lisboa de 24/07/1985: “Hoje, novas realidades impõe uma certa elasticidade na distribuição dos momentos de repouso do trabalhador. A rápida evolução da tecnologia, com reflexo nos processos produtivos, limita sensivelmente a duração do investimento em maquinaria, tornada obsoleta pelo surgimento de processos mais competitivos. (...) Acontece também [que], com o desenvolvimento da civilização, multiplicaram-se as estruturas que nos permitem uma vida mais cómoda e agradável (v.g., energia elétrica, abastecimento de água, telecomunicações, serviços de saúde, transportes, meios de comunicação social, serviços de vigilância, abastecimento de combustíveis), mas implicam uma laboração contínua ou quase”. Por esta razão, “não pode o Direito, e consequentemente os tribunais, enquanto interpretam e aplicam a lei, deixar de considerar estas realidades económico-sociais, devendo fazer-se uma leitura atualizadora dos textos legais”<sup>1696</sup>. O Acórdão prossegue afirmando que o dia de descanso tem como fundamento uma tradição, e que não se justifica pela necessidade de descanso.

Como fundamentação de direito, declara-se que, uma vez que o art. 51.º da LCT foi revogado pelo DL n.º 874/76, é necessário recorrer ao estipulado no DL n.º 409/71 e ao mencionado no Despacho Ministerial de 3 de abril de 1978, terminando o aresto com a conclusão de que “a cada conjunto de sete dias segue-se um dia de descanso, portanto nunca precedido de mais de oito dias consecutivos de trabalho”<sup>1697</sup>.

No Acórdão do STJ de 28/02/1986, a primeira vez que este se pronuncia sobre a matéria em análise, apela-se à excecionalidade das indústrias e estabelecimentos de laboração contínua, que carecem da organização do trabalho por turnos e, por isso, de uma adaptação das regras aplicadas aos trabalhadores comuns. O afastamento das regras comuns, e, mais concretamente, do gozo do dia de descanso no sétimo dia, é possível quando observadas as seguintes salvaguardas: “a) Garantia ao trabalhador, mesmo nessas indústrias de laboração contínua, de um dia de descanso em cada semana de calendário; b) Concessão de um dia de descanso ao domingo, em cada período de tempo considerado; c) Proibição de a carga horária global de trabalho, em cada semana, exceder o limite estabelecido; d) Sujeição do horário de trabalho e do regime de descanso (do trabalho por turnos dentro de cada empresa) à aprovação pelas entidades oficiais competentes”<sup>1698</sup>.

É também nesta decisão que se toma partido quanto à validade jurídica do Despacho Ministerial de 3 de abril de 1978, referindo que nunca poderia ser um despacho

---

<sup>1696</sup> *CJ*, 1985, Ano X, Tomo IV, p. 199.

<sup>1697</sup> *CJ*, 1985, Ano X, Tomo IV, p. 200.

<sup>1698</sup> *BMJ*, n.º 354, 1986, pp. 412 e 413.

normativo, na medida em que não cria, modifica ou extingue normas. Tem, apenas, um carácter informativo ou elucidativo, desejando “dar conhecimento ao público da forma como atuavam os serviços do Ministério relativamente à matéria versada”<sup>1699</sup>. Neste sentido, reforçando este entendimento, encontramos o Acórdão da Relação de Lisboa de 15/01/1986<sup>1700</sup> e os Acórdãos do STJ de 14/11/1986<sup>1701</sup>, de 03/07/1991<sup>1702</sup> e de 16/10/1991<sup>1703</sup>.

Em 2003, entra em vigor a Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, o designado CT de 2003, cujo art. 189.º, n.º 5, adota a seguinte redação: “Os turnos no regime de laboração contínua e dos trabalhadores que assegurem serviços que não possam ser interrompidos, nomeadamente pessoal operacional de vigilância, transporte e tratamento de sistemas eletrónicos de segurança, devem ser organizados de modo que aos trabalhadores de cada turno seja concedido, pelo menos, um dia de descanso em cada período de sete dias, sem prejuízo do período excedente de descanso a que o trabalhador tenha direito”.

Nas palavras de Nunes de Carvalho,

A redação dada ao n.º 5 do art. 189.º (...) causa, porém, bastante perplexidade. Sendo conhecida a discussão mantida durante décadas sobre este ponto (...) o CT vem, agora, retomar o enunciado anterior a 1991, dando, pois, azo ao relançamento da controvérsia<sup>1704</sup>.

Mais tarde, em 2011, o Autor volta a abordar a mesma questão, sendo da opinião que é obrigatório conceder ao trabalhador “um dia de descanso em cada período de sete dias consecutivos”<sup>1705</sup>, levando em consideração os princípios que a Diretiva n.º 2003/88 visa e que fundamentam o regime estipulado no CT de 2003.

Júlio Gomes indica que se se trata de uma modificação, porquanto à luz do regime anterior, o trabalhador descansaria um dia por cada semana de calendário<sup>1706</sup>. Logo, no entendimento deste Autor, o dia de repouso, nos termos do CT de 2003, seria ao cabo de seis dias de trabalho.

Em 2009, com a entrada em vigor do CT de 2009<sup>1707</sup>, o legislador, tendo oportunidade de modificar a solução legislativa, não o fez, mantendo-a praticamente inalterada no n.º 5 do art. 221.º: “Os turnos no regime de laboração contínua e os de trabalhadores que asseguram serviços que não podem ser interrompidos, nomeadamente nas situações a que se referem as alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 207.º, devem ser organizados de modo

---

<sup>1699</sup> *BMJ*, n.º 354, 1986, p. 414.

<sup>1700</sup> *CJ*, 1987, Ano XII, Tomo I, pp. 136-140.

<sup>1701</sup> *Acórdãos Doutrinais do STA*, n.º 302, pp. 304-310.

<sup>1702</sup> *BMJ*, n.º 409, 1991, pp. 568-574.

<sup>1703</sup> *BMJ*, n.º 410, 1991, pp. 570-577.

<sup>1704</sup> Carvalho, 2004, pp. 115 e 116.

<sup>1705</sup> Carvalho, 2011, p. 351.

<sup>1706</sup> Gomes, 2007, p. 698.

<sup>1707</sup> Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.



que os trabalhadores de cada turno gozem, pelo menos, um dia de descanso em cada período de sete dias, sem prejuízo do período excedente de descanso a que tenham direito”. É esta solução legislativa que se mantém na atualidade.

Entende Liberal Fernandes que a exclusão da expressão “semana de calendário” veio esclarecer qual a solução pretendida pelo legislador, isto é, que o dia de descanso é gozado ao fim de seis dias consecutivos de trabalho. Admite o Autor que, com esta alteração, o direito nacional se revela respeitador do direito internacional, nomeadamente das Convenções n.º 14 e n.º 106 da OIT, e do direito da União Europeia, mais concretamente dos arts. 5.º e 17.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva n.º 2003/88<sup>1708</sup>.

É neste panorama jurídico que a questão é novamente levantada nos tribunais. Contudo, desta feita, é necessário atender ao direito da União Europeia. Com efeito, o TRP, de modo a sanar as dúvidas quanto à interpretação do direito da União Europeia neste domínio, recorreu ao reenvio prejudicial, dando origem ao Acórdão Maio Marques da Rosa<sup>1709</sup>, que será analisado detalhadamente *infra*.

### **3. O problema na atualidade**

#### **3.1 O Caso Maio Marques da Rosa**

##### **3.1.1 O problema**

A questão sobre o posicionamento do descanso semanal no regime do trabalho por turnos foi colocada ao TRP relativamente a um trabalhador que desempenhava a função de caixa fixo num casino.

O recorrente no processo principal era António Fernando Maio Marques da Rosa, ex-trabalhador da Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação, S.A., que tinha exercido, entre 1991 e 2014, a função de caixa fixo no casino, situado na Póvoa de Varzim, explorado por aquela sociedade anónima. Os trabalhadores que ocupavam as funções de caixa fixo trabalhavam em turnos rotativos.

Entre 2008 e 2009, o recorrente executou a sua atividade profissional, por vezes, ao longo de sete dias consecutivos<sup>1710</sup>, e, por esta razão, reclamava o pagamento de uma indemnização pelas horas de trabalho suplementar prestadas no sétimo dia e pelo não gozo de um descanso compensatório.

A este respeito, o TRP, no processo n.º 1282/15.9T8MTS, decidiu suspender a instância e recorrer ao reenvio prejudicial, atendendo ao princípio da interpretação conforme<sup>1711</sup>.

---

<sup>1708</sup> Fernandes, 2012, pp. 200 e 201. No mesmo sentido, Carvalho, 2006, pp. 51 e 52.

<sup>1709</sup> Processo C-306/16, de 9 de novembro de 2017.

<sup>1710</sup> Em 2010, a Varzim Sol modificou a organização dos horários de trabalho para não haver prestação de trabalho para além de seis dias consecutivos.

<sup>1711</sup> País, 2013, pp. 96 e 97, sublinha que este princípio tem 4 fundamentos, salientados em vários Acórdãos do TJ. Em primeiro lugar, justifica-se pela obrigação que cabe aos Estados-Membros de atingirem o

As normas aqui relevantes são o primeiro parágrafo do art. 5.º, alínea a) do art. 16.<sup>o1712</sup> e, eventualmente, a alínea a) do n.º 4 do art. 17.<sup>o1713</sup> da Diretiva n.º 2003/88/CE, sendo estas duas últimas disposições derogatórias do art. 5.º.

### **3.1.2 A legislação nacional aplicável e a questão da laboração contínua**

No que se refere à legislação nacional aplicável *in casu*, é necessário apurar qual o artigo referente ao descanso semanal que melhor se adequa às questões de facto. Por um lado, o art. 232.º apresenta-se como norma geral sobre o descanso semanal, expondo que “o trabalhador tem direito a, pelo menos, um dia de descanso por semana”. Quanto ao art. 221.º, n.º 5<sup>1714</sup>, trata-se de uma norma especial, aplicada a trabalhadores que executam a sua atividade profissional por turnos em estabelecimentos de laboração contínua ou que assegurem serviços que não podem ser interrompidos<sup>1715</sup>.

Salienta-se que o casino não se encontrava aberto 24 horas por dia nos sete dias da semana, pelo que podem ser levantadas dúvidas se a estes trabalhadores é aplicável o n.º 5 do art. 221.º, se considerarmos que terá de se verificar a laboração contínua do casino. Caso se entenda que, para se aplicar este regime, é necessária a laboração do estabelecimento durante 24 horas por dia, resta aplicar o regime geral do art. 232.º, que, aliás, é o artigo que o Acórdão supramencionado refere quando procede ao enquadramento jurídico. Esta norma implica que o dia de descanso seja marcado com regularidade, atento o princípio do descanso dominical, analisado *supra*.

Iremos voltar a este ponto *infra*, uma vez que esta questão é debatida nos acórdãos nacionais.

---

resultado prosseguido pela diretiva, nos termos do art. 288.º do TFUE. Em segundo lugar, apoia-se no princípio da cooperação leal, consagrado no art. 4.º, n.º 3, do TUE. De seguida, este princípio é, também, alicerçado na obrigação dos Estados-Membros de garantirem a possibilidade de os lesados se queixarem a um tribunal, considerando que há uma violação do princípio da igualdade. Por fim, é um princípio que é inerente ao sistema do Tratado, uma vez que é uma forma de o órgão jurisdicional nacional asseverar a eficácia do direito da União Europeia. Conclui a mesma Autora que o princípio da interpretação conforme se trata de um “mecanismo que permite garantir a eficácia das diretivas”, contribuindo para a proteção dos particulares, Pais, 2013, pp. 104-106.

<sup>1712</sup> Nesta alínea pode ler-se: “Para efeitos de aplicação do artigo 5.º (descanso semanal), um período de referência não superior a 14 dias”.

<sup>1713</sup> Esta alínea refere que são permitidas derrogações aos arts. 3.º e 5.º da Diretiva “no caso de atividades de trabalho por turnos, sempre que o trabalhador mude de equipa e não possa beneficiar de períodos de descanso diário e/ou semanal entre o fim da sua atividade numa equipa e o início da sua participação na seguinte”.

<sup>1714</sup> No preceito pode ler-se: “turnos no regime de laboração contínua e os de trabalhadores que asseguram serviços que não podem ser interrompidos”.

<sup>1715</sup> Martínez *et al.*, 2019, p. 562, aponta que esta norma remete para o art. 207.º do CT, no que se refere à identificação dos serviços que não podem ser interrompidos.

### 3.1.3 A jurisprudência anterior do TJ

Antes de analisarmos o Caso Maio Marques da Rosa, importa realizar um breve desvio, de modo a compreender qual a orientação que o TJ seguia até proferir esta decisão, bem como analisar a interpretação da doutrina quanto a este aspeto.

Em primeiro lugar, o TJ sempre demonstrou preocupação com o cumprimento de um período mínimo de descanso semanal adequado. Como exemplos, podemos citar vários excertos de Acórdãos proferidos ao longo dos anos. Veja-se o que foi dito no Caso Jaeger<sup>1716</sup>, em 2003: “há que lembrar que a Diretiva 93/104 tem por finalidade proteger eficazmente a segurança e a saúde dos trabalhadores. Tendo em conta esse objetivo essencial, cada trabalhador deve beneficiar, nomeadamente, de períodos de descanso adequados, que devem não só ser efetivos, permitindo às pessoas em causa recuperar da fadiga causada pelo trabalho, mas também revestir um carácter preventivo suscetível de reduzir, tanto quanto possível, o risco de alteração da segurança e da saúde dos trabalhadores que pode representar a acumulação de períodos de trabalho sem o descanso necessário”. Em 2006, no Acórdão *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*<sup>1717</sup>, este órgão jurisdicional indica que “à luz tanto da redação da referida diretiva como da finalidade e da sistemática desta, as diferentes prescrições que esta enuncia em matéria de tempo mínimo de descanso constituem princípios do direito social comunitário que revestem especial importância de que deve beneficiar cada trabalhador como prescrição mínima necessária para assegurar a proteção da sua segurança e da sua saúde”.

Na própria Diretiva, o considerando 5<sup>1718</sup> aponta a importância de um descanso efetivo por parte do trabalhador e o considerando 4<sup>1719</sup> alerta que os objetivos prosseguidos pela Diretiva não podem ceder perante interesses puramente económicos.

Fazendo a conjugação do art. 5.º com os excertos dos Acórdãos e os objetivos que a Diretiva pretende cumprir, e embora o TJ não tenha mencionado qual a frequência do descanso semanal que considera adequada, podemos concluir que o que potencia uma melhor proteção da segurança e saúde do trabalhador é o repouso ao sétimo dia, após seis dias de trabalho consecutivos.

Esta conclusão assemelha-se, aliás, a mais conforme com a exceção estabelecida na alínea a) do art. 16.º ao art. 5.º. De facto, se o art. 5.º pretendesse que o descanso semanal

---

<sup>1716</sup> Processo C-151/02, de 9 de setembro de 2003.

<sup>1717</sup> Processo C-894/04, de 7 de setembro de 2006.

<sup>1718</sup> “Todos os trabalhadores devem beneficiar de períodos de descanso suficientes. O conceito de ‘descanso’ deve ser expresso em unidades de tempo, ou seja, em dias, horas e/ou suas frações. Os trabalhadores da Comunidade devem beneficiar de períodos mínimos de descanso — diários, semanais e anuais — e de períodos de pausa adequados. Assim sendo, é conveniente prever igualmente um limite máximo para o horário de trabalho semanal”.

<sup>1719</sup> “A melhoria da segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores no trabalho constitui um objetivo que não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica”.

recaísse em qualquer dia de uma determinada semana, a derrogação da alínea a) do art. 16.º, que permite alargar o período de referência daquele artigo até 14 dias, não teria, aparentemente, alcance prático. Por outro lado, ao abrigo do princípio da segurança jurídica, esta exceção, de forma a ser aplicada no ordenamento jurídico de cada Estado-membro, terá de ser expressamente adotada pelo legislador nacional, tal como já foi defendido pelo TJ em diversas ocasiões<sup>1720</sup> <sup>1721</sup>.

Importa, ainda, referir que as exceções consagradas nas Diretivas sobre “tempo de trabalho” têm de ser interpretadas de forma restritiva, como é assegurado no caso SIMAP<sup>1722</sup>.

A este respeito, revela-se oportuna uma referência ao caso *Antonino Accardo e outros contra Comune di Torino*<sup>1723</sup>, tendo em conta que as questões prejudiciais colocadas ao TJ se referiam ao princípio do descanso semanal previsto no art. 5.º da Diretiva e suas exceções, mais concretamente:

- “1) Os artigos 5.º, 17.º e 18.º da Diretiva 93/104[...] devem ser interpretados no sentido de que são diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico de um Estado-Membro, independentemente de terem sido formalmente transpostos ou independentemente de disposições de direito interno que restrinjam a sua aplicabilidade a determinadas categorias profissionais, num litígio em que tenha havido um acordo dos parceiros sociais conforme com a referida diretiva?
- 2) Constitui em qualquer caso obrigação do órgão jurisdicional do Estado-Membro, independentemente do referido efeito direto, utilizar uma diretiva ainda não transposta ou cuja aplicabilidade, depois da sua transposição, parece excluída por disposições de direito interno, como parâmetro interpretativo do direito interno, ou seja, como referência para dissipar eventuais dúvidas exegéticas?
- 3) O órgão jurisdicional do Estado-Membro está impedido de declarar ilegal um comportamento, não podendo, em consequência, conceder indemnizações pelos prejuízos causados por facto injustificado e ilícito, quando o referido comportamento é autorizado pelos parceiros sociais e essa autorização é compatível com o direito comunitário, ainda que à luz de uma diretiva não transposta?
- 4) O artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva 93/104 deve ser interpretado no sentido de que permite autonomamente, ou seja, de modo inteiramente dissociado do n.º 2 do mesmo artigo e

---

<sup>1720</sup> Salienta-se o Caso *Finanzamt Düsseldorf-Süd contra SALIX* (processo C-102/08), que nos diz: “Com efeito, cada Estado-Membro é obrigado a dar às diretivas uma execução que satisfaça plenamente as exigências de clareza e de certeza das situações jurídicas impostas pelo legislador comunitário, no interesse das pessoas interessadas estabelecidas nos Estados-Membros. Para este efeito, as disposições de uma diretiva devem ser aplicadas com uma força vinculativa incontestável, bem como com a especificidade, a precisão e a clareza exigidas”, e o caso *Antonino Accardo*, analisado *infra*.

<sup>1721</sup> Neste sentido, veja-se, também, Ales & Popma, 2019, p. 487.

<sup>1722</sup> Processo C-303/98, de 3 de outubro de 2000.

<sup>1723</sup> Processo C-227/09, de 21 de outubro de 2010.

do elenco de atividades e profissões que neste se indicam, a intervenção dos parceiros sociais e a introdução, por estes, de normas derogatórias em matéria de descanso semanal?”

Neste processo, o problema residia no facto de, entre 1998 e 2007, um grupo de trabalhadores que eram agentes de polícia municipal de Turim, e cuja organização do tempo de trabalho consistia no trabalho por turnos, trabalharem, de cinco em cinco semanas, sete dias consecutivos, sendo que, a estes sete dias de trabalho sucessivos, se seguia um período de descanso compensatório. Tal regime de trabalho por turnos e descanso semanal estava previsto num acordo sindical de 1986. Os agentes de polícia municipal pretendiam ser indemnizados pelo trabalho prestado ao sétimo dia, por violação do princípio de descanso semanal assegurado pelo direito interno, mormente, o art. 36<sup>1724</sup>, terceiro parágrafo, da Constituição italiana, e art. 2109, n.º 1<sup>1725</sup>, do Código Civil italiano, uma vez que usufruíam de uma natureza imperativa.

O Acórdão aponta três momentos legislativos na ordem jurídica italiana com relevância para a resolução do problema colocado. Num primeiro momento, antes de 29 de abril de 2003, o descanso semanal, no ordenamento jurídico italiano, era regulado pelas normas supramencionadas da Constituição e do Código Civil. Posteriormente, a partir de 29 de abril de 2003, entra em vigor o Decreto Legislativo n.º 66, de 8 de abril de 2003, diploma que executa a transposição da Diretiva n.º 93/104/CE, estabelecendo o art. 9.º, n.º 1, o regime do descanso semanal, em conformidade com o art. 5.º da Diretiva. Por outro lado, o art. 9.º, n.º 2, alínea b), e o art. 17.º, n.º 4, do diploma italiano prescrevem derrogações àquele regime geral. Num último momento, o Decreto Legislativo n.º 66 é alterado pelo Decreto Legislativo n.º 213, alteração que entra em vigor a 1 de setembro de 2004 e nos termos da qual o Decreto Legislativo n.º 66 deixa de ser aplicável aos agentes da polícia municipal.

Assim, a partir deste momento, apenas lhes era aplicável o regime geral do descanso semanal constante da Constituição e do Código Civil. Atendendo à natureza imperativa destas disposições, o órgão jurisdicional italiano apresenta dúvidas quanto à possibilidade de ser permitido ao acordo de 1986 estabelecer derrogações a esse regime geral do descanso semanal. Por esta razão, interroga o TJ sobre um eventual efeito direto das disposições derogatórias das Diretivas<sup>1726</sup>, ou, em caso de resposta negativa, se podem interpretar-se as disposições internas à luz das disposições derogatórias, por forma a admitir um desvio ao regime geral do descanso semanal.

---

<sup>1724</sup> “O trabalhador tem direito ao descanso semanal [...] e não pode renunciar ao mesmo”.

<sup>1725</sup> “O trabalhador tem direito a um dia de descanso em cada semana, que normalmente coincidirá com o domingo”. Este preceito indica que o trabalhador deve exercer o seu direito ao descanso ao sétimo dia, consequentemente a seis dias de trabalho consecutivos.

<sup>1726</sup> Art. 17.º da Diretiva n.º 93/104 e arts. 17.º e 18.º da Diretiva n.º 2003/88.

O TJ começa logo por referir que é jurisprudência bem assente daquele Tribunal que uma diretiva não pode criar obrigações na esfera jurídica de um particular nem ser invocada contra ele, concluindo que “as autoridades de um Estado-Membro que não tenham exercido essa faculdade [de transpor corretamente as disposições derogatórias] não podem invocar a sua própria omissão para negar a particulares, como os demandantes no processo principal, o benefício de um período de descanso semanal que, em princípio, sob reserva da verificação a efetuar a este respeito pelo órgão jurisdicional de reenvio, respeita as exigências do artigo 5.º das diretivas ‘tempo de trabalho’”.

No que toca à segunda possibilidade, o TJ expressa que, tendo em conta que as derrogações nas Diretivas são facultativas, não há a obrigação de os Estados-Membros as transporem para o ordenamento jurídico nacional, e, por conseguinte, nem uma obrigação de interpretar o direito nacional de forma a aplicarem-se exceções às regras previstas nas Diretivas. Este órgão jurisdicional termina a sua argumentação com a alusão ao já referido princípio da segurança jurídica, no sentido em que as derrogações previstas nas Diretivas têm de ser transportadas com clareza e precisão, de maneira a poderem ser invocadas contra os trabalhadores.

Pelo exposto, desta decisão podemos retirar que a interpretação que o TJ faz do art. 5.º das Diretivas resulta na colocação do dia de descanso semanal ao sétimo dia, pois, para poder recair no oitavo dia, os Estados-Membros teriam de consagrar expressamente no direito nacional as disposições derogatórias que as Diretivas preveem<sup>1727</sup>.

Visitando agora doutrina relativa à Diretiva n.º 2003/88, é salientado por Edoardo Ales e Jan Popma que as disposições relacionadas com o descanso precedem o art. 6.º, que se refere à duração máxima do trabalho semanal, o que é um indicador de que a principal preocupação deste diploma europeu é o descanso e a recuperação do trabalhador<sup>1728</sup>. Maria Luísa Teixeira Alves exprime que a Diretiva veio clarificar o conceito de descanso suficiente, isto é,

O facto de os trabalhadores disporem de períodos de descanso regulares cuja duração seja expressa em unidades de tempo, e suficientemente longos e contínuos para evitar que se lesionem ou lesionem os colegas ou outras pessoas e para não prejudicarem a saúde, a curto ou longo prazo, por cansaço ou ritmos irregulares de trabalho<sup>1729</sup>.

A Autora sublinha a necessidade de os descansos serem regulares, o que implica a sua marcação ao sétimo dia.

---

<sup>1727</sup> Carvalho, 2017, p. 359; Carvalho, 2018, p. 253.

<sup>1728</sup> Ales & Popma, 2019, p. 481. Referem os autores que “tempos de descanso adequados são vistos como a chave para a proteção da saúde”.

<sup>1729</sup> Alves, 2011, p. 206.

A interpretação que é feita da Diretiva n.º 2003/88 por estes Autores desemboca, mais uma vez, na afirmação da essencialidade do descanso para o trabalhador, descanso que, para ser verdadeiramente reparador, terá de ser regular.

### **3.1.4 A decisão do TJ no Caso Maio Marques da Rosa**

Finalizada a narração das circunstâncias precedentes ao Caso Maio Marques da Rosa, iremos constatar que o TJ enveredou por um caminho diferente na decisão desta causa.

O TRP colocou as seguintes questões prejudiciais ao TJ:

“1) À luz [do art. 5.º da Diretiva 93/104<sup>1730</sup>] e [do art. 5.º da Diretiva 2003/88], bem assim como do [art. 31.º da Carta], no caso de trabalhadores a trabalhar por turnos e com folgas rotativas, em estabelecimento que labora em todos os dias da semana mas que não labora continuamente nas 24 horas diárias, o dia de descanso obrigatório a que o trabalhador tem direito deve ser necessariamente concedido em cada período de sete dias, ou seja, pelo menos no sétimo dia subsequente a seis dias de trabalho consecutivo?

2) É ou não conforme com essas diretivas e normativos a interpretação de que em relação a esses trabalhadores o empregador é livre de escolher os dias em que concede ao trabalhador, em cada semana, os descansos a que este tem direito, podendo o trabalhador ser obrigado, sem remuneração de trabalho suplementar, a prestar até dez dias de trabalho consecutivos (por exemplo, entre a quarta-feira de uma semana, antecedida de descanso à segunda e terça, até sexta da semana seguinte, seguida de descanso ao sábado e ao domingo)?

3) É ou não conforme com essas diretivas e normativos, uma interpretação no sentido de que o período de 24 horas de descanso ininterrupto pode ocorrer em qualquer dos dias de calendário de um determinado período de sete dias de calendário e o período de 24 horas de descanso ininterrupto (às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário) subsequente pode igualmente ocorrer em qualquer dos dias de calendário do período de sete dias de calendário imediatamente subsequente ao anterior?

4) É ou não conforme com essas diretivas e normativos, tendo em conta também [a disposição] da alínea a) do [art. 16.º da Diretiva 2003/88], a interpretação de que o trabalhador, em lugar de gozar um período de 24 horas de descanso ininterrupto (às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário) por cada período de sete dias, pode gozar dois períodos consecutivos, ou não, de 24 horas de descanso ininterrupto em qualquer dos 4 dias de calendário de um determinado período de referência de 14 dias de calendário?”

---

<sup>1730</sup> Versão original da Diretiva n.º 2003/88, que foi revogada e substituída por aquela. Neste caso em concreto, as disposições pertinentes para o processo são idênticas, pelo que importa apenas fazer referência à Diretiva n.º 2003/88.

O recorrente alegava que o direito português deveria ser interpretado no sentido de concessão do dia de descanso semanal ao sétimo dia, à luz do art. 5.º da Diretiva n.º 2003/88 e das Convenções n.º 14 e n.º 106 da OIT, o que a Varzim Sol negava.

O TJ inicia a sua decisão respondendo às três primeiras questões em conjunto. Explica o órgão jurisdicional que, de forma sucinta, o que se pretende é analisar se o art. 5.º da Diretiva e o art. 31.º da CDFUE<sup>1731</sup> obrigam a que o período mínimo de descanso semanal “seja concedido, o mais tardar, no dia seguinte a um período de seis dias de trabalho consecutivo”.

Em primeiro lugar, o TJ afirma que Portugal não transpôs para a ordem jurídica interna a derrogação ao art. 5.º prevista no art. 17.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva<sup>1732</sup>, pelo que apenas importa interpretar a expressão “por cada período de sete dias”. A este propósito, entende este órgão jurisdicional, tal como o Advogado-Geral nas suas Conclusões<sup>1733</sup>, que, uma vez que o referido artigo não remete para o direito nacional dos Estados-Membros, aquela expressão é um conceito autónomo do direito da União Europeia e que, por isso, a sua interpretação deve ser uniforme no território comunitário.

No que se refere à interpretação da expressão “por cada período de sete dias”, o TJ declara que a norma concede flexibilidade aos Estados-Membros na determinação do momento de gozo do dia de descanso, realizando uma interpretação literal do artigo<sup>1734</sup>.

Catarina de Oliveira Carvalho critica esta posição do TJ, mencionando que

Trata-se de uma valorização, quanto a nós, excessiva do argumento literal e algo inesperada numa jurisprudência que tem sido caracterizada ao longo dos anos pela respetiva interpretação teleológica e que ignora a situação analisada no precedente caso Accardo<sup>1735</sup>.

No que toca à interpretação literal do artigo, o Acórdão verte, ainda, um fundamento apresentado pelo Advogado-Geral, alicerçado nas diferentes versões linguísticas do art.

---

<sup>1731</sup> O TJ descarta, desde logo, este artigo, na esteira do Advogado-Geral, que refere que “o artigo 31.º, n.º 2, da Carta não é suscetível de trazer elementos úteis suplementares para efeitos da interpretação solicitada do artigo 5.º da Diretiva 2003/88”. Apesar de o TJ ter dispensado a sua análise, parece pertinente ponderar se, de facto, esta norma não poderá contribuir para a interpretação do art. 5.º da Diretiva. No que se refere à importância deste normativo, Gorelli Hernández, 2012, p. 795, expressa-se no sentido que o art. 31.º da Carta impõe uma certa atuação aos poderes públicos e que evidencia a vinculação entre o tempo de trabalho e a saúde laboral. Este Autor afirma que a Diretiva, ao permitir o estabelecimento de períodos de referência de 14 dias, nomeadamente no art. 16.º, alínea a), entra em conflito com o disposto no art. 31.º da CDFUE. O mesmo é declarado por Carvalho, 2018, p. 257, que levanta dúvidas sobre a consonância entre a Diretiva e a CDFUE. Em sentido concordante, Lorcher, 2019, p. 558, critica a afirmação do Advogado Geral, opinando que o papel do art. 31.º é promover direitos sociais fundamentais e não conceder “informação adicional”. Saliencia, ainda, que a redação da norma deixa claro que intui um dia de descanso após seis dias de trabalho.

<sup>1732</sup> Fernandes, 2018, p. 275, esclarece, ainda, que o facto de o legislador nacional ter imposto um período máximo semanal de trabalho de 40 horas para o trabalho por turnos rotativos e que a mudança de turno só seja possível após o gozo de um dia de descanso semanal demonstra que rejeitou a sobredita derrogação da Diretiva.

<sup>1733</sup> Parágrafo 36 das Conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard Øe, apresentadas em 21 de junho de 2017.

<sup>1734</sup> Acompanhando a posição do Advogado-Geral também neste ponto.

<sup>1735</sup> Carvalho, 2017, p. 337.



5.º, nos termos do qual a maioria das versões emprega a expressão “por cada período de sete dias”, retirando daqui, mais uma vez, que a Diretiva não precisa o momento do descanso.

De seguida, o TJ argumenta que, ao longo da Diretiva, o legislador da União utiliza, por diversas vezes, a expressão “período de referência”, como é exemplo o art. 16.º, alínea a), saltando-se para a precipitada conclusão de que também no art. 5.º pode estar presente um período de referência<sup>1736</sup>.

Nesta senda, o Advogado-Geral faz menção ao caso Van Swieten<sup>1737</sup>, relativamente ao art. 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3820/85 do Conselho<sup>1738</sup>, que apresenta a expressão “em cada período de 24 horas”, sendo que o TJ declarou que se tratava de “um período cujo início é variável, no sentido de que começa a correr no momento do efetivo início da condução, após o termo do período de repouso diário ou semanal antecedente”. É entendimento do Advogado-Geral que a segurança rodoviária justificava a interpretação do TJ segundo a qual aquela expressão não redundava num período de referência, que na Diretiva n.º 2003/88 não tem aplicação.

O TJ continua a sua fundamentação relembrando que a Diretiva tem por finalidade proteger de forma eficaz a segurança e saúde dos trabalhadores. No entanto, faz uma ressalva, aludindo ao considerando 15, que permite aos Estados-Membros elasticidade e maleabilidade na aplicação das disposições da Diretiva, e às derrogações possibilitadas pela mesma. Neste aspeto, Catarina de Oliveira Carvalho salienta que o facto de serem permitidas exceções justifica a existência de normas como o art. 16.º, alínea a) da Diretiva. Porém, tal argumento não deve ser utilizado para consentir uma interpretação flexível a estipulações consideradas fulcrais a nível da segurança e saúde dos trabalhadores<sup>1739</sup>.

Finaliza-se com a constatação de que esta interpretação flexível do art. 5.º “pode beneficiar não apenas o empregador, mas igualmente o trabalhador”, na medida em que o trabalhador pode usufruir de dias de descanso consecutivos, e tendo em conta que o trabalhador se encontra, de qualquer forma, protegido pelo descanso diário e duração máxima semanal de trabalho previstos na Diretiva.

Muitas críticas foram feitas a este juízo do TJ. Francisco Trillo Párraga expressa dúvidas quanto à possibilidade de as normas da União Europeia permitirem tal amplitude ao empregador no momento de decisão do descanso semanal<sup>1740</sup>. O mesmo Autor realça,

---

<sup>1736</sup> Definido pelo TJ como “um período fixo no qual deve ser concedido um certo número de horas consecutivas de descanso, independentemente do momento em que essas horas são concedidas”.

<sup>1737</sup> Processo C-313/92, de 2 de junho de 1994.

<sup>1738</sup> Regulamento (CEE) n.º 3820/85 do Conselho, de 20 de dezembro de 1985 relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários, e que já não se encontra em vigor.

<sup>1739</sup> Carvalho, 2018, p. 250.

<sup>1740</sup> Trillo Párraga, 2018, p. 68.

pertinentemente, que nos meses precedentes ao Acórdão, em maio de 2017, foi emitida uma Comunicação pela Comissão Europeia<sup>1741</sup> que corrobora o entendimento do TJ. É proferido pela Comissão que “a diretiva não parece exigir que o período de descanso semanal seja concedido no mesmo dia da semana em cada período de 7 dias” e que “é possível que esses dias variem segundo os períodos em causa, eventualmente dando origem a períodos consecutivos de trabalho até 12 dias, interrompidos por períodos de descanso diário”. Acresce o facto de a Comissão Europeia ter apresentado, por diversas vezes, propostas de modificação da Diretiva n.º 2003/88, no sentido de permitir maior flexibilidade no campo do “tempo de trabalho”. Estas circunstâncias levam o Autor a proferir as seguintes palavras:

Numerosos parágrafos da Comunicação Interpretativa, em nosso entendimento, não correspondem ao direito vigente mas a desejos da Comissão Europeia que parece determinada a agredir o TJ para impor as suas reivindicações e, ao mesmo tempo, validar uma maneira de criar/modificar a lei que não respeita os procedimentos previstos<sup>1742</sup>.

Marc Véricel acentua que esta decisão parece bastante relaxada, uma vez que permite que o trabalhador exerça a sua atividade profissional durante 12 dias seguidos. Por outro lado, atento o objetivo pretendido pela Diretiva, tradicionalmente eram asseguradas interpretações mais favoráveis aos trabalhadores, pelo que a decisão proferida pelo TJ corresponde a uma certa alteração na aplicação da Diretiva<sup>1743</sup>.

Neste ponto, importa evidenciar o que escreve Catarina de Oliveira Carvalho no que concerne à derrogação prevista no art. 16.º, alínea a) da Diretiva. Uma vez que Portugal não fez uso das disposições derogatórias consagradas na Diretiva, o TJ não se pronunciou sobre a interpretação a empregar ao referido artigo. Contudo, considerando a interpretação feita ao art. 5.º, isto é, que o trabalhador pode manter-se na execução do seu trabalho ao longo de 12 dias consecutivos, respeitando os descansos diários e período normal de trabalho semanal, percebe-se que o que a alínea a) do artigo. 16.º permite é o trabalho durante 24 dias consecutivos<sup>1744</sup>. O exemplo que nos é dado por aquela Autora consiste no seguinte: o trabalhador goza dois dias de descanso semanal na segunda e terça do primeiro período de 14 dias, seguindo-se outro período de 14 dias, em que o trabalhador usufrui do descanso semanal no sábado e domingo, no final desse segundo

---

<sup>1741</sup> Comunicação interpretativa sobre a Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (2017/C 165/01), de 24 de maio de 2017.

<sup>1742</sup> Trillo Párraga, 2018, p. 67.

<sup>1743</sup> Véricel, 2018, p. 305. No mesmo sentido, Lhernould, 2017, p. 28.

<sup>1744</sup> Carvalho, 2017, pp. 341-343.

período de 14 dias. Logo, o trabalhador trabalharia 12 dias no primeiro período mais 12 dias no segundo período<sup>1745</sup>.

Tendo em vista esta última constatação, o que nos resta indagar é de que forma um trabalhador que execute a sua atividade profissional durante 24 dias consecutivos tem a sua segurança e saúde protegidas. Afinal, esse é o objetivo que a Diretiva pretende alcançar, mas que aqui se vê frustrado.

### **3.2 O seu impacto na jurisprudência nacional**

O panorama jurisprudencial acerca deste tema manteve-se pacífico, até à chegada ao TRP das ações relativamente aos trabalhadores do Casino da Póvoa de Varzim. Em primeiro lugar, encontramos, precisamente, o Acórdão que decidiu suspender a instância e proceder ao reenvio prejudicial para o TJ, no processo n.º 1282/15.9T8MTS<sup>1746</sup>, com a data de 23/05/2016, referindo que “os órgãos jurisdicionais nacionais estão vinculados a interpretar o direito nacional em conformidade com o direito europeu, incluindo as Diretivas, e com a interpretação do mesmo realizada pelo TJUE, tendo em consideração o princípio do primado do Direito da UE”. Mais tarde, em 24/01/2018, surge a decisão do TRP, motivada pelo Acórdão do TJ<sup>1747</sup>.

Curiosamente, em 07/11/2016, no processo n.º 5286/15.3T8MTS<sup>1748</sup>, foi decidido pelo TRP que “o dia de descanso em cada turno não pode ser precedido por mais de seis dias consecutivos de trabalho”. Nesta ação, uma trabalhadora de um lar de idosos, que exercia as funções de cozinheira e cujo horário de trabalho estava organizado por turnos rotativos, intentou uma ação de condenação contra a sua empregadora, de modo a ser-lhe pago trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal, por ter trabalhado sete dias seguidos.

Importa refletir na norma do descanso semanal que o TRP aplicou aqui, problema abordado *supra*, sendo logo afirmado pelo Tribunal que se dá por provado que o lar de idosos tem um regime de laboração contínua. Por conseguinte, aplica-se o art 221.º, n.º 5, ao caso em apreço. De facto, o lar de idosos está aberto vinte e quatro sobre vinte e quatro horas, uma vez que inclui valências de internamento. Diferentemente, o casino não está aberto vinte e quatro horas por dia, todos os dias da semana. Porém, o que não se pode deixar de evidenciar é que os trabalhadores destes dois estabelecimentos trabalham por turnos rotativos, incluindo o trabalho noturno. Desta forma, a diferença de regime aplicável não parece, a nosso ver, justificada. O que se deveria acautelar, em

---

<sup>1745</sup> Noutro estudo, a mesma Autora explica que esta hipótese nem é configurada nos Estados-Membros que consagram a derrogação prevista no art. 16.º, alínea a), da Diretiva: Carvalho, 2018, p. 256.

<sup>1746</sup> Coletivo de Juízes: Jorge Manuel Loureiro (Relator), Jerónimo Joaquim Freitas e Eduardo Peterson Silva.

<sup>1747</sup> Contudo, não conseguimos ter acesso a tal documento, porquanto não se encontra publicado no DGSI.

<sup>1748</sup> Coletivo de Juízes: António José Ascensão Ramos (Relator), Jerónimo Freitas e Nelson Fernandes.

todas estas decisões, é o descanso semanal dos trabalhadores por turnos rotativos, sendo pouco relevante se esse trabalho é efetuado em regime de laboração contínua ou não, mas a existência dos turnos rotativos.

O sobredito Acórdão reflete a opinião formulada por Liberal Fernandes, salientando que a expressão contida no art. 221.º, n.º 5, “em cada período de sete dias”, não tem de ser reconduzida à semana de calendário. Aliás, com a entrada em vigor do CT de 2003, alterou-se a expressão “um dia de descanso em cada semana de calendário”, que o art. 27.º, n.º 5, do DL n.º 409/71 albergava, para a expressão que ainda hoje se mantém no art. 221.º, n.º 5. Trata-se, portanto, de uma clarificação do legislador, que assim expôs em que dia deve recair o descanso semanal. É feita uma alusão ao considerando n.º 5 da Diretiva n.º 2003/88, que estipula que os trabalhadores têm de possuir um “limite máximo no horário de trabalho semanal”, limite que é respeitado através de um período máximo de horas de trabalho por semana, tal como consagra o art. 6.º, alínea b), da Diretiva, e através de um número máximo de dias consecutivos de trabalho. O facto de o legislador nacional ter optado pelo período de referência de sete dias, tendo em conta que não acolheu o estabelecido na alínea a) do art. 16.º da Diretiva, “traduz uma opção legislativa no sentido da limitação a seis o número consecutivo de dias de trabalho, incluindo para o trabalho por turnos”<sup>1749</sup>. Esta parece-nos a decisão acertada e devidamente fundamentada, analisada a evolução histórica do regime em apreço.

Relativamente ao processo n.º 1284/15.5T8MTS<sup>1750</sup>, foi proferido em 05/12/2016 um Acórdão, no sentido de suspender a instância e aguardar a apreciação do TJ nos termos solicitados no processo n.º 1282/15.9T8MTS. Uma vez comunicada a decisão do TJ aos autos, surge novo Acórdão, datado de 05/02/2018, que transcreve e acolhe na sua totalidade o Acórdão de 24/01/2018, tendo em consideração que o tema em apreciação, a factualidade e a Ré são os mesmos. Com efeito, tratava-se de um ex-trabalhador do Casino da Póvoa de Varzim que ocupava as funções de caixa fixo e que peticionava, igualmente, indemnização e compensação pelos sétimos dias consecutivos de trabalho que executou. Assim, é logo enunciado que o Casino não laborava continuamente durante 24 horas, pelo que não se está perante o âmbito de aplicação do art. 221.º, n.º 5, mas do art. 232.º do CT.

Apelando-se à força obrigatória do Acórdão do TJ, que vincula o juiz nacional, afirma-se que a posição do Autor não encontra aqui sustentação, ou seja, o dia de descanso não tem de ser concedido, o mais tardar, no sétimo dia.

Confrontado com a decisão do TJ, o Autor argumentou que, para além do direito da União Europeia, é necessário atender ao disposto nas Convenções n.º 14 e n.º 106.

---

<sup>1749</sup> Fernandes, 2012, pp. 202 e 203.

<sup>1750</sup> Coletivo de Juízes: Jerónimo Freitas (Relator), Nelson Fernandes e Fernanda Soares.

Contudo, esta possibilidade é afastada pelo Tribunal, que indica que estas Convenções têm como âmbito de aplicação setores de indústria, comércio e escritórios, o que, no caso em apreço, não se verifica.

Neste aresto é ainda abordada a questão de os trabalhadores das salas de jogo beneficiarem de dois dias de descanso consecutivos, o primeiro obrigatório e o segundo complementar, em virtude de Acordos de Empresa celebrados, estabelecendo a cláusula 36.<sup>a</sup> do Acordo de Empresa publicado no Boletim do Trabalho e Emprego n.º 31 de 2007 que “1. Todos os trabalhadores abrangidos por este Acordo de Empresa têm direito a dois dias de descanso semanal seguidos”. Outro argumento apontado pelo Autor é o de que, ao abrigo do disposto no art. 15.º, os Estados-Membros podem permitir “a aplicação de convenções coletivas ou acordos celebrados entre parceiros sociais mais favoráveis à proteção da segurança e saúde dos trabalhadores”, e, assim, o estipulado naquele Acordo de Empresa seria um regime mais favorável, derogando a interpretação efetuada pelo TJ. Neste ponto, e cremos com razão, o TRP considerou que, de facto, se trata de um regime mais favorável, porquanto atribui mais um dia de descanso semanal do que é obrigatório, contudo, para a questão em juízo, nada acrescenta, isto é, saber quantos dias de trabalho consecutivos se pode prestar até ser concedido um dia de descanso.

É mencionado o Acórdão proferido em 07/11/2016, no processo n.º 5286/15.3T8MTS, uma vez que a sentença foi em sentido contrário ao que agora se decide, e tal questão foi levantada pela Autora. O TRP adverte que não se trata da mesma situação, considerando que o que se pretendia apurar era se o dia de descanso semanal para trabalhadores por turnos em regime de laboração contínua teria de recair ao fim de seis dias consecutivos de trabalho. Por conseguinte, exigia-se uma interpretação do conteúdo do art. 221.º, n.º 5, e não do art. 232.º.

Deparámo-nos com outro Acórdão, de 11/07/2018, que partilha as mesmas circunstâncias, no processo n.º 1266/15.7T8MTS<sup>1751</sup>, e que procedeu, igualmente, à suspensão da instância e aguardou a pronúncia do TJ. O TRP, mais uma vez, posiciona-se ao lado do TJ, pois “se não encontram razões para daquele divergir”.

Por último, cabe examinar o Acórdão do STJ, datado de 14/11/2018, no processo n.º 1181/15.4T8MTS<sup>1752</sup>. O Autor interpôs recurso de revista, atenta a discrepância nas decisões do TRP, pois, no caso dos trabalhadores por turnos em regime de laboração contínua, o seu descanso semanal teria de ser ao cabo de seis dias consecutivos de trabalho, enquanto os trabalhadores por turnos que não estão sujeitos ao regime de laboração contínua podem beneficiar do descanso semanal após sete dias consecutivos ou mais de trabalho. Nas palavras do Autor, “é impossível de justificar em termos de

---

<sup>1751</sup> Coletivo de Juízes: Nelson Fernandes (Relator), Rita Romeira e Teresa Sá Lopes.

<sup>1752</sup> Coletivo de Juízes: Júlio Gomes (Relator), Ribeiro Cardoso e Ferreira Pinto.

unidade do ordenamento jurídico que o legislador permitisse para a generalidade dos trabalhadores a marcação de dias de descanso após sete, oito, nove, dez, ou mais dias de trabalho consecutivo e fosse depois limitar essa possibilidade na norma do art. 221.º, n.º 5, para a laboração contínua e situações similares”.

Alega o Autor que o Casino é uma empresa de laboração contínua e, por isso, reclama a aplicação do n.º 5 do art. 221.º, e, se assim não for considerado, sempre usufrui da aplicação do art. 232.º, que impõe a concessão do dia de descanso ao sétimo dia. Mais uma vez se invoca o art. 15.º da Diretiva, sendo que o TJ refere expressamente no seu Acórdão que “cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, e em que medida, a regulamentação nacional aplicável no processo principal prevê essa proteção mais alargada”<sup>1753</sup>, atendendo não só àqueles artigos do CT, mas também ao art. 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP e Convenção n.º 106 da OIT.

Neste Acórdão do STJ, realça-se que o TJ entendeu que a expressão “por cada período de sete dias” acolhida pelo art. 5.º da Diretiva é um conceito autónomo de direito da União e que “importa que a mesma resposta seja dada a esta mesma questão em todas as jurisdições dos Estados Membros que possam ser chamados a decidi-la”. O STJ afirma que o TJ declara expressamente que uma eventual norma que conferisse o dia de descanso após seis dias de trabalho não seria forçosamente mais favorável para o trabalhador.

Destaca-se, de seguida, que o juiz nacional se encontra vinculado ao princípio da interpretação conforme, não só na interpretação da legislação nacional, como também na interpretação de Convenções internacionais.

Quanto à questão de saber se o Casino é uma empresa de laboração contínua, o Tribunal responde negativamente, pois não se trata de uma atividade industrial, devendo ser aplicado àquele estabelecimento o período de abertura, exposto no n.º 2 do art. 201.º do CT, para além de que a expressão “laboração contínua” implica que a laboração seja, de facto, de vinte e quatro horas sobre vinte e quatro horas. Desta exposição resulta que se deve aplicar ao caso dos autos o art. 232.º do CT. No momento de interpretação desta norma, é referido que esta não oferece dúvidas, “consagrando o direito a um dia de descanso em um período de referência de sete dias (sendo que uma semana é, precisamente, um período de sete dias), interpretação que, aliás, é perfeitamente compatível com a letra da lei”. No que se refere ao art. 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP, este normativo não explicita em que dia deve ser concedido o dia de descanso semanal.

Em relação à interpretação da Convenção n.º 106 da OIT, este Tribunal, mais uma vez, alude ao princípio da interpretação conforme, invocando jurisprudência do TJ,

---

<sup>1753</sup> Parágrafo 49 do Caso Maio Marques da Rosa.

designadamente o decidido no processo C-188/07<sup>1754</sup>, que nos diz, no seu parágrafo 84: “Daqui resulta que, ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à diretiva ou de disposições resultantes de convenções internacionais subscritas pelo Estado-Membro, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE”. Deste excerto retira-se que existe uma obrigação de interpretar as Convenções internacionais que tenham sido subscritas pelos Estados-Membros e não pela União Europeia de acordo com o direito da União Europeia. Assim, defende-se que o art. 6.º, n.º 1, da Convenção n.º 106 da OIT pode ser interpretado no sentido de prever, igualmente, um período de referência de sete dias, apesar de a Comissão de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT considerar que o descanso semanal deve obedecer ao princípio da regularidade, continuidade e uniformidade. Na opinião sustentada pelo STJ, a interpretação feita por esta Comissão não é autêntica nem propriamente vinculante.

Em último lugar neste Acórdão, é mencionado o art. 2.º, n.º 5, da CSER, que admite o trabalho durante 12 dias consecutivos até à concessão do dia de descanso semanal, em virtude da interpretação efetuada pelo CEDS.

Em suma, com esta decisão cessam as dúvidas de que o art. 232.º do CT permite que os trabalhadores usufruam do dia de descanso semanal após sete ou mais dias consecutivos de trabalho, desde que esse dia de descanso semanal seja concedido dentro do período de referência de sete dias. Apesar de não se referir expressamente que esta interpretação deve também ser aplicada ao art. 221.º, n.º 5, pensa-se que, implicitamente, é o que resulta da sentença<sup>1755</sup>. É proferido que a expressão “por cada período de sete dias” é um conceito autónomo de direito da União e que, por isso, deve ser aplicada de forma idêntica em todos os Estados-Membros, para além de que descansar ao sétimo dia não consiste num regime mais favorável para o trabalhador, pelo que não entra dentro do âmbito de aplicação do art. 15.º da Diretiva.

---

<sup>1754</sup> Acórdão do TJ de 24 de junho de 2008.

<sup>1755</sup> Neste sentido, veja-se Martinez, *et al.*, 2019, p. 563.

### 3.3 A conformidade da decisão do TJ com os diplomas internacionais

Atendendo ao decidido pelo TJ e, por conseguinte, pelo STJ, torna-se indispensável apreciar a compatibilidade da sua interpretação com os diplomas internacionais relativos ao descanso semanal.

Como já foi referenciado *supra*, a OIT possui duas Convenções neste âmbito, as Convenções n.º 14<sup>1756</sup> e n.º 106<sup>1757</sup>, sendo que ambas expõem que o descanso semanal deve ser concedido “em cada período de sete dias”, expressão quase idêntica à utilizada no art. 5.º da Diretiva n.º 2003/88.

A este respeito, Raúl Ventura e Monteiro Fernandes interpretam a expressão utilizada nas sobreditas Convenções como não indicando em que dia da semana deve recair o dia de descanso semanal<sup>1758</sup>.

Em sentido oposto, Jorge Leite entende que o estipulado nas Convenções confere ao trabalhador o descanso ao sétimo dia<sup>1759</sup>. Tal como já se referiu anteriormente, Liberal Fernandes é da opinião de que, com a entrada em vigor do CT de 2003, mais concretamente do art. 189.º, n.º 5 (cuja solução se mantém inalterada no art. 221.º, n.º 5), o direito nacional alcançou a conformidade com as normas das referenciadas Convenções da OIT<sup>1760</sup>.

A Comissão de Especialistas na Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT já se pronunciou quanto à interpretação a dar às Convenções n.º 14 e n.º 106, mencionando que o princípio do descanso semanal consagrado naquelas Convenções deve ser lido em conformidade com os princípios da regularidade, continuidade e uniformidade<sup>1761</sup>. Ora, o princípio da regularidade implica que o dia de descanso seja gozado sempre no mesmo dia da semana, após seis dias consecutivos de trabalho.

Tal como realça Catarina de Oliveira Carvalho, o art. 7.º da Convenção n.º 106 permite ao Estado-Membro estipular regimes especiais do princípio do descanso semanal.

---

<sup>1756</sup> O seu art. 2.º estipula o seguinte: “1. Todo o pessoal ocupado em qualquer estabelecimento industrial, público ou privado, ou nas suas dependências, deverá, ressalvadas as exceções previstas nos artigos presentes, gozar, em cada período de sete dias, de um descanso de vinte e quatro horas consecutivas pelo menos. 2. Esse repouso será concedido, tanto quanto possível, simultaneamente a todo o pessoal de cada estabelecimento e coincidirá, na medida do possível também, com os dias consagrados pela tradição ou pelos usos do país ou da sua região respetiva”.

<sup>1757</sup> O seu art. 6.º prevê que: “1. Todas as pessoas às quais se aplica a presente convenção terão direito, sob reserva das derrogações previstas nos artigos seguintes, a um período de repouso semanal, compreendendo um mínimo de 24 horas consecutivas, por cada período de sete dias. 2. O período de repouso semanal será, sempre que possível, concedido simultaneamente a todas as pessoas interessadas, do mesmo estabelecimento. 3. O período de repouso semanal coincidirá, sempre que possível, com o dia da semana reconhecido como tal pela tradição ou pelos usos do país ou da região. 4. As tradições e os usos das minorias religiosas serão respeitados na medida do possível”.

<sup>1758</sup> Ventura & Fernandes, 1985, p. 15.

<sup>1759</sup> Leite, 1984/1985, pp. 104 e 105.

<sup>1760</sup> Fernandes, 2012, p. 201; Carvalho, 2006, pp. 51 e 52.

<sup>1761</sup> OIT, 2011, pp. 7 e 8.



Contudo, é necessário que o Estado-Membro que o pretenda fazer inclua essa intenção nos relatórios anuais, ao abrigo do disposto no art. 11.º, o que Portugal não fez<sup>1762</sup>.

Em última análise, o regime consagrado nas Convenções n.º 14 e n.º 106 não se encontra em desacordo com o direito da União Europeia, uma vez que a Diretiva n.º 2003/88 ressalva que os Estados-Membros podem prever normas mais favoráveis à proteção da segurança e saúde dos trabalhadores, nos termos do art. 15.º<sup>1763</sup>.

Outro instrumento legislativo internacional a ter em conta, desta feita europeu, é a CSER, já mencionado no ponto 2.3 deste trabalho, mais concretamente o n.º 5 do art. 2.º, que nos diz que o descanso semanal deve coincidir “com o dia da semana reconhecido como dia de descanso pela tradição ou pelos usos do país ou da região”. O conteúdo deste preceito parece não ser esclarecedor, pelo que é preciso atentar na interpretação que o CEDS executa. Nestes termos, entende o Comité que o descanso deve ser semanal; contudo, os Estados-Membros podem prever o seu adiamento para a semana seguinte, havendo 12 dias de trabalho consecutivos, aos quais se seguem dois dias de descanso<sup>1764</sup>. Comparativamente, a Diretiva n.º 2003/88 permite derrogações mais vastas do que esta.

---

<sup>1762</sup> Carvalho, 2017, p. 349.

<sup>1763</sup> Carvalho, 2017, p. 350.

<sup>1764</sup> Lorcher, 2017, p. 177; Harris & Darcy, 2001, p. 66. Estes Autores advertem que esta solução pode resultar numa violação do art. 2.º, n.º 1, da CSER, que dita que os trabalhadores têm direito a “duração razoável ao trabalho diário e semanal, devendo a semana de trabalho ser progressivamente reduzida, tanto quanto o aumento da produtividade e os outros fatores em jogo o permitam”. Deste modo, no adiamento do descanso semanal é necessário assegurar que o trabalhador não executa a sua atividade profissional excedendo o período normal de trabalho semanal.

## **Conclusões**

Um dos primeiros aspetos a retirar deste trabalho é que os trabalhadores sujeitos a uma organização do tempo de trabalho por turnos rotativos se encontram numa posição mais vulnerável do que os trabalhadores com um horário de trabalho convencional. As consequências que o trabalho efetuado nestes termos acarreta ligam-se, principalmente, ao trabalho noturno e cada vez são mais os estudos publicados a evidenciar os efeitos negativos deste tipo de organização de tempo de trabalho.

No que se refere à jurisprudência emanada do TRP, vislumbra-se uma divisão. Por um lado, quando está em causa a aplicação do art. 232.º do CT, é permitido que o dia de descanso semanal recaia, no mínimo, no oitavo dia depois de sete dias de trabalho prestado. Por outro lado, ao abrigo do disposto no art. 221.º, n.º 5, não é possível o trabalho durante sete dias seguidos, sendo necessário que o dia de descanso seja no sétimo dia. O fator diferenciador é a laboração contínua do estabelecimento onde os trabalhadores por turnos executam o seu trabalho. No entanto, indagamos se a laboração contínua é suficiente para diferenciar os trabalhadores por turnos e as disposições que lhe são aplicáveis. Veja-se que, no Caso Maio Marques da Rosa, os turnos dos trabalhadores do Casino eram distribuídos entre as 15 horas e 3 horas, de domingo a quinta-feira, e entre as 16 horas e 4 horas, nos restantes dias, incluindo, portanto, trabalho noturno. Atenta a penosidade acrescida do trabalho noturno e a dificuldade de recuperação física do trabalhador, não consideramos que o facto de o Casino não laborar de forma contínua seja de alguma forma bastante para concluir que os trabalhadores não têm de usufruir do dia de descanso ao sétimo dia.

Relativamente à sentença proferida pelo STJ, entendemos que o Tribunal não faz esta divisão, pois o Julgador, depois de analisar toda a legislação nacional, comunitária, europeia e internacional, chega à conclusão de que o descanso semanal pode ocorrer, em qualquer caso, num período de referência de sete dias.

Compreende-se que para o empregador seja difícil compatibilizar todos os horários dos seus trabalhadores assegurando o descanso ao sétimo dia, podendo até acarretar gastos mais avultados por parte da entidade patronal. Contudo, existem certas prerrogativas que têm como razão de ser a proteção do trabalhador e, assim, refere expressamente o considerando 4 da Diretiva n.º 2003/88, a segurança e saúde do trabalhador não pode ser menosprezada em função de interesses económicos.

Cremos que muitos aspetos conduzem a uma aplicação de uma interpretação mais restritiva dos artigos que contêm com o descanso semanal.

Em primeiro lugar, não podemos ignorar os princípios constitucionais aplicáveis neste âmbito. Desde logo, o princípio da igualdade<sup>1765</sup>, que, na sua vertente positiva, estabelece a obrigação de tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é diferente<sup>1766</sup>. Veja-se que trabalhar por turnos, principalmente turnos rotativos, tem implicações muito diferentes daquelas verificadas num horário de trabalho dito convencional, em que os trabalhadores executam a sua atividade profissional das 9 horas às 18 ou 19 horas, de segunda a sexta-feira. O trabalho por turnos rotativos, para além de o trabalhador não ter um descanso regular ao longo da semana, implica um maior nível da organização no seio familiar. Na nossa opinião, são situações diferentes, e que, por conseguinte, merecem soluções diferentes. Todavia, essa solução diferente não pode ser considerada nos termos em que o TRP e o STJ entendem. Por um lado, o facto de o estabelecimento não laborar de forma contínua não é suficiente para retirar uma maior proteção aos trabalhadores por turnos. Por outro, não se pode aplicar a mesma solução a todos os trabalhadores, como parece defender o STJ.

Aliás, esta interpretação parece reforçada pelo considerando n.º 10 da Diretiva n.º 2003/88: “A situação dos trabalhadores noturnos e dos trabalhadores por turnos exige que o nível de proteção de que gozam em matéria de segurança e de saúde seja compatível com a natureza das suas tarefas e que os serviços e meios de proteção e de prevenção estejam organizados e funcionem de forma eficaz”.

De seguida, encontramos o já analisado princípio do descanso semanal, e que assume natureza constitucional. Tal como destaca Liberal Fernandes, quando esta norma foi introduzida na CRP, o entendimento pacífico na época era de que o repouso seria ao sétimo dia<sup>1767</sup>.

Outro aspeto a ter em conta, e que se vislumbra como extremamente relevante, é o de que os trabalhadores por turnos estão sujeitos, como não poderia deixar de ser, ao período normal de trabalho semanal de 40 horas. O adiamento do dia de descanso semanal para o oitavo, nono ou décimo dia pode violentar esse direito dos trabalhadores. Realça-se que até as Conclusões do Governo Português no Caso Maio Marques da Rosa vão no sentido de conceder o dia de descanso ao sétimo dia<sup>1768</sup>.

Por fim, é preciso atender à evolução histórica das redações dos preceitos que acolhem o princípio do descanso semanal. Anteriormente à entrada em vigor do CT de 2003, empregava-se a expressão “em cada semana de calendário”. Posteriormente, e de modo

---

<sup>1765</sup> Art. 13.º da CRP.

<sup>1766</sup> Miranda & Medeiros, 2017, p. 166.

<sup>1767</sup> Fernandes, 1995, p. 90: “dada a unanimidade então existente quanto a esse regime, é de admitir que, ao formular o princípio do descanso semanal, o legislador constituinte se tivesse limitado a acolher a realidade normativa dominante, passando a conferir-lhe veste constitucional”.

<sup>1768</sup> “(...) cada trabalhador tem direito a gozar um período mínimo de 24 horas de descanso ininterrupto após seis dias de trabalho consecutivos.”.

a transpor a Diretiva n.º 2003/88 para o ordenamento jurídico interno, com a entrada em vigor do CT de 2003, a expressão passou a ser “em cada período de sete dias”. Este elemento histórico revela-se importante, no sentido em que o legislador ordinário sentiu a necessidade de modificar a expressão, adequando-a às normas europeias. Se o legislador considerasse que o art. 5.º da Diretiva incluía um período de referência, não teria modificado a expressão.

## Bibliografia

- AGRIA, F. & PINTO, M.L.C. (1972). *Contrato individual de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- ALES, E. & POPMA, J. (2019). Occupational health and safety and working time. In Jaspers, T., Pennings, F. & Peters, S. (eds.). *European labour law*, pp. 452-495. Cambridge: Intersentia Ltd.
- ALVES, M.L.T. (2011). As fronteiras do tempo de trabalho. In Fernandes, A.M. (org.). *Estudos de direito do trabalho*, pp. 109-159. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J.L. & MOREIRA, T.C. (2019). A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: Sujeitos, relações e presunções. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, pp. 81-111.
- CARVALHO, A.N. (2004). Duração e organização do tempo de trabalho no Código do trabalho. In Moreira, A. (coord.). *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 95-121. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.N. (2011). Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código de Trabalho. In Carvalho, P.M. (coord.). *Código do Trabalho – A revisão de 2009*, pp. 327-379. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C.O. (2006). A regulamentação nacional do tempo de trabalho e o direito comunitário: Omissões e incompatibilidades. *Questões Laborais*, n.º 27, pp. 33-59.
- CARVALHO, C.O. (2017). Trabalho por turnos e descanso semanal: Novos contributos para velhas questões. *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol. II, pp. 315-265.
- CARVALHO, C.O. (2018). Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de novembro de 2017, *António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação, SA*, Processo C-306/16. *Anuário Português de Direito Internacional 2017*, pp. 243-260.
- CANOTILHO, J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, A.M. (2019). *Direito do trabalho II*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A.M. (2019). *Direito do trabalho*, 19.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, F.L. (1995). *Comentário às leis de duração do trabalho e do trabalho suplementar*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, F.L. (2012). *O tempo de trabalho – Comentário aos artigos 197.º a 236.º do Código de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, F.L. (2018). *O Trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Porto: Universidade do Porto – Reitoria.
- GOMES, J.M.V. (2007). *Direito do trabalho – Relações individuais de trabalho*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2012). Condiciones justas y equitativas. In Monereo Atienza, C. & Monereo Pérez, J.L. (dir. e coord.). *La Europa de los derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, pp. 783-805. Granada: Comares.
- HARRIS, D. & DARCY, J. (2001). *The European Social Charter*, 2.ª Edição. Nova Iorque: Transnational Publishers, Inc.

LEITE, J. (1984/1985). Descanso semanal e trabalho em regime de turnos rotativos. *Revista de Direito e Economia*, pp. 87-136.

LEITE, J. & ALMEIDA, F.J.C. (1985). *Coletânea de leis do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

LEITE, J. (2004). *Direito do trabalho*, vol. II. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra.

LEITÃO, L.M. (2019). *Direito do trabalho*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

LHERNOULD, J.P. (2017). Repos hebdomadaire: La fin de la théorie du septième jour? *JCP/La Semaine Juridique – Édition Sociale*, n.º 48, pp. 25-28.

LORCHER, K. (2017). The right to just conditions of work. In Bruun, N., Lorcher, K., Schomann, I. & Clauwaert, S. (eds.). *The European Social Charter and the employment relation*, pp. 535-557. Oxford: Hart Publishing.

LORCHER, K. (2019). Article 31 – Fair and just working conditions. In Dorssemont, F., Lorcher, K., Clauwaert, S. & Schmitt, M. (dirs.). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and employment relation*, pp. 535-557. Oxford: Hart Publishing.

MARTINEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P.M., GRAY, G. & SILVA, L.G. (2019). *Código do Trabalho anotado*, 12.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P.R. (2019). *Direito do trabalho*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I. Lisboa: UCP Editora.

MOURA, B. (1980). *Compilação de direito do trabalho – Sistematizada e anotada*. Coimbra: Almedina.

NETO, A. (1984). *Contrato de trabalho – Notas práticas*, 9.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Livraria Petrony.

OIT (2011). *El tiempo de trabajo en el siglo XXI*, Ginebra. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_162148.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_162148.pdf).

PAIS, S.O. (2013). Princípio da interpretação conforme. In Pais, S.O. (coord.). *Princípios fundamentais de direito da União Europeia. Uma análise jurisprudencial*, 3.<sup>a</sup> Edição, pp. 93-107. Coimbra: Almedina.

PINTO, M., MARTINS, P.F. & CARVALHO, A.N. (1994). *Comentário às leis do trabalho*, vol. I. Lisboa: Lex.

RAMALHO, M.R.P. (2019). *Tratado de direito do trabalho: Parte II – Situações laborais individuais*, 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

SILVA, I.S. (2012). *As condições de trabalho no trabalho por turnos*. Lisboa: Climepsi Editores.

SILVA, I.S., PRATA, J. & FERREIRA, A.I. (2014). *Horários de trabalho por turnos: Da avaliação dos efeitos às possibilidades de intervenção*. [http://ricot.com.pt/artigos/1/IJWC.7\\_ISilva%20et%20al\\_68.83.pdf](http://ricot.com.pt/artigos/1/IJWC.7_ISilva%20et%20al_68.83.pdf).

TRILLO PÁRRAGA, F. (2018). La periodicidad del descanso semanal. Una aproximación a su régimen jurídico a partir de la STJUE de 9 de noviembre de 2017. *Trabajo y Derecho*, n.º 41, pp. 64-76.

VENTURA, R. & FERNANDES, A.M. (1985). Trabalho por turnos rotativos e descanso semanal. *Coletânea de Jurisprudência*, vol. II, pp. 11-17.

VERICEL, M. (2018). Précisions de la jurisprudence européenne sur le droit au report des congés annuels et sur la prise du repos hebdomadaire. *Revue de Droit du Travail*, abril, pp. 304-307.

XAVIER, B.G.L. (1972). *Regime jurídico do contrato de trabalho*. Coimbra: Atlântida.

XAVIER, B.G.L. (1986). Descanso semanal em regime de turnos. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, abril/junho, pp. 272-279.

XAVIER, B.G.L. (1992). *Curso de direito do trabalho*. Lisboa: Editorial Verbo.

XAVIER, B.G.L. (2018). *Manual de direito do trabalho*, com a colaboração de Martins, P.F., Carvalho, A.N., Vasconcelos, J. & Almeida, T.G., 3.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Rei dos Livros.

**Cláusula Geral Anti Abuso**

**Lei antiga e lei nova, que diferenças?**

Diana Patrícia Tavares Maia

Sob a orientação do

Professor Doutor Rui Duarte Morais

(Com a colaboração da Mestre Mónica Duque)



## **Agradecimentos**

Ao Professor Doutor Rui Duarte Morais, pela oportunidade de explorar e trabalhar este tema, e pelos importantes conhecimentos transmitidos na fase curricular.

À Mestre Mónica Duque pelo constante apoio e disponibilidade, mas, sobretudo, pela vontade de fazer crescer esta dissertação.

À Cláudia e à Ana Luísa, pela amizade e cumplicidade neste percurso que juntas percorremos.

Aos meus Pais pela constante luta para me proporcionarem um futuro melhor, e por tudo o que as palavras não permitem dizer.

À minha família, ao Gonçalo, aos meus amigos, os de sempre e os que a Universidade me deu, por tudo.

## **Resumo**

A presente dissertação estuda a cláusula geral anti abuso consagrada na lei portuguesa. Tomando como ponto de partida as recentes alterações legislativas, é desenvolvida uma análise comparativa entre a lei nova e a lei antiga e traçado o pano de fundo do seu enquadramento na evolução verificada no panorama internacional. Para dar cumprimento a este objetivo, apresenta-se um estudo dos instrumentos internacionais que nos vão auxiliar na compreensão da realidade atual desta figura, e um estudo dos elementos característicos em vigor no regime nacional até à transposição da ATAD 1, e dos que vigoram no atual regime. Pretendemos, deste modo apurar, por um lado, se há diferenças significativas e, por outro, se esta alteração que deu origem à lei nova era efetivamente necessária para um combate mais eficiente à elisão fiscal.

**Palavras-chave:** Anti-Tax Avoidance Directive; cláusula geral anti abuso; elisão fiscal; lei antiga; lei nova.

## **Abstract**

This dissertation studies the General Anti-Abuse Rule enshrined in Portuguese law. Taking as a starting point the recent legislative changes, a comparative analysis between the new law and the old law is developed and the background of its framing in the evolution verified in the international panorama is outlined. In order to fulfil this objective, a study is presented of the international instruments that will help us to understand the current reality of this figure, and a study of the characteristic elements in force in the national regime until the transposition of ATAD 1, and of those in force in the current regime. In this way, on the one hand we intend to determine whether there are any significant differences, and, on the other hand, whether this change that gave rise to the new law was indeed necessary for a more efficient fight against tax avoidance.

**Keywords:** Anti-Tax Avoidance Directive; general anti-abuse rule; tax avoidance; old law; new law.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|          |                                                                    |
|----------|--------------------------------------------------------------------|
| Ac.      | Acórdão                                                            |
| Art.     | Artigo                                                             |
| AT       | Administração Tributária                                           |
| ATAD 1   | Anti-Tax Avoidance Directive                                       |
| BEPS     | Base Erosion and Profit Shifting                                   |
| CAAD     | Centro de Arbitragem Administrativa                                |
| CC       | Código Civil                                                       |
| CDT      | Convenção de Dupla Tributação                                      |
| CE       | Comissão Europeia                                                  |
| Cf.      | Confrontar                                                         |
| CMOCDE   | Convenção Modelo da OCDE                                           |
| CGAA     | Cláusula Geral Anti abuso                                          |
| CIRC     | Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas                       |
| CIRS     | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares        |
| CPPT     | Código de Procedimento e Processo Tributário                       |
| CRP      | Constituição da República Portuguesa                               |
| DSMA     | Diretiva Sociedades-Mães e Afilhadas                               |
| DUE      | Direito da União Europeia                                          |
| EC       | Estados Contratantes                                               |
| EM       | Estado-Membro                                                      |
| IRC      | Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas                   |
| IRS      | Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares                  |
| LA       | Lei Antiga                                                         |
| LGT      | Lei Geral Tributária                                               |
| LN       | Lei Nova                                                           |
| MCCIS    | Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades |
| MLI      | Multilateral Instrument                                            |
| N.º      | Número                                                             |
| OCDE     | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico          |
| P. / PP. | Página(s)                                                          |
| PPT      | Principle Purpose Test                                             |
| SGPS     | Sociedade Gestora de Participações Sociais                         |
| STJ      | Supremo Tribunal de Justiça                                        |

|      |                                       |
|------|---------------------------------------|
| TCA  | Tribunal Central Administrativo       |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TUE  | Tratado da União Europeia             |

# Índice

Introdução

I. CGAA no panorama internacional

1. CGAA no contexto da OCDE

1.1. A Ação 6 do Plano BEPS

1.1.1. A CGAA na CMOCDE

2. CGAA no contexto europeu

II. CGAA no plano nacional

1. Princípios subjacentes à CGAA

2. Estrutura da CGAA portuguesa

2.1. Regime vigente antes da transposição da ATAD 1: LA

2.1.1. Elemento meio

2.1.2. Elemento resultado

2.1.3. Elemento intelectual

2.1.4. Elemento normativo

2.1.5. Elemento sancionatório

2.2. A CGAA e a jurisprudência

2.3. Regime vigente a partir da transposição da ATAD 1: LN

2.3.1. Elemento meio

2.3.2. Elemento resultado

2.3.3. Elemento intelectual

2.3.4. Elemento normativo

2.3.5. Elemento sancionatório

Conclusões

Bibliografia

## Introdução

O nosso estudo versa sobre a mais recente alteração à CGAA, prevista pelo art. 38.º, n.º 2 da LGT, cujo objetivo primordial é o combate à elisão fiscal, i.e., penalizar contribuintes que recorram a esquemas ardilosos, contornando a lei aplicável em condições normais, por forma a obter uma situação fiscal mais vantajosa, situação em que, apesar da sua aparência legal, não são respeitados os propósitos das normas fiscais envolvidas.

Conhecida pelo seu carácter amplo, esta norma representa, na atualidade, uma das maiores armas dos Estados no combate aos vários esquemas fiscais postos em prática pelo contribuinte e que não são abarcados pelas normas anti abuso específicas. Dada a reconhecida impossibilidade de o legislador prever todas as circunstâncias abusivas, esta figura é tida como uma “válvula de escape” em diversos sistemas fiscais mundiais.

Atentando ao panorama internacional, rapidamente percebemos que a CGAA não é uma novidade. Contudo, a sua importância para o direito fiscal ganhou contornos significativos com o aumento de práticas de planeamento fiscal executadas, nomeadamente, por empresas multinacionais, estas sob impulso da globalização e de crescentes políticas de livre circulação de capitais, ou de fomentação de investimentos estrangeiros diretos.

As elevadas proporções que este problema tomou, e a rápida adaptação do contribuinte às barreiras que lhe eram impostas, tornou urgente uma atuação combinada entre os Estados.

Nesta esteira, em junho de 2012, o G20 defendeu a necessidade de prevenção da denominada “base erosion and profit shifting” – erosão da base tributável e transferência de lucros. Foi, então, criado pela OCDE o Plano de Ação BEPS, constituído por quinze ações com o propósito de combater este fenómeno a um nível mundial. Destaque especial para a Ação 6, que trouxe consigo medidas de combate ao abuso das convenções fiscais mediante a inserção de uma CGAA nas mesmas, sob a forma de *Principal Purpose Test* (PPT); indicações posteriormente absorvidas pela CMOCDE mediante o MLI, presente na Ação 15.

Como resposta a esta movimentação, vemos surgir no plano europeu o Pacote Anti Elisão no ano de 2016, com o propósito de coordenar a adoção das recomendações do Plano BEPS da OCDE dirigidas ao plano interno e às relações com Estados terceiros. Deste pacote destaca-se a Diretiva (UE) 2016/1164, comumente conhecida como ATAD 1, e que veio estabelecer um nível mínimo de proteção contra a elisão fiscal. É com este ato legislativo que surge uma CGAA inspirada na da OCDE, com o fim de ser aplicada por todos os EM, numa tentativa de uniformizar a resposta destes potenciais casos de elisão fiscal ao nível interno ou transfronteiriço. Não podemos deixar de referir que a

jurisprudência do TJUE desempenhou um papel essencial na construção da atual CGAA europeia.

Será sobre esta fase mais recente da evolução desta figura no âmbito internacional que a nossa análise recairá.

No que ao ordenamento jurídico português diz respeito, a CGAA foi primeiramente introduzida pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, encontrando-se prevista no art. 32.º-A do Código de Processo Tributário. A ausência de estudo ou análise prévia que apoiasse a compreensão da mesma, e as dúvidas no plano da inconstitucionalidade, levaram à sua inevitável não aplicação. Nova versão surgiu com a Lei n.º 100/99, de 26 de julho, desta feita consagrada no art. 38.º, n.º 2 LGT. Contudo, foi apenas com a Reforma Fiscal de 2000, e com a entrada em vigor da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, que a CGAA veio assumir contornos de eficácia no sistema fiscal português.

A transposição da ATAD 1 para o ordenamento jurídico português fez surgir a mais recente alteração da CGAA, esta introduzida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio. A análise deste novo regime tomará a maioria do nosso trabalho.

Confrontados com esta nova alteração, são algumas as questões que nos inquietam, dado o historial de controvérsia que envolve esta figura: seria a CGAA em vigor até então insuficiente ou menos eficiente na resposta aos mais recentes desafios trazidos pela globalização? Terá esta nova versão respeito pelos princípios do estado social, da legalidade, tipicidade e segurança jurídica, princípios garantísticos fundamentais no ordenamento jurídico português? E relativamente ao binómio justiça/segurança, cuja tensão dialética se revela com particular nitidez nesta figura, para qual dos lados penderá esta atualização? Por fim, será a atual versão mais exigente, e por isso menos flexível, dificultando, por um lado, a aplicação pela AT e beneficiando, por outro, o contribuinte, ou, pelo contrário, será menos exigente e, assim, mais flexível, verificando-se exatamente o inverso?

São estes os problemas que queremos explorar com esta dissertação, recorrendo à comparação entre o novo regime e o anterior no plano interno, enquadrada pela necessária análise da CGAA no panorama internacional.

## I. CGAA no panorama internacional

Estão identificados dois fatores centrais no agravamento da situação da erosão das bases fiscais. O primeiro, e tal como referido a título introdutório, é a globalização, pois tal circunstância levou a que, nomeadamente, sociedades multinacionais se deslocalizassem em busca de se estabelecerem num Estado mais vantajoso a nível fiscal, o que, conseqüentemente, gerou o aumento do recurso a esquemas de planeamento fiscal abusivo<sup>1769</sup>. Assim, diríamos que a ausência de harmonização no direito fiscal ao nível internacional constitui um dos principais motores do planeamento fiscal, aproveitando-se o contribuinte destas fragilidades.

Por outro lado, com o crescente interesse por parte dos diferentes Estados em atrair investimento das aludidas sociedades (no caso dos Estados da fonte<sup>1770</sup>) ou, pelo contrário, de evitar a sua saída (na situação dos Estados de residência<sup>1771</sup>) levou a que se tornasse assunto a concorrência fiscal entre Estados. A adoção de medidas de livre circulação de capitais, ou fomentação de investimentos estrangeiros diretos, veio intensificar tal concorrência, acentuando os desequilíbrios internos na OCDE e UE<sup>1772</sup>.

A CGAA constitui uma das várias soluções a serem aplicadas no combate a estes fenómenos, que nos aparece com diferente roupagem no âmbito da OCDE e no âmbito da UE, apesar das inegáveis similitudes. E, por essa razão, faremos aqui uma análise separada.

No âmbito da OCDE, a CGAA surge para combater o abuso das convenções fiscais, nomeadamente o fenómeno *treaty shopping*; no âmbito da UE, a CGAA vem aproximar-se da anterior, não só para se aliar no combate ao fenómeno BEPS e assim cumprir os compromissos assumidos, mas também para garantir uma atuação coordenada e coerente por parte dos EM no combate às práticas abusivas nos impostos sobre as sociedades. De facto, só um regime comum permite evitar a fragmentação do mercado e acabar com as assimetrias existentes<sup>1773</sup>.

---

<sup>1769</sup> Cabe-nos fazer um esclarecimento terminológico prévio – apesar de elisão fiscal e planeamento fiscal abusivo ou agressivo serem conceitos unívocos, ao longo do tempo foram sendo utilizados por organizações diferentes. Assim, e para efeitos desta dissertação, elisão fiscal traduz-se no recurso pelo contribuinte a esquemas ardilosos, contornando a lei aplicável em situação normal, por forma a obter uma situação fiscal mais vantajosa, sendo que, apesar da sua aparência legal, não são respeitados os propósitos das normas fiscais afetadas. A ATAD 1 utiliza este termo como fenómeno a ser combatido pelos EM e, conseqüentemente, também a legislação nacional, após a transposição desta para o ordenamento jurídico português. Por esta razão, será por nós utilizado na análise da CGAA da Diretiva e nacional. O planeamento fiscal abusivo ou agressivo (adotaremos o termo abusivo em consonância com a legislação nacional neste campo) consiste no ato de tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das lacunas causadas pela interação de dois ou mais sistemas fiscais com o propósito de reduzir a carga fiscal. A OCDE utiliza este termo como uma das causas de BEPS, e o conceito de abuso das convenções fiscais para justificar medidas como a inserção do PPT na Ação 6 do Plano BEPS. Será nestes exatos moldes que iremos empregar estes termos na análise deste contexto.

<sup>1770</sup> Estados nos quais são obtidos rendimentos.

<sup>1771</sup> Estados nos quais se encontra localizada a sede ou direção efetiva da sociedade comercial.

<sup>1772</sup> Dourado, 2017, p. 25.

<sup>1773</sup> ATAD 1, considerando 2.



Ainda ao nível internacional, seguindo a jurisprudência do TJUE é possível identificar uma estrutura típica das CGAA, constituída por dois elementos: (1) elemento objetivo, segundo o qual temos um conjunto de factos que, embora aparentemente legais, desrespeitam o propósito das normas fiscais; e (2) elemento subjetivo, que consiste na vontade do contribuinte em obter uma vantagem fiscal indevida, recorrendo, para isso, a condições artificiais<sup>1774</sup>.

## 1. CGAA no contexto da OCDE

No Comentário ao art. 1.º da CMOCDE de 2003, a OCDE estabeleceu que seria aplicado um princípio-guia a todas as convenções fiscais celebradas a partir desse mesmo ano. Segundo este, os benefícios associados às CDT não podem ser assegurados a quem coloque em prática esquemas ou transações com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal, constituindo esta uma situação contrária ao espírito da norma em causa<sup>1775</sup>.

A crise financeira de 2008 provocou a emergência e tornou visíveis problemas graves de várias índoles, como o crescente surgimento de zonas *offshore* ou paraísos fiscais<sup>1776</sup>, ou o aumento de situações de fraude e evasão fiscal<sup>1777</sup>. Tal cenário veio desencadear uma reação por parte do G20, nomeadamente com a implementação de medidas para fomentar a cooperação administrativa em matéria fiscal e a transparência fiscal, assim como medidas para pôr termo aos paraísos fiscais.

Todavia, havia ainda uma preocupação que requeria uma atenção especial: o crescimento do fenómeno BEPS, recurso a estratégias de planeamento fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas normas fiscais de dois ou mais regimes jurídicos a aplicar a uma situação concreta mediante uma transferência artificial de lucros para localizações onde a tributação dos mesmos é reduzida ou nula, e onde há pouca ou nenhuma atividade económica desenvolvida pelo contribuinte, sendo que a maioria dos esquemas para obter estes resultados é ilegal.

Circunstâncias como estas comprometem a justiça e a integridade dos sistemas fiscais, pois os sujeitos passivos que operam ao nível transfronteiriço e que consigam recorrer a esquemas de planeamento fiscal serão, conseqüentemente, mais competitivos

---

<sup>1774</sup> Referimos esta estrutura na fase inicial da dissertação dada a influência significativa destes dois testes para apurar práticas abusivas na CGAA europeia e, conseqüentemente, na norma interna, como veremos mais à frente. Ac. Emsland-Starke, C-110/99, pp. 52 e 53.

<sup>1775</sup> OCDE (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, p. 73.

<sup>1776</sup> Considera-se paraísos fiscais os territórios de baixa tributação, muitas vezes com sigilo bancário associado. Cf. Dourado, 2017, p. 26.

<sup>1777</sup> Evasão fiscal diz respeito ao uso de esquemas ilegais através dos quais o contribuinte paga menos imposto do que aquele a que estava legalmente obrigado, mediante a ocultação de informações de rendimento das autoridades fiscais. Em causa está a prática de atos ilegais nos quais a responsabilidade tributária é ocultada ou ignorada.

face aos que operam ao nível local. Além do mais, o facto de os contribuintes serem confrontados com o não pagamento dos impostos que seriam devidos por empresas multinacionais questiona e desincentiva o cumprimento voluntário do pagamento de impostos por parte dos mesmos<sup>1778</sup>.

Nesta senda, a OCDE e o G20 criaram o Plano de Ação BEPS em 2013, com o propósito de pôr em execução uma atuação coordenada a nível mundial no combate a este fenómeno e que, resumidamente, estabelece uma moldura segundo a qual a tributação acontece no país onde os lucros e o valor são gerados. É constituído por quinze ações, e cada uma corresponde a uma problemática identificada como contributiva para o BEPS.

Esta necessidade crescente de coordenação no combate ao aludido fenómeno levou a uma alteração gradual no paradigma do direito fiscal internacional, cedendo o bilateralismo o passo ao multilateralismo. Apesar das várias críticas apontadas e dos desafios inerentes, só desta forma será possível atingir a tão desejada justiça na tributação de qualquer contribuinte<sup>1779</sup>.

### **1.1. A Ação 6 do Plano BEPS**

A Ação 6 assume como desígnio evitar o abuso de convenções fiscais e a consequente obtenção de benefícios indevidos, sendo esta uma das principais fontes do BEPS, segundo a OCDE. É com esta ação que surge uma proposta de CGAA assente no teste do objetivo principal – PPT, que analisaremos adiante.

Entre os EM da OCDE são celebradas CDT, com incidência nos impostos sobre o rendimento e o património, ou seja, impostos que se referem a qualquer acréscimo patrimonial ocorrido na esfera jurídica do contribuinte, sendo apenas aplicadas ao sujeito passivo com residência num dos EC. O seu objetivo primordial é evitar a dupla tributação, mas cada vez mais evidenciam como fim o combate ao abuso das mesmas por razões fiscais. Têm como ponto de partida a CMOCDE, um modelo de convenção que é adaptado a várias circunstâncias e que contempla um mínimo que deve ser respeitado pelos Estados que a ela recorram.

É possível identificar duas situações que configuram abuso das CDT: (1) o contribuinte contorna as limitações impostas pelas CDT; (2) o contribuinte contorna a lei do seu país de residência, para poder aceder aos benefícios concedidos pelas CDT<sup>1780</sup>.

No que toca à primeira, a mais importante para o nosso estudo, de uma forma geral, estamos perante situações de *treaty shopping*, sendo esta uma modalidade de planeamento fiscal que “se caracteriza pelo recurso ao elemento de conexão subjetivo de

---

<sup>1778</sup> OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p. 8.

<sup>1779</sup> Dourado, 2017, p. 47; Cuoco, 2019, p. 870.

<sup>1780</sup> Broe & Luts, 2015, p. 124.

que as Convenções fazem depender a sua aplicação: a residência”<sup>1781</sup>. Com a manipulação deste elemento, o contribuinte consegue aceder aos benefícios fiscais resultantes de CDT, que lhe estariam vedados em circunstâncias normais<sup>1782</sup>. Não tendo o contribuinte residência em nenhum dos EC da CDT que lhe suscite interesse, recorre a estruturas jurídicas artificiais denominadas de sociedades veículo, ou *conduit companies*<sup>1783</sup> (expressão anglo-saxónica)<sup>1784</sup>, i.e., cria uma sociedade por si controlada, para obter indiretamente a condição de residente no Estado do seu interesse, acedendo, assim, a benefícios fiscais que lhe são favoráveis. De notar que, quantas mais CDT um país tiver celebrado, maiores as possibilidades de planeamento fiscal e, logo, de o mesmo ser utilizado como um *conduit state*<sup>1785</sup>.

Não sendo a residência o único elemento manipulável pelo agente económico no âmbito do fenómeno *treaty shopping*, como forma de prevenção já tinha sido anteriormente incluída na CMOCDE a cláusula anti abuso do beneficiário efetivo<sup>1786</sup>. A sua função é neutralizar as situações em que não há atividade económica na residência, i.e., casos em que a residência é completamente fictícia.

Todavia, apesar dos esforços levados a cabo no âmbito da OCDE, os mesmos pareciam insuficientes e o fenómeno *treaty shopping* continuava a ser uma das maiores fontes de BEPS, representando enormes perdas fiscais.

Como resposta a estas situações de abuso, a Ação 6 propõe a alteração da CMOCDE, nomeadamente incluindo um “*minimum standard*” para combater o *treaty shopping*. Foram, assim, delineadas três estratégias: (1) inclusão de uma declaração dos EC em como estes pretendem evitar a criação de situações que favorecem a tributação nula ou reduzida, assim como o *treaty shopping*; (2) uma cláusula específica anti abuso, denominada *limitation-on-benefits* (LOB); e (3) inclusão de uma CGAA baseada no PPT, para abarcar outras formas de abuso das CDT que não são cobertas pela LOB<sup>1787</sup>. Cabe a cada Estado decidir se introduz ambas, ou apenas uma<sup>1788</sup>.

No que respeita à segunda modalidade suprarreferida, o agente económico contorna a aplicação das leis domésticas por forma a ter acesso às vantagens fiscais das

---

<sup>1781</sup> Courinha, 2015, p. 291.

<sup>1782</sup> Broe & Luts, 2015, p. 127.

<sup>1783</sup> Há que distinguir esta figura de um fenómeno existente em Direito Fiscal – interposição fictícia de pessoas –, pois, ao contrário desta, as estruturas com recurso a *conduit companies* não ocultam nenhuma realidade à AT. Existe, até, uma clara correspondência entre a vontade e a declaração, sendo titulares dos direitos e deveres adstritos à sua figura jurídica.

<sup>1784</sup> Courinha, 2015, p. 298.

<sup>1785</sup> Lang *et al.*, 2010, p. 52.

<sup>1786</sup> Vide art. 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2 e 12.º, n.º 3 CMOCDE.

<sup>1787</sup> OCDE (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp. 9 e 10.

<sup>1788</sup> OCDE (2019), *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 16.

convenções que, *ad initio*, lhe seriam negadas. Não estando em causa o abuso direto de cláusulas das CDT, mas antes um acesso indevido a estas mediante a manipulação de normas internas, a OCDE entende que tal situação abusiva não pode ser solucionada com recurso às disposições convencionais, mas sim mediante normas anti abuso domésticas<sup>1789</sup> (entre outras, com os contributos de doutrinas como a substância sobre a forma, substância económica, abuso do direito, ou fraude à lei<sup>1790</sup>).

### 1.1.1. A CGAA na CMOCDE

Já foi por nós referido que uma das medidas previstas na Ação 6 é a inclusão de uma CGAA baseada no PPT na CMOCDE<sup>1791</sup>. Com a transposição do art. 7.º, n.º 1 MLI<sup>1792</sup>, esta encontra-se prevista no art. 29.º, n.º 9 daquela nos seguintes termos:

(...) um benefício ao abrigo desta convenção não deverá ser atribuído a uma categoria de rendimentos ou de capital se é razoável concluir que, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, a obtenção desse benefício foi um dos objetivos principais de um esquema ou transação que resultou direta ou indiretamente desse benefício, exceto se se concluir que a atribuição desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e o fim das provisões desta Convenção<sup>1793</sup>.

Atentando ao texto transcrito, somos levados a pensar que a OCDE buscou inspiração no já mencionado princípio guia. Todavia, e apesar das semelhanças, os documentos produzidos vêm esclarecer que o princípio é aplicado de forma independente face à aludida norma, que simplesmente o confirma<sup>1794</sup>.

Até porque, na opinião de vários autores, a OCDE vem com esta redação baixar de forma quase despercebida o nível de anti abuso para negar benefícios fiscais ao nível das CDT, por comparação com o princípio-guia<sup>1795</sup>. Senão vejamos: o art. 29.º, n.º 9 CMOCDE refere, como teste subjetivo, a necessidade de a obtenção do benefício fiscal ser um dos principais objetivos da transação/esquema levado a cabo pelo contribuinte. Deste modo, e apesar de os Comentários a este artigo darem ênfase a um “teste de razoabilidade” – a aplicação desta norma requer um estudo profundo às circunstâncias

---

<sup>1789</sup> Broe & Luts, 2015, p. 126.

<sup>1790</sup> OCDE (2015), *Preventing...*, cit., p. 79.

<sup>1791</sup> Existem países que não vão incluir o PPT em todas as CDT, o que tornará possível que os esquemas de planeamento fiscal proliferem fora daquelas que o contenham; Cf. Taramountas, 2019, p. 932.

<sup>1792</sup> O MLI resulta da Ação 15 do Plano BEPS e destina-se a incorporar nas convenções fiscais bilaterais as várias medidas deste Plano que lhes digam respeito, como é o caso das resultantes das Ações 2, 6, 7 e 14. Pretende-se que haja uma modificação destas de forma coordenada e consistente, eliminando as lacunas nas normas fiscais internacionais para diminuir as oportunidades de empresas multinacionais levarem a cabo práticas de elisão fiscal. É do texto deste MLI que resulta a CGAA atualmente em vigor na CMOCDE. Gomes, 2019, p. 67.

<sup>1793</sup> Tradução nossa.

<sup>1794</sup> OCDE (2017), *Model...*, cit., p. 73.

<sup>1795</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131 e 132.

factuais relevantes para cada caso, uma análise casuística e ausência de presunções pelas administrações fiscais<sup>1796</sup> –, não podemos deixar de alertar para o facto de poderem cair no âmbito desta norma situações em que de facto há uma intenção fiscal, mas em que a mesma, sendo uma das principais, não é a única. O facto de ser suficiente que pelo menos um dos motivos seja a obtenção do benefício fiscal, pode gerar a aplicação da CGAA a situações de planeamento fiscal lícito<sup>1797</sup> onde, para além da motivação fiscal, existe, também, uma razão económica perfeitamente válida<sup>1798</sup>.

Nesta esteira, partilhamos da posição de que a CGAA só deveria ser aplicada aos casos em que a finalidade essencial é obter o benefício fiscal das CDT, não existindo, por detrás, uma razão económica genuína e aceitável<sup>1799</sup>. Não consideramos que este baixo grau de previsibilidade<sup>1800</sup> para o contribuinte seja o preço correto a pagar para aumentar a justiça na tributação e a integridade das bases fiscais.

Relativamente ao teste objetivo previsto pela norma, é de notar que a letra da lei torna claro que apenas serão negadas as vantagens fiscais ao abrigo da CDT efetivamente afetada pelas práticas abusivas do contribuinte. Excluídas estão as vantagens que resultam das leis fiscais domésticas ou de outra CDT que não a visada pelo contribuinte.

A inclusão desta CGAA pela OCDE veio pôr termo a um problema antigo – o da compatibilização entre as CGAA domésticas e as CDT, i.e., atualmente sabemos que não podemos recorrer às normas anti abuso domésticas para combater o abuso das convenções fiscais (que poderiam levar a situações de dupla tributação)<sup>1801</sup>, mas tais normas ou até mesmo doutrinas judiciais não sairão afetadas por aquelas<sup>1802</sup>.

## **2. CGAA no contexto europeu**

Como resposta às propostas do Plano BEPS, a nível europeu foi aprovado, em janeiro de 2016, um Pacote Anti Elisão, no qual se incluía a proposta da ATAD 1. Esta diretiva é dirigida a todos os contribuintes sujeitos a impostos sobre as sociedades num EM, abrangendo igualmente os estabelecimentos estáveis. Surge com o objetivo de

---

<sup>1796</sup> OCDE (2017), *Model...*, cit., p. 590.

<sup>1797</sup> Dada a complexidade que esta problemática levanta, e não sendo este o foco principal desta dissertação, apenas referir, de uma forma sintética, que muitos são os autores que consideram este PPT (CGAA da CMOCDE) incompatível com as liberdades fundamentais do DUE e, consequentemente, com a jurisprudência do TJUE. No contexto europeu é clara a possibilidade de o contribuinte explorar as liberdades fundamentais para obter um tratamento fiscal mais favorável, exceto se tal for com recurso a meios artificiais. O que não acontece aqui, como vimos, pois, situações como estas, permitidas no contexto europeu, podem ser alvo de aplicação deste PPT. Embora uma análise mais profunda aos exemplos dados pela OCDE no Comentário ao art. 29.º, n.º 9 CMOCDE nos leve a pensar que haverá uma potencial convergência entre estes dois mundos. Vide Cuoco, 2019, pp. 876-884.

<sup>1798</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131 e 132; Cuoco, 2019, p. 873.

<sup>1799</sup> Broe & Luts, 2015, pp. 131 e 132.

<sup>1800</sup> De um modo sintético, resumir que este carácter amplo da PPT, com a consequente baixa previsibilidade, entra em choque com o princípio da proporcionalidade previsto no art. 5º, n.º 4 TUE e a segurança jurídica, podendo originar problemas nos deveres que cabem aos EM. Vide Pietro, 2020, p. 91.

<sup>1801</sup> Chand, 2018, p. 123.

<sup>1802</sup> OCDE (2017), *Model...*, cit., pp.74-78; OCDE (2015), *Preventing...*, cit., p. 79.

melhorar a resiliência do mercado interno europeu às práticas de elisão fiscal transfronteiriças mediante o estabelecimento de um grau mínimo de proteção do mercado interno. Com ela visa-se uma ação coordenada entre os EM, pois uma ação independente apenas acentuaria as distorções que até então se verificavam<sup>1803</sup>.

Antes de entrarmos na análise da norma em si, referir que a consagração desta no contexto europeu traz consigo uma importante vantagem – torna claro o dever de os EM combaterem o abuso dos impostos diretos sobre as sociedades, vazio que não podia ser preenchido pela jurisprudência do TJUE<sup>1804</sup>. E, por esta mesma razão, é agora permitido às autoridades europeias monitorizar a conduta dos EM quanto a esta temática, nomeadamente quando estes são demasiado brandos com os contribuintes nos momentos em que os processos são sujeitos à sua apreciação<sup>1805</sup>. Trata-se, assim, de um marco importante na harmonização dos impostos diretos ao nível europeu.

No que respeita à CGAA, a teoria do abuso de direito construída pela jurisprudência do TJUE<sup>1806</sup>, assim como a presença desta figura em diretivas anteriores à ATAD 1, ou mesmo a discussão desde 2011 para a proposta de MCCIS (entretanto colocada em segundo plano), demonstram que este não é assunto novo na UE. Todavia, o Plano BEPS imprimiu-lhe importante evolução.

A CGAA encontra-se consagrada no art. 6.º da ATAD 1, prevendo o seu n.º 1 o seguinte:

1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais<sup>1807</sup> de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais que uma etapa ou parte.

---

<sup>1803</sup> ATAD 1, considerandos 1-5.

<sup>1804</sup> No âmbito dos impostos diretos – os que importam para a CGAA –, a jurisprudência do TJUE apenas delimitava negativamente o que era considerado abuso de direito. Dada a ausência de regulação expressa no DUE, neste domínio, o TJUE analisava as situações abusivas ao nível das justificações para restringir as liberdades fundamentais, e nunca no acesso ao DUE, o que ficou claro no Ac. Cadbury Schweppes, considerandos 39 a 75. Ou seja, ao TJUE competia a decisão sobre o modo como cada EM não devia tributar (por via de harmonização negativa).

<sup>1805</sup> Charrete, 2019, pp. 177-181.

<sup>1806</sup> Um dos seus contributos essenciais para a construção da CGAA da ATAD 1 foram os dois testes para provar se uma prática é abusiva ou não, e que surgiram pela primeira vez com o Ac. Emsland-Starke (considerandos 52 e 53): (1) é necessário que, de um conjunto de circunstâncias objetivas, haja um respeito formal pela legislação europeia, não sendo, contudo, o objetivo por estas prosseguido respeitado; (2) um elemento subjetivo que consiste na vontade do contribuinte em obter uma vantagem resultante das normas europeias, via criação artificial dos requisitos exigidos para a obtenção da mesma. O recurso a estes testes é constante, tendo, inclusive, sido confirmados em dois acórdãos recentes – N Luxembourg, C-115/16, considerando 124, e T Danmark, C-116/16, considerando 97.

<sup>1807</sup> Sublinhado nosso.

Com a análise desta norma, verificamos que, quanto ao elemento subjetivo, e no que toca às práticas abusivas<sup>1808</sup>, a nova versão afasta-se da jurisprudência do TJUE – *sole purpose* (finalidade essencial)<sup>1809</sup> e vai ao encontro do já previsto na DSMA, que por sua vez se baseou no PPT da OCDE<sup>1810</sup>. Consequentemente, é menos restrita, retirando margem de manobra aos contribuintes<sup>1811</sup>.

Relativamente ao elemento objetivo da nova CGAA – a obtenção da vantagem fiscal frustra “o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” – este continua na linha da jurisprudência do TJUE<sup>1812</sup>.

A inclusão do teste da natureza do negócio trouxe controvérsia, pois denotamos uma alteração da terminologia utilizada por esta diretiva – teste da genuinidade –, ao passo que o TJUE vinha falando em teste dos expedientes puramente artificiais<sup>1813</sup>. Relativamente a esta modificação, a CE refere que a CGAA proposta “visa refletir os testes de artificialidade do TJUE quando estes são aplicados no interior da União”<sup>1814</sup>. Com este argumento, somos levados a pensar que há uma intenção de “colar” esta CGAA à jurisprudência do TJUE com o objetivo de provar que continua a ser respeitado o princípio da proporcionalidade, não suscitando, por isso, restrições às liberdades fundamentais do DUE (liberdades que devem sempre ser respeitadas em qualquer circunstância)<sup>1815</sup>. Por forma a não haver dúvidas, nem criar riscos de parecer que a jurisprudência do TJUE sai desacreditada, a solução adequada teria sido a conciliação das duas terminologias.

O n.º 2 do já mencionado art. 6.º explica que uma montagem ou série de montagens não será genuína quando “não seja posta em prática por razões economicamente válidas que reflitam realidade económica”. Com esta explicação, o nosso argumento suprarreferido ganha ainda mais força, pois a expressão “realidade económica” já tinha sido associada ao teste dos expedientes puramente artificiais na jurisprudência do TJUE<sup>1816</sup>. Apesar de não serem termos completamente novos<sup>1817</sup>,

---

<sup>1808</sup> Broe & Beckers, 2017, p. 141.

<sup>1809</sup> Ac. Halifax, C-255/02, pp. 69, 75 e 81; Conclusões do advogado-geral sobre o Ac. Halifax, p. 70. De notar que o TJUE, em dois acórdãos recentes – N Luxembourg, C-115/16, considerando 127 e T Danmark, C-116/16, considerando 100 – utilizou a expressão “principal objetivo ou um dos principais objetivos” no âmbito do elemento subjetivo da norma anti abuso, aproximando-se, assim, da posição mais ampla adotada pela OCDE. Presumimos que esta ampliação do elemento subjetivo pelo TJUE tenha como propósito evitar possíveis colisões entre a sua posição e aquela assumida pela OCDE.

<sup>1810</sup> Rigaut, 2016, p. 502.

<sup>1811</sup> Esta situação de aproximação entre o PPT e a CGAA da ATAD 1 poderá ser importante para resolver os antigos problemas de incompatibilidade entre o DUE e as CDT.

<sup>1812</sup> Ac. Emsland-Starke, C-110/99, p. 52.

<sup>1813</sup> Ac. Cadbury Schweppes, C-196/04, pp. 51 e 55.

<sup>1814</sup> Comissão Europeia (2016), *Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno*. Bruxelas, p. 9.

<sup>1815</sup> Helminem, 2019, p. 278.

<sup>1816</sup> Ac. Cadbury Schweppes, C-196/04, p. 55; Ac. Egiom e Enka, C-6/16, p. 30.

<sup>1817</sup> O conceito “razões comerciais válidas” foi originalmente utilizado na Diretiva *Fusões, cisões e outras operações de reestruturação empresarial*. Cf. Dourado, 2017, p. 131.

poderão suscitar algumas dúvidas, levando, em última instância, a uma retração na aplicação desta figura.

Apesar de todas as alterações, parece poder afirmar-se que se mantém a afirmação do princípio da liberdade de iniciativa e confiança empresarial, ou seja, o contribuinte tem o direito de optar por uma estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para a sua atividade comercial, o que já era reconhecido na jurisprudência do TJUE<sup>1818</sup>.

Como última consideração, a presença do teste da genuinidade consubstancia uma maior justiça na aplicação desta figura, uma vez que se restringe apenas aos casos em que o propósito base não é aceitável. Assim, em esquemas com alguma substância comercial, só será aplicada esta norma até ao limite da artificialidade dos mesmos<sup>1819</sup>. Contrariamente, a não consagração do referido teste na versão da OCDE torna a sua aplicação mais abrangente, podendo, em teoria, abarcar situações que, razoavelmente, não deveriam ser abarcadas pela mesma<sup>1820</sup>.

Por forma a concluir a análise à CGAA europeia, resta-nos abordar a consequência da aplicação da mesma: de acordo com o art. 6.º, n.º 3 da diretiva, “Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional”.

Contrariamente ao previsto no PPT, cuja aplicação apenas origina a não atribuição do benefício fiscal das CDT, a CGAA da ATAD 1 vai mais longe, e permite a recaracterização ou requalificação do ato pela lei nacional<sup>1821</sup>, sendo este o único ponto onde existe discricionariedade para os EM. Esta possibilidade já tinha sido anteriormente prevista pelo TJUE no Ac. Halifax<sup>1822</sup>, embora no âmbito de um imposto face ao qual existia harmonização (IVA). A novidade ao nível dos impostos diretos poderá trazer (pelo menos numa fase inicial) alguns problemas de eficácia.

## II. CGAA no plano nacional

Já mencionámos que a CGAA foi introduzida pela primeira vez no ordenamento jurídico português no ano de 1998. Todavia, foi com a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, que esta figura provocou um maior impacto, visto que até então a sua aplicação era nula, dados os problemas referidos *infra*. Apesar de a técnica ser diferente,

---

<sup>1818</sup> Segundo a jurisprudência do TJUE (Ac. Halifax, Ac. Cadbury Schweppes, Ac. N Luxembourg 1, mais recentemente, entre outros), ficou estabelecido que o exercício de liberdades fundamentais com a intenção de beneficiar de um regime fiscal mais favorável não constitui por si só um comportamento abusivo. É necessário que as autoridades competentes provem que houve recurso a atos puramente artificiais para contornar a legislação aplicável em situação normal; Cf. Lazarov & Govind, 2019, p. 856 e Fazendeiro, 2015, pp. 7 e 8.

<sup>1819</sup> Pietro, 2020, p. 88.

<sup>1820</sup> Cuoco, 2019, p. 878.

<sup>1821</sup> Navarro, 2016, p. 125.

<sup>1822</sup> Ac. Halifax, C-255/02, pp. 91 e 94.



esta norma nacional, atualmente prevista no art. 38.º, n.º 2 LGT, teve como inspiração o § 42 da *Abgabenordnung*, a lei geral tributária alemã.

Foi inserida no ordenamento jurídico português para fazer face à elisão fiscal, apontada pela doutrina e jurisprudência nacional como uma das três formas de minimizar a carga fiscal<sup>1823</sup>, que se caracteriza pela prática de comportamentos *extra legem* por parte do contribuinte.

A plasticidade do contribuinte aos vários obstáculos que o legislador vai colocando ao nível fiscal é enorme e, em regra, desacompanhada de uma rápida e pronta evolução na legislação fiscal capaz de lhe fazer frente. Sem uma CGAA capaz de abarcar um sem-número de situações não previstas nas cláusulas anti abuso específicas, estaríamos na presença de um “jogo do gato e do rato”, na conhecida expressão de Casalta Nabais<sup>1824</sup>.

Não descurando um certo grau de incerteza e indeterminabilidade característico da CGAA, esta tem de incorporar uma garantia adicional de segurança e certeza jurídica. Atualmente, para além de prever alguns critérios para orientação do intérprete, constitui uma garantia de estabilidade e de coerência do sistema fiscal português, pois “ao definir um limite para a liberdade de conformação do sujeito passivo, [a CGAA] consagrou simultaneamente o seu direito a uma atuação com tutela jurídica dentro desses limites”<sup>1825</sup>. Daí a sua elevada importância.

Para a sua aplicação, o legislador prevê o recurso a um procedimento próprio, previsto no art. 63.º CPPT, cuja tramitação assegura importantes garantias ao contribuinte<sup>1826</sup>. Tendo a AT o ónus da prova, cabe a esta demonstrar o preenchimento de cada um dos elementos que compõem a CGAA, não havendo, por isso, lugar a “suposições” ou presunções legais. O legislador faz depender a aplicação desta norma da audiência prévia do contribuinte no prazo de trinta dias contados da notificação do projeto de decisão, podendo neste período apresentar toda a prova conveniente, bem como de um procedimento de inspeção tributária ao beneficiário do rendimento e substituto tributário, se for esse o caso.

---

<sup>1823</sup> A doutrina identifica três formas de minimizar o imposto a pagar, as quais não devem ser confundidas: (1) gestão ou planeamento fiscal – *intra legem*, método totalmente lícito, algumas vezes até querido pelo legislador, ou é atribuído ao contribuinte o direito de optar pela via fiscalmente menos onerosa, desde que dentro dos limites legais, e nunca com pretensões fraudulentas; (2) elisão fiscal – *extra legem*, caracterizada no texto desta dissertação a título introdutório; (3) fraude fiscal – *contra legem*, em causa está a prática de atos ou negócios ilícitos, que são diretamente contrários à lei, e de que são exemplo a não entrega de impostos, alteração ou ocultação de factos que devam constar da contabilidade ou obtenção de reembolsos fiscais indevidos. Para Joaquim Freitas Rocha, a ilicitude é um critério importante na distinção destes três conceitos, atribuindo ilicitude acentuada à fraude fiscal, ilicitude moderada à elisão fiscal e licitude ao planeamento fiscal que não recorre a práticas abusivas. Rocha, 2012, p. 12; Ac. TCA Sul n.º 04255/10.

<sup>1824</sup> Nabais, 2012, p. 213.

<sup>1825</sup> Sanches, 2007, p. 159.

<sup>1826</sup> Nabais, 2012, pp. 215-216.

A análise no plano interno será feita com referência aos princípios basilares da CGAA e à comparação entre o anterior e o novo regime desta figura, objeto central desta dissertação.

## 1. Princípios subjacentes à CGAA

Num Estado de Direito, há princípios e pilares que balizam e em que assenta a CGAA.

O art. 103.º, n.º 1 CRP prevê o princípio do estado social<sup>1827</sup>, que impõe ao sistema fiscal a satisfação das necessidades financeiras do Estado e entidades públicas, a promoção da justiça social e a garantia de uma distribuição equitativa de rendimentos e riqueza. Fenómenos como a elisão fiscal diminuem significativamente a receita fiscal do país, comprometendo este princípio<sup>1828</sup>.

Estando a CGAA consagrada numa norma fiscal, impende sobre ela o respeito pelo princípio da legalidade fiscal, consagrado nos arts. 103.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al. i), CRP. No seu entendimento clássico, reflete a expressão anglo-saxónica “*no taxation without representation*”, i.e., este princípio regula as formas de produção de normas jurídicas em matéria fiscal, atribuindo à Assembleia da República competência exclusiva para aprovação de leis fiscais, regulação dos elementos essenciais dos impostos<sup>1829</sup>.

Este princípio é de tal maneira importante para o direito fiscal que justifica uma dimensão extensiva, uma exigência garantística de densificação através do princípio da tipicidade, assegurando assim o cumprimento da mesma. Este princípio garante que apenas são tributáveis os factos que estão por lei sujeitos a isso mesmo, de uma forma tão determinada e precisa que aos órgãos administrativos e intérpretes não é deixado espaço para introduzir critérios subjetivos na sua aplicação.

A legalidade e a tipicidade dão às normas fiscais essenciais a previsibilidade de que elas necessitam, o que permite ao contribuinte ter a certeza da natureza (lícita ou ilícita) do facto ou conduta que está a praticar, assegurando a racionalidade das condutas por eles levadas a cabo. É a tradução do princípio da segurança e certeza jurídica no direito fiscal.

A análise destes princípios permite antever o risco de erosão de garantias gerado pela CGAA, dada a sua natureza e características. Vejamos porquê.

Sabemos que o âmbito de aplicação da CGAA é propositadamente abrangente de modo a fazer face às infintas formas de manipulação e planeamento fiscal postas em

---

<sup>1827</sup> Nabais, 2012, pp. 163-164.

<sup>1828</sup> A importância deste princípio no contexto de um Estado de Direito motivou a evolução de várias doutrinas fiscais anti abuso: primazia da substância sobre a forma (*substance over form*), substância económica do negócio (*economic substance*), teste do objetivo principal (PPT), transação por passos (*step-by-step transaction*) e transação farsa (*sham transaction*). Vide Decisão Arbitral n.º 162/2017-T, p. 5.

<sup>1829</sup> Sanches, 2007, p. 116; Nabais, 2012, pp. 141-150.

prática pelo contribuinte e que não são devidamente atingidas pelas normas anti abuso específicas. Por conseguinte, “uma adesão estrita ao formalismo jurídico-fiscal é absolutamente irrealista e quixotesca”<sup>1830</sup>. O facto de esta norma empregar expressões textuais vagas e indeterminadas, que carecem de uma posterior interpretação pelo aplicador, servem o propósito de incentivar o devido pagamento de impostos e desincentivar o recurso a práticas elisivas.

A CGAA comporta um desvio no plano garantístico máximo implícito na visão tradicional do princípio da tipicidade (que repele uma tributação baseada em cláusulas gerais). Afeta também o patamar de proteção inerente ao princípio da segurança e certeza jurídica, pois a sua baixa previsibilidade, associada ao facto de nela não se encontrarem previstas todas as situações que podem desencadear a sua aplicação, provocam diminuição do limiar garantístico do próprio sistema.

Mas o desvio não é total, pois as normas fiscais são comumente conhecidas pela sua constante, por vezes impactante, e necessária alteração. Na tensão entre justiça e segurança, esta figura, apesar de usar de menor intensidade na densificação normativa própria do direito fiscal, assegura um nível razoável de segurança e certeza ao contribuinte na sua atuação.

Podemos concluir que o legislador nacional, com a consagração desta CGAA, vem optar pela prevalência do combate à elisão fiscal como forma de garantir bens constitucionalmente protegidos, como a preservação da base tributária, a “distribuição justa dos encargos tributários que deve acompanhar a criação da norma fiscal”<sup>1831</sup>, em detrimento da segurança e certeza jurídica garantidas ao contribuinte pelas exigências dos princípios da legalidade e tipicidade. A CGAA encontra-se, assim, no centro de uma tensão do binómio justiça/segurança jurídica. Veremos se o novo regime traz novidades a este nível.

## **2. Estrutura da CGAA portuguesa**

Iremos agora proceder à desconstrução da CGAA seguindo o modelo do autor Gustavo Courinha, que tem vindo a ser amplamente adotado pela jurisprudência dos tribunais portugueses<sup>1832</sup>.

---

<sup>1830</sup> Decisão Arbitral n.º 162/2017-T, p. 6.

<sup>1831</sup> Sanches, 2006, p. 168.

<sup>1832</sup> Contrariamente a Courinha, Sérgio Vasques defende que a CGAA é aplicada se: for praticado um ato artificioso, fraudulento, com abuso das formas jurídicas, ocultando o seu verdadeiro propósito, e utilizado anormalmente; o objetivo único e principal for obter uma vantagem fiscal, segregando o objetivo económico real; resultar da lei a intenção clara de tributar aquele ato económico, nos exatos termos se o contribuinte não tivesse recorrido à forma abusiva. Também Saldanha Sanches considera três elementos diferentes: recurso a ato artificioso e fraudulento; verificando-se abuso das formas jurídicas; que tenha a intenção de reduzir a carga fiscal. Vasques, 2019, pp. 375-376; Sanches, 2006, p. 170.

Segundo este, a CGAA é constituída por quatro elementos, que compõem a provisão da norma e são de verificação cumulativa: (1) o elemento meio, que constitui a forma utilizada pelo contribuinte; (2) o elemento resultado, correspondendo à vantagem fiscal obtida; (3) o elemento intelectual, que diz respeito à intenção do contribuinte; e o (4) elemento normativo, quanto à reprovação pelo espírito da norma da vantagem obtida. A estes acresce um quinto, o elemento sancionatório, estabelecido na estatuição da norma, que apenas se verificará se os anteriores estiverem todos preenchidos<sup>1833</sup>.

A atual CGAA encontra-se prevista no art. 38.º, n.º 2 LGT nos seguintes termos:

2. As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.

Esta disposição normativa, tal como suprarreferido, resulta da alteração trazida pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, que transpõe a diretiva ATAD 1, e será analisada mediante comparação com o regime anterior.

## **2.1. Regime vigente antes da transposição da ATAD 1: LA**

A Reforma Fiscal de 2000 e a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, trouxeram o regime da CGAA, que vigorou até à transposição da ATAD 1. A reforma deveu-se, essencialmente, às críticas da versão anterior, pois era demasiado ampla, sacrificando, assim, valores e princípios nos quais o sistema fiscal assenta, nomeadamente o princípio da legalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança. Não permitia que fosse efetuada uma clara distinção entre planeamento fiscal ilícito e lícito.

A alteração trazida pela Reforma de 2000 veio melhorar a formulação e a delimitação desta figura, atribuindo um maior relevo ao tipo de ato jurídico que tem de estar em causa, assim como à intenção do contribuinte que o pratica. Ato que, com a aplicação da CGAA, passou a ser ineficaz para efeitos fiscais, continuando válido para o direito civil.

A CGAA consagrada no art. 38.º, n.º 2 LGT (como hoje), na versão vigente a partir da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, previa o seguinte:

---

<sup>1833</sup> Courinha, 2004, p. 165.

2. São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem a utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

Iremos, então, proceder agora à análise pormenorizada dos cinco elementos que compõem a estrutura da CGAA no regime anterior.

### **2.1.1. Elemento meio**

O elemento meio diz respeito aos atos ou negócios jurídicos a que o contribuinte recorre para obter uma vantagem fiscal indevida.

Relativamente à noção de ato, esta é propositadamente ampla pois, constituindo a CGAA uma “válvula de escape” do sistema fiscal, só assim consegue abranger qualquer comportamento do contribuinte que possa conduzir à sua aplicação.

Apesar de o legislador nada referir, a doutrina, bem como a jurisprudência dos tribunais portugueses<sup>1834</sup>, entendem que em causa tanto pode estar um ato isolado como um conjunto de atos, formando uma estrutura<sup>1835</sup>. Para aprofundar esta última possibilidade, recorreremos à *step transaction doctrine* – doutrina anglo-saxónica caracterizada pelas *step-by-step transactions*, i.e., atos jurídicos que formam uma estrutura indivisível, estão coordenados entre si, verificando-se quando, na sequência do primeiro passo, o passo seguinte já se encontrava previamente planeado, existindo lógica no seu surgimento uma vez que o completa<sup>1836</sup>. Tal sucede mesmo que os atos praticados sejam temporalmente distantes, pois o que aqui importa demonstrar é que a elisão fiscal apenas se dá com a unidade dos atos determinados com antecedência.

O recurso a esta doutrina constitui uma mais-valia para conectar atos isolados que, sendo aparentemente inofensivos, compõem um esquema abusivo.

Só merecem censura os atos praticados de forma livre e consciente pelo contribuinte e face aos quais ele usou de liberdade de conformação no âmbito da sua autonomia privada, i.e., o contribuinte poderia optar pela prática de atos lícitos, mas de forma consciente, optou por aqueles que constituem uma forma de planeamento fiscal

---

<sup>1834</sup> Vide, por exemplo, o Ac. TCA Sul n.º 04255/10, Ac. TCA Norte, n.º 00917/13.3BECBR, e as Decisões Arbitrais n.º 317/2019-T ou n.º 184/2014-T.

<sup>1835</sup> Courinha, 2004, pp. 166-167.

<sup>1836</sup> Cardoso (coord.), 2018, p. 93.

ilícito. Pelo contrário, são desconsiderados, para efeitos da CGAA, os atos jurídicos praticados pelo contribuinte e face aos quais esta liberdade não exista.

Posto isto, torna-se relevante esclarecer em que situações é que os atos jurídicos constituem “meios artificiosos e fraudulentos”. Nas palavras de Saldanha Sanches, um ato jurídico será artificioso “quando a sua utilização só puder ser explicada por razões de natureza fiscal”<sup>1837</sup>, recorrendo ao abuso das formas jurídicas. Para o autor, a intenção fraudulenta é apurada mediante o recurso a este tipo de atos. De notar que o termo “artificiosos” tem origem no já referido teste dos expedientes puramente artificiais, que decorre da jurisprudência do TJUE<sup>1838</sup>.

De modo a verificar se estamos, ou não, perante um ato jurídico deste tipo, é necessário efetuar uma comparação entre os atos jurídicos que respeitam os trâmites normais, considerados mais usuais, vocacionados para um fim económico (ou extrafiscal), e as denominadas *tax driven operations*, i.e., os que se encontram direcionados apenas para a obtenção de uma vantagem fiscal<sup>1839</sup>.

Não existindo um nexo causal entre a forma do ato escolhida e o fim que ele visa, i.e., se apenas conseguirmos explicar a razão do ato jurídico com a obtenção da vantagem fiscal, o elemento meio estará preenchido. Pelo contrário, se não for possível esta comparação, pelo facto de o contribuinte não ter a liberdade supramencionada, estaremos fora do âmbito de aplicação da CGAA.

### **2.1.2. Elemento resultado**

O conceito de vantagem fiscal subjacente ao regime em análise é amplo<sup>1840</sup>, uma vez que o legislador inclui os casos mais recorrentes, especificando-os – “redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos” –, mas inclui também os residuais que, pelo resultado obtido, mereçam igual classificação.

Para efeitos da CGAA, estaremos perante uma vantagem fiscal quando, mediante a “comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida”<sup>1841</sup> se verifica uma diminuição da carga fiscal, i.e., em situação normal, o encargo fiscal a suportar pelo contribuinte seria superior.

A lei utiliza ainda a expressão “negócios jurídicos de idêntico fim económico”, conceito que nos cabe esclarecer. Consideramos esta expressão como uma exigência extra por parte da lei, com a finalidade de que o confronto entre os ónus fiscais acima referido tenha, na sua base, uma comparação entre os fins económicos do negócio

---

<sup>1837</sup> Sanches, 2006, p. 171.

<sup>1838</sup> Análise detalhada no ponto “CGAA no contexto europeu”.

<sup>1839</sup> Courinha, 2004, p. 170.

<sup>1840</sup> Courinha, 2004, p. 171.

<sup>1841</sup> Courinha, 2004, p. 172.

jurídico utilizado/escolhido pelo contribuinte e os do “negócio jurídico normal”<sup>1842</sup> (aquele que não é posto em prática por razões fiscais). Nas palavras de Courinha, haverá equivalência dos fins económicos entre o primeiro e o segundo negócio “quando aqueles se possam substituir nos efeitos destes”<sup>1843</sup>. A equivalência é verificada com recurso à análise das obrigações e direitos decorrentes de ambos os negócios.

Se, através deste processo, ficar demonstrado que existe equivalência entre os fins económicos, mas não existe correspondência nos efeitos tributários, sendo o escolhido pelo contribuinte mais benéfico a esse nível, consideramos o elemento resultado preenchido. Em causa está um negócio censurável pelo ordenamento jurídico fiscal, pois é perceptível que o contribuinte quis, através da sua atuação, “alcançar um resultado que em condições normais seria tributado”<sup>1844</sup> (ou mais tributado ou tributado em momento diferente).

### **2.1.3. Elemento intelectual**

Com este requisito, cabe à AT demonstrar que as escolhas do contribuinte têm como essencial ou principal motivação um fim fiscal<sup>1845</sup>, secundarizando o fim económico.

É importante ressaltar que, para a verificação deste requisito, ao contribuinte é apenas exigida a consciência (capacidade de entendimento) de que a prática de certos atos vai gerar determinado resultado ilícito, contrário ao fim da norma, não sendo exigido que saiba qual a teleologia da norma em causa.

Posto isto, como irá a AT demonstrar o preenchimento deste pressuposto? Pois é sabido que, em qualquer ramo do direito, é quase impossível fixar critérios para avaliar o nexo psicológico.

Quanto à atuação da AT, o legislador português adotou a conceção objetiva (em detrimento da conceção subjetiva<sup>1846</sup>), como resulta do (recentemente modificado) art. 63.º, n.º 3, al. b) CPPT<sup>1847</sup>. Assim, como em outros domínios do direito em que o juízo de censura é pressuposto de uma determinada estatuição, a AT poderá recorrer a elementos de prova que lhe permitam concluir se o contribuinte tinha, ou não, uma marcada

---

<sup>1842</sup> Sanches, 2006, p. 174.

<sup>1843</sup> Courinha, 2004, p. 174.

<sup>1844</sup> Decisão Arbitral n.º 165/2019-T, p. 16.

<sup>1845</sup> Expressão em consonância com a jurisprudência do TJUE. Cf. ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>1846</sup> De acordo com a conceção subjetiva, a AT teria de comprovar a motivação do contribuinte sem o recurso a elementos objetivos, presuntivos ou indiciários. Contudo, as suas limitações mostram que não seria a conceção mais adequada para auxiliar a AT na aplicação da CGAA pois, exceto nos casos em que o contribuinte demonstrasse claramente que a sua intenção psicológica era exclusivamente orientada pelo motivo fiscal, esta figura nunca seria aplicável por falta de preenchimento do requisito intelectual.

<sup>1847</sup> Posição reconhecida na Decisão Arbitral n.º 156/2019-T, p. 15.

motivação fiscal na sua atuação, com o devido respeito pelos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade<sup>1848</sup>.

Todavia, a AT tem à sua disposição um critério razoável e seguro. Como nos transmite Saldanha Sanches, recorrendo à jurisprudência francesa, é possível definir uma margem de atuação do contribuinte dentro daquilo que é denominado *gestão normal* dos seus negócios, por contraposição à *gestão anormal*<sup>1849</sup>. Sendo que a *gestão normal* se refere à atuação do contribuinte que tem como pano de fundo uma razão económica ou comercial legítima e, pelo contrário, será *anormal* quando o motivo da sua escolha é a poupança fiscal, oposto ao que a lei pretende. Sem se imiscuir na gestão das sociedades comerciais, através deste critério a AT consegue determinar quando é que a intenção do contribuinte é principal ou essencialmente fiscal.

A conduta do contribuinte terá, assim, de sobreviver ao *business purpose test* – expressão utilizada pelos tribunais norte-americanos, i.e., o contribuinte poderá ter de evidenciar que, por detrás da operação que escolheu, está uma razão comercial válida, especialmente quando a via adotada é pouco comum<sup>1850</sup>.

É, portanto, possível constatar que “o constante balanço entre a motivação não fiscal/ motivação fiscal será a chave do *elemento subjetivo*”<sup>1851</sup> (ou intelectual).

Atendendo a toda a análise efetuada, é-nos possível retirar duas conclusões importantes. Primeiramente, factos como o recurso a estruturas demasiado complexas e pouco frequentes, sem a verificação do já mencionado nexos causal entre a estrutura e o fim legítimo alegadamente pretendido, juntamente com a secundarização dos efeitos económicos face aos efeitos fiscais, torna menos difícil a tarefa da AT de comprovar que a motivação do contribuinte era fiscal. Daí a importante interligação entre os diferentes elementos da CGAA<sup>1852</sup>. E, em segundo lugar, referir que o elemento intelectual constitui uma “fonte adicional de segurança jurídica”<sup>1853</sup>, uma vez que permite a distinção entre os comportamentos elisivos e os que são fundamentalmente motivados por razões económicas. De facto, não nos podemos esquecer dos ensinamentos do Ac. Cadbury Schweppes<sup>1854</sup> – o contribuinte, no âmbito da sua liberdade de atuação, pode escolher a forma jurídica que entender mais adequada para o seu negócio, não estando adstrito a optar pela via fiscalmente mais onerosa. Apesar de a ordem jurídica tutelar esta liberdade de gestão fiscal<sup>1855</sup>, o contribuinte encontrará o seu limite no recurso a meios abusivos<sup>1856</sup>.

---

<sup>1848</sup> Courinha, 2004, pp. 181-183.

<sup>1849</sup> Sanches, 2007, p. 161.

<sup>1850</sup> Sanches, 2006, p. 176.

<sup>1851</sup> Courinha, 2004, p. 183.

<sup>1852</sup> Courinha, 2004, p. 185.

<sup>1853</sup> Sanches, 2007, p. 161.

<sup>1854</sup> Ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>1855</sup> Cf. Arts. 61.º, 80.º al. c), e 86.º CRP.

<sup>1856</sup> Vasques, 2019, p. 374.



Caberá então à AT distinguir entre estes dois tipos de condutas, recorrendo aos poderes que lhe são atribuídos.

### 2.1.4. Elemento normativo

O elemento normativo não encontra consagração expressa na CGAA, daí ser considerado uma *questão de direito*. Mas tal não implica que o mesmo deva ser afastado *ad initio*, pois é defendido por muitos dos autores que abordam esta figura.

Não descurando o papel essencial de interpretar a norma tributária em crise, de acordo com os cânones gerais dados pelo art. 9.º CC *ex vi* art. 11.º, n.º 1 LGT<sup>1857</sup>, pretende-se neste elemento ir mais além e apurar o espírito da mesma.

O espírito da lei pode ser apurado por referência ao elemento histórico de interpretação, com recurso a documentos inerentes à elaboração da lei, não devendo em caso algum o intérprete prescindir dos dados fornecidos pelo elemento teleológico, a razão de ser da norma, e pelo elemento sistemático; atendendo aos princípios constitucionais e ponderando as especificidades do setor tributário a que a vantagem diz respeito<sup>1858</sup>.

Por conseguinte, segundo Courinha, o elemento normativo vem “auxiliar no enquadramento da norma fiscal numa perspetiva não literal, com vista à obtenção de soluções sistemáticas e teleologicamente consideradas”<sup>1859</sup>.

À AT, enquanto intérprete, cabe demonstrar que, apesar de a letra da lei aparentemente permitir o ato jurídico praticado pelo contribuinte, o mesmo repugna ao espírito da lei.

Para que este elemento possa estar preenchido, tem de ser “clara e inequívoca a intenção do legislador de tributar” as operações postas em prática pelo contribuinte. Isto é, a AT só poderá utilizar a aplicação da CGAA, com todas as consequências que daí resultam, se decorrer da norma defraudada uma evidente intenção de tributar. Só assim

---

<sup>1857</sup> Sinteticamente, consideramos que são duas as doutrinas essenciais para compreender os elementos da CGAA. A fraude à lei está originalmente consagrada no Direito Civil (arts. 21.º, 281.º e 330.º CC), e autores como Saldanha Sanches defendem que a CGAA foi incluída no sistema fiscal português para combater situações idênticas às que caracterizam esta doutrina. Analisemos as semelhanças entre ambas: em causa está a prática de atos abusivos com o propósito de alterar a situação factual e, com isso, evitar a norma desfavorável; em causa está o desrespeito pelo espírito da norma, e não a violação direta da mesma pelo ato praticado; a resposta à prática abusiva consiste na desconsideração dos efeitos jurídicos produzidos; são excluídas do seu âmbito de aplicação situações em que a vantagem obtida é tolerada ou, até, desejada. Vide Decisão Arbitral n.º 47/2019-T, p. 4 e Sanches, 2007, pp. 154-157. Por fim, a doutrina do abuso das formas jurídicas. Segundo Courinha, estaremos perante uma situação de abuso de formas legais (a combater por esta doutrina) quando, cumulativamente, estão preenchidos dois requisitos: (1) recurso pelo contribuinte a esquemas demasiado complexos para o fim alegadamente desejado por este, e com um resultado extrafiscal idêntico ao dito ato normal e tributável; (2) obtenção de um resultado fraudulento para o ordenamento jurídico. Para este autor, a influência desta doutrina na CGAA é vista como uma “consideração de bom senso”, levando à aplicação da mesma apenas nos casos onde as anomalias evidentes se devem à obtenção da vantagem fiscal indevida, havendo, por isso, abuso das formas legais. Vide Courinha, 2004, pp. 152-161.

<sup>1858</sup> Courinha, 2004, pp. 190-196.

<sup>1859</sup> Courinha, 2004, p. 189.

se poderá “censurar” o contribuinte, uma vez que ele terá oportunidade de entender o porquê da atuação da AT<sup>1860</sup>. Pelo contrário, este elemento não estará preenchido quando o contribuinte tira proveito de casos em que “o legislador, por incúria ou falta de coragem política, deixou que se multiplicassem as situações (...) de não tributação de certos tipos de negócios jurídicos”<sup>1861</sup>.

A análise deste elemento torna evidente a importância que ele tem para uma figura como a CGAA, pois permite que não caiam no seu âmbito de aplicação casos de planeamento fiscal lícito, representando, por isso, maior segurança jurídica para o contribuinte. É, portanto, um elemento que demonstra que a CGAA não é um simples instrumento de arrecadação de receita sem critérios.

### **2.1.5. Elemento sancionatório**

O elemento sancionatório decorre da estatuição da CGAA. Assim, estando preenchidos os quatro requisitos já abordados, haverá aplicação desta figura, resultando as consequências jurídicas aí previstas.

Para dar execução à consequência jurídica da CGAA, a AT terá de desconsiderar os atos jurídicos praticados pelo contribuinte, o que fará com que os mesmos deixem de produzir efeitos fiscais, sendo que os demais efeitos continuar-se-ão a produzir em condições normais. Com o ato ineficaz, cabe à AT, em primeiro lugar, negar as vantagens fiscais indevidamente obtidas e, em segundo lugar, proceder a uma reconstrução<sup>1862</sup>, mediante a substituição dos atos abusivos pelos atos jurídicos de idêntico fim económico e tributáveis, que teriam sido praticados em situação normal. Excecionalmente, tal não acontecerá quanto aos atos abusivos em que a reconstrução não é possível, sendo suficiente a desconsideração dos mesmos – atos de natureza circular<sup>1863</sup>.

Percebemos, assim, que o objetivo desta consequência jurídica é atribuir à AT “o poder de reescrever a transação abusiva e liquidar os impostos que seriam devidos se a mesma nunca tivesse ocorrido”<sup>1864</sup>. A reconstrução dos atos vai implicar a tributação somente na medida do correspondente ao que seria normal, uma vez que a vantagem fiscal foi negada.

De referir ainda que, na maior parte das situações, o elemento sancionatório mais não é do que uma desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, instrumentalizada para a obtenção de fins estranhos ao seu objeto social, em regra,

---

<sup>1860</sup> Sanches, 2006, p. 174.

<sup>1861</sup> Sanches, 2006, p. 182.

<sup>1862</sup> Esta consequência da CGAA portuguesa encontra-se em consonância com a recaracterização do ato abusivo prevista na jurisprudência do TJUE, nomeadamente no Ac. Halifax. Vide análise do ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>1863</sup> Atos nos quais, mesmo eliminando os seus efeitos não fiscais, se produzem os efeitos fiscais. Vide Courinha, 2004, p. 200.

<sup>1864</sup> Decisão Arbitral n.º 162/2017-T, p. 7.

abusivos. Deste modo, é levantado o “véu jurídico” para responsabilizar os autores dos atos censuráveis à luz do ordenamento jurídico<sup>1865</sup> que, no caso do direito fiscal e da CGAA, corresponde aos sujeitos passivos que detêm a referida pessoa coletiva<sup>1866</sup>.

Em jeito de conclusão, referimos dois apontamentos importantes sobre esta sanção prevista pela CGAA. Primeiramente, a aplicação da CGAA apenas irá desconsiderar os atos jurídicos que efetivamente concretizaram a obtenção da vantagem fiscal indevida<sup>1867</sup>. Em segundo lugar, as consequências fiscais irão abranger tão só os contribuintes que atuaram de forma livre e consciente, com uma motivação principal ou essencialmente fiscal. Na ótica de Courinha, “a extensão dos efeitos fiscais a outros contribuintes (...) não pode deixar de conduzir a injustiças e a situações de desnecessária complexidade, que urge evitar”<sup>1868</sup>.

## **2.2. A CGAA e a jurisprudência**

Resulta de toda a análise que foi feita até ao momento que a CGAA é, de facto, uma figura muito complexa e, associada à sua aplicação, está o elevado risco de violação de princípios constitucionais base do direito fiscal. O que poderá justificar que a mesma seja raramente aplicada pela AT e, conseqüentemente, pouco discutida nos tribunais portugueses.

Contudo, face a toda a jurisprudência que analisámos no âmbito deste tema, é visível um maior recurso, por parte do contribuinte, aos Tribunais Arbitrais face aos Tribunais Judiciais. Qual será a justificação?

Analisado o elemento sancionatório da CGAA, sabemos que uma das consequências da sua aplicação é a reestruturação dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte, o que implica muitas vezes a emissão, pela AT, de uma liquidação adicional ao nível de impostos como o IRC e IRS, capazes de afetar a subsistência de quem delas é alvo.

Perante tais efeitos, a arbitragem tributária torna-se uma boa opção para o contribuinte “afetado”, pois, para além de ser caracterizada por um menor rigor formal<sup>1869</sup> que tende a levar a decisões mais céleres, é possível a nomeação de um árbitro licenciado em Economia ou Gestão quando se trata de complexas questões contabilísticas<sup>1870</sup> – bastante recorrente visto que, muitas vezes, a CGAA é aplicada a estruturas complexas de atos elisivos.

---

<sup>1865</sup> Ac. STJ 919/15.4T8PNF.P1.S1, de 07/11/2017.

<sup>1866</sup> Huber, 2019, pp. 80-90.

<sup>1867</sup> Em consonância com o TJUE, pois, segundo este, são penalizados os atos até ao limite da sua artificialidade. Cf. ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

<sup>1868</sup> Courinha, 2004, p. 202.

<sup>1869</sup> Moraes, 2012, p. 391.

<sup>1870</sup> Vide art. 7.º, n.º 3 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária.

Relativamente ao âmbito geral de aplicação da CGAA, destacamos a Decisão Arbitral n.º 184/2014-T, pela relevante chamada de atenção que faz para o carácter excecional desta figura. De facto, já tínhamos deixado claro que a aplicação da CGAA configura um desvio a diversos princípios constitucionais, daí só poder ser empregue em situações de clara elisão do ordenamento jurídico. Este acórdão mostra-se, ainda, importante para percebermos qual o papel do intérprete. Segundo este, ao intérprete não cabe fazer juízos de valor sobre a economia fiscal pretendida. Não lhe é deixado qualquer espaço para uma interpretação extensiva face àquela “que decorre do próprio texto legal, mesmo sob o pretexto de realização de justiça material no caso concreto”<sup>1871</sup>. Apenas lhe caberá demonstrar criteriosamente se todos os elementos da CGAA estão preenchidos<sup>1872</sup>.

Já o Ac. TCA Sul n.º 04255/10, de 15/02/2011, não só elucida as situações que geram a aplicação da CGAA, como realça a necessidade da sua aplicação casuística, ou seja, esta só poderá ser aplicada depois de devidamente justificada pelas circunstâncias de facto que possam ser dadas como provadas<sup>1873</sup>.

Contudo, é na análise dos diferentes elementos que estruturam a CGAA que encontramos as maiores discrepâncias nas decisões do CAAD analisadas.

Antes de mais, e quanto ao número de elementos a serem verificados para a aplicação desta norma, encontramos decisões que seguem a posição de Vasques, outras a doutrina de Courinha e, por fim, outras em que esta divisão não é clara, sendo a análise feita como um bloco único. A falta de uniformização no critério de aplicação da CGAA poderá gerar decisões diferentes para situações fácticas idênticas e por vezes injustas dado o diferente grau de exigência entre os dois critérios, sendo por essa razão prejudicial para o contribuinte<sup>1874</sup>.

No que toca ao elemento intelectual, é importante fazer referência à Decisão Arbitral n.º 184/2014-T pois, segundo esta, perante a impossibilidade de valorar a importância entre as razões fiscais e não fiscais, a dúvida deve aproveitar ao contribuinte e não à AT, uma vez que é esta última que tem o ónus de provar que a principal ou essencial motivação é fiscal. Na nossa ótica, esta é uma nota importante, porque garante que a CGAA só será aplicada nos casos em que não haja dúvidas de que está provada a motivação essencialmente fiscal do contribuinte, constituindo assim um fator de segurança jurídica para este.

Todavia, a maior discussão circunda o elemento normativo. Ora vejamos.

---

<sup>1871</sup> Decisão Arbitral n.º 184/2014-T, p. 22.

<sup>1872</sup> Argumento que foi seguido por outras decisões arbitrais, nomeadamente nas Decisões Arbitrais n.ºs 165/2018-T e 126/2018-T.

<sup>1873</sup> Ac. TCA Sul, n.º 04255/10, p. 33.

<sup>1874</sup> Situação visível nas Decisões Arbitrais n.ºs 184/2014-T, 165/2018-T, 237/2018-T, 441/2018-T, 165/2019-T, 166/2019-T, e 317/2019-T.

A situação mais alarmante acontece no âmbito de casos em que havia a transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas, visto que o legislador previa, expressamente, apenas a tributação em sede de IRS das mais-valias resultantes da alienação de quotas, e isenção para as ações detidas há mais de doze meses<sup>1875</sup>. Nesta esteira, ao analisarmos as Decisões Arbitrais n.ºs 47/2013-T, 131/2014-T, 123/2012-T e 124/2012-T, concluímos que existem diferentes interpretações do elemento normativo, e consequentes decisões opostas.

Por um lado, temos o intérprete que se baseia na premissa de que apesar de o contribuinte ter a liberdade de escolher a forma jurídica que melhor assiste ao seu caso, este não é um direito absoluto, mas sim limitado pelo seu exercício de forma abusiva. E, por essa mesma razão, encontrando-se provados os restantes elementos, o normativo é, de certo modo, secundarizado. Temos, assim, um intérprete que retifica o legislador, aplicando a CGAA nas situações em que o próprio permite que o contribuinte opte pela via fiscalmente mais vantajosa, o que só se poderia “designar de uma patologia aplicativa bipolar”<sup>1876</sup>. Não podemos deixar de nos opor a esta decisão.

Por outro lado, temos o intérprete que defende a mesma posição da doutrina analisada, ou seja, não há lugar à aplicação da CGAA pelo não preenchimento do elemento normativo quando o legislador prevê uma falta de neutralidade no tratamento das diferentes participações sociais a favor das ações e o contribuinte aproveita esta disposição, obtendo uma vantagem fiscal. Caso contrário, estaríamos a abrir espaço no ordenamento jurídico para uma “função integrativa de lacunas (...) conducente à respetiva desconformidade constitucional”<sup>1877</sup>. Destaque especial para Saldanha Sanches como o primeiro autor a considerar esta situação de ausência de neutralidade fiscal como planeamento fiscal lícito<sup>1878</sup>. Distinguímos, agora, o Ac. TCA Norte n.º 00917/13.3.BECBR, de 18/10/2018, pela sua recentidade, e que vem dar força a esta última posição. Considera que esta diferença propositada na tributação é a evidência de que o interesse público em não tributar as mais-valias das ações em discussão é “conscientemente, considerado superior ao da arrecadação das receitas que a tributação podia gerar”.

Paralelamente, o CAAD tem-se debruçado sobre um esquema que surge quando os acionistas de uma sociedade anónima pretendem aproveitar a aludida isenção em sede

---

<sup>1875</sup> Este benefício fiscal encontrava-se previsto com a conjugação dos arts. 10.º, n.º 2 e 43.º, n.º 4 CIRS, entretanto revogados e com a redação alterada, respetivamente, pela Lei n.º 15/2010, de 26 de julho.

<sup>1876</sup> Courinha, 2014, p. 189.

<sup>1877</sup> Courinha, 2014, p. 196. Nesta senda, apenas referir que existem autores, como Fernandes de Oliveira, que vêem a CGAA como uma espécie de figura de integração de lacunas por considerarem que complementa outras normas jurídicas, alargando o seu âmbito de incidência ou diminuindo o seu campo de aplicação. Discordamos desta posição, uma vez que tal possibilidade estaria a violar diretamente o princípio da legalidade previsto no art. 103.º, n.º 2 CRP.

<sup>1878</sup> Sanches, 2006, p. 182.

de IRS, mas não têm comprador para a sua sociedade (contrariamente à situação acima analisada, em que existia este terceiro). Estamos a falar das Decisões Arbitrais n.ºs 184/2014-T, 165/2019-T e 166/2019-T.

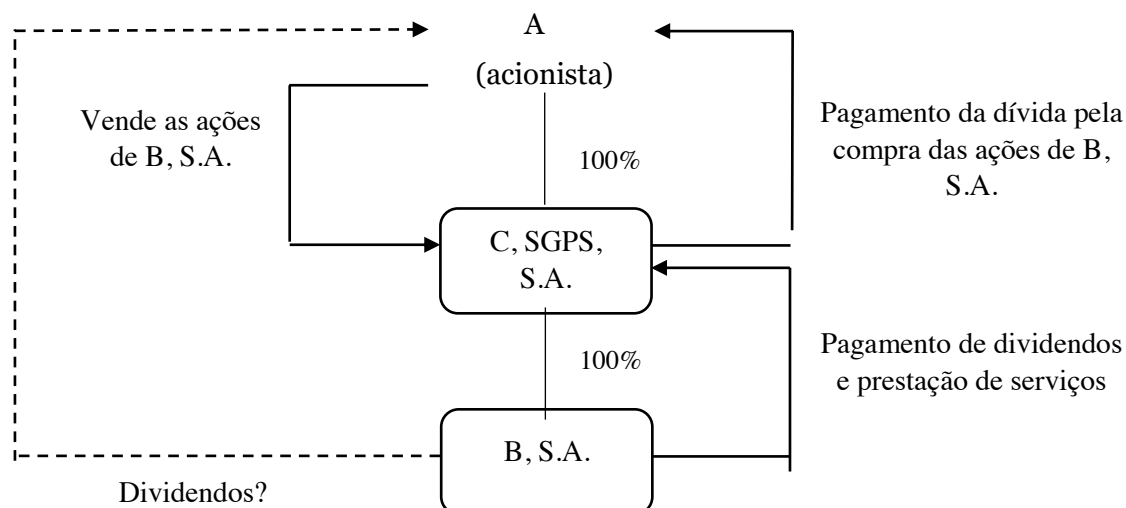


Figura 5 – Esquema constante das decisões arbitrais n.ºs 441/2018-T, 165/2019-T e 166/2019-T.

Atentando ao esquema, percebemos que os acionistas constituíam uma SGPS com o propósito de esta comprar a sua sociedade anónima, ficando assim devedora destes. Posteriormente, a primeira recebia dinheiro da sua participada quer como pagamento de um contrato de prestações de serviços entre estas celebrado, quer como distribuição de dividendos<sup>1879</sup>. Deste modo, a SGPS tinha capacidades financeiras para pagar aos seus acionistas a dívida pela compra das ações. Do ponto de vista da AT, em causa estava uma estrutura através da qual os acionistas recebiam dividendos encapotados de pagamento da referida dívida, não existindo a devida retenção na fonte<sup>1880</sup>.

Nas três decisões arbitrais mencionadas, em que a factualidade é similar, temos decisões diferentes e, novamente, muito por causa da divergência de posições no preenchimento do elemento normativo. Temos intérpretes que consideram este ato uma venda oportunista – planeamento fiscal lícito –, e outros que julgam a mesma como uma situação elisiva sendo, por isso, justificável a aplicação da CGAA.

<sup>1879</sup> Isentos de IRC devido à figura do *participation exemption* – art. 51.º CIRC.

<sup>1880</sup> Constituindo os dividendos rendimentos de capitais, a entidade devedora dos mesmos está obrigada a reter na fonte a título definitivo. Tratando-se de uma substituta tributária (como é o caso), a entidade obrigada a reter na fonte os rendimentos é responsável pelas importâncias retidas e não entregues nos cofres do Estado. Vide art. 5.º, n.º 2, al. h), art. 71.º, n.º 1, al. a), art. 101.º, n.º 2, al. a), todos do CIRS, e art. 28.º LGT *ex vi* art. 103.º, n.º 1 CIRS (este último alterado pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro).

Contudo, surge-nos uma questão: nas decisões desfavoráveis ao contribuinte, caberia à sociedade interposta a entrega ao Estado dos valores não retidos, a título de substituta tributária. Mas, com a desconsideração dos atos praticados, e com a tributação de uma distribuição de dividendos, não deveria a sociedade anónima (de quem provieram os rendimentos) ser considerada substituta tributária e estar, por isso mesmo, adstrita ao cumprimento da retenção na fonte? O funcionamento da estatuição em casos de retenção na fonte definitiva era algo que o regime anterior da CGAA não resolvia. Veremos se o regime novo já dá uma solução.

## **2.3. Regime vigente a partir da transposição da ATAD 1: LN**

Como já mencionámos, a mais recente alteração à CGAA foi impulsionada pela transposição da ATAD 1 para o ordenamento jurídico português, o que justifica as várias semelhanças entre as duas redações.

A análise deste regime novo será feita por comparação com o regime anterior, atendendo às modificações provocadas pela Lei n.º 32/2019 nos arts. 38.º, n.º 2 LGT e 63.º CPPT.

### **2.3.1. Elemento meio**

Considera-se elemento meio “As construções ou séries de construções (...) realizadas com abuso das formas jurídicas ou [que] não sejam consideradas genuínas”.

Quando comparamos o elemento meio no anterior e no novo regime, percebemos que as alterações são significativas.

Primeiramente, o legislador passou a prever como meio utilizado pelo contribuinte uma “construção” ao invés de “atos ou negócios jurídicos”, o que na nossa ótica se mostra favorável. A nova expressão passa-nos a ideia de que abarca qualquer tipo de comportamento do contribuinte, independentemente da sua natureza. O carácter amplo já lhe é intrínseco, contrariamente ao que acontecia com a expressão anterior, cujo esforço de determinação do sentido e alcance era exigido ao intérprete.

Todavia, uma das mais importantes novidades surge com a aceitação expressa, por parte do legislador, da *step transaction doctrine*. Amplamente aceite pela doutrina, mas sem previsão na letra da lei no regime anterior, encontra-se agora prevista no art. 38.º, n.º 3, al. b), LGT que “uma construção pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte”.

Numa clara tentativa de combater a elisão fiscal, o legislador não só consagra esta doutrina (possibilidade de um ato abusivo ser composto por vários passos), como vai mais além e integra no texto legal a possibilidade de o meio utilizado pelo contribuinte ser composto por “séries de construções”. Desta novidade resulta que o intérprete poderá

não só ligar várias etapas que compõem uma construção, como conectar diferentes construções que se completam para atingir o fim pretendido.

Em segundo lugar, quanto à natureza do meio utilizado pelo contribuinte, este continua a ter de configurar abuso das formas jurídicas. Todavia, há a substituição da natureza artificiosa e fraudulenta do ato pela natureza não genuína da construção.

Na vigência da LA, fizeram-se ouvir algumas críticas quanto à alusão, no texto da CGAA, às expressões “artifícios e fraudulentos”. Nomeadamente, Fernandes de Oliveira, que considera que, no que toca ao termo “fraudulento”, apesar de na nossa análise o ligarmos ao recurso a meios artificiosos para atingir a vantagem fiscal indevida, pode facilmente ser confundido com a fraude vulgarmente utilizada no âmbito do direito fiscal, e que se refere à violação direta das normas, constituindo crime, não estando isso em causa nesta norma. Também entendemos que a intenção do legislador foi aliar a “carga negativa associada a essa expressão ao planeamento fiscal”<sup>1881</sup>. Todavia, não podemos deixar de concordar que o seu emprego foi pouco feliz, pois, dada a natureza complexa da CGAA, este jogo de palavras não precedido de um devido esclarecimento poderia originar a não utilização desta figura, que tão importante se mostra para o sistema fiscal.

Salvou deste cenário a sua alternativa com o termo “artifícios”, relativamente ao qual o TJUE desenvolveu um importante trabalho de interpretação e aplicação ao caso concreto.

Também o CAAD, na Decisão Arbitral n.º 131/2014-T, tece críticas quanto à expressão que o legislador empregou para a verificação deste elemento, tendo sido a doutrina essencial para estabelecer que este se referia ao uso pouco habitual das formas jurídicas, havendo “contradição entre a finalidade da tutela normativa concedida por meio das normas ou estruturas jurídicas utilizadas, e a utilização que delas, em concreto, é feita”<sup>1882</sup>.

Mas a substituição pelo termo “não genuíno” não é mais pacífica, pois, apesar de a diretiva tentar “colar” este teste ao da artificialidade, continua a ser uma novidade ao nível europeu e nacional, o que pode trazer diferenças não apenas ao nível linguístico e, por isso, gerar dúvidas ao intérprete aquando da verificação deste elemento.

Para auxiliar a interpretação deste novo teste, o legislador explica no art. 38.º, n.º 3, al. a), LGT que “uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica”. Apesar de o objetivo ter sido o de elucidar sobre o que se trata uma construção não genuína, verificamos que o legislador o faz com recurso a dois conceitos

---

<sup>1881</sup> Oliveira, 2010, pp. 147-149.

<sup>1882</sup> Decisão Arbitral n.º 131/2014-T, p. 22.



indeterminados: “razões económicas válidas” e “substância económica”, o que não deixa de ser anómalo, pois, sendo o objetivo primordial o esclarecimento e o auxílio, o emprego deste tipo de conceitos não pode ser mais antagónico ao fim pretendido.

Todavia, o Ac. Foggia ajuda-nos a compreender que “razões económicas válidas” correspondem a construções que vão para lá da simples tentativa de obter uma vantagem fiscal<sup>1883</sup>.

### **2.3.2. Elemento resultado**

Para que o elemento resultado esteja verificado, é necessária a obtenção pelo contribuinte de “uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”.

Quando comparamos os dois regimes, detetamos no novo a ausência da especificação dos casos mais recorrentes que constituem vantagem fiscal, o que na nossa ótica era desnecessário dado o carácter já amplo deste conceito.

Como já vimos, a elisão fiscal consiste na prática de comportamentos não desejados pelo legislador “por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objetivo oposto aos valores que o estruturam”<sup>1884</sup>, sendo por isso considerados abusivos. Esta nova configuração do elemento resultado vai precisamente ao encontro desse conceito, pretendendo ver censurados os resultados obtidos pelo contribuinte que não eram desejados pelo legislador quando consagrou determinada norma fiscal, i.e., vantagens fiscais indevidas, contrárias ao propósito da mesma.

Contudo, não podemos deixar de ficar curiosos com a expressão “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal”. Será esta a primeira previsão expressa do elemento normativo numa CGAA? Será uma questão a equacionar aquando da análise deste mesmo requisito.

Outra notória alteração é a omissão da expressão “atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico”, ou seja, aparentemente o legislador já não exige que se compare o negócio jurídico praticado pelo contribuinte com o “negócio jurídico normal” que não é fiscalmente motivado. Esta nossa tese ganha força quando, atualmente, nos termos do art. 63.º, n.º 3, al. c) CPPT, à AT é exigida a identificação dos “atos que correspondam”<sup>1885</sup> à substância ou realidade económica” dos efetivamente praticados, com o intuito de saber quais as normas de incidência a aplicar ao caso para executar a sanção da CGAA. Consideramos esta uma forma de demarcar a atual versão da anterior.

---

<sup>1883</sup> Ac. Foggia, C-126/10, p. 34.

<sup>1884</sup> Sanches, 2006, p. 22

<sup>1885</sup> Sublinhado nosso.

Por um lado, vemos esta exclusão como uma vantagem, pois a análise de jurisprudência elucida-nos que nem sempre é possível recorrer, na prática, a este critério para compreender se foi obtida uma vantagem fiscal, dada a usual complexidade das estruturas construídas pelo contribuinte. A prova cabia à AT, e esta nem sempre a concretizava<sup>1886</sup>. Circunstâncias que implicavam, algumas vezes, a não aplicação da CGAA pela ausência de verificação deste requisito, problemático para uma figura que, pela sua natureza, já é pouco aplicada.

Por outro lado, a mesma pode ser vista como uma desvantagem. Se, através desta exigência extra, ficasse demonstrado que foi obtida uma significativa vantagem fiscal, a comparação entre atos jurídicos de idêntico fim económico permitiria que os restantes elementos da CGAA saíssem reforçados, assim como a aplicação da mesma. Estaria evidenciado que o contribuinte tinha outra opção menos complexa, despropositada, e que não preveria a obtenção da vantagem fiscal indevida. Constituiria um teste adicional para distinguir as situações em que de facto o contribuinte tivesse obtido a vantagem fiscal de forma intencional, daquelas em que tivesse obtido por mero acaso. Sem este fator aditivo de segurança, o contribuinte sai mais desprotegido desta atualização.

Assim, ao intérprete resta comparar “os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida”<sup>1887</sup> e verificar se a obtenção da vantagem fiscal constitui uma frustração do objeto ou fim do direito aplicável.

Concluindo, o carácter mais abrangente do elemento resultado poderá mostrar resultados favoráveis na medida em que já não encontra em si tantas limitações.

### **2.3.3. Elemento intelectual**

Tal como acontece com os elementos já analisados, este não é exceção, e segue os passos da ATAD 1, que por sua vez adota o PPT da OCDE.

Como consequência, nesta nova CGAA, o elemento intelectual estará preenchido quando a AT provar<sup>1888</sup> que a construção foi realizada “com a finalidade principal ou uma das finalidades principais” de obter uma vantagem fiscal.

Uma vez que o legislador já não exige a essencialidade da motivação fiscal, mas apenas que essa motivação constitua uma das principais finalidades, a alteração tornou a CGAA mais abrangente. Suponhamos que temos um caso concreto em que o contribuinte coloca em prática uma construção com três finalidades principais – duas extrafiscais e uma fiscal: no regime novo, o elemento intelectual já estaria preenchido. Situação que não se verificava na redação anterior visto que, numa operação, ao

---

<sup>1886</sup> Decisão Arbitral n.º 47/2019-T, p. 5.

<sup>1887</sup> Courinha, 2004, p. 172.

<sup>1888</sup> Vide art. 63.º, n.º 3, al. b) CPPT.

contribuinte era permitido que tivesse uma motivação fiscal, sendo apenas censurável quando essa fosse a motivação principal ou essencial.

Apesar desta nova formulação da CGAA corresponder a um esforço comunitário e até mundial para combater a elisão fiscal, e de reconhecermos que as medidas até então adotadas não têm sido suficientes para fazer face às consecutivas inovações dos contribuintes, não podemos ignorar que o carácter muito abrangente deste elemento intelectual pode originar, em última instância, a aplicação desta figura excecional a situações indevidas. Situações em que uma das principais motivações na base da sua atuação é fiscal, mas esta não é essencial. O legislador está, assim, a recorrer a um expediente que permite alargar ainda mais o campo de aplicação, tendo a AT o trabalho mais facilitado. Sem prejuízo das vantagens que possa trazer – possibilidade de alcançar casos em que o contribuinte consegue mascarar a finalidade fiscal –, as desvantagens mostram-se superiores. Caberá ao intérprete ponderar se, dentre as várias finalidades principais, a fiscal é forte o suficiente para gerar o emprego desta norma. Perante este cenário, não é difícil prever que decisões opostas perante uma situação fáctica semelhante continuarão a surgir, perpetuando uma jurisprudência contraditória nesta temática.

É de notar ainda outra preocupação: o afastamento do atual texto da norma face à jurisprudência do TJUE – *sole purpose* (única finalidade)<sup>1889</sup> – representa a falta de uma base importante, estruturada, à qual o intérprete poderia recorrer em caso de dúvida. Relativamente a esta mudança, críticas já tinham sido tecidas aquando da inclusão do PPT na CGAA europeia, as quais reforçamos aqui<sup>1890</sup>.

É certo que os seus requisitos são de preenchimento cumulativo, mas, na nossa ótica, é insuportável que uma figura complexa e com severas consequências quando aplicada adote tão poucas exigências para verificar um dos seus elementos. Não podemos ignorar que um contribuinte razoavelmente diligente é aquele que pensa nos encargos fiscais quando toma decisões ligadas ao seu negócio ou, até, na sua vida pessoal.

Em suma, defendemos que a busca pela eliminação do maior número possível de situações de elisão fiscal não pode justificar critérios tão amplos de verificação do elemento intelectual na atual CGAA. Uma alteração que corresponde a uma vantagem para a AT (facilidade de prova) e para o Estado (aumento da receita fiscal caso a aplicação se verifique), mas uma desvantagem para o contribuinte, que vê a garantia da segurança jurídica cada vez mais corroída.

---

<sup>1889</sup> Ac. Halifax, C-255/02, p. 69; Conclusões do advogado-geral sobre o Ac. Halifax, pp. 70-72.

<sup>1890</sup> Para esclarecimentos adicionais, consultar o ponto “CGAA no contexto europeu” desta dissertação.

### **2.3.4. Elemento normativo**

Na análise deste elemento à luz do regime anterior já tinha sido fixada a ideia de que este é um elemento importante dada a garantia da segurança jurídica que acarreta, pois permite que a CGAA só seja aplicada a casos em que é clara a intenção do legislador tributar determinado facto. Relativamente a esta parte, consideramos que a alteração não vem mudar o peso que este elemento tem na CGAA, nem o entendimento que dele temos.

Referimos, igualmente, que este era o único elemento não expressamente previsto na lei. Todavia, e indo ao encontro da ideia já lançada, a expressão “que frustrate o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” introduzida no regime novo levanta algumas questões. Por um lado, podemos pensar que a mesma foi integrada no elemento resultado de modo a esclarecer que em causa terá de estar uma vantagem fiscal indevida. Por outro lado, interrogamo-nos se não estaremos perante a primeira consagração expressa do elemento normativo.

Dada a novidade que esta alteração à CGAA representa, ainda é cedo para haver jurisprudência ou doutrina significativa a debruçar-se sobre esta exata questão. Contudo, e apesar de não termos uma resposta concreta para esta discussão, não podemos deixar de referir que defendemos a segunda tese. Foi anteriormente explicado que este requisito está preenchido se o ato praticado pelo contribuinte não respeita o espírito da norma em crise, sendo, portanto contrário ao propósito que lhe foi atribuído pelo legislador. O que, de uma forma muito sintética e ligeira, acaba por ser idêntico à frustração do “objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável” constante da atual letra da lei. Dito isto, não podemos ignorar que, no essencial, a ideia transmitida é a mesma, estando, assim, justificada a nossa tomada de posição. Se tal se vier a confirmar, esta representa uma grande vantagem do novo regime, pois torna a existência deste importante elemento ainda mais inegável.

### **2.3.5. Elemento sancionatório**

Relativamente à sanção, a ATAD 1, no seu art. 6.º, n.º 3, apenas refere que a situação factual deve ser desconsiderada, sendo atribuída discricionariedade aos EM quanto à consequente tributação.

Comparando agora a estatuição da CGAA nos dois regimes, conseguimos perceber que, em traços gerais, os efeitos são os mesmos nas duas versões: desconsideração da construção, consequente ineficácia da mesma, e posterior reconstrução dos atos de idêntica substância económica e tributação de acordo com estes últimos.

No regime novo surge uma pequena alteração: clarifica este que as normas aplicáveis na ausência da construção abusiva equivalem às normas aplicáveis aos

“negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica”, cabendo à AT identificar quais são. O negócio equivalente deixa, assim, de ter um propósito de “teste extra” do elemento resultado, passando a ser necessário para a aplicação da tributação devida ao caso concreto.

Todavia, e na nossa ótica, a inovação mais relevante no elemento sancionatório surge nos n.ºs 4 e 5 do art. 38.º LGT, pelo facto de, pela primeira vez, termos uma CGAA que prevê uma sanção a aplicar aos casos em que o comportamento abusivo do contribuinte consiste em não reter imposto na fonte. Disposições que preveem o seguinte:

4. Para efeitos de aplicação do disposto no n.º 2, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com carácter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.
5. Sem prejuízo do número anterior, quando o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, devem aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária.

Relembrando o repto lançado na análise jurisprudencial e a situação factual aí em causa, clarificamos, agora, que a estatuição da nova CGAA resolve os casos de retenção na fonte definitiva, reforçando o nosso ponto de vista defendido na aludida análise, por sua vez contrária às decisões do CAAD<sup>1891</sup>. Deste modo, perante o abuso nesta situação, o n.º 4 considera que a vantagem fiscal foi produzida na esfera do beneficiário do rendimento, a pessoa singular (aqui acionista). Mas o n.º 5 faz uma ressalva: caso o substituto (entidade que deveria ter efetuado a retenção na fonte dos dividendos) conhecesse ou devesse conhecer o que realmente estava em causa<sup>1892</sup>, aplicam-se as regras da responsabilidade em caso de substituição tributária, e será ele o responsável.

Uma vez que a construção foi desconsiderada e ficou sem efeito, nas situações analisadas passamos a ter um pagamento de dividendos da sociedade original à pessoa singular (acionista), pois este representa o negócio que corresponde à realidade económica. Assim, e atendendo a estas disposições legais, nunca poderia ser responsável a sociedade interposta (SGPS), pois ela só existe na construção abusiva, tendo sido agora desconsiderada para efeitos de aplicação da CGAA.

---

<sup>1891</sup> Vide, por exemplo, Decisão Arbitral n.º 441/2018-T, pp. 8-11.

<sup>1892</sup> Conhecimento que cabe ser demonstrado pela AT – art. 63.º, n.º 3, al. d) CPPT.

Concluindo, no elemento sancionatório da nova CGAA, o principal ponto positivo está na resolução da sanção a aplicar aos casos de retenção na fonte com carácter definitivo, até então não solucionados.

## Conclusões

A CGAA é uma figura presente em diversos ordenamentos jurídicos, não só pela pressão de normativos internacionais, mas também dada a sua importância no combate às práticas elisivas, perante a impotência do legislador em fazer face às mesmas apenas com as normas anti abuso específicas.

São inegáveis as vantagens da consagração expressa de uma CGAA, pois não só traz uma maior equidade na distribuição dos encargos fiscais e uma maior justiça social e tributária, como permite que não seja necessária uma densificação ou constante alteração das normas fiscais. Sem a CGAA, não só a AT poderia argumentar que, face à ausência de um meio próprio, se tornaria necessário o recurso a uma interpretação talvez excessivamente extensiva de algumas normas anti abuso específicas, constituindo uma atuação abusiva, como seria criada uma falsa segurança no contribuinte aquando do seu recurso a meios artificiosos para diminuir a carga fiscal.

Operando a CGAA numa linha ténue que separa o planeamento fiscal lícito da elisão fiscal, são inelimináveis os riscos de a sua aplicação poder resultar em soluções incorretas ou de a mesma gerar insegurança (devido à amplitude do seu âmbito de aplicação ser menos concreto).

Todavia, e respondendo às vozes que se manifestam a favor da abolição desta figura por a considerarem inconstitucional e abusiva, dizemos que o seu fim único não é a arrecadação de receitas fiscais, restringindo sem mais a liberdade do contribuinte em escolher a via fiscalmente menos onerosa. Ao contribuinte é dada essa possibilidade, mas desde que o faça dentro dos limites legais. Para além do mais, dado o seu carácter excecional, a aplicação da CGAA é muito criteriosa, na medida em que terá de ficar indubitavelmente demonstrado o preenchimento de todos os requisitos, garantindo apenas a sanção dos atos abusivos praticados para ludibriar a lei e obter uma vantagem fiscal indevida.

Uma última nota quanto à caracterização geral: o ónus da prova dos pressupostos cabe à AT, sendo necessário que fique demonstrado que o comportamento do contribuinte é censurável, uma vez que o ponto de partida é o da atuação em conformidade com a lei fiscal.

Focando na análise comparativa entre o regime anterior e o regime novo da CGAA, sobressai, desde logo, a inevitável influência da transposição da ATAD 1.

Atendendo ao que foi dito nos diferentes elementos que estruturam esta figura, estamos em posição de concluir que, de uma forma geral, este novo regime é menos obscuro na sua interpretação, não recorrendo a expressões que poderiam conduzir a resultados indesejados. É uma norma que se tornou mais ampla, tendo sido removidos pormenores que poderiam obstaculizar a sua aplicação, sendo, por essa razão, uma

norma menos exigente, mais flexível e, por isso, mais prática, o que favorece a tarefa da AT em demonstrar que a sua aplicação é devida. Referir ainda o emprego/modificação de certos termos que, por se distanciarem do até então praticado, poderão levantar algumas dúvidas de interpretação. Por fim, uma menção especial para a “sanção” (consequência jurídica) a aplicar em caso de retenção na fonte com carácter definitivo, até então omissa, e promissora na eliminação de jurisprudência contraditória.

A existência de uma CGAA europeia e a sua consequente influência na redação da atual CGAA consagrada no ordenamento jurídico português permite, agora, que o contribuinte reaja à aplicação de tal figura pela AT com fundamento no DUE, o que até então não se verificava com igual facilidade, uma vez que no âmbito dos impostos diretos, o TJUE apenas delimitava negativamente o abuso com base nas liberdades fundamentais. Na nossa ótica, uma importante contribuição para a defesa do contribuinte.

Cabe-nos ainda concluir que, da relação da atual versão da CGAA com os princípios constitucionais, continua a verificar-se um sacrifício do princípio da legalidade e tipicidade das normas fiscais e, consequentemente, da segurança e certeza jurídica. O que significa que, na dialética justiça/segurança, há uma preferência desta norma pelo restabelecimento da justiça fiscal, em detrimento da segurança jurídica do contribuinte.

Por fim, e apesar dos desafios que esta dissertação constituiu dada a novidade da alteração legislativa em análise, estamos em posição de dizer que a modificação da CGAA nacional era necessária. A estagnação da mesma é inconcebível, pois não só a busca do contribuinte pela poupança fiscal não cessa, como urgia que acompanhássemos a evolução mundial, garantindo, assim, um combate coordenado a um dos efeitos nefastos da globalização – a elisão fiscal.



## Bibliografia

### I. Livros e artigos

BIZIOLI, G. (2017). Taking EU fundamental freedoms seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive take precedence over the single market? *EC Tax Review*, vol. 3, pp. 167-175.

BROE, L. & BECKERS, D. (2017). The general anti-abuse rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European court of justice's case law on abuse of EU law. *EC Tax Review*, vol. 3, pp. 133-144.

BROE, L. & LUTS, J. (2015). BEPS action 6: Tax treaty abuse. *INTERTAX*, vol. 43, no. 2, pp. 122-146.

CARDOSO, A.C. (coord.) (2018). Anotação ao artigo 38.º da Lei Geral Tributária. In *Códigos anotados e comentados: Justiça tributária (LGT/CPPT/RGIT/RCPITA/RAT/LPFA)*, vol. 3. Porto: O Informador Fiscal.

CHAND, V. (2019). The interaction of the principal purpose test (and the guiding principle) with treaty and domestic anti-avoidance rules. *INTERTAX*, vol. 46, no. 2, pp. 115-123.

CHARRETE, D. (2019). The anti-tax avoidance directive general anti-abuse rule: A legal basis for a duty in member states to fight tax abuse in EU corporate direct tax law. *EC Tax Review*, vol. 4, pp. 176-182.

COURINHA, G.L. (2004). *A cláusula geral anti abuso no direito tributário – Contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Almedina.

COURINHA, G.L. (2015). *A residência no direito internacional fiscal – Do abuso subjetivo das convenções*, col. "Teses de Doutoramento". Coimbra: Almedina.

COURINHA, G.L. (2014). A cláusula geral anti abuso no CAAD: A insustentabilidade de uma jurisprudência contraditória. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, pp. 179-196.

CUOCO, A. (2019). The principal purpose test as introduced by the OECD MLI: Is it time for a compromise with EU tax law? *INTERTAX*, vol. 47, no. 10, pp. 869-884.

DOURADO, A.P. (2017). *Governança fiscal global*. Coimbra: Almedina

FAZENDEIRO, V. (2015). Uma teoria acerca do abuso do direito na jurisprudência do tribunal de justiça da união europeia. *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 10, pp. 3-16.

GOMES, M.L. (2019). The DNA of the principal purpose test in the multilateral instrument. *INTERTAX*, vol. 47, no. 1, pp. 66-90.

GUTMANN, D. *et al.* (2017). The impact of the ATAD on domestic systems: A comparative survey. *European Taxation*, janeiro, pp. 2-20.

HELMINEM, M. (2019). *EU tax law: Direct taxation*. Amesterdão: IBFD.

HUBER, G.L. (2019). *Conceptual problems of the corporate tax: Swiss-US comparative analysis*. Amesterdão: IBFD.

JIMÉNEZ, A. M. (2012). Towards a homogeneous theory of abuse in EU (direct) tax law. *Bulletin for International Taxation*, abril/maio, pp. 270-292.

LANG, M. *et al.* (2010). *Tax treaties: Building bridges between law and economics*. Amesterdão: IBFD.

LAZAROV, I. & GOVIND S. (2019). Carpet-bombing tax avoidance in Europe: Examining the validity of the ATAD under EU law. *INTERTAX*, vol. 47, no. 10, pp. 852-868.

MORAIS, R.D. (2012). *Manual de procedimento e processo tributário*. Coimbra: Almedina.

MORENO, A.B. (2017). GAARs and treaties: From the guiding principle to the principle purpose test. What have we gained from BEPS action 6? *INTERTAX*, vol. 45, no. 6 and 7, pp. 432-446.

NABAIS, J. C. (2012). *Direito fiscal*, 7.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.

NAVARRO, A. *et al.* (2016). The proposal for an EU anti-avoidance directive: Some preliminary thoughts. *EC Tax Review*, vol. 3, pp. 117-131.

OLIVEIRA, A.F. (2010). *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti abusos e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora.

PIETRO, C. (2020). Tax abuse and legal pluralism: Towards concrete solutions leading to coordination between international tax treaty law and EU tax law. *EC Tax Review*, vol. 2, pp. 84-96.

RIGAUT, A. (2016). Anti-tax avoidance directive (2016/1164): New EU policy horizons. *European Taxation IBFD*, November, pp. 497-505.

SANCHES, J.L.S. (2006). *Os limites do planeamento fiscal: Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.

SANCHES, J.L.S. (2007). *Manual de direito fiscal*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

STARINGER, C. (2019). GAAR-dians of the tax galaxy. A 100-year GAAR journey from Germany to Austria and back to the EU. *INTERTAX*, vol. 47, no. 11, pp. 986-988.

TARAMOUNTAS, K. (2019). The PPT: The introduction of a uniform standard with an uncertain application. *INTERTAX*, vol. 47, no. 11, pp. 922-937.

VALDERRAMA, I.M. *et al.* (2018). Tools used by countries to counteract aggressive tax planning in light of transparency. *INTERTAX*, vol. 46, no. 2, pp. 140-155.

VASQUES, S. (2019). *Manual de direito fiscal*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

## II. Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia (2016). *Proposta de diretiva do conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno*. Bruxelas.

Comissão Europeia (2016). *Pacote antielisão fiscal: Próximas etapas para uma tributação eficaz e maior transparência fiscal na UE*. Bruxelas.

Conselho da União Europeia (2016). *Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016*. Bruxelas.

OECD (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting*, OECD Publishing.

OECD (2015). *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2017). *Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2017*, OECD Publishing.

OECD (2019). *Prevention of treaty abuse – Peer review report on treaty shopping: Inclusive framework on BEPS: Action 6*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

### III. Fontes eletrônicas

Collier, R. *et al.* (setembro 2018). Dissecting the EU's recent anti-tax avoidance measures: Merits and problems. [https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPol\\_Policy\\_Report\\_08\\_2018\\_AntiTaxAvoidance.pdf](https://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-09/EconPol_Policy_Report_08_2018_AntiTaxAvoidance.pdf).

Rocha, J. F. (2012). Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal. <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35871/1/Direito%20fiscal%20e%20autonomia%20da%20vontade.pdf>.

### IV. Lista de jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de dezembro de 2000, processo C-110/99, *Emsland-Starke*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de fevereiro de 2006, processo C-255/02 *Halifax*, e Conclusões do Advogado-geral.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12 de setembro de 2006, processo C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 10 de novembro de 2011, processo C-126/10, *Foggia*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 07 de setembro de 2017, processo C-6/16, *Eqiom e Enka*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de fevereiro de 2019, processos apensos C-115/16 *N Luxembourg 1*, C-118/16 *X Denmark A/S*, C-119/16 *C Danmark I*, C-299/16 *Z Denmark ApS*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de fevereiro de 2019, processos apensos C-116/16 *T Danmark*, C-117/16 *Y Denmark*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1, de 7 de novembro de 2017.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de fevereiro de 2011.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00917/13.3.BECBR, de 18 de outubro de 2018.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 123/2012-T, de 9 de maio de 2013.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 124/2012-T, de 6 de junho de 2013.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 47/2013-T, de 20 de dezembro de 2013.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 131/2014-T, de 13 de novembro de 2014.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 184/2014-T, de 3 de julho de 2015.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 162/2017-T, de 14 de novembro de 2017.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 165/2018-T, de 7 de novembro de 2018.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 126/2018-T, de 26 de novembro de 2018.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 237/2018-T, de 12 de fevereiro de 2019.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 441/2018-T, de 15 de maio de 2019.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 47/2019-T, de 31 de julho de 2019.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 165/2019-T, de 18 de novembro de 2019.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 166/2019-T, de 26 de novembro de 2019.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 317/2019-T, de 15 de janeiro de 2020.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 167/2019-T, de 28 de janeiro de 2020.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 359/2019-T, de 31 de janeiro de 2020.

**Autonomous weapon systems and international law:**

**Refusing impunity**

Ema Margarida Correia Rego

Sob orientação do Professor Doutor  
José Alberto Ferreira Azeredo Lopes

Ao Alois, que tornou a realização dos meus sonhos possível.

Ao meu avô, que levarei para sempre no meu coração.

To Alois, without whom this would not have been possible.

To my grandfather, who I will carry forever in my heart.

*“Scientia potentia est”.*

## **Acknowledgments**

I am grateful for growing up in a family with strong values that gave me the tools to be independent and think by myself, that gave me the joy in the hardest times, and raised me to be resilient and never doubt I can always challenge myself more. Thank you to all my family, in particular my mother, Tio Tino and Tia Tina, I owe them everything and love them with all my heart.

On a special note, I will never be able to thank Alois to the extent he truly deserves. Thank you for allowing me to conquer everything I set out to be. Without a doubt, he is my main inspiration, and I thank God he became part of our family.

To my teacher and supervisor, Professor Azeredo Lopes, who has guided me throughout this intense project and has always challenged me to present the best version possible of this dissertation.

To Cecilia, for giving me the much-needed strength and considered inputs on my thoughts.

To my friends, who have always been understanding and supportive in all the goals I set out to achieve.

Last, but certainly not least, thank you to João, my partner, my best friend, my biggest supporter and my shelter, whenever I needed one. Thank you with all my heart for always taking the time to understand me and to inspire me to be the best version of myself.

To you all, sincerely, *obrigada!*



## **Abstract**

More than ever before, the competition to lead the technological race puts artificial intelligence in the centre of the global power play. The idea of a potential mortal weapon system that does not require a human agent on the loop is far from being just an academic hypothesis, and the question arises as to whom the responsibility for unlawful acts is to be allocated.

This being a current topic, transversal to several legal and ethical issues, the focus of the present dissertation will therefore be on the possibility of accountability for autonomous weapon systems' unlawful acts in international armed conflicts.

**Keywords:** Artificial Intelligence; autonomous weapon systems; international humanitarian law; accountability; international criminal law; State's responsibility.

## **Resumo**

Atualmente, mais do que nunca, a competição para liderar a corrida tecnológica coloca a inteligência artificial no centro do poder global. A ideia de um sistema de armamento autónomo que não requer a intervenção de um agente humano durante a sua operação está longe de representar uma mera hipótese académica, levantando-se, assim, a questão de saber a quem imputar a responsabilidade por atuações ilegais.

Sendo um tópico atual, transversal a várias questões éticas e jurídicas, o foco da presente dissertação permanecerá na possibilidade de imputação da responsabilidade por atos ilegais de sistemas de armamento autónomo em situação de conflito armado internacional.

**Palavras-chave:** Inteligência Artificial; sistemas de armamento autónomos; direito internacional humanitário; responsabilidade; direito internacional criminal; responsabilidade do Estado.

## Acronyms

|                 |                                                                            |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------|
| AI              | Artificial Intelligence                                                    |
| AP              | Additional Protocol                                                        |
| ARSIWA          | Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts |
| Art.            | Article                                                                    |
| AWS             | Autonomous Weapon Systems                                                  |
| CCW             | Convention on Certain Conventional Weapons                                 |
| Ed.             | Edition                                                                    |
| <i>Et seq.</i>  | and what follows                                                           |
| GEE             | Group of Group of Governmental Experts                                     |
| IAC             | International Armed Conflict                                               |
| <i>Ibid.</i>    | in the same source                                                         |
| ICC             | International Criminal Court                                               |
| ICJ             | International Court of Justice                                             |
| ICL             | International Criminal Law                                                 |
| <i>i.e.</i>     | that is                                                                    |
| IHL             | International Humanitarian Law                                             |
| IHRL            | International Human Rights Law                                             |
| IL              | International Law                                                          |
| ILC             | International Law Commission                                               |
| IO              | International Organizations                                                |
| LAC             | Law of Armed Conflicts                                                     |
| LAWS            | Lethal Autonomous Weapons Systems                                          |
| LoN             | League of Nations                                                          |
| NCSL            | <i>nullum crimen sine lege</i>                                             |
| NGO's           | Non-Governmental Organizations                                             |
| No.             | number                                                                     |
| OODA            | Orient, Observe, Decide, Act.                                              |
| <i>Op. cit.</i> | In the work cited                                                          |
| P. /PP.         | page(s)                                                                    |
| RoE             | Rules of Engagement                                                        |
| <i>S.d.</i>     | <i>sine data</i>                                                           |
| UDHR            | Universal Declaration of Human Rights                                      |
| UN.             | United Nations                                                             |
| U.S.            | United States                                                              |
| Vol.            | volume                                                                     |
| WW              | World War                                                                  |

## Table of Contents

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduction                                                                                                       | 8  |
| 1. Conceptual complexity                                                                                           | 9  |
| 1.1 Defining artificial intelligence                                                                               | 9  |
| 1.2 Autonomous weapon systems                                                                                      | 9  |
| 1.2.1. Addressing the different typologies of AWS                                                                  | 10 |
| 2. AI in warfare: Challenges posed to international law                                                            | 13 |
| 2.1 Regulation versus total ban of AWS                                                                             | 14 |
| 3. Relevant legal framework                                                                                        | 16 |
| 3.1. <i>Jus ad bellum</i>                                                                                          | 16 |
| 3.2. <i>Jus in bello</i> and international human rights law                                                        | 17 |
| 3.3. International criminal law                                                                                    | 17 |
| 4. Ascertaining the legality of AWS under IHL                                                                      | 18 |
| 4.1. Martens Clause                                                                                                | 18 |
| 4.2. Principles of international humanitarian law                                                                  | 19 |
| A. Principle of proportionality                                                                                    | 19 |
| B. Principle of distinction                                                                                        | 20 |
| 4.2.1. Preliminary conclusions: can AWS be considered categorically prohibited under IHL?                          | 20 |
| 4.3. The obligation of weapons review: particular challenges                                                       | 23 |
| 5. General remarks on accountability                                                                               | 24 |
| 5.1. Elements of international criminal accountability                                                             | 25 |
| A. Legality principle                                                                                              | 25 |
| B. Mental element/ <i>mens rea</i>                                                                                 | 26 |
| 6. International responsibility for unlawful acts carried through AWS                                              | 27 |
| 6.1. Ascertaining States' responsibility for AWS unlawful acts                                                     | 28 |
| 6.2. Individual criminal responsibility                                                                            | 30 |
| A. Programmer                                                                                                      | 31 |
| B. Command responsibility                                                                                          | 32 |
| 6.3. Relations between individual and State responsibility                                                         | 34 |
| 6.4. Preliminary conclusions on accountability for AWS unlawful acts                                               | 35 |
| 7. Refusing impunity                                                                                               | 36 |
| 7.1. International binding protocol on the development and deployment of weapons capable of operating autonomously | 36 |
| 7.2. International political declaration                                                                           | 38 |
| Conclusion                                                                                                         | 39 |
| Bibliography and list of references                                                                                | 41 |

## Introduction

Not so long ago, the world witnessed catastrophic consequences caused by the unpredictability of war. During World War II, thousands of people lost their lives, and generations disappeared from the Earth through the hands of ethnic cleansing and mass extermination policies.

At the time, Nazi leaders were held responsible for crimes against humanity and war crimes, but not under the crime of genocide, leading Winston Churchill to remark that we were “in the presence of a crime without a name”.

If, in fact, at the time the Law could have not foreseen what eventually happened, the same cannot be stated about the eminent use of autonomous weapon systems (AWS) in the battlefields and the complex challenges this situation poses to the Law.

AWS are fundamentally different from all previous forms of weaponry, the main difference being the fact that they do not simply react to triggers. In fact, AWS are being developed to perform in a warfare context without relying on direct human input and with the ability of self-learning while operating.

As fascinating and almost herculean as those capabilities may be, the fact that those who plan a military operation have less influence than before, along with the paradox created by the increased levels of autonomy<sup>1893</sup>, pose major challenges to international legislators regarding the assignment of accountability.

While the context of war may be unimaginable for some, it is catastrophic for all, and even if the establishment of world peace is not realistically possible, there should be, at least, some peace in knowing that those who commit crimes will be held responsible.

Yet, due to AWS's inherent characteristics, it does not appear clear who to hold accountable for an illegal act where no human agent engaged directly. Faced with the possibility of holding responsible engineers, programmers, manufacturers, robot controllers or supervisors, state governments or commanders<sup>1894</sup>, some authors even add that this might be the first time a “weapon system will have either no one or too many people to hold accountable for mistakes”<sup>1895</sup>.

Given that some argue that in many scenarios we would be facing an “accountability gap”, there is a pressing need to ascertain whether existing binding international law has proper instruments to deal with the legal consequences of this emerging reality.

Therefore, this dissertation aims to address the issue of accountability in the use of AWS in situations of international armed conflict (IAC) and its legal consequences.

---

<sup>1893</sup> Wagner, 2014, p. 1400.

<sup>1894</sup> Solovyeva & Hynek, 2018, p. 194.

<sup>1895</sup> Garcia, 2015, p. 60.

## **1. Conceptual complexity**

Covering different areas of knowledge, from mathematics to engineering, from neuroscience to law and ethics, this complex new topic brings as much excitement as contention to the table of international discussion.

Due to their complexity, most of the concepts that surround AI do not reach consensus within the international community. In this chapter, we will be discussing the various approaches and definitions in order to clarify the scope of this dissertation.

### **1.1 Defining Artificial Intelligence**

AI can be defined as a discipline whose purpose lies in the “construction of artificial entities with cognitive capacities similar to those of human beings”<sup>1896</sup> which develops intelligent programs that enable computer systems to think and make decisions for them – autonomous systems<sup>1897</sup>.

Based mainly on algorithms, AI requires deep mathematical knowledge, “as well as mechanisms for manipulating symbols, in order to be able to represent, modify and expand”, with more than 100 layers of learning instilled in the algorithm of these intelligent software<sup>1898</sup>. For the development of cognitive skills in these computer systems, AI is often stimulated by the study of neurological function and promoted by neuroscience in general<sup>1899</sup>.

Thus, when applied to field of warfare, AI can create systems capable of operating from target identification to their elimination without direct human intervention, something that, until now, was only possible in science fiction. These are the so-called “autonomous weapon systems” (AWS). We are, therefore, one step ahead of drones, insofar as they are piloted from a distance and dependent, in their primary version, on the decisions of a human<sup>1900</sup>.

### **1.2 Autonomous weapon systems**

In light of the above, AWS already represent a paradigm shift, differing largely from domestic computer systems as we know them. Even though computers are also programmed, they operate according to predefined rules and results<sup>1901</sup>, whereas AWS are based on genetic algorithms and therefore technologically much more advanced,

---

<sup>1896</sup> Costa & Simões, 2008, p. 3.

<sup>1897</sup> Rodrigues, 2018, p.7.

<sup>1898</sup> Shapshak, 2018, pp. 38-39.

<sup>1899</sup> *Ibid.*

<sup>1900</sup> Seixas-Nunes, 2017, p. 2.

<sup>1901</sup> Seixas-Nunes, 2017, p. 3.

endowing the machine with the ability to think and autonomy to decide on the best way to achieve the programmed result.

However, alongside AI, the definition of AWS has been the source of endless discussions among academics and has not yet found a consensus within the international community, the “autonomy” element being the one that raises most divergence<sup>1902</sup>.

The reason for this is related to the fact that conceptualizing autonomy requires the gathering of many areas such as robotics, engineering, computer science and, once the discussion raises several legal issues, the Law<sup>1903</sup>. Indeed, autonomy can play a different role in different scenarios and is understood by some as a “three dimensional concept”<sup>1904</sup>: the concept must be interpreted differently according to the complexity of the decision-making process, the human-machine command-and-control relationship, and the type of decisions or functions being made autonomously<sup>1905</sup>.

Therefore, while some perspectives put the emphasis on the human involvement in the operation of AWS – in a legalist perspective – others prioritise its technical capabilities – in a more technical or robotic perspective.

According to the U.S. Department of Defence *2012 Directive on Autonomy in Weapon Systems*, hereinafter named DOD Directive, an AWS is a weapon that “once activated, can select and engage targets without further intervention by a human operator”<sup>1906</sup>.

### **1.2.1 Addressing the different typologies of AWS**

Addressing AWS’ different types of autonomy is crucial to establish rules to protect the main purpose of international humanitarian law (IHL), namely to balance civilian protection and military gains.

Thus, from the standpoint of what we called “legalist approach”, the distinction is usually made between the human-in-the-loop, the human-on-the-loop, and the human-out-of-the-loop<sup>1907</sup>, in which the focus goes to the role of the human operator in the so-called OODA cycle (observe, orient, decide

---

<sup>1902</sup> Galleoti, 2019.

<sup>1903</sup> Boulanin & Verbruggen, 2017, p.5.

<sup>1904</sup> Horowitz & Scharre, 2015, pp. 5-6.

<sup>1905</sup> *Ibid.*

<sup>1906</sup> Department of Defence, Washington DC (November 21, 2012) “Autonomy in Weapon Systems”, Directive Number 3000.09, Nov. 21<sup>st</sup> 2012.

<sup>1907</sup> This distinction first appeared on the 2012 Report of Human Rights Watch. See International Human Rights Clinic; Human Rights Watch, November 19<sup>th</sup> 2012.

and act)<sup>1908</sup>; in other words, how much involvement the human operator has during the cycle.

Indeed, in the first case, there would be full human control during the whole OODA cycle, requiring human input at some stage of the task. In the second one, this so-called “human-supervised autonomous” system would operate autonomously while under the supervision of a human operator, who can intervene if something goes wrong. In the last one, the system would be able to act and decide without human intervention<sup>1909</sup>.

A more technical perspective on autonomy, in turn, differentiates between automatic weapon systems, automated or semi-autonomous weapon systems and autonomous systems. This approach emphasises the self-governance ability of the machine to deal with uncertainties in its operating environment<sup>1910</sup>.

Automatic systems are previously programmed systems in which it is necessary to enter certain data so that they respond as they are programmed to. Examples of such systems are small guns, which fire after the trigger is pressed, or anti-personnel mines that explode when pressed with the weight of a person, as previously programmed to do so<sup>1911</sup>.

Yet, the distinction between automated and autonomous systems is highly debated, and some authors do not recognize a major difference between the two concepts, identifying the latter as a more complex form of the former.

Other authors such as Andrew Williams<sup>1912</sup> state that autonomous systems are capable of understanding intent and direction from the perception of their involving environment. Thus, they are “capable of deciding a course of action, from a number of alternatives, without depending on human oversight and control, although these may still be present. Although the overall activity of an autonomous unmanned aircraft will be predictable, individual actions may not be”<sup>1913</sup>.

Maria Pereira<sup>1914</sup> also presents a distinction between the two concepts. According to this author, semi-autonomous weapon systems differ from the automatic ones in that

---

<sup>1908</sup> The OODA (observe, orient, decide and act) cycle was first developed by John Boyd, an American military strategist, to evaluate operational combat decision processes. Pereira, 2017, pp. 299-300.

<sup>1909</sup> Garcia, 2019, p. 4.

<sup>1910</sup> Boulanin & Verbruggen, 2017, p. 6.

<sup>1911</sup> Pereira, 2017, pp. 299-300.

<sup>1912</sup> Williams, 2015, pp. 33-34.

<sup>1913</sup> *Ibid.*

<sup>1914</sup> Pereira, 2017, pp. 299-300.

they are able to autonomously define the necessary parameters, such as data analysis and observation. This means that semi-autonomous weapon systems have two particularities: once activated, they will only engage targets previously selected by a human operator<sup>1915</sup>. Moreover, before acting, a human agent is consulted to decide whether the action will be carried out.

This means semi-autonomous weapons are able to independently track and identify potential targets, as well as to prioritize them or make recommendations about the best timing to fire<sup>1916</sup>. An example of these systems would be the South Korean sentinel robots<sup>1917</sup>, the SGR-A1, which patrol the frontier between South and North Korea. This system uses infrared lens to recognize targets<sup>1918</sup> and has the capacity to “identify, track and shoot targets, although the latter phase currently requires human authorization”. Thus, this system is able to switch from automated to autonomous, fitting in the concept of “sliding autonomy”<sup>1919</sup>.

Another example is the Israeli antimissile “Iron Dome”. This system was developed to detect and to counter short range rockets while a control centre coordinates the response. The system is programmed to calculate where the rockets would fall, triggering the interceptor if the predicted trajectory falls in a populated area and ignoring it otherwise<sup>1920</sup>.

Finally, the most complex and the ones that raise the most legal issues are autonomous systems. From the moment they are programmed, these have the ability to observe and collect data as well as to analyze them, define procedures and act according to defined procedures without needing any human assistance.

Even though there are no known “fully” automated weapon systems, in the sense of robots with human-level cognitive capabilities completely independent from human control (and for security reasons, this is not even expected to become a reality), if a weapon has the capability to independently select and engage targets, then we are in the presence of a fully automated weapon system<sup>1921</sup>.

An existing/current example is the U.S. Navy’s Phalanx CIWS. This Aegis control system, operated in conjunction with Phalanx Close In Weapons System, is a defence system against anti-ship missiles, surface mines and aircraft that has the ability to

---

<sup>1915</sup> Department of Defence, Washington DC, November 21st 2012, Directive Number 3000.09.

<sup>1916</sup> Pereira, 2017, pp. 299-300.

<sup>1917</sup> *Ibid.*

<sup>1918</sup> *Ibid.*

<sup>1919</sup> Boulanin, & Verbruggen, 2017, p. 6.

<sup>1920</sup> Correia, May 6th 2019.

<sup>1921</sup> Crootof, 2016, pp. 1368-1369.



search, detect, track and evaluate independently. It also has engagement and kill-assessment functions<sup>1922</sup>.

Another example are torpedo mines, nowadays used by China and Russia, known as PMK-2. Unlike a classic, extremely simple device mine, these torpedo mines are able to independently select and engage targets on their own, whereas a classic mine is fixed and at least the mined area is known. Therefore, these systems are activated by a passing ship and, instead of exploding, they open a capsule, release a torpedo and engage the target. Thus, the created torpedo is not used to engage a previously selected target by a human agent, nor is it simply blowing up in a place<sup>1923</sup>.

However, regardless of one's perspective, autonomy will always be integrated by three capabilities: to sense, to decide and to act<sup>1924</sup>. Therefore, in a first phase, the system perceives the environment through inherent sensors that collect and interpret information (data) – “sense”; afterwards, those data will serve as input for the decision process which, in turn, will be determined by the control system and by the way it was programmed; and, ultimately, the result of the decision process will be exerted to the physical world<sup>1925</sup>.

Yet, regardless of the nature of the perspectives described above, as stated by Kerstin Vignard<sup>1926</sup>, “ultimately the autonomy question is really about what control/oversight do we expect humans to maintain over the tools of violence that we employ”. Based on this premise, and allied to the lack of consensus in defining “autonomy”, the international discussion switches its focus to discussing the level and range of desired “meaningful human control”<sup>1927</sup>.

## **2. AI in warfare: Challenges posed to international law**

Although some authors deny it as a reality, AI technology applied to autonomous systems has been described as the third revolution in warfare, after gunpowder and nuclear arms<sup>1928</sup>, raising many concerns, including legal and ethical ones. Thus, it is not a question of *if*, but *when*.

States like the USA and the UK have, in fact, already set the goal to achieve full autonomy in AWS, while it is known that in countries like China and Russia, although they have not clearly assumed this purpose, efforts are being made in the same

---

<sup>1922</sup> General Dynamics, Ordnance and Tactical Systems.

<sup>1923</sup> Scharre, 2016, pp. 14-15.

<sup>1924</sup> US Department of Defence (DOD), 2015, p. 2.

<sup>1925</sup> Boulanin & Verbruggen, 2017, pp. 7-9.

<sup>1926</sup> Vignard, April 12<sup>th</sup> 2016.

<sup>1927</sup> See Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, Geneva, 25-29 March 2019 and 20-21 August 2019.

<sup>1928</sup> Guiora, 2017, p. 2.

direction<sup>1929</sup>. Regarding this subject, Vladimir Putin has even stated “whoever becomes the leader in this sphere will become the ruler of the world”<sup>1930</sup>.

In view of the above, the development of AWS poses complex security challenges for the future of humanity<sup>1931</sup> and international law. From the point of view of the legality of AWS *per se*, questions arise whether they comply with the *jus in bello*, namely with the principles of proportionality and distinction, established as principles of international humanitarian law. In addition, doubts remain regarding the accountability for a crime committed through a weapon system in which no human agent engaged directly. Furthermore, in order to legally accommodate weapons with the ability to target, select and engage independently might demand the (de)construction of classic legal concepts such as *mens rea* and “effective control”.

In any case, it is imperative to ensure the attribution of responsibility for illegitimate actions carried out through AWS before they take place in the battlefield. However, there is no consensus within the international community on how AWS should be addressed – regulation or total ban?

## **2.1 Regulation versus total ban of AWS**

The total prohibition of the use of AWS systems may contribute to technological stagnation, but their proliferation may pose great risks to the security of both military personnel and civilians, if their employment happens without strict regulation. Although it is too early to know the results of AI development, some of these inventions already raise ethical and legal questions, even at the stage of development.

In 2009, Noel Sharkey, an AI professor at the University of Sheffield, warned about the possibility of introducing autonomous weapon systems in a warfare context<sup>1932</sup>. Since then, some experts have advocated for a total ban on the development and application of artificial intelligence techniques to weapon systems<sup>1933</sup>.

Others, though, advocate regulation rather than a ban.

In this context, we should note that the most recent gun ban took place in 1997, in Ottawa, in the Convention on the Prohibition of the Use, Storage, Production and Transfer of Antipersonnel Mines and on their Destruction.

---

<sup>1929</sup> Pereira, 2017, p. 298.

<sup>1930</sup> The Economist, January 27<sup>th</sup>, 2018.

<sup>1931</sup> Pandya, February 14<sup>th</sup>, 2019.

<sup>1932</sup> Seixas-Nunes, 2018, p. 487.

<sup>1933</sup> For instance, in 2013, a wave of advocates for the ban on the development and use of autonomous systems arises, with NGOs such as Human Rights Watch, Article 36, International Red Cross and International Amnesty, as well as some States such as Bolivia, the Holy See, Peru, Pakistan, among others. Cf. Seixas-Nunes, 2017, p. 3.

In 2013, the CCW Meeting of State Parties<sup>1934</sup>, which aims to regulate weapons that can be considered excessively harmful or indiscriminate, decided that in the years that followed, governmental experts would hold informal Meetings to discuss the questions related to emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems (LAWS)<sup>1935</sup>.

It was only in 2016, during the Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on CCW, that a Group of Governmental Experts (GEE) was established as an open-ended group on emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems.

During all of their meetings until 2019, many discussions were carried out on the use of some systems of selective autonomy and on the need to establish minimum levels of human control. To date, though, among the international community, there is no consensus as regards the hypothetical use of these systems in a war-like context, nor in what respects the procedures for the legal review of this weaponry.

While some authors argue “the troubling nature of autonomous warfare is manifested by the clear desire to minimize human involvement in its application”<sup>1936</sup>, others manifest strong concerns regarding the lack of compliance with moral reasons. For instance, U.N. Secretary-General António Guterres is of the opinion that AWS “are politically unacceptable, are morally repugnant, and should be banned by international law”<sup>1937</sup>. Still, although the importance of considering moral reasons should not be undermined, this dissertation will only focus on legal evaluations to judge this matter.

Interestingly, it has been pointed that there are some potential humanitarian benefits in the use of AWS. It is believed that AI technology could enable these systems to have higher precision, accuracy and speed<sup>1938</sup> and thus make AWS more discriminate than other weapons, reducing the risk to civilians<sup>1939</sup>.

We personally believe that, even though autonomy represents the core characteristic of AWS, it is not this characteristic *per se* that represents a “troubling nature”, but rather the lack of objective standards regarding weapon legal reviews, together with the lack of clear regulation in order to ensure accountability. Discussions on the legitimacy of AWS would be more productive if there were less focus on conceptualizing autonomy and more investment on ascertaining whether those

---

<sup>1934</sup> Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.

<sup>1935</sup> The term “LAWS” has been adopted within the GEE meetings. In opposition to the term AWS, some authors claim the adopted term is a misleading construct and carries a highly political baggage. *In* Trumbull IV, 2020, p. 538.

<sup>1936</sup> Guiora, 2017, p. 27.

<sup>1937</sup> Guterres, U.N. Secretary General, Remark at the Lisbon Web Summit 2018.

<sup>1938</sup> Pandya, J. February 14th, 2019.

<sup>1939</sup> Trumbull IV, 2020, p. 557.

capabilities would behave in accordance with IHL standards in an operational battlefield environment<sup>1940</sup>.

Thus, when discussing the possibility of banning research, development and deployment of AWS, some authors argue that, as AWS are also being developed by the private sector, a ban would be difficult to enforce<sup>1941</sup>, and even counter-productive, as it is very unlikely to deter States from acquiring these weapons, since a clear assumption in this direction was already publicly stated<sup>1942</sup>.

We do defend the premise that technological evolution should take its course; however, this evolution should be regulated. It has become imperative to propose and discuss a legal framework that takes into account ethical and moral aspects, without however interfering with technological progress. And the same can be said about legal control over AWS legitimacy, safety and accountability before it takes place in the battlefield.

Ultimately, we must consider whether the existing legal framework is sufficient to accommodate this complex new reality<sup>1943</sup>, taking into account the several disciplines involved in regulating this matter; this will be covered in the next chapter.

### **3. Relevant legal framework**

When addressing the use of AWS in warfare, several legal disciplines are involved in regulating this matter. This chapter will make a brief reference to the different roles and purposes of the *Jus ad bellum*, *Jus in bello*, human rights and international criminal law in order to clearly establish who can be held accountable for AWS unlawful acts, which will be discussed in chapters 5 and 6.

#### **3.1. *Jus ad bellum***

*Jus ad bellum*, or *the use of force*, appears as a response to the discretionary use of force by States. After failing to achieve its purpose to preserve international peace, after WW II, the Covenant of the League of Nations (LoN) gave rise to the entry into force of the Charter of the UN, hereinafter, the Charter<sup>1944</sup>.

Setting the goal of creating an efficient system to enforce international peace by restricting the use of force between States<sup>1945</sup>, the Charter established what is recognized today as a *jus cogens* norm, i.e., a mandatory norm of general International Law<sup>1946</sup> (IL):

---

<sup>1940</sup> Anderson & Waxman, 2013, p. 19.

<sup>1941</sup> Trumbull IV, 2020, p. 535.

<sup>1942</sup> Cf. Note 37.

<sup>1943</sup> Brehm, 2017, p. 10.

<sup>1944</sup> Lopes (coord.), 2020, pp. 9-14.

<sup>1945</sup> CICV, October 29<sup>th</sup>, 2010.

<sup>1946</sup> Lopes, 2020, p. 14.

the prohibition of the use of force. Indeed, article 2/4 established that “all Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”.

The established prohibition is directed, in the foreground, to the Member States on the international plan, in order to protect States’ sovereignty and avoid interference in States’ internal affairs<sup>1947</sup>. However, the prohibition established by the provisions is equally binding on all States and International Organizations (IO), given its customary value, leaving only non-State actors, such as terrorist organizations, aside<sup>1948</sup>.

On a different note, this provision relates to both the prohibition of the threat of the use of force and the use of force itself, noting that the concept of “force” is much broader than the concept of “war” used in previous legal instruments such as the Covenant of the LoN and the 1928 Briand-Kellogg Pact<sup>1949</sup>.

### **3.2. *Jus in bello* and international human rights law**

While *Jus ad bellum* aims to regulate the legitimacy of the use of force, International Humanitarian Law (IHL) intends to limit the effects of an armed conflict without prior judgments as to its origins<sup>1950</sup>. Thus, IHL’s primary purpose is to regulate the conduct of hostilities and, in the face of that reality, “refuse indifference”, as stated by Maria Isabel Tavares<sup>1951</sup>.

Similarly to the *Jus in bello*, IHRL has a relevant role when ascertaining the legality of a new weapon in the battlefield. Namely, both aim to protect human life and dignity. However, while IHRL presupposes a situation of peace in order to fully maximize the realization of human rights, IHL requires the existence of a conflict in order to be applied<sup>1952</sup>.

In the face of the above, armed conflicts, both internal and international, are intensively regulated by scattered international legal instruments. However, the main legal instruments of IHL are enshrined in the Geneva Conventions of 1949 and in the two Additional Protocols of 1977, all of which have been widely ratified<sup>1953</sup>.

---

<sup>1947</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

<sup>1948</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>1949</sup> *Ibid.*, pp. 29-31.

<sup>1950</sup> Tavares, M, 2020 – “Direito Internacional Humanitário” in Lopes (coord.), 2020, pp. 221-222.

<sup>1951</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>1952</sup> *Ibid.*, pp. 223-224.

<sup>1953</sup> The Geneva Conventions have been ratified by 196 State-parties while AP I as been ratified by 174 and AP II by 168 States. Cf. Tavares, 2020, pp. 214-215.

As a cornerstone of the Law on the regulation of armed conflicts – IHL and, in particular, Article 1/2 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions<sup>1954</sup>, hereinafter Additional Protocol I (AP I) – both the conduct of hostilities and the use of new weapons must be subordinated to the general principles of international law, which will be covered in chapter 4.

### **3.3. International criminal law**

Lastly, the problem of AWS also involves International Criminal Law (ICL). When ascertaining the possibility of war crimes, crimes against humanity or genocide being carried through AWS, criminal liability would arise under the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC), which we will analyse further in chapter 5.

Moreover, in addition to the above-mentioned crimes, as of July 17<sup>th</sup> 2018, the ICC has jurisdiction over the crime of aggression, which has been ratified by 39 State Parties, including Portugal. Yet, while the above-mentioned crimes imply serious violations of IHL, the crime of aggression represents a violation of the rules of the *Jus ad bellum*<sup>1955</sup>.

Indeed, the rapid technological evolution is one of the major elements of tension between the Law and social reality,<sup>1956</sup> raising the question whether a crime committed through AWS or, for instance, a cybercrime, could be considered a crime of aggression. However, this issue is outside the scope of this study.

## **4. Ascertaining the legality of AWS under IHL**

The role of IHL is to limit the right of the parties to freely choose the methods and means used in war for humanitarian reasons, which is why it can be easily understood that these rules must not be ignored in the presence of new weapons<sup>1957</sup>.

As such, this chapter explores whether AWS can be considered categorically prohibited under IHL.

### **4.1. Martens Clause**

First introduced in the 1899 preamble to the Hague Convention II on the Laws and Customs of War and Land, and later on introduced in the Additional Protocol I of 1977, the Martens Clause states that “in cases not covered by the law in force, the human person remains under the protection of the principles of humanity and the dictates of the public conscience”.

---

<sup>1954</sup> Being the complete designation “Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of the Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of June 1977”.

<sup>1955</sup> Tavares, M, 2020 – “Direito Internacional Humanitário” in Lopes (coord.), 2020, p.268.

<sup>1956</sup> Lopes, (coord.), 2020, p. 209.

<sup>1957</sup> Pereira, 2014, p. 3.

As such, the clause creates a legal obligation for States to consider moral implications involved in the development or adoption of a new weapon by requiring compliance with principles of humanity and dictates of public conscience. Therefore, the first question that rises is whether AWS are able to comply with these principles.

For the Arms Control Association, which advocates for a total ban of AWS, the answer would be undoubtedly no. It is said that fully autonomous weapons cannot comply with these principles since they require “humane treatment of others and respect for human life and dignity”<sup>1958</sup>. This argument is grounded on the idea that the decision as to whether to shoot at a target or not would be based on the use of algorithms and, thus, fail to respect human dignity<sup>1959</sup>.

Likewise, Human Rights Watch decries AWS would lack both legal and ethical judgment which ultimately gives “people the means to minimize harm”<sup>1960</sup>.

Interestingly, on the same subject, Joshua Hughes<sup>1961</sup> takes the completely opposite position by underlining the need to make a strict distinction between legal concepts and moral or ethical ones when addressing the concepts of “principles of humanity” and “dictates of public conscience”. And the real importance of doing so, the author stresses, lies on its effects – “*while compassion provides a motivation to act humanely, legal and ethical judgment provides a means to do so*”<sup>1962</sup>.

In any case, in order to be considered lawful under International Law, AWS must prove to be able to comply with the laws of war, which will be discussed at the end of this chapter.

## **4.2. Principles of International Humanitarian Law**

The importance to ascertain whether the use of AWS is legitimate under International Law and International Humanitarian Law is intimately related with their ability to comply with the principles of distinction and proportionality, ruled by the International Court of Justice (ICJ) as the cardinal principles of IHL<sup>1963</sup>.

Therefore, what we intend to ascertain is whether, given the particularities of AWS, these would be able to comply with the rules and principles of International Law.

---

<sup>1958</sup> Docherty, October 2018.

<sup>1959</sup> *Ibid.*

<sup>1960</sup> Docherty, August 2018.

<sup>1961</sup> Hughes, August 2018.

<sup>1962</sup> *Ibid.*

<sup>1963</sup> ICJ Report, July 8<sup>th</sup>, 1996, para. 78.

## **A. Principle of proportionality**

As a cardinal principal in the conduct of hostilities, the principle of proportionality is regulated in several international instruments, namely in the Additional Protocols (AP) I and II and in the Rome Statute.

The principle of proportionality establishes that in the conduct of hostilities during an armed conflict, parties to the conflict must not launch an attack whenever the damage is expected to be excessive in view of the anticipated military advantage<sup>1964</sup>. Pursuant to the Rome Statute<sup>1965</sup>, “intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated” constitutes a war crime under international armed conflicts (IAC).

Thus, in order to comply with this principle, AWS would have to be able to analyse a plurality of factors and, in a complex and unpredictable scenario, evaluate a situation in which surprise factors will inevitably arise.

Although these will always be context-dependent assessments, it has to be safely guaranteed that these systems are designed to efficiently anticipate several scenarios in order to comply with the principle of proportionality.

## **B. Principle of distinction**

The principle of distinction, laid down in article 48 of AP I, requires that a distinction be made between combatants and civilians and between civilian and military assets. Consequently, indiscriminate methods of attack are prohibited under IHL.

In this sense, pursuant to article 51/4 of AP I, the means and methods employed in an attack must be directed at a specific military object, under penalty of unlawful action under the terms of IHL. Moreover, the lawful use of AWS also depends on the compliance with AP I regarding the prohibition against certain kinds of attacks, namely those who aim at objects considered indispensable for the survival of civilian population, the natural environment, and installations containing dangerous forces, as established in articles 54 *et seq.*, of AP I.

Thus, this principle requires AWS to have the ability of not only distinguishing between legitimate and non-legitimate targets, but also of carrying the attack in a discriminatory manner<sup>1966</sup>.

---

<sup>1964</sup> Pursuant to article 51/5(b) of Additional Protocol I, “an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

<sup>1965</sup> Art. 8/1 and art. 8/2(b)/iv of the Rome Statute.

<sup>1966</sup> *Ibid.*



#### **4.2.1 Preliminary conclusions: Can AWS be considered categorically prohibited under IHL?**

In view of the above, we can find three common arguments against AWS's compliance with IHL. First, an autonomous system would fail to comply with IHL principles by not being endowed with emotions. Second, AWS would lack legal and ethical judgment to act in accordance with international rules. And, lastly, these systems would fail in complex situations.

i. An autonomous system would fail to comply with IHL principles by not being endowed with emotions.

Autonomous systems would, in fact, lack the ability to have emotions and their decisions would, therefore, not be made under compassionate reasons.

Nevertheless, even though compassion is inherent to human beings and undeniably useful in some circumstances, that does not mean it is useful in all situations. In fact, the ability to feel compassion for others can be a way of blurring human reasoning, leading to ineffective decisions, from the military advantage standpoint.

Indeed, the particularity of not being endowed with emotions may guarantee an autonomous system to make a proper judgement of the proportionality of an attack, considering its consequences, yet without being motivated by fear or resentment.

However, in order to comply with the principle of distinction, several variables must be previously determined. For instance, which kind of weapon should be used so that military advantage is gained while the amount of damage created is not excessive? How many casualties would be acceptable? Furthermore, the system will have to be programmed in a way that it can decide what might be excessive in each circumstance<sup>1967</sup>.

If, on the one hand, it seems to us premature to conclude the impossibility to insert an algorithm capable of meeting all the mentioned variables, on the other hand, we wonder if it is humanly possible to previously determine all these scenarios. Thus, the issue is not whether AWS would be able to comply with how they were programmed to behave, but rather whether it is humanly possible to foresee all these variables. In any case, the main problem is not whether these machines would be as fallible as a human agent in the same situation, but rather on whom the responsibility would fall in case they do fail.

Similarly, regarding compliance with the requirements imposed by the principle of distinction, some authors argue that autonomous systems, by not being endowed with

---

<sup>1967</sup> Wagner, 2011, p. 8.

emotions, would be able to assess, in a more effective and more objective way, which targets to hit<sup>1968</sup>. Moreover, autonomous systems are capable of holding a big amount of data, which could entail a great advantage in order to comply with the principle of distinction.

In order to understand the scope of this advantage let's consider a terrorist attack. While it represents one of the biggest challenges posed to the security of humanity, a terrorist would look exactly like a civilian. It might act in a way that would suggest his intention, or it might not. What we know for certain is that it will not wear any clear symbol of a military combatant as his intention is, wittingly, to be confused with a civilian. In such case, there is a need to identify and eliminate the target in accordance with the principle at issue.

While this may pose a herculean assignment for a human agent, whose success would be more dependent on his experience in the battlefield rather than a technical aspect, posing great difficulty, an AWS could rely on unlimited information available in the virtual world<sup>1969</sup>, with relative ease. As Afonso Seixas Nunes<sup>1970</sup> underlines, "if we take into account the information available in social media, it will be easy to conclude that an autonomous system can quickly establish patterns of life, conduct and location for millions of individuals at the same time".

In that case, intelligent systems would hold an unquestionably advantage when compared to human agents in complying with the principle of distinction by having an ability beyond humane to search and storage incredibly huge amounts of information regarding different people, in a matter of seconds.

However, it must be assured that AWS would be able to perform in accordance with these capabilities both in an abstract way<sup>1971</sup> as in a battlefield context, knowing that, pursuant to articles 50/1 and 52/3 of AP I, when in doubt, the presumption must be that the target is not legitimate<sup>1972</sup>.

Therefore, it seems for us clear that, so far, we cannot state that the use of an AWS or even the weapon *per se* is unlawful under IHL. Yet, one thing is certain: if the AWS is not equipped with the ability to assess the proportionality of the attack it intends to carry out and to properly distinguish between legitimate and illegitimate targets, its use will not be lawful under international humanitarian law.

---

<sup>1968</sup> Pereira, 2017, p. 305.

<sup>1969</sup> Seixas-Nunes, 2017, p. 3.

<sup>1970</sup> *Ibid.*

<sup>1971</sup> Wagner, 2014, p. 1391.

<sup>1972</sup> *Ibid.*

ii. AWS would lack legal and ethical judgment to act in accordance with international rules.

Regarding the second argument, it seems to be related with the first one: AWS will not be capable of complying with the laws of war because they lack legal judgement. However, as technology advances, this argument seems to be even more fragile than the first one.

As stated by Simon Chesterman<sup>1973</sup>, while humans must be trained, AWS could have these rules internalized in their system and act in compliance with them without fatigue, fear or anger getting in the way. Therefore, it is possible and highly likely that AWS may not only be capable of complying with the laws of war, but actually be programmed to be more capable of that compliance than humans.

iii. AWS would fail in complex situations.

Regarding the last argument, namely that autonomous systems would fail in complex situations, we are forced to partially agree. Indeed, AWS cannot be programmed so perfectly as to act accordingly in unpredictable situations. However, neither could a human agent.

As such, this appears to be a weak argument against AWS in a warfare context, as the real concern behind it, once again, is not really the ability of these systems to act in accordance with legal parameters in limitless scenarios, but instead, whether the operator would be able to predict and program them in advance<sup>1974</sup>. Therefore, the real issue on this topic is that, whereas a human could be held accountable for an unlawful act pursuant to International Law, the same cannot be said so clearly about a system which would act without direct human input.

In conclusion, AWS do not appear to be, as such, unlawful under the rules of IHL. However, it remains to be ascertained whether the legal regulation of weapon review's as currently in force is sufficient to ensure AWS's compliance with IL.

### **4.3. The obligation of weapons review: particular challenges**

In compliance with article 36 of Additional Protocol I<sup>1975</sup>, it is the responsibility of the State that intends to adopt a new weapon to certify its legality under IHL requirements.

---

<sup>1973</sup> Chesterman, 2020, p. 233.

<sup>1974</sup> *Ibid.*

<sup>1975</sup> "In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party".

Thus, the new weapon must comply with the two substantive rules in this article: first, it should not cause unnecessary suffering or superfluous injuries<sup>1976</sup>, and, second, it should follow the rule prohibiting inherently indiscriminate weapons, pursuant to article 54 of the I Additional Protocol. Thus, it is understood that a weapon is, by its nature, indiscriminate when it cannot be aimed at a specific target, being highly likely to strike both civilians and combatants<sup>1977</sup>.

But although the fact that AWS take the final decision may pose an ethical question, they do not appear to violate, *per se*, IHL provisions, as long as it is possible to provide enough information to the device to guarantee that the attack will be aimed at a legitimate target<sup>1978</sup>. Therefore, States have the obligation to ensure the AWS at issue has all the required capabilities to perform in accordance with IHL.

However, several problems arise with the application of this article. Even though this obligation is well established, the corresponding certification is done by each State. The current interpretation of article 36 enables each State to freely choose the means and methods to certify the legality of a particular weapon<sup>1979</sup>, which may not offer global certainty, as these procedures are confidential. Besides, it does not contemplate ethical requirements<sup>1980</sup>.

Moreover, with the rapid pace these technologies' evolution, it is becoming clear that, unlike other weapons, the design of AWS will rapidly evolve to systems that are capable of learning online or during their deployment – what the scientific community calls “machine learning”<sup>1981</sup>.

As these systems may be constantly re-parameterizing and reprogramming themselves, an important question arises as how to know when these internal modifications require a new legal review. And to simply wait for a clear change in their behaviour to occur would not be safe.

Thus, AWS may require constant testing and evaluation, which demands the implementation of new methodologies. Foreseeing this issue, the United States, for instance, are already developing a new method of continuous testing and evaluation by programming the systems to report their learning and modifications<sup>1982</sup>.

Ultimately, this continuous testing would foresee behaviours that might not be legal under IL, forcing the relevant State to stop reckless acts. Whatever the method

---

<sup>1976</sup> Pursuant to article 35/2 of AP I, “it is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering”.

<sup>1977</sup> Anderson & Waxman, 2013, p. 10.

<sup>1978</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>1979</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1980</sup> Garcia, 2019, p. 7.

<sup>1981</sup> Boulanin & Verbruggen, 2017, pp. 24-25.

<sup>1982</sup> *Ibid.*

chosen, it will have to guarantee its safety for use in warfare context and assume the responsibility for its continuous legality under international norms and principles.

In conclusion, although these systems do not appear to be illegal *per se* under IHL, the most pressing issue noted in this chapter relates to the uncertainty regarding the accountability for illegal actions carried out through these systems.

## **5. General remarks on accountability**

“There can be no justice in war if there are not, ultimately, responsible men and women”<sup>1983</sup>.

Ensuring accountability is not only important *per se*, but also because allowing for impunity would bring serious consequences for international peace<sup>1984</sup>. If no link between law and moral is ensured, war as we know it would be conducted without rules or limits and, therefore, without respect for human dignity and life.

When addressing the possibility of integrating a weapon system with the capability of operating autonomously in the battlefield, we must not ignore the fact that not only *might* it commit war crimes but, at some given point, it *inevitably* will. However, while it is materially possible for AWS to commit acts amounting to war crimes or crimes against humanity, by lacking moral agency, these systems could not be held responsible as the direct agent of the unlawful conduct<sup>1985</sup>.

Thus, having explained the unlikely possibility of AWS being considered categorically prohibited, next we will address the elements of international accountability under the rules of ICL, namely the legality principle and the *mens rea*, as a mechanism of International Humanitarian Law enforcement.

### **5.1. Elements of international criminal responsibility**

#### **A. Legality principle**

As in any legal matter, the ground to hold someone accountable for their unlawful act or acts is based on the legality principle. Thus, ICL foresees accountability for any unlawful behaviour, regardless of the agent, as long as it constitutes a criminal offense under national or international law.

Within international law, this principle is stated in articles 22 and 23 of the Rome Statute, which are represented by the Latin maxims *nullum crimen sine lege* (NCSL) and *nulla poena sine lege*, respectively.

---

<sup>1983</sup> Walzer, 1979, pp. 287-288.

<sup>1984</sup> Kirsch, President of the International Criminal Court, September 30th, 2006.

<sup>1985</sup> Amoroso & Tamburrini, 2017, p. 15.

Translated to “no crime without law” and “no punishment without law”, these principles establish that no one shall face criminal punishment for an act that was not criminalized by law at the time it was committed<sup>1986</sup>. Aiming to ensure the legal certainty principle and to protect human rights, NCSL are also embodied in article 11, number 2, of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)<sup>1987</sup>, which states that “no one shall be held guilty of any penal offense on account of any act or omission which did not constitute a penal offense, under national or international law, at the time it was committed”.

Likewise, under the ICRC Rule 156, established as customary international law applicable in international and non-international armed conflicts, “serious violations of international humanitarian law constitute war crimes”. By “serious” is intended not only a violation that involves protected persons or objects, but also a conduct that breaches important values despite the fact that it does not physically endanger a person or object<sup>1988</sup>. Therefore, those violations would give rise to criminal liability.

Accordingly, considering the *ratio* of this principle and even demands of certainty and humanity, there is no reason to conclude that a violation of IHL would be left unpunished simply because the direct agent of the unlawful act was an AWS.

## **B. Mental element/ *mens rea***

In international law, criminal liability is designed to punish serious violations of IHL carried out intentionally.

Pursuant to chapter 3 of the Rome Statute, referred to as “General Principles of Criminal Law”, article 30 establishes that responsibility depends on a criminal act, whereas the material elements of the crime fulfil two requirements: they are committed with intention and knowledge.

By “intention”, number 2 of the mentioned article states that it must be understood regarding both the conduct and its effect, as the agent proposed to adopt the conduct and intended for the effect to occur or was “aware that it would take place in a normal order of events”. On the other hand, “knowledge” means being aware that a consequence will occur.

If an operator uses a AWS with the intention of committing a war crime or without having fulfilled his obligations, the current rules established in ICL will be appropriate<sup>1989</sup> to address the accountability for the crime committed.

---

<sup>1986</sup> Van Schaack, January 1st, 2008, p. 119.

<sup>1987</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>1988</sup> ICRC. Rule 156, Definition of War Crimes.

<sup>1989</sup> Crootof, 2016, p. 1389.

However, if the system causes damages through an unpredictable behaviour, the matter of accountability will not have a straightforward answer. When combining a highly complex system with a particularly rapid pace of response, it is not unlikely that a human agent will not be able to correct its action in time to avoid a disastrous consequence, either because the system reacted faster than the human agent could predict, or the system's complexity can make their behaviour incomprehensible to human operators<sup>1990</sup>.

These systems' particular nature, malfunctions and coding errors, and the possibility of bugs or cyber-attacks could lead to disastrous consequences<sup>1991</sup> without knowledge or intent of the occurred. In these cases, the system will, in fact, carry out a criminal behaviour, without however meeting the two requirements stated above: the respective knowledge or intent.

Nevertheless, it is factually and morally impossible to hold the system accountable. By allowing AWS to make independent decisions on the battlefield, we are before a break in the chain of command and, therefore, responsibility has to be "traced back to some persons in the decision-making chain"<sup>1992</sup>.

Indeed, although these autonomous systems act independently, they do not act wilfully and are, therefore, "incapable of committing a chargeable offense"<sup>1993</sup>.

Thus, concerns arise as to whether ICL has proper instruments to enforce accountability if certain functions are delegated without a human agent's effective control thereof. Indeed, if there are no mandatory supervision obligations, it is not plausible that the requirements of knowledge and intention would be legally fulfilled.

So the matter of accountability for a crime without anyone to link the direct intention for the created result seems to not have a clear answer in the *mens rea* requirement as currently interpreted. Therefore, it appears to be crucial to clearly establish those obligations in order to avoid a responsibility gap and to prevent disastrous consequences to happen without no one to be held accountable.

## **6. International responsibility for unlawful acts carried through AWS**

In order to achieve its main purpose of protecting individuals, effectiveness demands that accountability be enforced in the event of a violation of IHL rules or

---

<sup>1990</sup> Scharre, 2016, p. 27.

<sup>1991</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>1992</sup> Amoroso & Tamburrini, 2017, p. 15.

<sup>1993</sup> Crootof, 2016, p. 1380.

principles. Indeed, it must be ascertained who can be held accountable for an unlawful act carried through AWS and the legal basis for it.

Thus, even though IHL creates obligations primarily for States, specially attending its *ius cogens* nature, it is peacefully accepted it is also binding to international organizations (IO) and it also sets out legal obligations for individuals such as military personnel, combatants and civilians<sup>1994</sup>.

As mentioned before in this study, the accountability issue raised by AWS in the battlefield is intensified by the large number of subjects that might have responsibility if a crime is committed. Thus, having ascertained who has the obligations to comply with IHL, we will first address the State Responsibility and later the possibility of individual liability. On the final part of this heading, we will explore these two types of responsibility and make final conclusions on accountability regarding unlawful acts committed through AWS.

Given the scope of this dissertation, the responsibility of IO or the potential liability of private parties to the conflict are not covered in this study.

## **6.1. Ascertainig States' responsibility for AWS unlawful acts**

State responsibility<sup>1995</sup> for wrongful acts first took place after the atrocious acts committed during WW II as a form of remedying human rights violations<sup>1996</sup>. Therefore, the Nuremberg and Tokyo Trials were the first instances to address State Responsibility for unlawful acts.

Not neglecting the potential harm of AWS, it seems undeniable that its deployment comes with a lot of advantages too. And when ascertaining the likely strategic, humane and financial advantages of the usage of AWS, it appears that States are the main beneficiaries of its use. Otherwise, we would not be facing a worldwide race for acquisition and deployment of these weapons.

As mentioned previously, the basis of State responsibility can be found in numerous international treaties and in Customary International Law.

State responsibility has two cornerstones: failure to comply with its international obligations, on the one hand, and for the practice of international wrongful acts, on the other.

Pursuant to the common article 1 of the Geneva Conventions, States have a general obligation to comply with IHL<sup>1997</sup>. In fact, the Geneva Conventions states several ways

---

<sup>1994</sup> Tavares, M, 2020 – “Direito Internacional Humanitário” in Lopes (coord.), 2020, pp. 266-267.

<sup>1995</sup> Since “State responsibility” is an established term in the law, the text of this paper shall use ‘state responsibility’ to refer to “state accountability”.

<sup>1996</sup> Malik, 2018, p. 631.

<sup>1997</sup> Common article 1 of the Geneva Conventions states that “The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances”.



in which States can assure such requirements. Namely, States are under an obligation to disseminate the legal provisions of IHL, to both civilians and the military<sup>1998</sup>. Moreover, States must ensure IHL standards in a way that ensures safety on non-combatants as established in articles 51 and 58 of AP I.

Moreover, article 2/4 of the Charter establishes an obligation for Member States to refrain from the threat or use of force on the international plan.

State Responsibility is based on customary international law after the Special Rapporteur Ago proposed to the International Law Commission (ILC) to codify the distinction between ordinary and aggravated State responsibility<sup>1999</sup>.

In 2001, the ILC adopted the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA). The attribution of international responsibility to a State must be seen in three stages: the origin, the existence of international obligations and lastly, the implementation of countermeasures that guarantee the fulfilment of those same obligations<sup>2000</sup>.

Pursuant to article 1 of the ARSIWA, “every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”, whereas article 2 establishes that “there is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission “(a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State”. Aggravated State responsibility, on the other hand, is currently established in articles 40 and 41.

Moreover, when establishing States’ responsibility regarding AWS unlawful acts, two issues must be ascertained: the moment when responsibility should be established and whether a State can be held responsible for an unlawful act where no human agent engaged directly.

Regarding the first part, for reasons of efficiency, the definition of State responsibility cannot depend on the moment when the attack takes place (or “the timing of the attack”), but on the moment the system is activated. Whatever happens during the deployment of the AWS for the mission for which it was trusted to comply with IHL requirements will be the responsibility of the State. And, according to the *ubi commodum, ibi incommodum* maxima, by being the primary beneficiaries of AWS development and deployment, States must remain responsible for their actions at all times.

Regarding the second part, article 4 of the ARWISA enshrines a general principle for the attribution of conducts to the State according to which “the conduct of any State

---

<sup>1998</sup> Art. 83 AP I.

<sup>1999</sup> Bonafè, 2009, p. 19.

<sup>2000</sup> Tavares, M, 2020 – “Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos” in Lopes (coord.), 2020, pp. 727-728.

organ shall be considered an act of that State under international law”. Thus, it concretizes the principle of State unity<sup>2001</sup>.

As a consequence of violating a legal obligation, States must fulfil all obligations set out in articles 28 *et seq.*, namely to cease that act, offer assurance of non-repetition, and make full reparation for the injury caused. The reparation can operate in the form of restitution, compensation or satisfaction, regardless of the source of the legal obligation<sup>2002</sup>. The purpose would be to eliminate the consequences of the illegal act, in the case of reparation, or to restore the situation to the one that existed before the wrongful act was committed<sup>2003</sup> or omitted.

In cases where restitution shows materially impossible or inappropriate, compensation, as a monetary payment for assessable damage<sup>2004</sup>, may be more adequate, or even a combination of both<sup>2005</sup>. Satisfaction, on the other hand, may consist in an acknowledgment of the breach or formal apology, as stated by article 37 ARSIWA. Nevertheless, the same article emphasizes the need to comply with the proportionality principle by recognizing that satisfaction cannot be a form of humiliation to the responsible State.

However, if the State’s illegal act falls under the aggravated State responsibility requirements, it raises obligations for all States in the international Community, namely to cooperate to the end of the violation, not recognize the act as lawful, “nor render aid (...) in maintaining that situation”<sup>2006</sup>.

Finally, on the third moment of the attribution of international responsibility, countermeasures can be implemented to guarantee the fulfilment of the State’s obligations under the limits established in the Law of States’ Responsibility and with respect for the principle of proportionality.

## **6.2. Individual criminal responsibility**

One of the foundations of ICL is the Latin brocade *nulla poena sine culpa*. Intimately related with the above-mentioned legality principle and mental element requirement, it means that criminal responsibility lies on the moral responsibility. Or, as stated by the Court, “the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability”. Therefore, it means no one shall be held criminal responsible for acts he has not personally engaged<sup>2007</sup>.

---

<sup>2001</sup> *Ibid.*, pp. 642-643.

<sup>2002</sup> Crootof, 2016, p. 1355.

<sup>2003</sup> Gillard, September 2003, p. 531.

<sup>2004</sup> Cf. Art. 36 ARSIWA.

<sup>2005</sup> Cf. Art. 34 ARSIWA.

<sup>2006</sup> Cf. Art. 41 ARWISA.

<sup>2007</sup> Prosecutor v. Tadic Judgment Case No. IT-94-1-A ICTY Appeals Chamber 15 July 1999. Paras. 185-187.

The need to hold individuals accountable for unlawful actions was first set out in the judgement of the Nuremberg Tribunal, in which it was famously declared that “crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”<sup>2008</sup>. Hereinafter, the “Nuremberg Principles” were recognized as customary international law by the UN General Assembly and formally codified<sup>2009</sup>.

Even though at the time the Nuremberg Tribunal did not, and could not predict the existence of AWS, and therefore mentioning “abstract entities” cannot be employed literally in this context, the legacy of the Nuremberg Trials brought two main principles to international law: first, the idea of individual accountability for international crimes, and, second, the idea of a fair trial to all individual,s which would safeguard the rights of the accused.

The first of those recognized principles states that “any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment”<sup>2010</sup>.

Currently, the subject of individual criminal responsibility is best regulated in the Rome Statute, pursuant to articles 25 *et seq.*

Therefore, next we will discuss the possibility of individual responsibility of programmers and military personnel under existing rules of ICL.

## **A. Programmer**

The process of decision of AWS, that is to say, the means and methods used to achieve the result pre-determined by a human operator will depend to a large extent on AWS in-built artificial intelligence<sup>2011</sup>. Indeed, its software is the ultimate foundation of these system's determinations<sup>2012</sup>.

Pursuant to article 30 of the Rome Statute, as previously mentioned, in order to establish culpability is needed to prove *mens rea*. But even though the programmer acting is, in fact, *mens rea*, the programmer’s action would have to be negligent<sup>2013</sup>.

---

<sup>2008</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, International Law Commission Report on the Work of Its Second Session, 1950.

<sup>2009</sup> General Assembly Resolution 95 (I), December 11th, 1946.

<sup>2010</sup> This principle is also laid down in article 7(1) of the Statute of International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, henceforward Statute of the International Tribunal, which states that: “A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime”.

<sup>2011</sup> Malik, 2018, p. 634.

<sup>2012</sup> Wagner, 2014, p. 1404.

<sup>2013</sup> *Ibid.*

However, International Law does not recognize other type of culpability that it is not *dolus directus*.

In fact, one of the challenges for holding the programmer accountable for negligent behaviour is the machine-learning intrinsic characteristic of AWS. Giving their ability of self-learning both online and in the field, AWS may use the means and methods it was given to make decisions not always possible for a programmer to foresee. Thus, given the dynamic environment where an AWS is expected to perform, it may not be possible to predict the behaviour of the AWS software<sup>2014</sup>.

Also, AWS are extremely complex devices, so a large number of people are expected to be involved in their development<sup>2015</sup>, which may likely raise the “many hands” problem where the collective responsibility of the group for a particular outcome may be diluted and, as a consequence, no individual can often be held accountable for it<sup>2016</sup>.

In order to overcome this, some authors suggest a link of causality must be previously determined by extracting from the group of people involved in the process of developing the AWS the ones who are directly responsible for the system's performance<sup>2017</sup>.

As regards programmers or designers being held accountable for negligent behaviour, some authors<sup>2018</sup> claim that is a possibility only if the responsible subjects failed to supervise the development of AWS software or properly monitor their behaviour during the learning process.

Swati Malik<sup>2019</sup>, on the other hand, claims that, if the crime is not a result of *dolus directus*, the possibility of holding the programmer accountable will depend on the damage caused being excessive categorically and not definable as collateral damage. Still, the author added that, in order to ascertain accountability in these terms, *dolus eventualis*<sup>2020</sup> would have to be accepted as a form of intent.

However, not only is negligent culpability excluded from the current interpretation of article 30 of the Rome Statute, but ICL does not generally recognise negligence as being sufficient to establish criminal culpability as well<sup>2021</sup>.

---

<sup>2014</sup> *Ibid.*

<sup>2015</sup> Malik, 2018, p. 634.

<sup>2016</sup> Amoroso & Tamburrini, 2017, p. 15.

<sup>2017</sup> *Ibid.*, p. 635.

<sup>2018</sup> Wagner, 2014, p. 1405.

<sup>2019</sup> Malik, 2018, p. 634.

<sup>2020</sup> In the author's view, “*Dolus eventualis* is such intent through which an individual is conscious of the likelihood of other illegal ramifications emanating from her actions, yet she goes ahead with carrying out her principal actions”. Cf. Malik, 2018, p. 634, note 84.

<sup>2021</sup> McDougall, 2019, p. 67.

## **B. Command responsibility**

Command responsibility is based on the principle that the individual who is in command of a certain action remains responsible for its results whether or not he took direct participation in its perpetration. In the context of AWS, a commander's responsibility includes operator liability<sup>2022</sup>.

It is a responsibility based on “a personal dereliction of duty on the part of a superior who was bound by a duty to act to prevent or punish the crimes of subordinates and who culpably failed to fulfil this duty”<sup>2023</sup>. Thus, responsibility of the superior will arise if he fails to fulfil his duty to prevent the illegal action.

Pursuant to article 28 of the Rome Statute, superior responsibility is established whenever the forces under the effective command control, or authority and control, of the military commander commit a crime as a result of his failure to exercise proper control over such forces. However, this responsibility is limited to cases in which the commander knew or should have known about the crime and failed to take all necessary measures to either prevent it or repress it.

If a situation happens where AWS are sent to operations which would exceed their capabilities to comply with IHL, the superior's responsibility appears rather unproblematic<sup>2024</sup>. But that would only happen in a context where all conditions are known in advance, which does not realistically cover most of the scenarios in the battlefield.

Therefore, respecting the establishment of *mens rea*, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia has stated the fulfilment of the criteria of what the superior “should have known” is

---

<sup>2022</sup> Malik, 2018, pp. 635-636.

<sup>2023</sup> Mettraux, 2008, p. 15.

<sup>2024</sup> Wagner, 2014, p. 1406.

met if the commander receives information that puts “him on notice of the risk of [...] offences by indicating the need for additional investigation”. The Tribunal also clarified that the received information does not have to include specific details, it is enough that “he possessed information sufficiently alarming to justify further inquiry” to establish the superior’s *means rea*<sup>2025</sup>.

In a case of indirect liability as this, the commander has effective control over his subordinates in such a way that he is able to oversee their actions and capable of punishing any violation of the given orders<sup>2026</sup>. However, regarding AWS, it is not clearly established what a proper control over the system has to be in order to create a legitimate link between the AWS’s unlawful act and the responsible’s failure to fulfil his obligation of proper control and prevention.

Regarding this matter, the insertion of a recording device in AWS has been proposed to monitor and reconstruct what happened during the time of their operation. This would allow to trace their decisions and therefore create a path of accountability<sup>2027</sup>.

In that case, what is needed is not only to clearly establish what “effective control” has to be, but also to guarantee AWS are safely programmed to provide sufficient information and means to allow for the supervisor to repress an unlawful action. In that case, if the supervisor fails to prevent or repress such action, he could be held accountable under article 28 of the Rome Statute.

Therefore, one of the important reasons of ascertaining in advance who can be held accountable, and under what circumstances, is to avoid what is called a system of organized irresponsibility. A system where responsibility stumbles from one agent to the other and, ultimately, there is no one to blame<sup>2028</sup>.

---

<sup>2025</sup> Prosecutor v. Strugar, Case No. IT-01-42-A, Appeals Chamber Judgment, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, July 17<sup>th</sup>, 2008, paras. 298-299.

<sup>2026</sup> Crootof, 2016, p. 1379.

<sup>2027</sup> United Nations, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. U.N. Doc. No. A/HRC/23/47, (Apr. 9, 2013), para. 81.

<sup>2028</sup> Wagner, 2014, p. 1409.

### 6.3. Relation between individual and State responsibility

Indeed, the same criminal behaviour could give rise to either individual or State responsibility.

But the relation between State responsibility and individual accountability, regarding its overlap or strict separation, is a complex and controversial one, and it is possible to find traits that denounce their overlapping, while others imply their independence.

Thus, the overlapping of these two types of responsibility can first be found in their common origin, as both were developed around the concept of *erga omnes* obligations. This is to say, in both cases, responsibility arises for the breach of an obligation owed to the entire international community<sup>2029</sup>.

The relation between these two important branches of responsibility is not clear, especially when different courts, framed in different legal regimes, have to pronounce on the elements of crimes entailing individual responsibility and State responsibility<sup>2030</sup>.

Indeed, in different jurisdictions, the enforcement mechanism for individual responsibility is divided in a mixture of international and domestic criminal courts<sup>2031</sup> – *ad hoc* tribunals with jurisdiction in specific areas, national criminal tribunals, mixed tribunals, and the ICC, established by the Rome Statute but only binding to the State parties. State responsibility, on the other hand, is imputed by international courts, political bodies or, commonly, through the resort to international settlements<sup>2032</sup>.

However, one major difference can be found between the two regimes: while individual accountability entails a punitive function through the enforcement of ICL, the same cannot be said about State responsibility. Indeed, in the long process of codification, States have shown reluctance to the establishment of their criminal responsibility. As a result, the ILC has eliminated all mentions that could entail the interpretation that State responsibility is under a framework of criminal accountability<sup>2033</sup>.

Thus, in regard to the complex relation between State responsibility and individual criminal accountability, although they share common traits, and admitting the probability where in some cases both individual criminal accountability and State responsibility may arise, these are separate regimes. Therefore, it must remain clear that these forms of accountability are complementary, and not alternative to each other<sup>2034</sup>.

---

<sup>2029</sup> Bonafè, 2009, p. 24.

<sup>2030</sup> *Ibid.*, pp. 1-4.

<sup>2031</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2032</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>2033</sup> *Ibid.*, pp. 226-227.

<sup>2034</sup> Chengeta, 2016, pp. 2-3.

#### **6.4. Preliminary conclusions on accountability for AWS unlawful acts**

In line with what has been stated throughout this chapter, if a situation happens where the unlawful behaviour of the AWS cannot be subsumed to a failure to comply with its international obligations, the allocation of responsibility to a State party appears to be more challenging.

Even though the ICJ already stated the viability of holding a State responsible despite the conviction of an individual, clarifying that “any other interpretation could entail that there would be no legal recourse available under the Convention in some readily conceivable circumstances”<sup>2035</sup>, some authors defend there must be an agent or group of agents whose actions can be ascribed to a State’s authority, and that those can be subsumed in an internationally wrongful act – this is what Swati Malik<sup>2036</sup> nominates as “innate causality”.

However, State responsibility must arise from the moment the weapon system is activated and regardless of the success of its operation or the unlawful act carried out recklessly. Indeed, in accordance with the principle of State unity and pursuant to article 4 of the ARWISA, States will always bare the weight of responsibility for the use of AWS regardless of the individual responsibility that might arise.

Therefore, States cannot be irresponsible for unlawful acts, and the fact that the crime is committed through an autonomous weapon should not change this premise, since the machine will always be an instrument to commit a war crime. Moreover, this precise idea has been reaffirmed within the GEE meetings on CCW<sup>2037</sup>, regarding accountability in the context of AWS, where general understanding reached since 2017 was that States bear responsibility for acts carried out by AWS deployed under their authority.

In conclusion, not only are States morally responsible for the use of AWS, but they are also internationally responsible for the means of violence they decide to employ. Indeed, the ultimate decision to deploy autonomous weapons in an international armed conflict will be a State’s decision and, therefore, it is the responsibility of that State to ensure their compliance with IHL in all stages of the ODDA cycle.

---

<sup>2035</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, paras. 180-182.

<sup>2036</sup> Malik, 2018, p. 631.

<sup>2037</sup> Created in 2016 during the Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on CCW, the GEE was established as an open-ended group on emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems.



However, for reasons of legal certainty, the possibility to hold a State responsible in those terms must be clearly poured into a binding regulation in order to avoid disastrous scenarios from happening without no one to hold liable therefor.

## **7. Refusing impunity**

The previous chapters attempted to deconstruct the complex reality that surrounds AWS and the current legal framework. Throughout this study, we have been discussing several characteristics and different scenarios for these autonomous systems and how they relate at different levels with the Law.

AWS should not be addressed as “agents in war”, but as “tools” to achieve a military goal. Even though AWS have the ability to perform some tasks autonomously, and technological evolution will most likely allow them to operate fully autonomously in the future, their role in the battlefield can only be internationally acceptable if they prove to comply with IHL rules and principles, and responsibility in case of AWS’s unlawful acts can be ascertained and enforced.

Indeed, given that AWS and their unlawful acts are a complex new topic with legal challenges that have never been addressed before, it will be necessary to draft and implement specific legal instruments to regulate authorized capacities on autonomous mode, clarify obligations regarding their use and supervision and, last but not least, stipulate a revision system that efficiently attests their safety.

Thus, we defend the establishment of a regulatory system that efficiently accommodates the imminent use of autonomy in weaponry through a legal document that ensures international agreement on all the critical issues and equal binding, in particular regarding the accountability for the use of AWS in the battlefield. However, since the legal weapon review process is a topic of international disagreement with highly political weight, a more careful approach should be implemented through a political declaration on this issue through which States would compromise on crucial procedures to ensure humanitarian protection.

### **7.1. Protocol on the development and deployment of weapons capable of operating autonomously**

International peace would benefit from the establishment of a legally binding Protocol that takes in consideration technological advancements to happen in a not-so-distant future. Thus, the object of this legally binding instrument would be to regulate the use of autonomy in weapon systems rather than to only focus on autonomous systems. This would enable the international legislator to overcome what it seems to be

a stalemate on the definition of “autonomous system” and allow the covering of a bigger spectrum of weaponry to be developed in the future.

Given the drastically different technological realities, an international legally binding protocol should establish fundamental principles to be complied with in the development and deployment of AWS, as discussed within the CCW meetings of 2018 and 2019. Those principles must contain legal and ethical criteria for the regulation of future weapons legal reviews. Namely, it should be clearly stated that IHL principles and requirements apply to AWS and human responsibility exists during all stages of the ODDA cycle<sup>2038</sup>.

Second, it is of pressing importance to clearly establish the obligation for State Parties to design and monitor the compliance with codes of conduct that will bind programmers and engineers to respect the set of principles established in said Protocol during the development stage, while also establishing the obligation for State Parties to comply with these principles in the development of new autonomous weapons. While programmers would be held accountable for failing to comply with the binding Code of Conduct enforced by the State in which the system was created, States would be held responsible for the breach of any international obligation.

Third, safety and humanity reasons demand an international agreement on what specific functions and decisions could be left for autonomous systems in the battlefield while meeting certain ethical and legal criteria. In this sense, it has been advocated that States will need to develop national rules of engagement (ROE) and enforce norms of professional behaviour “in order to inform what can be expected of a reasonable commander”<sup>2039</sup>. By designing and limiting AWS’s field of action, the accountability of States and military commanders would be legally founded on the failure to fulfil their international binding obligations clearly poured under the Protocol.

Still, regardless of the well-established State responsibility for IHL violations, the international legislator would have to clearly incorporate in the Protocol that an unpredictable result caused by AWS should give rise to State responsibility.

In this regard, it must remain clear that AWS’s ability to perform autonomously must not be confused with supervision. While autonomy means the ability to act and make decisions without being controlled, supervision lies on the obligation of a certain person to ensure something, or someone, behaves within the established set of rules.

Autonomy will indeed transform how humans interact with weapons, but it will not eliminate their role<sup>2040</sup>. Therefore, it is of great importance to regulate who would

---

<sup>2038</sup> Report of the 2019 session of the GEE, para. 17.

<sup>2039</sup> Trumbull IV, 2020, p. 589.

<sup>2040</sup> Boulanin & Verbruggen, 2017, p. 119.

be able to supervise AWS during their development, ensuring their specific training, in order to create a clear path of accountability.

## **7.2. International political declaration**

As previously stated, the current system of weapons legal reviews offers very little transparency and international certainty. Therefore, in order to give the supervisor enough security to operate the AWS and also avoid an accountability gap, the current weapons review system must be greatly improved.

Thus, a political declaration on AWS legal reviews would be an effective approach to establish an international binding agreement on a uniform system of revision that sets out objective standards and requirements regarding legal reviews.

Moreover, it would be crucial for States to agree and compromise on specific standards and requirements for technical aspects, such as the establishment of certified quality control measures in production process<sup>2041</sup>, duration of time in which AWS could be on autonomous mode, and the margin of error considered to be acceptable and in accordance with IHL rules and principles.

Ultimately, safety reasons demand that State parties conduct their reviews on a regular basis in accordance with a transparent and cooperative revision process similar to the one implemented pursuant to article 7 of the Ottawa Convention<sup>2042</sup>, while complying with the objective standards internationally established under the said Political Declaration as well.

---

<sup>2041</sup> Trumbull IV, 2020, p. 571.

<sup>2042</sup> Formally named Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction.

## Conclusion

“To every man is given the key to the gates of heaven. The same key opens the gates of hell. And so it is with science.”

Richard Feynman

As we have been discussing throughout this study, the imminent use of AWS in the battlefield poses complex issues which the established IL cannot currently address or deal with. Even though AWS do not appear to be categorically unlawful under the rules of the well-established IHL and, thus, the *Jus in Bello* will continuously serve its purpose independently from the means of violence used to achieve the military goal, the same cannot be stated about the possibility of accountability for AWS's unlawful acts.

Although it is materially possible for AWS to commit war crimes through their independent conduct, they do not act wilfully and, thus, lack moral agency to be held responsible therefore. However, it is not legally or morally acceptable to allow a weapon system to act in the battlefield without strict rules, in order to ensure accountability for unlawful acts committed through them.

Indeed, the imminence of AWS in the battlefield has brought to surface the fragilities of a weapons review system that seems very much unprepared to protect principles of humanity, offering very little certainty and even less transparency. Moreover, the current system of accountability opens the door for too many people to be accountable, and still leaves very little certainty of that liability not being diluted into none.

Given the complex challenges of accountability raised by the use of autonomous weapons in the battlefield, the time is ripe to rethink the current regulation in force and to upgrade it to a system that ensures the efficiency of the existing legal framework given the risk of it becoming obsolete in the face of a new weaponry reality. Thus, a legally binding protocol is required that regulates AWS authorized capabilities on autonomous mode and clarifies obligations regarding their use and supervision. Moreover, it is of pressing need to establish an international agreement on transparent and cooperative procedures for weapon legal reviews that ensures humanitarian protection.

However, it must remain clear that, given that the ultimate decision to deploy autonomous weapons in an international armed conflict is always a State decision, State responsibility must be determined at that point in time when autonomous systems are activated, and regardless of the success of their operation or the unlawful act carried out recklessly.

Therefore, States cannot exempt themselves from liability, regardless of the negligence of the programmer or the unlawful act being the result of a reckless conduct. Also, given the maxima *ubi commodum, ibi incommodum*, not only are States the main beneficiaries of the use of such systems, but given their international obligation to comply with IHL, they are also the main party responsible in the eventuality of unlawful acts being committed through AWS and must remain responsible through all stages of the ODDA cycle.

To conclude, future discussions on the topic would benefit from focusing on the human-machine relation rather than on the machine itself, through a preventive approach rather than a reactive one, ensuring its durability. Discussions that focus on the concepts and nature of the machines will inevitably be outdated rapidly, considering the stunning speed of their expected development. Therefore, focusing on prevention, supervision and accountability would open doors for better understanding which would give rise to international agreements based on consensual starting points and converging perspectives.

Ultimately, principles of certainty, legality and humanity demand a clear catalogue of obligations regarding AWS and how accountability and culpability will be determined for those who fail to fulfil said obligations. As things stand under the current legal framework, sadly, liability could fall on no one.

## Bibliography and list of references

### Articles and monographs

ANDERSON, K. & WAXMAN, M. (2017). Debating autonomous weapon systems, their ethics, and their regulation under international law. *The Oxford handbook of law, regulation and technology 1097*. Washington College of Law Research Paper no. 2017-21, pp. 1096-1117.

BOULANIN, V. & VERBRUGGEN, M. (2017). *Mapping the development of autonomy in weapon systems*. Stockholm International Peace Research Institute.

BONAFÈ, B. (2009). *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

BREHM, M. (2017). Defending the boundary. Constraints and requirements on the use of autonomous weapon systems under international humanitarian and human rights law. *The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, Academy Briefing no. 9, pp. 1-73.

CHENGETA, T. (2016). Accountability gap: Autonomous weapon system and modes of responsibility in international law. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 45, no. 1, pp. 1-50.

CHESTERMAN, S. (2020). Artificial intelligence and the problem of autonomy. *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, vol. 1, pp. 211-250.

COSTA, E. & SIMÕES, A. (2008). *Inteligência artificial: Fundamentos e aplicações*. 3.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: FCA.

CROOTOF, R. (2016). War torts: Accountability for autonomous weapons. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, no. 6, pp. 1347-1402.

DINSTEINS, Y. (2016). *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge University Press.

GARCIA, D. (2015). Killer robots: Why the US should lead the ban. *Global Policy*, vol. 6, no. 1, pp. 57-63.

GARCIA, E. V. (2019). Inteligência artificial, paz e segurança: Desafios para o direito internacional humanitário. *Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI) Brasília, Cadernos de Política Exterior*, no. 8, pp. 1-15.

GILLARD, E. (2003). Reparation for violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 85, no. 851, pp. 529-553.

GUIORA, A. N. (2017). Accountability and decision making in autonomous warfare: Who is responsible? *Utah Law Review*, vol. 2017, no. 2, art. 4, pp. 1-31

KWARKA, E. (1992). *The international law of armed conflict: Personal and material fields of application*. Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers.

LOPES, J.A.A. (coord.). (2020). *Regimes jurídicos internacionais*, vol. 1. Porto: Universidade Católica Editora.

LOPES, J.A.A. (coord.). (2020). *Regimes jurídicos internacionais. Questões, casos e materiais*, vol. 2. Porto: Universidade Católica Editora.

MALIK, S. (2018). Autonomous weapon systems: The possibility and probability of accountability. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 35, no. 3, pp. 609-640.

MCDUGALL, C. (2019). Autonomous weapon systems and accountability: Putting the cart before the horse. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 20, no. 58, pp. 58-88.

METTRAUX, G. (2008). *Command responsibility in international law – The boundaries of criminal liability for military commanders and civilian leaders*, PhD dissertation, University of London, London School of Economics and Political Science, Law Department.

PEREIRA, M. (2014). *Noções fundamentais de direito internacional humanitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, M. (2017). E se é o robot quem decide matar? Alguns problemas jurídicos dos sistemas de armamento autónomos. In *O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, pp. 298-312.

RODRIGUES, F. (2018). A inteligência artificial na defesa nacional. *CEDIS Working Papers | Direito, Segurança e Democracia*, no. 59.

SEIXAS-NUNES, A. (2018). Autonomous weapon systems: Compatible with international humanitarian law? In *Direito internacional e o uso da força no século XXI*. Lisboa: AAFDL, pp. 479-500.

SOLOVYEVA, A. & HYNEK, N. (2018). Going beyond the “killer robots” debate: Six dilemmas autonomous weapon systems raise. *Central European Journal of International and Security Studies*, vol. 12, no. 3, pp. 166-208.

SPARROW, R. (2007). Killer robots. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 24, no. 1, pp. 62-77.

TAVARES, M.I. (2020). Direito internacional humanitário. In Lopes, J.A.A. (coord.). *Regimes jurídicos internacionais*, vol. 1, pp. 213-277. Porto: Universidade Católica Editora.

TAVARES, M.I. (2020). Responsabilidade internacional dos estados por factos internacionalmente ilícitos. In Lopes, J.A.A. (coord.). *Regimes jurídicos internacionais*, vol. 1, pp. 631-728. Porto: Universidade Católica Editora.

THE ECONOMIST (2018). The next war: the growing danger of great-power conflict. *The Economist, Special Report, (January 27<sup>th</sup>, 2018)*.

TICEHURST, R. (1997). The Martens clause and the laws of armed conflict. *International Review of the Red Cross*, no. 317, pp. 125-134

TRUMBULL IV, C. (2020). Autonomous weapons: How existing law can regulate future weapons. *Emory International Law Review*, vol.34, pp. 533-594.

VAN SCHAACK, B. (2008). *Crimen sine lege*: Judicial law making at the intersection of law and morals. *The Georgetown Law Journal*, vol.97, no. 119. pp. 119-192.

WALZER, M. (1979). *Just and unjust wars: A moral argument with historical illustrations*. New York: Basic Books.

WAGNER, M. (2014). The dehumanization of international humanitarian law: Legal, ethical, and political implications of autonomous weapon systems. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, no. 1371, pp. 1371-1424.

WILLIAMS, A. & SCHARRE, P. (orgs.). (2015). *Autonomous systems: Issues for defence policymakers*. Norfolk, Virginia: NATO Communications and Information Agency.

## Articles in electronic support

ANDERSON, K. & WAXMAN, M. (2013). Law and ethics for autonomous weapon systems: Why a ban won't work and how the laws of war can. *Stanford University, The Hoover Institution (Jean Perkins Task Force on National Security and Law Essay Series)*. [http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/AndersonWaxman\\_LawAndEthics\\_r2\\_FINAL.pdf](http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/AndersonWaxman_LawAndEthics_r2_FINAL.pdf).

BARTH EIDE, E. (December 13<sup>th</sup>, 2016). As technology advances, how do we make sure it isn't being weaponized? *World Economic Forum*. <https://www.weforum.org/agenda/2016/12/how-do-we-stop-tech-being-turned-into-weapons/>.

BOULANIN, V.; VERBRUGGEN, M. (December 2017). Article 36 reviews: Dealing with the challenges posed by emerging new technologies. *Stockholm International Peace Research Institute*. [https://www.sipri.org/sites/default/files/2017-12/article\\_36\\_report\\_1712.pdf](https://www.sipri.org/sites/default/files/2017-12/article_36_report_1712.pdf).

CICV. (October 29<sup>th</sup> 2010). O DIH e outros regimes legais – *jus ad bellum* e *jus in bello*. *Comitê Internacional da Cruz Vermelha*. <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>.

DOCHERTY, B. (October 2018). REMARKS: Banning “killer robots”: The legal obligations of the Martens Clause. *Arms Control Association*. <https://www.armscontrol.org/act/2018-10/features/remarks-banning-killer-robots-legal-obligations-martens-clause>.

DOCHERTY, B. (August 2018). Heed the call – A moral and legal imperative to ban killer robots. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/report/2018/08/21/heed-call/moral-and-legal-imperative-ban-killer-robots>.

GALLEOTI, S. (April 2019). Under the rule of LAWS: Artificial intelligence in warfare. *Security Praxis*. <https://securitypraxis.eu/under-the-rule-of-laws/>.

General Dynamics, Ordnance and Tactical Systems. Phalanx CIWS. Close-In Weapon System (CIWS). *General Dynamics, Ordnance and Tactical Systems, Naval Platform Systems*. <https://www.gd-ots.com/armaments/naval-platforms-system/phalanx/>.

HUGHES, J. (August 2018). No, autonomous weapon systems are not unlawful under the Martens Clause. *Media Corporation*. <https://medium.com/@jghughes1991/no-https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>.

PANDYA, J. (February 14<sup>th</sup>, 2019). The weaponization of artificial intelligence. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/01/14/the-weaponization-of-artificial-intelligence/#416323d73686>.

SCHARRE, P. (February 2016). Autonomous weapons and operational risk. *Center for New American Security, Working Paper*. [https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS\\_Autonomous-weapons-operational-risk.pdf](https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS_Autonomous-weapons-operational-risk.pdf).

HOROWITZ, M. & SCHARRE, P. (February 2015). An introduction to autonomy in weapon systems. *Center for a New American Security, Project on Ethical Autonomy | Working Paper*. [https://www.files.ethz.ch/isn/188865/Ethical%20Autonomy%20Working%20Paper\\_021015\\_v02.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/188865/Ethical%20Autonomy%20Working%20Paper_021015_v02.pdf).



SEIXAS-NUNES, A. (2017). Uma guerra pouco humana? Os chamados sistemas autônomos de guerra. *Academia.Edu*. [https://www.academia.edu/35050686/O\\_Problema\\_dos\\_Sistemas\\_Autonomos\\_de\\_Guerra\\_O\\_que\\_podemos\\_pensar](https://www.academia.edu/35050686/O_Problema_dos_Sistemas_Autonomos_de_Guerra_O_que_podemos_pensar).

SHAPSHAK, P. (2018). Artificial intelligence and brain. *Bioinformation, Research Gate*. [https://www.researchgate.net/publication/323283173\\_Artificial\\_Intelligence\\_and\\_brain](https://www.researchgate.net/publication/323283173_Artificial_Intelligence_and_brain).

WAGNER, M. (July 2011). Taking humans out of the loop: Implications for international humanitarian law. *Journal of Law, Information and Science. Miami Law Research Papers Series*. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JLLawInfoSci/2012/9.html>.

WOODS, D. (2000). Behind human error: Human factors research to improve patient safety. *Human Factors and Ergonomics Society*. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.465.553&rep=rep1&type=pdf>.

YAO, M. (March 2018). Malicious AI: How can we defend against weaponized technology? *Top Bots*. <https://www.topbots.com/malicious-ai-can-defend-weaponized-technology/>.

CORREIA, A. (May 6th 2019). Como funciona a “cúpula de ferro”, o sistema israelita que interceta mísseis no ar. *JN*. <https://www.jn.pt/mundo/como-funciona-a-cupula-de-ferro-o-sistema-israelita-que-interceta-misseis-no-ar-10866232.html>.

## Consulted legislation and court decisions

### Articles, statements and reports

Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.

- Report of the 2018 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, Geneva, 9-13 April 2018 and 27-31 August 2018.

- Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, Geneva, 25-29 March 2019 and 20-21 August 2019.

GUTERRES, A., U.N. Secretary General. Remark at the Lisbon Web Summit 2018. <https://www.un.org/press/en/2018/sgsm19332.doc.htm>.

ICRC. Views of the ICRC on autonomous weapon systems, *International Committee of the Red Cross* (April 11th, 2016), paper submitted to the Convention on Certain Conventional Weapons Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) held in 11-15 April in Geneva. Paper can be found in the following link: <https://www.icrc.org/en/document/views-icrc-autonomous-weapon-system>

KIRSCH, P., President of the International Criminal Court (September 30<sup>th</sup> 2006). Applying the Principles of Nuremberg in the ICC. Keynote Address at the Conference “Judgment at Nuremberg” held on the 60<sup>th</sup> Anniversary of the Nuremberg Judgment. *International Criminal*

Court, Available at: [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK\\_20060930\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf).

United Nations, Human Rights Council (Apr. 9, 2013). Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. U.N. Doc. No. A/HRC/23/47. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf).

### **Legal instruments and rulings**

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

Convention II on the Laws and Customs of War and Land.

Department of Defence, Washington DC (November 21, 2012). Autonomy in Weapon Systems, Directive Number 3000.09.

Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13). [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13\\_chorzow1.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm).

Geneva Conventions, 1949.

General Assembly Resolution 95 (I), “Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal General Assembly”, (December 11<sup>th</sup>, 1946), New York. [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I))

ICJ Report, July 8<sup>th</sup>, 1996, para. 78 – Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.

ICRC. Rule 156, Definition of War Crimes. *IHL Database, Customary IHL*. Available at: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule156](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule156).

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, International Law Commission Report on the Work of Its Second Session, (1950). [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_1\\_1950.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf).

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction.

Protocol Additional to The Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977.

Prosecutor v. Tadic Judgment, Case No. IT-94-1-A ICTY Appeals Chamber, July 15<sup>th</sup>, 1999. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

Prosecutor v. Strugar, Case No. IT-01-42-A, Appeals Chamber Judgment, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, July 17<sup>th</sup>, 2008. <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/o80717.pdf>.

Rome Statute of the International Criminal Court.

Statute of International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.

United Nations Charter

United Nations Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

Universal Declaration of Human Rights

2001 Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf).

IV Hague Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land, signed at The Hague October 18th, 1907.

---

**O credor financiador como “terceiro poder” na governação  
societária e a sua eventual responsabilidade**

**Em especial: A influência resultante da aposição de covenants  
nos contratos de financiamento bancário**

Filipa Ribeiro Gonçalves

Sob a orientação da Professora  
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

## **Agradecimentos**

Se há coisa que a vida nos ensina é que não somos nada sozinhos. Nenhum conhecimento se constrói sozinho. Nenhum caminho se percorre sozinho. Nada é perfeito sozinho. Aprendemos e crescemos com os outros. Somos melhores com os outros.

Quero, por isso, expressar o meu profundo agradecimento a todas as pessoas que compreenderam a importância deste projeto e contribuíram para que, hoje, muito orgulhosamente, o erguesse(mos).

Deixo uma especial palavra de gratidão:

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por toda a cooperação, compreensão e disponibilidade demonstradas durante a orientação desta dissertação;

Aos meus pais, por todo o amor, por todos os esforços, por tudo o que são e por tudo o que me fazem ser;

À minha irmã, pelo incansável apoio, por estar comigo em todos os momentos, por ser um pilar na minha vida e pelo amor incondicional que sempre nos unirá;

Às minhas amigas de Oliveira, por toda a motivação, por todo o carinho, pelo amor que nos une e por serem o “porto de abrigo” de todos os tempos;

Às minhas amigas de Coimbra, pelo imensurável contributo para este projeto, por o encararem como “nosso”, por serem a melhor definição de saudade e de amizade com que a vida poderia presentear-me;

Aos meus amigos do Porto, por todo o companheirismo, por tudo o que me ensinam e por conseguirem (tão bem) mostrar-me que o impossível se torna, por vezes, possível.

## Resumo

A crescente preponderância que o credor financiador tem vindo a assumir no contexto societário justifica que se analisem e ponderem todos os efeitos que da mesma podem advir para a sociedade, para os seus sócios e demais *stakeholders*. Sem prejuízo do papel de relevo que o credor pode desempenhar na monitorização da gestão societária (nomeadamente em virtude do especial poder de informação que detém sobre a sua situação financeira e empresarial), há que reconhecer que a sua atuação nem sempre surgirá balizada pela necessidade de tutela do respetivo crédito.

Versando, em especial, sobre o poder de influência que decorre da aposição de *covenants* nos contratos de financiamento bancário, cumprirá a presente investigação o propósito de enquadrar em que termos poderá legitimar-se a intervenção do credor no governo da sociedade financiada, do qual não poderá dissociar-se a pertinente descoberta de mecanismos capazes de sustentar a sua eventual responsabilização.

**Palavras-chave:** Controlo; *covenants*; credor financiador; financiamento societário; influência; responsabilidade do credor.

## Abstract

The emergence of the financing lender in the context of corporate management requires the measurement of all the consequences for the company, for the shareholders, and for other stakeholders as well.

Despite the important role lenders can play in corporate governance, we must recognise possible situations of lender opportunism. This study focuses on the inclusion of covenants in loan agreements, and has the purpose of analysing the limits on lenders' influence on corporate governance, as well as ascertain whether they could be liable for their opportunistic behaviour.

**Keywords:** Control; corporate financing; covenants; financing lender; influence; lender liability.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|                     |                                                                   |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Art(s)              | Artigo(s)                                                         |
| Coord.              | Coordenador                                                       |
| CSC                 | Código das Sociedades Comerciais                                  |
| Dir.                | Diretor                                                           |
| DL                  | Decreto-Lei                                                       |
| <i>Idem, ibidem</i> | Mesmo autor, mesma obra, mesma página                             |
| IDET                | Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho                   |
| i.e                 | Isto é                                                            |
| N.º                 | Número                                                            |
| Ob. cit.            | Obra citada                                                       |
| P(p)                | Página(s)                                                         |
| RGICSF              | Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras |
| ss.                 | Seguintes                                                         |
| STJ                 | Supremo Tribunal de Justiça                                       |
| TRL                 | Tribunal da Relação de Lisboa                                     |
| <i>Vd.</i>          | <i>Vide</i>                                                       |
| Vol.                | Volume                                                            |

# Índice

Introdução

Capítulo I – Financiamento societário: da tutela dos credores à tutela perante os credores. A emergência de um “terceiro poder” no governo da sociedade financiada

1. Os modelos de financiamento societário e a dissipação substantiva da separação formal entre financiamento interno e externo
2. O desalinhamento de interesses das partes na relação de financiamento externo
3. A emergência do financiamento como mecanismo de governo das sociedades
4. O caso particular da aposição de *covenants* nos contratos de financiamento bancário
  - 4.1 Dos interesses legítimos das partes
  - 4.2 Das prerrogativas conferidas ao credor financiador
  - 4.3 Da admissibilidade dos *covenants* à luz do ordenamento jurídico português

Capítulo II – Da eventual responsabilização do credor financiador em virtude da influência exercida no governo da sociedade financiada

1. Definição do problema. A inexistência de mecanismos de resposta no Direito positivo
2. Soluções preconizadas pela Doutrina
  - 2.1 A analogia com a figura do sócio controlador e a consequente sujeição a deveres de lealdade
  - 2.2 A qualificação do credor como administrador de facto indireto da sociedade
3. Análise crítica

Conclusão

Bibliografia



## Introdução

A realidade societária hodierna tem vindo, paulatinamente, a demonstrar-nos que o crescente envolvimento de outros sujeitos (*outsiders*) na vida das sociedades comerciais reclama uma reajustada abordagem de todos os interesses envolvidos e a emergência de soluções conducentes ao seu alinhamento.

Assume especial preponderância, neste cenário, a influência que os credores financiadores têm vindo a exercer no plano do governo societário, surgindo, não raras as vezes, como um verdadeiro “terceiro poder” ao lado dos acionistas e dos administradores. Efetivamente, a necessidade de recurso a capitais alheios progressivamente sentida pelas sociedades, sobretudo desde o eclodir da crise económico-financeira, abriu caminho para que estes sujeitos encetassem, pela via contratual, a imposição de um conjunto de restrições e limitações à gestão societária, na qual lograram imiscuir-se, como se de verdadeiros *insiders* se tratassem.

Ponto é que a interferência gestória levada a cabo nestes termos, além de contender com os princípios jurídico-societários vigentes no nosso ordenamento jurídico, poderá permitir atuações oportunistas do credor, em interesse próprio, potenciadoras de riscos para a sociedade financiada, para os seus sócios e demais *stakeholders*.

Reconhecida a pertinência que esta problemática tem vindo a assumir na *praxis* societária, cumprirá o nosso estudo a prossecução de dois objetivos primordiais, alinhavados nos seguintes termos: num primeiro plano, pretender-se-á deslindar de que modo e com que fundamento lograrão os credores assumir um papel de relevo na sociedade, clarificando-se em que circunstâncias poderá legitimar-se tal atuação ao abrigo do nosso ordenamento jurídico; num segundo momento, depois de analisada a razoabilidade de uma eventual responsabilização do credor em virtude da influência exercida na sociedade, indagar-se-á de que forma poderão os mecanismos jurídicos existentes aplicar-se ou adaptar-se a esta realidade.

Atenta a necessária circunscrição temática, tomar-se-ão por referência, no nosso estudo, apenas as Sociedades Anónimas, centrando-se a abordagem desenvolvida na influência creditória que é exercida através da imposição de *covenants* nos contratos de financiamento bancário.

## Capítulo I

### **Financiamento societário: da tutela dos credores à tutela perante os credores. A emergência de um “terceiro poder” no governo da sociedade financiada**

#### **1. Os modelos de financiamento societário e a dissipação substantiva da separação formal entre financiamento interno e externo**

De uma forma simples, são dois os modelos fundamentais pelos quais pode operar o financiamento de uma sociedade: a utilização de capitais próprios e o recurso a capitais alheios<sup>2043</sup>.

Nas palavras de Ana Perestrelo de Oliveira, entende-se por capitais próprios “os meios de financiamento que têm origem nos detentores de capital social e que, nessa medida, apresentam carácter definitivo, i.e., não são objeto de restituição, de tal maneira que não têm prazo”<sup>2044</sup>, não obrigando, por isso, a pagamentos regulares que possam gerar incumprimento. Ao financiamento através de capitais alheios associam-se, por seu turno, pagamentos regulares e um prazo de vencimento, subjazendo-lhe uma relação jurídica da qual decorrerá, para a entidade financiadora, um risco de crédito<sup>2045</sup>.

Sem prejuízo da diversidade de modalidades de recurso a capitais alheios<sup>2046</sup>, os empréstimos bancários<sup>2047</sup> constituem a principal fonte de financiamento para todas as empresas portuguesas, com a exceção daquelas que assumam maior dimensão<sup>2048</sup>. Para tal, concorrem fatores como a sua flexibilidade do ponto de vista do volume, prazo e finalidade do financiamento, aos quais acresce a circunstância de as empresas de pequena e média dimensão não conseguirem, por norma, aceder a outras formas de financiamento, não tendo, nomeadamente, condições para recorrer ao mercado de capitais<sup>2049</sup>.

---

<sup>2043</sup> Inerente à distinção estabelecida é a existência de diferentes graus de exposição ao risco, de onde decorre que também os respetivos custos de financiamento serão diversos. Entre estas modalidades existe, na prática, uma multiplicidade de soluções híbridas. Sobre as diferentes origens do financiamento, *vd.* Alcarva, 2017, pp. 41 e ss.

<sup>2044</sup> Oliveira, 2018a, p. 124.

<sup>2045</sup> *Idem, ibidem.* Disponibilizando a instituição de crédito uma determinada soma em dinheiro, ver-se-á a contraparte obrigada a reembolsar essa quantia, acrescida do pagamento de juros. Como facilmente se depreende, a atividade de concessão de crédito acarreta, para a entidade credora, um risco de crédito, que se traduzirá na possibilidade de o devedor incumprir a obrigação de prestação das referidas quantias. Duarte, 2013, p. 190.

<sup>2046</sup> O financiamento através de capitais alheios pode operar diretamente (junto dos próprios investidores – como sucede com os empréstimos obrigacionistas) ou indiretamente (através de financiamento bancário e outros contratos de crédito).

<sup>2047</sup> *Vd.*, sobre os empréstimos bancários, Cordeiro, 2016, pp. 671-675 e Ferreira, 2011, p. 16.

<sup>2048</sup> OECD, 2017.

<sup>2049</sup> Oliveira, 2018a, p. 124. Sublinhando que o financiamento das empresas deixou já de se traduzir no binómico clássico do financiamento bancário e da Bolsa, *vd.* Vasconcelos, 2012, p. 157. Esclarece o Autor

De acordo com a teoria económica da empresa, respondendo os capitais próprios pelas perdas que a sociedade venha, eventualmente, a sofrer, expectável é que, no âmbito do financiamento interno, sejam os sócios capazes de influenciar a gestão societária (que é, afinal, desenvolvida no seu interesse)<sup>2050</sup>. Por seu turno, aos clássicos *outsiders* com quem a sociedade celebre negócios de financiamento associa-se um papel passivo (*passive cash collectors*), que não pressupõe uma qualquer interferência na gestão da sociedade, limitando-se estes, no fundo, a verificar se os contratos que celebram asseguram o retorno do respetivo investimento a uma taxa razoável<sup>2051</sup>.

Sucedem, porém, que este padrão clássico não tem já correspondência com o cenário de crescente influência que os credores financiadores têm vindo a exercer no plano societário, assistindo-se, hoje, a uma gradual diluição da tradicional bifurcação entre financiamento interno e externo.

De facto, como *infra* melhor se demonstrará, por forma a limitar o risco de crédito que lhes é inerente, têm os credores, sobretudo desde o eclodir da crise financeira, procurado intervir na sociedade financiada, monitorizando a sua gestão e chegando, por vezes, a assumir o controlo da mesma, constituindo-se como um “terceiro poder” ao lado dos acionistas e dos órgãos de administração<sup>2052</sup>.

## **2. O desalinhamento de interesses das partes na relação de financiamento externo**

Importa começar por reconhecer que, a par da tradicional oposição entre ownership e control<sup>2053</sup>, também a relação que, no plano do financiamento societário, se estabelece entre *insiders* e *outsiders* tem sido perspectivada como uma relação “principal-agente”, inevitavelmente caracterizada pela existência de assimetrias informativas e um desequilíbrio de incentivos entre as partes envolvidas<sup>2054</sup>.

Como facilmente se depreende, a emergência de conflitos de interesses entre sócios e credores financiadores da sociedade decorre, em larga medida, da distinta natureza que assumem os respetivos investimentos. De facto, contrariamente ao que sucede com os sócios, que, em virtude da natureza variável da respetiva retribuição, terão um maior

---

que, hoje, no mercado global, é a *private equity* que maior volume de fundos envolve e investe com maior eficiência e maleabilidade, na qual se abrange o investimento em *venture capital*, em Portugal designado como “capital de risco”.

<sup>2050</sup> Oliveira, 2009, p. 108.

<sup>2051</sup> Neste sentido, Oliveira, 2018a, p. 23 e Pinto da Silva, 2014, pp. 233 e 234.

<sup>2052</sup> A expressão “terceiro poder” é de Figueiredo Dias, 2014, pp. 359-363. Merece especial destaque o poder que as instituições de crédito podem ter sobre a sociedade. Neste sentido, Almeida, 2008, p. 106.

<sup>2053</sup> É no contexto da dissociação entre “propriedade” e “controlo” que surgem os principais conflitos de interesses associados à teoria da agência, aos quais a *corporate governance* tem procurado dar resposta. Para uma análise da *corporate governance* em Portugal, *vd.*, entre outros, Coutinho de Abreu, 2010a, pp. 11 e ss. e Maia, 2012, pp. 43 e ss.

<sup>2054</sup> Oliveira, 2018a, pp. 21 e 22.

incentivo para a tomada de decisões arriscadas, os credores, a quem apenas importará a solvabilidade da sociedade, assumir-se-ão, por tendência, numa posição de maior aversão ao risco. De igual forma, não interessará a estes últimos a adoção de quaisquer políticas suscetíveis de pôr em causa a garantia do seu crédito, como sejam, a título de exemplo, a alienação de ativos ou a sua transferência para os sócios<sup>2055</sup>.

Ao cenário descrito acresce a premissa de que a gestão da sociedade financiada, levada a cabo pelo órgão de administração, não surgirá, necessariamente, alinhada com os melhores interesses dos credores financiadores, daqui podendo emergir verdadeiros custos de agência que estes terão de suportar<sup>2056</sup>. Com efeito, sem prejuízo de poder retirar-se do art. 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC que o cumprimento, por parte dos administradores, do dever geral de lealdade para com o “interesse da sociedade” pressupõe uma conjugação dos interesses dos sócios (enquanto tais) com os de outros sujeitos ligados à sociedade (designadamente dos credores), tem a doutrina dominante pugnado por uma interpretação hierarquizada destes interesses, traduzida, em concreto, numa clara prevalência dos primeiros<sup>2057</sup>.

Em face do exposto, compreende-se que os credores financiadores, visando, por algum meio, reduzir os custos de agência a que estão sujeitos, procurem alcançar uma influência decisória em assuntos de relevo da vida societária – como sejam, a sua política financeira e de investimentos ou a sua estratégia empresarial –, conservando, tanto quanto possível, as circunstâncias em que tomaram a decisão de conceder financiamento e garantindo, dessa forma, a solvabilidade do seu crédito<sup>2058</sup>. Reconhece-se assim que, ao lado do controlo acionista (*shareholder control*), poderão também os credores exercer um especial poder de influência sobre a sociedade financiada (*debtholder control*), emergindo a dívida como um “instrumento de governo”<sup>2059</sup>.

---

<sup>2055</sup> Pinto da Silva, 2014, pp. 234 e 235. *Vd.*, também, neste sentido, Baird & K. Ramussen, 2006, p. 1245.

<sup>2056</sup> Podem identificar-se, neste contexto, como principais custos de agência para o credor: a diluição do crédito pela ulterior contração de empréstimos por parte da sociedade devedora; a alienação de ativos ou a sua transferência para os sócios; o subinvestimento, nos casos em que a situação líquida da sociedade é negativa e os sócios não têm, por isso, incentivo para aproveitar oportunidades de investimento; a substituição de ativos e investimentos de risco. Neste sentido, Pinto da Silva, 2014, p. 235, nota de rodapé n.º 16. *Vd.*, também, a este propósito, Bratton, 2006, pp. 6-8; Schmidt, 2008, pp. 88 e 89; Bradley, 2015, p. 5.

<sup>2057</sup> Neste sentido, entre outros, Câmara, 2010, p. 59 e Coutinho de Abreu, 2019, p. 291. Contrariamente, Carneiro da Frada, 2007, pp. 212 e 213, sustenta que “[a] lealdade não é graduável (...) os administradores devem, portanto, ser leais a todos”. Refere, nesta senda, Cordeiro, 2020, p. 784, que “Quem é leal a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente”.

<sup>2058</sup> Pinto da Silva, 2014, p. 236.

<sup>2059</sup> Oliveira, 2018a, p. 29. Reconhecendo que este fenómeno tem vindo a ganhar autonomia técnica, *vd.* Olavo Cunha, 2019, pp. 1006 e 1007.

### 3. A emergência do financiamento como mecanismo de governo das sociedades

A confiança dos investidores nas empresas sofreu um golpe decisivo com o eclodir da crise financeira de 2007-2008<sup>2060</sup>. As falhas evidenciadas ao nível do governo societário implicaram uma crescente necessidade de monitorização das decisões de administração das sociedades pelos respetivos financiadores, que, frequentemente, se encontram, aliás, em melhor posição do que os próprios sócios para o fazer<sup>2061</sup>. De facto, encontrando-se, por regra, numa posição privilegiada para a obtenção de informação detalhada sobre a situação financeira e empresarial da sociedade, podem os credores financiadores desempenhar como que um “segundo nível de controlo” sobre a sua gestão<sup>2062</sup>.

Não pode, pois, olvidar-se que, quando dirigida a uma eficaz gestão do crédito, a intervenção do credor na sociedade financiada pode, efetivamente, ser perspetivada como uma mais-valia, não apenas para a sociedade, mas, também, para os seus sócios e demais *stakeholders*. Desde logo, poderá tal intervenção funcionar como um mecanismo de mitigação dos incentivos da administração para a assunção de riscos excessivos, limitando a discricionariedade da gestão por esta desenvolvida, ou, ainda, influenciar de forma positiva a política de investimentos da sociedade. No que aos próprios sócios, por sua vez, concerne, a detenção, por parte dos credores, de uma mais extensa e profunda informação sobre a situação financeira da sociedade poderá revelar-se determinante, quer no plano da tomada de decisões de investimento e desinvestimento, quer no âmbito do exercício dos direitos sociais que lhes pertencem (em especial, o direito de voto e de eleição e destituição dos órgãos de gestão)<sup>2063</sup>.

Aliada à referida crise financeira, a posterior emergência de uma crise de liquidez espoletou o aumento exponencial da necessidade de recurso a capital alheio sentida pelas empresas<sup>2064</sup>. Neste quadro de crescente dependência e subserviência das empresas em relação aos seus atuais ou potenciais financiadores, encontraram os credores

---

<sup>2060</sup> Azevedo, 2015, p. 18. Para um desenvolvimento sobre esta temática, *vd.*, entre outros, Cordeiro, 2016, pp. 131-177.

<sup>2061</sup> Especialmente quando em causa estejam grandes financiadores institucionais.

<sup>2062</sup> Figueiredo Dias, 2014, pp. 366 a 367 e 377 a 378. Reconhece-se, há muito, que a atuação que os sócios desenvolvem no exercício dos poderes que lhes são reservados não é suficiente para disciplinar o comportamento dos membros do órgão de administração. Neste sentido, Alves, 2016, pp. 118 e 119.

<sup>2063</sup> Figueiredo Dias, 2014, pp. 377 e 378. *Vd.*, também, Baird & K. Ramussen, 2006, pp. 1242 e 1243.

<sup>2064</sup> Sobre esta questão *vd.*, entre outros, Figueiredo Dias, 2014, pp. 364-366 e Matos, 2015, p. 164. Saliente-se o impacto que, neste contexto, assumiu a transposição para o nosso ordenamento jurídico, em 2014, da Diretiva 2013/36/EU, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento.

oportunidade para “em seara alheia meter a sua foice”, procurando limitar, de forma eficaz, o risco de crédito que se lhes reconhece inerente<sup>2065</sup>.

Com efeito, fazendo uso da posição de supremacia de que, em regra, beneficiam no contexto da relação de financiamento, procederam os credores, pela via contratual, à imposição de especiais exigências, através das quais procuraram intervir ativamente nos destinos da sociedade financiada. Certo é que, mediante a utilização de instrumentos à margem do direito societário, lograram estes sujeitos imiscuir-se na sua governação, nela repercutindo o seu interesse próprio<sup>2066</sup>.

A prática societária veio, assim, demonstrar que, contrariamente ao paradigma até então reconhecido, poder-se-ia revelar significativa a influência que os credores financiadores são capazes de exercer no contexto das sociedades a que concedem financiamento. Fazendo uso das palavras de Mafalda de Sá, “[s]urge, desta forma, um terceiro poder na estrutura organizatória das sociedades comerciais, corporizado por um credor ativista que, penetrando na governação societária por via contratual, exige a consideração de um sistema de *corporate governance* externa”<sup>2067</sup>.

## **4. O caso particular da aposição de *covenants* nos contratos de financiamento bancário**

### **4.1 Dos interesses legítimos das partes**

Na senda do que *supra* temos vindo a expor, inerente ao financiamento externo é a existência de um risco de crédito, o qual decorre, como facilmente se depreende, da possibilidade de a sociedade financiada se tornar incapaz de fazer face às responsabilidades que assumiu. A existência deste risco surge alinhada com os inegáveis conflitos de interesses que se reconhecem na base da relação entre sócios e credores da sociedade financiada, ao que acresce a já referida premissa de que terão os administradores incentivos para atuar no interesse dos primeiros.

Partindo destas considerações, veio a designada *Agency Theory of Covenants* (ATC)<sup>2068</sup> reconhecer que os credores financiadores mais atentos, antecipando tais comportamentos dos administradores, atribuirão à dívida um preço em conformidade, o que se traduzirá, em concreto, na imposição de um conjunto de cláusulas de salvaguarda, atinentes à limitação do risco de erosão patrimonial que lhes é intrínseco<sup>2069</sup>.

---

<sup>2065</sup> Sublinha, a este propósito, Hass, 1987, p. 1323, que é inegável a necessidade de algum grau de controlo por parte dos credores, os quais têm o direito de impor ao devedor as condições adequadas a aumentar a segurança e reembolso do seu crédito.

<sup>2066</sup> Sá, 2017, p. 179.

<sup>2067</sup> Sá, 2017, p. 182.

<sup>2068</sup> Primitivamente desenvolvida por Meckling & C. Jensen, 1976, pp. 333-343.

<sup>2069</sup> Bradley & Roberts, 2015, p. 6.

Conferindo ao credor, a par da já tradicional prestação de garantias<sup>2070</sup>, uma maior proteção em face do risco de crédito, e contribuindo, em simultâneo, para um mais fácil acesso ao financiamento por parte das sociedades, os *covenants* surgem, neste contexto, como instrumentos que permitem reestabelecer o desejável equilíbrio entre as partes. No fundo, como bem explicita Gonçalo Nogueira, “tais cláusulas mais não fazem do que antecipar situações de conflitos de interesses resultantes do incentivo que os administradores da sociedade têm para prosseguir o interesse dos acionistas da sociedade (...), permitindo, assim, um alinhamento dos interesses envolvidos”<sup>2071</sup>.

O termo *covenant*, proveniente da prática jurídico-contratual anglo-saxónica<sup>2072</sup>, designa, normalmente, uma obrigação de agir de determinado modo. De crescente utilização na prática comercial bancária portuguesa<sup>2073</sup>, a inserção destas cláusulas em contratos de financiamento assume uma função de garantia, permitindo ao credor, através da imposição de restrições aos termos em que o capital é fornecido, assegurar o cumprimento do crédito<sup>2074</sup>. Note-se, porém, que, em bom rigor, estas cláusulas traduzem verdadeiras obrigações, acessórias da obrigação principal, pelo que em causa não estão garantias de crédito em sentido técnico, mas, antes, mecanismos de segurança do crédito. Nesta perspetiva, são, frequentemente, designadas como “cláusulas de salvaguarda”<sup>2075</sup>.

De um outro ponto de vista, e como sublinha Daniel Fischel, é importante perceber que o recurso a este tipo de mecanismos não configura uma qualquer situação de injustiça para a sociedade financiada<sup>2076</sup>. É que, mediante a estipulação de *covenants*, logrará a devedora conferir ao seu credor uma maior proteção, de onde resultará a obtenção de financiamento em condições mais vantajosas. Em termos simples: os acionistas da sociedade pagam *ex ante*, quando a dívida é emitida, o risco de expropriação por parte dos credores *ex post*, diminuindo, assim, os custos do financiamento<sup>2077/2078</sup>.

---

<sup>2070</sup> *Vd.*, a este propósito, Duarte, 2013, p. 191 e Cordeiro, 2016, pp. 789 e ss.

<sup>2071</sup> Nogueira, 2016, pp. 986 e 987.

<sup>2072</sup> Os *covenants* são, no direito norte-americano, o mais eficiente meio de proteção dos credores. Schmidt, 2008, pp. 2 e ss.

<sup>2073</sup> Sem prejuízo de poderem ser celebrados com qualquer credor, a estipulação de *covenants* encontra um espaço privilegiado de atuação no financiamento com recurso aos designados “credores fortes”, entre os quais podem destacar-se as instituições de crédito. *Vd.*, neste sentido, Ferreira, 2011, p. 209. Sobre este ponto, Pinto da Silva, 2014, p. 237, refere que a utilização destas cláusulas reveste particular relevância no âmbito da estrutura contratual dos financiamentos de projetos *project finance*.

<sup>2074</sup> Segundo Ferreira, 2011, pp. 205 e 206, a aposição de *covenants* nos contratos de financiamento bancário surge num plano distinto daquele em que tem lugar o recurso às designadas cláusulas contratuais gerais. Em sentido diverso, *vd.* Sá, 2017, pp. 196 e 197.

<sup>2075</sup> Neste sentido, *vd.* Sá, 2017, p. 179, Pinto da Silva, 2014, p. 237 e Ferreira, 2011, pp. 237 e 238.

<sup>2076</sup> Fischel, 1989, pp. 136 e 137.

<sup>2077</sup> O custo do financiamento estará, naturalmente, relacionado com o grau de exposição ao risco. Explicam, a este propósito, Bradley & Roberts, 2015, p. 6, que, uma vez que os custos de agência são inversamente proporcionais à condição financeira da sociedade, é expectável que sejam as sociedades em pior condição financeira a revelar um maior interesse em incluir *covenants* nos seus contratos de financiamento.

<sup>2078</sup> Oliveira, 2009, p. 106, nota de rodapé n.º 27, e Rosa, 2016, p. 214.

Dir-se-á, em suma, com Mafalda de Sá, que o que justifica a introdução destas cláusulas nos contratos de financiamento “é a convergência entre o interesse do credor em conceder financiamento em condições de reforçada segurança do seu crédito e o interesse do devedor em diminuir os custos do seu financiamento”<sup>2079</sup>.

## 4.2 Das prerrogativas conferidas ao credor financiador

De flora variada, os *covenants* podem surgir como contratos acessórios ou como cláusulas integrantes do próprio contrato de financiamento<sup>2080</sup>, dividindo-se, tipicamente, em *positivos* e *negativos*, consoante impliquem imposições ou proibições para o devedor<sup>2081</sup>.

Não sendo nosso propósito analisar de forma exaustiva as múltiplas formas, conteúdo e finalidades que tais cláusulas podem revestir, elenquemos, sem qualquer pretensão de taxatividade, aquelas cuja aplicação prática na esfera do financiamento bancário se tem revelado mais frequente<sup>2082</sup>:

(i) cláusulas relativas ao fornecimento de informação (*reporting covenants*): em causa estará, por norma, a obrigação de prestação de informações de natureza económica e financeira ou, ainda, de comunicação de ocorrências que possam ter qualquer reflexo no risco do crédito (a título de exemplo, alterações estatutárias);

(ii) *covenants* financeiros (*financial covenants*): visando garantir a solvência da sociedade financiada, impõem-lhe o cumprimento de determinados índices financeiros<sup>2083</sup>;

(iii) cláusulas *pari passu*: destinam-se a evitar a subordinação do crédito face a outros credores comuns da sociedade, presentes e futuros, exigindo uma graduação igual entre estes e aquele;

(iv) cláusulas *negative pledge*: consistem na proibição de prestar garantias sobre qualquer ativo em favor de terceiros, com prejuízo para a garantia geral do crédito do banco, que se veria, na prática, subordinado aos créditos daqueles;

(v) cláusulas que impõem restrições ao investimento: visam refrear as tendências de sobreinvestimento (em particular, de investimentos arriscados), consistindo,

---

<sup>2079</sup> Sá, 2017, pp. 182 e 185, nota de rodapé n.º 33. O interesse da sociedade em diminuir os custos de financiamento está em consonância com a sua capacidade jurídica, tal como delimitada no art. 6.º, n.º 1, do CSC.

<sup>2080</sup> Apesar de o termo *covenant* apontar para a ideia de um acordo que vincula ambas as partes, na grande maioria dos casos, nenhuma obrigação existe a cargo do mutuante. Neste sentido, Pereira Dias, 2003, p. 905.

<sup>2081</sup> Oliveira, 2009, p. 103.

<sup>2082</sup> Seguimos, neste ponto, uma sistematização próxima da apresentada por Pinto da Silva, 2014, pp. 238-243, e Oliveira, 2009, pp. 103-105.

<sup>2083</sup> Alguns dos índices financeiros mais comuns visam limitar o endividamento adicional (como o *debt-equity ratio* ou o *leverage ratio*), outros incidem sobre o *cash-flow* da sociedade (como o *coverage ratio*). Pinto da Silva, 2014, p. 239.



geralmente, na imposição de limites em valores absolutos ou na submissão de todo e qualquer investimento ou aquisição de ativos à prévia autorização do banco credor;

(vi) cláusulas que impõem restrições ao financiamento: significam, frequentemente, a proibição expressa de contratar qualquer financiamento ou, em alternativa, a sua sujeição a prévia autorização do banco credor;

(vii) cláusulas que estabelecem restrições à ocorrência de alterações fundamentais na sociedade ou à distribuição de dividendos: sujeitam à prévia aprovação pelo banco a distribuição de dividendos ou a ocorrência de determinadas alterações fundamentais, delimitadoras da identidade da sociedade, como sejam, a título de exemplo, a alteração da atividade societária, operações de fusão, cisão ou transformação ou a alteração da estrutura acionista.

(viii) cláusulas que estabelecem *events of default*: implicam o vencimento antecipado da obrigação em caso de incumprimento do contrato de financiamento<sup>2084</sup>. Por vezes, atribui-se relevância a situações de “incumprimento cruzado”, surgindo, nesse contexto, hipóteses em que o incumprimento de outras obrigações da sociedade (perante terceiros) permite considerar que houve incumprimento do *covenant (cross-default)*<sup>2085</sup>.

Embora não necessária, a estrutura típica dos contratos em que são apostas estas cláusulas consiste na identificação de determinados *covenants* e na subsequente estipulação de que a sua violação consubstanciará um *event of default* – isto é, um incumprimento contratual. Sucede que, regra geral, a antecipação do vencimento do empréstimo não surgirá como consequência automática de tal incumprimento, não sendo, na prática, feita atuar pelo credor, que optará, as mais das vezes, por utilizá-lo para renegociar os termos contratuais em moldes que mais intensamente favoreçam o respetivo controlo sobre a sociedade. Como *infra* melhor se demonstrará, é precisamente neste contexto de incumprimento e subsequente renegociação que se manifesta, de forma especialmente acentuada, o poder de interferência que o credor é capaz de exercer no governo societário<sup>2086</sup>.

---

<sup>2084</sup> Haverá que relacionar esta possibilidade com o art. 780.º do Código Civil. A este propósito, advoga Ferreira, 2011, p. 205, que, não tendo as situações legais de exigibilidade antecipada natureza injuntiva, poderão as partes de um contrato de crédito bancário afastá-las, bem como poderão modelar as suas posições contratuais, determinando causas convencionais de exigibilidade antecipada. Em sentido próximo, *vd.* Pereira Dias, 2003, pp. 999-1005.

<sup>2085</sup> Existe já jurisprudência no sentido da nulidade de cláusulas de exigibilidade antecipada e *cross default*. Sá, 2017, p. 198. Veja-se, por exemplo, o Acórdão do TRP, de 27 de setembro de 2017 (Inês Moura).

<sup>2086</sup> Neste sentido, Sá, 2017, p. 180 e Oliveira, 2009, p. 105.

### 4.3 Da admissibilidade dos *covenants* à luz do ordenamento jurídico português

Como facilmente se depreende, e sem prejuízo da existência de outros mecanismos de controlo<sup>2087</sup>, o recurso a este tipo de cláusulas permite aos credores assumir um poder de influência particularmente intenso no seio da sociedade financiada, suscetível, inclusive, de introduzir distorções na clássica repartição de poderes e competências societários. Nesta esteira, levantar-se-á, inevitavelmente, a questão de saber até que ponto poderá pugnar-se, à luz do nosso ordenamento jurídico, pela licitude de tais convénios.

A análise que a doutrina tem vindo a desenvolver em torno desta questão direciona-se, predominantemente, no sentido de que, sem prejuízo de uma ponderação de conformidade com os princípios jurídico-societários vigentes, bem como com as normas do campo jurídico-civil, não deverá, entre nós, sustentar-se uma genérica ilicitude dos *covenants*<sup>2088</sup>.

É certo que a ingerência que o credor é, por meio de tais cláusulas, capaz de exercer no circuito societário se afigura suscetível de contender com os princípios da independência externa da sociedade e da indelegabilidade de funções da administração<sup>2089</sup>, com os quais intimamente se relacionam os deveres de cuidado e lealdade que sobre o órgão de administração impendem. Repare-se que a imposição de limitações por um sujeito externo à sociedade poderá, inclusivamente, acabar por colocar os administradores perante um conflito de deveres, conduzindo-os, em determinadas situações, a uma atuação contrária àquela que decorreria do cumprimento dos seus deveres, geradora de eventual responsabilidade, nos termos dos arts. 72.º e ss. do CSC<sup>2090/2091</sup>.

Há, no entanto, que evocar a existência de exceções às referidas premissas basilares em que se sustentam o funcionamento e organização societários, reconhecendo-se situações em que, pese embora se assista a um exercício disruptivo dos poderes sociais (decorrente de uma influência exógena sobre a gestão societária), a respetiva prática não

---

<sup>2087</sup> Por necessidade de circunscrição do tema, excluídos deste estudo ficarão relevantes instrumentos de controlo dos credores sobre a sociedade, de entre os quais podemos destacar os mecanismos de *leveraged finance*, a denominada dívida *mezzanine* ou, ainda, a aquisição de *distressed debt*. *Vd.*, a este propósito, Matos, 2015, pp. 170 e 171, nota de rodapé n.º 33, e Oliveira, 2009, pp. 98 e 99.

<sup>2088</sup> *Vd.*, neste sentido, entre outros, Oliveira, 2009, pp. 108-110; Matos, 2015, pp. 174-176; Sá, 2017, p. 185; e Pinto da Silva, 2014, p. 264.

<sup>2089</sup> Veja-se, para as sociedades anónimas, em especial, o disposto nos arts. 373.º, n.ºs 2 e 3, 405.º e 406.º do CSC.

<sup>2090</sup> Sobre os deveres de cuidado e de lealdade que impendem sobre os administradores, a sua violação e eventual responsabilidade, *vd.*, entre outros, Coutinho de Abreu, 2010c, pp. 14 e ss.; Carneiro da Frada, 2007, pp. 206 e ss.; Costa, 2011, pp. 157 e ss.; Vasconcelos, 2009, pp. 11 e ss.

<sup>2091</sup> Questões distintas poderão, ainda, colocar-se a propósito dos convénios que tenham por objeto matérias cuja competência pertence à Assembleia Geral ou aos sócios individualmente considerados. Sobre esta temática, *vd.* Pinto da Silva, 2014, pp. 241 e 242 e Matos, 2015, pp. 174 e 175.

é proibida, sendo, antes, objeto de uma disciplina tendente à responsabilização do sujeito influenciador e concomitante proteção da sociedade influenciada. Pensemos, em concreto, nas figuras do sócio controlador e do administrador de facto ou, ainda, nas relações de grupo de sociedades<sup>2092/2093</sup>. Na linha do que sustenta Ana Perestrelo de Oliveira, também no caso em que a influência seja exercida por terceiros (*maxime* pelo credor financiador), não deverá pugnar-se, com base na ausência de regulação, pela sua proibição, devendo, ao invés, reconhecer-se “o imperativo e a oportunidade para a construção de um sistema de proteção eficaz”<sup>2094</sup>.

A par desta argumentação, cumprirá lembrar que os *covenants*, correspondendo a criações da *praxis*, são fruto da liberdade contratual das partes, ao abrigo da qual têm estas a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos celebrados e de neles incluir as cláusulas que lhes aprouver<sup>2095</sup>. Como bem explica Joana Pereira Dias, “as partes, pela experiência direta que têm da prática negocial, das exigências e problemas que aí se colocam, estão em melhores condições do que o legislador para regularem [os seus] interesses”<sup>2096</sup>. Nestes termos, sem descurar da evidente necessidade de uma análise casuística de conformidade com a autonomia privada e os interesses legítimos de ambos os intervenientes, não faria sentido rejeitar, por princípio, a admissibilidade de tais acordos no nosso ordenamento jurídico<sup>2097</sup>.

Sem prejuízo de toda a fundamentação exposta, e de se reconhecerem as múltiplas vantagens económicas associadas a este tipo de cláusulas, não devemos concluir pela irrestrita admissibilidade da sua inclusão nos contratos de financiamento. Com efeito, ainda que se rejeite uma conceção de genérica ilicitude dos *covenants*, jamais poderá conceber-se que a sua utilização legitime a adoção, pelo credor, de quaisquer condutas que se qualifiquem como abusivas e oportunistas.

O verdadeiro âmago da questão não passará, assim, por uma generalizada apreciação de licitude destas cláusulas, mas, antes, pela definição de mecanismos

---

<sup>2092</sup> Quando as regras de autonomia e independência do órgão de administração são desrespeitadas, em virtude do exercício ilegítimo de uma influência sobre a administração da sociedade, o princípio da correlação entre poder e responsabilidade assume relevância, impondo a responsabilização dos sujeitos influenciadores. É o que sucede com o sócio controlador (nos termos do art. 83.º/4 do CSC) e com o administrador de facto (figura sobre a qual nos debruçaremos *infra*). Nos casos em que, exceionalmente, a própria lei, em derrogação daquelas regras, legitime tal atuação (como sucede com as relações de grupo, previstas nos arts. 488.º e ss. do CSC), é a mesma lei que reforça a correlação entre poder e responsabilidade, prevendo regras especiais de proteção da sociedade objeto da influência e de responsabilização da sociedade influenciada (arts. 501.º a 504.º do CSC). Pinto da Silva, 2014, p. 250.

<sup>2093</sup> Sá, 2017, p. 188, acrescenta, a este propósito, que existem outras situações em que a transferência de poderes de gestão para terceiros é fruto da liberdade contratual das partes, como sucede, com particular relevo, com o contrato de gestão de empresa. Por contender com a independência da sociedade, a licitude desta figura contratual não é incontestada. *Vd.*, a este propósito, entre outros, Antunes, 2002, pp. 510-516 e Coutinho de Abreu, 2010b, p. 44.

<sup>2094</sup> Oliveira, 2009, p. 110.

<sup>2095</sup> Art. 405.º do Código Civil.

<sup>2096</sup> Pereira Dias, 2003, p. 893.

<sup>2097</sup> Oliveira, 2018b, p. 110.

capazes de regular a sua utilização. A este respeito, dir-se-á com Mafalda de Sá que “a influência externa do credor no exercício dos poderes de administração da sociedade-devedora só será admitida na medida em que seja necessária e executada tendo em vista a salvaguarda do seu crédito”<sup>2098</sup>.

Partindo do pressuposto de que a atuação do credor no circuito societário nem sempre surgirá balizada pela necessária tutela do seu crédito, e de que este sujeito, guiado pelo seu interesse próprio, poderá abusar da posição de controlo em que se encontra, prosseguiremos no sentido de indagar sobre a existência de mecanismos capazes de limitar a sua atuação, e que, eventualmente, prevejam a sua responsabilização, conferindo a necessária proteção à sociedade financiada, aos seus sócios e demais *stakeholders*<sup>2099</sup>.

Surgirão como especial objeto de incidência do nosso estudo os contratos de financiamento bancário, nos quais vem sendo generalizada a inclusão de *covenants*, como, aliás, tivemos já oportunidade de referir<sup>2100</sup>. Com Coutinho de Abreu, dir-se-á, sensatamente, que “os bancos condicionam e influenciam consideravelmente a governação das sociedades devedoras. E, vendo, ouvindo e lendo, não ignoramos que os (grandes) bancos têm sido o ator principal da desgovernação global”<sup>2101</sup>.

---

<sup>2098</sup> Sá, 2017, p. 204.

<sup>2099</sup> Particularmente impressionantes são os riscos para a posição dos demais credores, que não conseguem impor mecanismos adicionais de proteção e que estarão sujeitos, além dos interesses da sociedade, aos interesses concorrentes de um outro credor. Sá, 2017, p. 184.

<sup>2100</sup> A potencial influência exercida pelos obrigacionistas será menos expressiva do que aquela que é levada a cabo pelos bancos, já que tenderá a esgotar-se na fase anterior ao investimento. *Vd.*, a este propósito, Figueiredo Dias, 2014, pp. 369-371.

<sup>2101</sup> Coutinho de Abreu, 2017, pp. 401 e 402.

## Capítulo II

### Da eventual responsabilização do credor financiador em virtude da influência exercida no governo da sociedade financiada

#### 1. Definição do problema. A inexistência de mecanismos de resposta no Direito positivo

Aqui chegados, torna-se premente esclarecer que a necessidade de encontrar mecanismos tendentes à responsabilização do credor financiador não surgirá como uma decorrência imediata da possibilidade que se lhe reconhece de interferir na sociedade financiada. Com efeito, na sequência do que temos vindo a reiterar, além de em causa estar uma faculdade que integra a liberdade contratual das partes, poderão associar-se-lhe efeitos verdadeiramente positivos<sup>2102</sup>.

Justificar-se-á a eventual necessidade de responsabilizar este sujeito quando, numa clara preterição do interesse social, este atue em prossecução do seu interesse próprio, de forma abusiva e oportunista, acarretando prejuízos para a sociedade financiada, os seus sócios e demais *stakeholders*. Fazendo uso das palavras de Rui Pereira Dias, “a partir do momento em que o ordenamento jurídico dota a sociedade de uma estrutura organizatória definida, que não pode ser moldada ao sabor dos interesses pontuais de um concreto sujeito, é necessário e adequado responsabilizá-lo em virtude de uma distorção, danosa, da estrutura, com consequências nas relações internas mas também na imagem projetada perante terceiros”<sup>2103</sup>.

Haverá, com efeito, que reconhecer que a utilização que, na prática, é feita dos *covenants* nem sempre corresponderá à finalidade que legitima a sua estipulação. Ao abrigo do que *supra* se expôs<sup>2104</sup>, tal sucederá, com especial frequência, em cenários de incumprimento por parte da sociedade financiada. De facto, servindo-se da particular situação de vulnerabilidade em que aquela se encontra, terão, não raras as vezes, os credores estímulos para, procedendo a uma renegociação dos termos pelos quais se pauta a relação de financiamento, obter benefícios excessivos, que não encontram já qualquer justificação numa razoável tutela do risco de crédito a que estão sujeitos<sup>2105</sup>.

Pensem, em concreto, na situação em que, perante o incumprimento da sociedade financiada, como requisito para que não tenha lugar o vencimento antecipado

---

<sup>2102</sup> Defendendo que, em geral, será mais benéfico para o mundo dos negócios que não se desencorajem os credores do exercício de controlo substancial sobre os devedores em difícil situação financeira, *vd.* Hynes, 1991, p. 667. Sublinha, a este propósito, o Autor que o interesse próprio que o credor tem na proteção dos seus créditos será também benéfico para os próprios sócios, outros credores e demais *stakeholders* da sociedade financiada.

<sup>2103</sup> Pereira Dias, 2007, pp. 116 e 117.

<sup>2104</sup> *Vd. supra* ponto 4.2, capítulo I.

<sup>2105</sup> Oliveira, 2009, p. 106.

de todas as prestações, impõe o banco credor que sejam submetidas à sua autorização prévia todas as operações de gestão da sociedade, limitando, de forma praticamente cabal, a autonomia e liberdade decisória da entidade devedora. Como facilmente se depreende, esta transferência do controlo da gestão societária em favor do credor financiador suplanta a mera responsabilidade contratual (que seria a normal consequência do incumprimento de obrigações contratuais), consubstanciando-se num verdadeiro mecanismo de *corporate governance*<sup>2106</sup>.

Sucedendo que a crescente preponderância que o credor controlador tem vindo a assumir no plano societário não surge acompanhada de uma qualquer previsão, no sistema jurídico-societário vigente, de mecanismos de proteção da sociedade financiada, dos seus sócios e demais *stakeholders*. De igual forma inexistem, até à data, modelos e instrumentos de *corporate governance* capazes de responder, de forma eficaz, às significativas distorções que a influência exercida por aquele sujeito se afigura suscetível de provocar na tradicional repartição de poderes societários<sup>2107</sup>.

Partindo de uma delimitação das situações em que o credor financiador, de forma oportunista e abusiva, se assume como um “terceiro poder” no contexto da sociedade financiada, cumprirá a parte final do nosso estudo o propósito de encontrar mecanismos de resposta aos desafios e malefícios emergentes de uma tal atuação.

Antes de avançarmos nesse sentido, não deixemos de mencionar que a eventual responsabilização do credor não surgirá de forma isolada. Com efeito, na sequência do que em cima se expôs<sup>2108</sup>, perante o exercício abusivo de uma influência (externa) no plano do governo societário, não poderá postergar-se a eventual responsabilização dos próprios administradores, sobre quem impende um dever de lealdade para com a sociedade<sup>2109</sup>.

## 2. Soluções preconizadas pela Doutrina

Não há, em rigor, uma clara noção de “controlo exercido pelo credor”, nem existe uma, mas várias, teorias no sentido da sua responsabilização. Se, entre nós, o tema não tem ainda conhecido desenvolvimento significativo, desde há muito que é estudado

---

<sup>2106</sup> Sá, 2017, p. 182.

<sup>2107</sup> Sobre as possíveis respostas a uma clara necessidade de reconstrução do paradigma clássico do governo das sociedades, que passe, também, a considerar as relações de financiamento e o respetivo impacto no governo das sociedades, *vd.* Figueiredo Dias, 2014, pp. 378-383.

<sup>2108</sup> *Vd. supra* ponto 4.1, Capítulo I.

<sup>2109</sup> Repare-se que a lei portuguesa exige a responsabilidade do administrador para que o sócio controlador seja solidariamente responsável (art. 83.º, n.º 4, do CSC). De igual modo, a responsabilidade do administrador de facto surge ao lado da responsabilidade do administrador de direito da sociedade, e não independentemente desta. *Vd.*, a este propósito, entre outros, Costa, 2016, pp. 970-972.

noutros ordenamentos<sup>2110</sup>, sobretudo a propósito do controlo que é exercido por instituições bancárias<sup>2111</sup>.

Atenta a inexistência, no nosso ordenamento jurídico, de um regime legal que consagre e regule especificamente a figura do credor controlador, cumpre analisar, ao abrigo do que tem vindo a fazer a doutrina, de que forma poderão os mecanismos jurídicos existentes adaptar-se a esta realidade<sup>2112</sup>. Efetivamente, e na senda do que *supra* se expôs, a entorse que o credor financiador é suscetível de provocar na tradicional repartição de poderes societários não constitui um caso isolado, reconhecendo-se outras situações de influência externa sobre a gestão da sociedade.

## **2.1 A analogia com a figura do sócio controlador e a consequente sujeição a deveres de lealdade**

A propósito da problemática em apreço, entende Ana Perestrelo de Oliveira que o controlo “excessivo” exercido pelo credor sobre a sociedade financiada o aproxima, significativamente, da figura do sócio controlador, transformando-o em *insider* e fazendo-o, por isso, incorrer em deveres e responsabilidades equivalentes aos que sobre aquele impendem<sup>2113</sup>.

Posição semelhante havia já sido defendida, no seio da doutrina estadunidense, por Jeffrey John Hass, sublinhando o Autor que “a creditor, especially a financial institution, may closely resemble a controlling shareholder at a certain point in its relationship with its debtor”<sup>2114</sup>.

Começa Ana Perestrelo de Oliveira por observar que sendo, tipicamente, o credor uma instituição bancária, dotada de interesses empresariais próprios, assistir-se-á à emergência de um perigo para a sociedade devedora, os seus sócios e demais credores, em tudo equivalente ao “perigo dos grupos”. Em bom rigor, “o controlo que resulta, automaticamente, da detenção de participações sociais ou de contrato de domínio (...) pode ser atingido de forma igualmente eficiente através de outros acordos (v.g., (...) contratos de crédito) que revelam um poder negocial desproporcionado da sociedade

---

<sup>2110</sup> Nomeadamente, alemão e norte-americano.

<sup>2111</sup> Conforme sublinha Oliveira, 2009, p. 96, a *lender liability* (trabalhada, sobretudo, a partir das ideias de controlo e de boa fé) tem originado múltiplas publicações e decisões jurisprudenciais nos Estados Unidos, tendo já sido considerada uma das mais significativas áreas do Direito. Sobre as várias doutrinas e decisões jurisprudenciais relativas a questão, *vd.*, entre outros, Hynes, 1991, pp. 638 e ss. e Hass, 1987, pp. 1329 e ss.

<sup>2112</sup> Sublinhe-se que não é nossa pretensão realizar uma análise exaustiva de todas as teorias que têm vindo a ser apresentadas para a resolução da questão em análise. Iremos ocupar-nos, somente, de uma reflexão em torno daquelas que entendemos por mais relevantes, reconhecendo-se, porém, a existência e pertinência de outras teses. A título de exemplo, foi também defendido por alguma doutrina e jurisprudência estadunidenses a qualificação do credor controlador como “principal” numa relação de agência, daí decorrendo a sua sujeição a deveres de lealdade. *Vd.*, neste sentido, Hass, 1987, pp. 1341-1343 e Hynes, 1991, pp. 640-642.

<sup>2113</sup> Oliveira, 2009, p. 97.

<sup>2114</sup> Hass, 1987, p. 1346.

dominante”. Não se justifica, assim, a diferenciação, de caráter meramente formal, entre a posição daquele que exerce o controlo em virtude de participação social ou de contrato de subordinação e a daquele que se encontra em situação análoga em virtude de contrato de financiamento<sup>2115</sup>.

Reconhece-se, porém, que o controlo do tipo económico não é legitimado, à luz do Código das Sociedades Comerciais, como fonte de relação de domínio, na medida em que, sem prejuízo de configurar um meio apto a permitir o exercício de uma influência na gestão dos assuntos sociais, não corresponde a uma situação de domínio jus-societariamente organizado<sup>2116</sup>. Por outro lado, ainda que assim não fosse, e se pugnassem pela relevância do controlo económico para a existência de uma relação de domínio, nos termos do art. 486.º do CSC, por resolver ficaria o problema de proteção da sociedade controlada, dos seus sócios e dos restantes credores da sociedade. Com efeito, ao contrário do que sucedeu com as demais relações de coligação, previstas no art. 482.º do CSC, a lei portuguesa não fez associar às relações de domínio qualquer regime jurídico específico.

Consciente da inexistência, no Direito positivo, de mecanismos específicos de proteção dos interesses afetados pelo controlo exercido pelos credores, Ana Perestrelo de Oliveira acaba por recorrer, numa tentativa de solucionar este problema, à possibilidade de imputar aos credores controladores deveres de lealdade tipicamente societários, decorrentes do princípio geral da boa fé. Reforça, porém, que “só a *praxis* societária, traduzida em posições jurisprudenciais (por ora inexistentes) poderá permitir a consolidação da matéria ou a formação de casos típicos de lealdade dos credores”<sup>2117</sup>.

A imposição de tais deveres surgiria como tradução do princípio geral da correlação poder-responsabilidade, ao qual acresceria a existência de uma especial relação entre o credor controlador e a sociedade financiada, equivalente àquela que liga o sócio controlador e a sociedade controlada. Esclarece, a este propósito, a Autora que o caráter especial de que depende a emergência de deveres de lealdade não se traduz, no plano das relações de controlo, na exigência de uma qualquer relação de confiança, a qual não existe. Decorre, antes, do específico poder de influência que o controlador é suscetível de

---

<sup>2115</sup> Oliveira, 2009, pp. 97 e 111. Em sentido semelhante, Blumber, 2005, pp. 613 a 614.

<sup>2116</sup> O exercício de uma influência dominante consubstancia um conceito indeterminado, o qual carece de preenchimento valorativo. Neste ponto, têm a doutrina e a jurisprudência maioritárias propugnado pela irrelevância do controlo económico para o preenchimento de tal conceito. *Vd.*, a este propósito, Antunes, 2002, pp. 530-534 e Pereira Dias, 2007, pp. 86-91. Sublinha, a este respeito, Barros, 2018, p. 299, que poderão relevar para efeitos de sujeição a deveres de lealdade os casos de controlo económico, ainda que o legislador nacional não tenha conferido especial importância a esta situação que, na *praxis* societária, tem vindo a ganhar particular relevo.

<sup>2117</sup> Oliveira, 2009, pp. 119 e 132.



exercer no plano societário, com o inerente imperativo de limitação da posição em que se encontra para causar danos à sociedade<sup>2118</sup>.

Não é, porém, uniforme o entendimento que tem vindo a ser desenvolvido em torno das premissas basilares em que se sustenta esta teoria. Sem prejuízo de uma possível discussão a respeito da efetiva sujeição dos sócios a um dever geral de lealdade<sup>2119</sup>, sobre a qual não nos debruçaremos, é a concreta possibilidade de equiparação do credor controlador à figura do sócio controlador que se assume como a *vexata quaestio* com que a doutrina se vem deparando.

Entre nós, partindo de uma análise daquela que é a *ratio* subjacente à imposição de deveres de lealdade aos acionistas, Raquel Capa de Brito afasta a possibilidade de uma tal equiparação. Começa a Autora por sublinhar que é precisamente por existir um tendencial alinhamento de interesses entre os acionistas e a sociedade que se gera uma especial relação entre eles, a qual implica que estes omitam quaisquer comportamentos que possam prejudicar a sociedade e que atuem de modo a prosseguir o seu interesse social. Ora, este tipo de relação não se identifica com aquela que é estabelecida entre a sociedade financiada e os seus credores, marcada por múltiplos conflitos de interesses. É, aliás, a existência de tais conflitos que justifica a estipulação de *covenants* nos contratos de financiamento<sup>2120</sup>.

Segue a Autora o seu raciocínio concluindo que, com a imposição de tais deveres de lealdade aos credores, em vez de se lograr a limitação ou afastamento de eventuais comportamentos desviantes, limitar-nos-íamos a sujeitá-los a uma situação que, por natureza, viria a traduzir-se num insanável conflito de deveres. Fazendo uso das suas palavras, “[p]or um lado, (...) os seus acionistas e administradores estariam obrigados a prosseguir o interesse da empresa credora, por outro lado, estariam vinculados a deveres de lealdade em relação à sociedade financiada”<sup>2121</sup>.

Entende, por sua vez, João Nuno Barros que este obstáculo poderá ser ultrapassado caso se defenda “a sujeição do credor controlador a deveres de lealdade apenas na sua vertente negativa/passiva, já que em tal caso não será aquele obrigado a prosseguir um interesse social que não o seu”<sup>2122</sup>.

Afastando, também, a possibilidade de sujeição do credor controlador a deveres de lealdade típicos dos sócios, Frederick Tung acrescenta que “Incorporating such an

---

<sup>2118</sup> Oliveira, 2009, pp. 119, 123-129 e 141. Sublinha, ainda, a Autora que a imposição de deveres de lealdade justificar-se-ia, apenas, perante a verificação de um verdadeiro poder de influência, não decorrendo, de forma genérica, do simples ato de financiamento. No entanto, não seria necessário reconhecer, como tem vindo a fazer a doutrina norte-americana, que a “capacidade do credor para determinar a obediência do devedor à sua política seja de tal forma arrebatadora que tenha existido, em alguma medida, uma fusão de identidades”.

<sup>2119</sup> *Vd.*, a este propósito, Cassiano dos Santos, 2006, pp. 539-554.

<sup>2120</sup> Brito, 2011, pp. 26-29. Perfilhando os argumentos invocados pela Autora, *vd.* Coelho, 2015, pp. 812-816.

<sup>2121</sup> Brito, 2011, p. 28.

<sup>2122</sup> Barros, 2018, p. 310.

ambiguous generalized fiduciary duty would inject perhaps debilitating uncertainty into creditors' collection efforts, which would translate directly into higher borrowing costs for companies"<sup>2123</sup>.

## **2.2 A qualificação do credor como administrador de facto indireto da sociedade**

De um outro prisma, ao abrigo daquele que tem sido o entendimento propugnado por alguns Autores<sup>2124</sup>, a interferência do credor na gestão societária, sendo exercida de forma disruptiva em relação ao modelo legal de repartição de poderes e competências vigentes no nosso ordenamento jurídico, acaba por se aproximar do conjunto de situações que tendem a doutrina e a jurisprudência<sup>2125</sup> a identificar como “administração de facto indireta” da sociedade.

Entende-se por administrador de facto indireto (*shadow director*) aquele sujeito que, na sombra, servindo-se da interposta pessoa do administrador de direito (e/ou até do administrador de facto direto<sup>2126</sup>), atua sobre a administração da sociedade, exercendo sobre ela um condicionamento ou influência de tal modo vinculante que as funções e competências desse órgão são como que por aquele desempenhadas<sup>2127/2128</sup>.

De acordo com Díaz Echegaray e, entre nós, Ricardo Costa, à cabeça desta figura encontraremos, não raras as vezes, as instituições de crédito, que, munidas de instrumentos que lhes permitem interferir ativamente na gestão das sociedades financiadas (como sejam os disseminados *covenants*), se afiguram capazes de colocar os respetivos administradores numa posição de “*infra ordenação*” e perda da sua autonomia e liberdade decisória. Efetivamente, se atentarmos, em especial, na experiência dos direitos estrangeiros, a “banca-administrador de facto” surge no topo da lista daqueles que podem designar-se como os seus “terceiros controladores”,

---

<sup>2123</sup> Tung, 2009, p. 172.

<sup>2124</sup> *Vd.*, em especial, Costa, 2016, pp. 310 e ss. e Nogueira, 2016, pp. 1003 e ss.

<sup>2125</sup> A propósito do reconhecimento jurisprudencial da figura do administrador de facto, veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ, de 28 de janeiro de 2016 (Orlando Afonso).

<sup>2126</sup> Seguindo a sistematização de Costa, 2016, pp. 643 e ss., pode reconhecer-se à figura do administrador de facto uma tipologia ternária, distinguindo-se, nomeadamente, entre a administração de facto com reconhecimento legal, a administração de facto direta e a administração de facto indireta.

<sup>2127</sup> No sentido do reconhecimento da categoria do “administrador de facto indireto” *vd.*, entre outros, Coutinho de Abreu, 2004, pp. 41 e 42; Costa, 2016, pp. 648-657; Ribeiro, 2016, pp. 465-467; e Gomes, 2010, p. 154.

<sup>2128</sup> Necessário será que a influência exercida se projete em atos que conduzam à tomada de decisões determinantes para a vida da sociedade e que as diretivas fornecidas não se bastem com a mera expressão de conselhos, sugestões ou intenções, implicando, ao invés, um fator vinculante, que, implicitamente, transporte uma expectativa de obediência. Aquando da materialização do poder de quem está na sombra, deverá, também, verificar-se uma intensidade finalística, de tal sorte que a regra será o acatamento habitual e sistemático dessas ordens e instruções por parte do destinatário. A influência exercida deve incidir sobre a totalidade ou maioria dos administradores. Sobre todos os requisitos que têm vindo a ser identificados como necessários à qualificação de um determinado sujeito como administrador de facto, *vd.*, em especial, Nogueira, 2016, pp. 998-1002 e Costa, 2016, pp. 658 e ss.

beneficiando, em virtude do poder financeiro de que dispõe, de uma forte posição na relação negocial que estabelece com as sociedades financiadas<sup>2129/2130</sup>.

Não obstante a regularidade com que a figura do administrador de facto é equacionada como “mecanismo” de imputação de deveres de lealdade aos credores controladores, o estudo sobre a mesma está longe de atingir a sua completa maturidade<sup>2131</sup>.

Pronunciando-se sobre o tema, Diogo Coelho afirma não ser possível concluir que alguns tipos de *covenants* “tenham a virtualidade de conceder aos credores financiadores este tipo de poder”, pelo que afasta, por regra, a possibilidade de os qualificar como administradores de facto da sociedade financiada<sup>2132</sup>.

Por seu turno, Gonçalo Nogueira, embora reconhecendo que a simples circunstância de o credor gozar de um conjunto de prerrogativas contratuais não o torna, sem mais, administrador de facto da sociedade financiada, entende que tal não implica negar, em absoluto, uma tal qualificação<sup>2133</sup>. Num sentido mais assertivo, Inês Serrano de Matos admite, por regra, a configuração do banco credor como administrador de facto, considerando-a, inclusive, mais consistente do que as restantes soluções apresentadas para o problema<sup>2134</sup>.

Esta questão começou por merecer a atenção da jurisprudência e doutrina francesas, já em meados dos anos setenta do século passado, remontando-se a este período as primeiras decisões de alguns Tribunais de Comércio no sentido de atribuir às instituições de crédito a condição de “*dirigeants de fait*”. Este entendimento acabou por ser acolhido e desenvolvido pela doutrina, reconhecendo-se, hoje, a possibilidade de atribuir aos bancos a qualidade de administradores de facto de sociedades financiadas<sup>2135</sup>.

Esclareceu, a este propósito, a jurisprudência francesa que não pode atribuir-se ao banco credor a condição de administrador de facto se este, sem realizar qualquer ato positivo de gestão propriamente dito, e sem se substituir ao administrador de direito, se limitar a exercer um controlo permanente sobre os fundos que disponibilizou ao seu cliente<sup>2136</sup>. Em sentido próximo, resumiu-se na jurisprudência inglesa que mister é

---

<sup>2129</sup> Neste sentido, Echegaray, 2002, p. 107 e Costa, 2016, pp. 310 e 311.

<sup>2130</sup> Embora não se reportando ao exercício de uma influência decorrente da estipulação de *covenants*, encontramos já, em Espanha, resoluções judiciais no sentido da qualificação do credor financiador como administrador de facto da sociedade devedora. A título de exemplo, pode referir-se a *Sentencia 203/11, do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Malaga/1 Bis, de 26 de Maio de 2011*. Vd., a este propósito, Ferreira, 2016.

<sup>2131</sup> Nogueira, 2016, pp. 1004 e 1005.

<sup>2132</sup> Coelho, 2015, pp. 809 e 810, nota de rodapé n.º 54.

<sup>2133</sup> Nogueira, 2016, p. 1007.

<sup>2134</sup> Matos, 2015, p. 196.

<sup>2135</sup> Echegaray, 2002, p. 107.

<sup>2136</sup> *Corte de Apelación de París de 17 de marzo de 1978*. Echegaray, 2002, p. 108.

encontrar a linha “entre a posição de um cão de guarda [*watch-dog*] ou conselheiro (...) e a de um de facto ou *shadow director*”<sup>2137</sup>.

Afigura-se, portanto, indispensável submeter as condutas do credor financiador ao crivo de um conjunto de parâmetros seletivos, aptos a identificar as situações que poderão, efetivamente, justificar uma extensão do regime previsto para os administradores de direito, sendo a definição de tais parâmetros a *vexata quaestio* com que, neste plano, se vem deparando a doutrina.

Na esteira do que até aqui se expôs, dir-se-á, com Ricardo Costa, que a eventual qualificação dos credores controladores como administradores de facto da sociedade passará por “verificar a *dividing line* entre o financiador que protege os seus interesses próprios e exerce um poder de informação e inspeção sobre o rumo da sociedade devedora tendente à conservação e salvaguarda das garantias de pagamento dos seus créditos (...) e o financiador que, ainda que motivado, totalmente ou em parte, pelo mesmo escopo, se apropria das competências dos gestores dessa sociedade ou os condiciona e influencia em manifesta exploração do âmbito de eficácia da relação jurídica de financiamento”<sup>2138</sup>.

Neste sentido, esclarece o Autor que a adoção, pelo credor bancário, de determinados comportamentos, como sejam (i) o condicionamento da concessão de crédito à adoção de medidas de reorganização ou (ii) a limitação da celebração de certos negócios jurídicos ao seu consentimento, afigurar-se-á insuficiente à sua qualificação como administrador de facto, na medida em que, integrando tais condutas a esfera da relação negocial estabelecida, não asseguram, por si só, a gestão da sociedade financiada<sup>2139</sup>.

Situação distinta será aquela em que, em virtude de convenção nesse sentido, seja proposta pela entidade financeira a nomeação de determinado sujeito como administrador da sociedade financiada, traduzindo-se a sua atuação na mera obediência, de forma passiva, às diretrizes por aquela fornecidas, e revelando-se as mesmas capazes de influenciar, de forma decisiva, as decisões do órgão de administração, nomeadamente sem atender ao interesse da própria sociedade administrada e exaurindo a autonomia dos restantes administradores. Ou, ainda, aquela em que o credor bancário, assumindo o papel estratégico da sociedade, submete à sua autorização prévia todas as operações de gestão, como sejam, compras, pagamentos ou contratações. Verificar-se-á, aqui sim, o exercício de um controlo ilegítimo por parte do credor financiador, que, extravasando o

---

<sup>2137</sup> Caso inglês *Re Tasbian Ltd, No. 3 (Chancery Division de 26 de abril de 1991)*. Costa, 2016, p. 315 e Echegaray, 2002, p. 111.

<sup>2138</sup> Costa, 2016, pp. 310-315.

<sup>2139</sup> A qual, em bom rigor, não deixa de ser desempenhada por quem é regularmente “mandatado” para esse efeito. Costa, 2016, pp. 311 e 315.

plano de atuação conformado pela *ratio* subjacente à estipulação de *covenants* na relação de financiamento, se transmuta num agente ativo da gestão societária, podendo atribuir-se-lhe a qualidade de administrador de facto indireto<sup>2140</sup>.

### 3. Análise crítica

Em face de tudo o que até aqui se expôs, ocupemo-nos, por fim, de uma cuidada análise reflexiva em torno da problemática levantada, a qual, segundo entendemos, não poderá deixar de partir da seguinte premissa: pese embora se rejeite uma ilicitude genérica dos *covenants*, jamais poderá aceitar-se que a sua estipulação legitime a adoção de quaisquer condutas abusivas e oportunistas por parte do credor financiador, cuja intervenção no governo da sociedade financiada deverá restringir-se à necessária tutela do seu crédito, com respeito pelos princípios jurídicos civis e societários vigentes no nosso ordenamento jurídico.

Nestes termos, e sem prejuízo de nos centrarmos na dissecação de mecanismos societários capazes de fundamentar a eventual responsabilização do banco credor, não deixemos de iniciar a nossa reflexão com uma breve referência à importância que assumem, no seio desta questão, as regras gerais de Direito civil. De facto, sendo de base contratual a relação estabelecida entre o credor bancário e a sociedade financiada, não poderá deixar de se impor a ambas as partes deveres acessórios de conduta<sup>2141</sup>.

Acompanhamos, por isso, Bruno Ferreira na conclusão de que a atividade do banco credor deverá confrontar-se não apenas com normas imperativas, mas, especialmente, com a boa fé objetiva, considerada na sua vertente de regra de conduta, a qual não é exclusiva da contratação através de cláusulas contratuais gerais. Particularmente relevante, neste plano, é a observância de princípios de razoabilidade, adequação e proporcionalidade<sup>2142</sup>.

Poderá ponderar-se, neste contexto, a sujeição de determinadas condutas do credor financiador ao regime dos negócios usurários, o que assumirá especial pertinência

---

<sup>2140</sup> Costa, 2016, pp. 310, 316 e 317.

<sup>2141</sup> Cordeiro, 1997, pp. 606 e 607. Mais se sublinhe que, estando em causa uma relação de crédito bancário, sempre estaria o credor sujeito aos deveres de lealdade decorrentes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de dezembro. Veja-se, em especial, o seu art. 74.º. A este respeito, afirma Barros, 2018, p. 313, que, nos casos em que o credor controlador assumia a qualidade de instituição bancária, os deveres de lealdade que sob o mesmo impendem derivam da relação bancária estabelecida, não sendo deveres de lealdade tipicamente societários. Afastamo-nos, porém, desta posição, entendendo-se que a necessária tutela da sociedade, dos seus sócios e demais *stakeholders* justificará, ainda assim, a sujeição do banco credor a deveres de lealdade tipicamente societários. Assumindo um escopo de distinta natureza, os deveres de atuação resultantes do RGICSF revelar-se-ão incapazes de fazer face ao risco de preterição do interesse social que pode emergir da atuação do credor bancário no circuito societário. De facto, o que resulta daquele regime é uma vinculação a deveres de atuação conformes com aquilo que é expectável da parte de um profissional tecnicamente competente, que conhece e domina as regras da *ars bancaria*. Vd., neste sentido, o Acórdão do STJ, de 16 de setembro de 2014 (Paulo Sá).

<sup>2142</sup> Ferreira, 2011, p. 215 e Pereira Dias, 2003, p. 895.

quando, ao abrigo do disposto no art. 282.º, n.º 2, do Código Civil, se verifique que este sujeito, explorando a situação de necessidade e dependência em que se encontre a sociedade devedora, logre obter a concessão de benefícios excessivos ou injustificados<sup>2143</sup>.

Sustentando a relevância que poderá assumir, neste plano, o regime dos negócios usurários, Raquel Capa de Brito parece limitar a sua aplicação às situações em que, em virtude da situação de dependência económica em que se encontra a sociedade devedora, seja esta necessariamente conduzida à celebração de determinados negócios jurídicos<sup>2144</sup>. Acompanhamos, porém, Diogo Coelho no sentido de rejeitar a circunscrição de tal regime a eventuais negócios que venham a resultar dos termos renegociados do contrato de financiamento, sufragando-se que este poderá aplicar-se, também, ao próprio acordo de renegociação<sup>2145</sup>. E mais, sem prejuízo de se reconhecer que a verificação dos pressupostos de que depende a aplicação do regime dos negócios usurários será mais frequente nos casos em que, verificada uma situação de incumprimento por parte da sociedade devedora, aproveitará o banco credor para renegociar os termos do contrato em condições que mais o favoreçam, entendemos, com Mafalda de Sá, que, quando as circunstâncias assim o exigam, não será de afastar a aplicabilidade de tal regime ao primeiro contrato de financiamento (em que são apostos *covenants*)<sup>2146</sup>.

O que acabámos de expor não afasta, de modo algum, a pertinência de enquadrar jurídico-societariamente a eventual responsabilização do banco credor pela sua interferência abusiva e oportunista no governo societário, o que surgirá como um mecanismo de tutela *ex post* da sociedade, dos seus sócios e demais *stakeholders*<sup>2147</sup>. Resta-nos deslindar por que vias poderá operar tal responsabilização, o que, de harmonia com o que temos vindo a expor, pressuporá uma apreciação de conformidade e adequação dos mecanismos entre nós previstos para outras situações em que, perante o exercício de uma influência exógena na gestão da sociedade, existe, também, um risco de preterição do interesse social.

Conforme tem sido, de forma unânime, reconhecido na doutrina, será de afastar, *in totum*, a possibilidade de aplicação do regime das sociedades em relação de grupo,

---

<sup>2143</sup> No nosso caso, verificar-se-á, por princípio, o requisito subjetivo, sendo certo que a sociedade que carece de financiamento estará, por regra, numa situação de dependência económica perante a entidade financiadora. Inequivoca não será, por sua vez, a existência de uma situação de exploração por parte do banco financiador e a respetiva aquisição de benefícios excessivos. Haverá, portanto, que analisar, casuisticamente, a conformidade da atuação do credor com a necessária proteção do seu crédito. *Vd.*, neste sentido, Sá, 2017, p. 199. Sobre os requisitos de que depende a aplicação do regime dos negócios usurários, *vd.* Eiró, 1990, pp. 17-70.

<sup>2144</sup> Brito, 2011, pp. 36-41.

<sup>2145</sup> Coelho, 2015, pp. 831 e 832.

<sup>2146</sup> Sá, 2017, p. 199.

<sup>2147</sup> Na linha do que sustenta Sá, 2017, p. 199.

previsto nos arts. 488.º e ss. do CSC, na medida em que a relação estabelecida entre o credor bancário e a sociedade, tendo por base um contrato de financiamento, não preenche qualquer uma das situações de que taxativamente depende a sua utilização<sup>2148</sup>.

Ao abrigo do que *supra* se referiu a este propósito, dúvidas não parecem, também, colocar-se quanto à inaplicabilidade do regime previsto para as relações de domínio<sup>2149</sup>, sendo certo, aliás, que da sua aplicação jamais resultaria a pretendida proteção da sociedade financiada, dos seus sócios e demais *stakeholders*<sup>2150</sup>.

Suprimida a suscetibilidade de adequação de tais regimes, resta-nos averiguar em que medida se afigurará pertinente a recondução da (eventual) responsabilização do banco credor a alguma das duas teorias que aqui apresentámos com especial detalhe. Referimo-nos, em concreto, à possibilidade de aproximação do credor controlador à figura do sócio controlador e consequente sujeição daquele a deveres de lealdade paralelos, ou, de outra banda, à sua qualificação como administrador de facto indireto da sociedade financiada.

Reconhecendo-se incontestável mérito a ambas as teorias, comecemos por referir que uma e outra contribuem capitalmente para a definição daqueles que elegemos como os pressupostos fundamentais em que poderá sustentar-se a eventual responsabilização do banco credor: por um lado, a necessária recondução da sua atuação a um princípio geral de correlação *poder-responsabilidade*; por outro, e dele não se dissociando, a pertinente invocação de deveres de lealdade.

Cumpre-nos começar por referir que entendemos ser de rejeitar a possibilidade de sujeitar o credor bancário ao regime de responsabilidade previsto, no art. 83.º/4 do CSC, para o sócio controlador, acompanhando o raciocínio de Rui Pereira Dias no sentido de que inexistente na lei portuguesa das sociedades comerciais qualquer ponto de apoio que sustente uma responsabilização de terceiros nesses termos. A isto acresce que, em conformidade com o que foi referido em cima, o controlo económico que visa alcançar-se com a estipulação de *covenants* não se afigurará, por princípio, relevante para o preenchimento do conceito de “influência dominante”<sup>2151</sup>.

Não nos parece, porém, descabido o entendimento de que uma aproximação entre as figuras do sócio controlador e credor controlador – decorrente da posição de *insider* que este último é, em algumas situações, suscetível de assumir no contexto societário – possa emergir como ponto de partida para a eventual positivação de um regime de

---

<sup>2148</sup> *Vd.*, neste sentido, a título de exemplo, Matos, 2015, p. 195 e Oliveira, 2009, p. 118.

<sup>2149</sup> Arts. 486.º e 487.º do CSC.

<sup>2150</sup> *Vd. supra* ponto 2.1, Capítulo II.

<sup>2151</sup> *Vd. supra* ponto 2.1, Capítulo II. Pereira Dias, 2007, pp. 51 e 86-88.

responsabilização deste último, sustentado na respetiva sujeição a semelhantes deveres de lealdade<sup>2152</sup>.

Certo é que a *ratio* subjacente aos deveres de lealdade que sobre os sócios impendem<sup>2153</sup> não se transpõe linearmente para o plano da relação estabelecida entre a sociedade devedora e o banco credor, marcadamente caracterizada pela existência de conflitos de interesses. Porém, daqui não retiramos a impertinência de que, de forma paralela, possam reconhecer-se aos credores semelhantes deveres de lealdade. Sustentar-se-iam tais deveres na especial influência que estes sujeitos são capazes de exercer na esfera societária, em decorrência de uma utilização abusiva dos covenants, e não, sublinhe-se, da relação contratual de financiamento *per se*<sup>2154</sup>.

Aquilo que se propugna não é, pois, a recondução do banco credor a deveres de lealdade típicos dos sócios. Entende-se, antes, que, em virtude da especial relação de poder que este passa a assumir no seio da sociedade devedora, se afigura pertinente sujeitá-lo a deveres de lealdade, em cuja violação poderão arrimar-se situações de responsabilidade<sup>2155</sup>. Sem prejuízo da indispensável concretização do conteúdo de tais deveres, em causa sempre estará uma obrigação de o banco credor se abster de usar a sua posição de influência para, em detrimento do interesse da sociedade financiada, determinar, em proveito próprio, a sua gestão<sup>2156</sup>.

Dito isto, a admitir-se que a crescente preponderância que o credor controlador tem vindo a assumir no plano do governo societário é suscetível de justificar que se lhe reconheça uma existência jurídica positiva<sup>2157</sup>, encontramos na imposição de deveres de lealdade um pertinente critério delimitador da sua atuação, com base no qual poderá estruturar-se um adequado regime de responsabilização. Sempre cumprirá, em momento posterior, à praxis societária o seu concreto delineamento, como tem vindo, aliás, a ser feito a respeito dos sócios e administradores<sup>2158</sup>.

---

<sup>2152</sup> Na linha da teoria defendida por Oliveira, 2009, pp. 123, 124 e 132.

<sup>2153</sup> O dever de lealdade que impende sobre os sócios surge como forma de garantir a inexistência de uma qualquer desconformidade com o interesse social a que estes se vincularam, o que decorre da especial relação que estabelecem entre si e com a sociedade. Cordeiro, 2006.

<sup>2154</sup> A lealdade que aqui seria devida não decorre, consabidamente, de uma relação de confiança, que não existe, como sucede, aliás, no contexto das relações de controlo. Tal não afasta, porém, a necessidade de controlo da atuação do credor, passível de causar danos à sociedade, aos seus sócios e demais *stakeholders*. Oliveira, 2009, pp. 127-129.

<sup>2155</sup> Na linha do que sustenta Oliveira, 2009, pp. 123-129, reconhecer-se-ia, como decorrência do princípio da correlação *poder-responsabilidade*, um dever de lealdade orientado pela produção de efeitos, responsável, *in concreto*, pelo controlo da influência que são capazes de exercer estes sujeitos, suscetível de causar danos.

<sup>2156</sup> Aproximamo-nos, pois, de Barros, 2018, p. 310, no sentido de que este será um dever de lealdade de conteúdo essencialmente negativo.

<sup>2157</sup> À semelhança, por exemplo, do que existe a propósito da figura do sócio controlador, prevista no art. 83.º, n.º 4. No sentido da pertinência de positivar esta figura, *vd.*, entre outros, Matos, 2015, p. 197 e Barros, 2018, pp. 312-314. Sublinha este último Autor que enquanto o dever de lealdade dos sócios encontra afloramentos no CSC, o mesmo não sucede em relação aos credores, pelo que, sem base legal, não será possível considerar a existência de deveres de lealdade idênticos.

<sup>2158</sup> Neste sentido, Oliveira, 2009, p. 132.



Não deixemos, porém, de referir, com Inês Serrano de Matos, que a eventual regulação de tal figura haverá que sustentar-se numa ajustada ponderação de interesses, acautelando, por um lado, os efeitos perniciosos que a mesma pode acarretar (quer para a sociedade, quer para os sócios e demais stakeholders), mas não descurando, por outro, dos benefícios que se lhe podem também reconhecer (em especial, no que concerne a uma eficaz monitorização dos comportamentos da administração)<sup>2159</sup>. Com efeito, ao abrigo do que tem vindo a ser amplamente reconhecido na doutrina, não pode olvidar-se que a previsão de uma excessiva responsabilização do banco credor afigurar-se-ia suscetível de originar resultados contraproducentes no plano económico, com efeitos inibitórios na concessão de financiamento, especialmente em relação às sociedades em pior situação económica, sendo precisamente aquelas que dele mais necessitariam<sup>2160</sup>.

Pese embora se reconheça interesse em encontrar uma solução para a problemática levantada nos termos *supra* descritos, não afastamos a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, a conduta levada a cabo pelo banco credor ser suscetível de conduzir à sua qualificação como administrador de facto indireto da sociedade financiada. Efetivamente, a opção por uma ou outra via sempre poderá variar em função dos concretos contornos factuais<sup>2161</sup>.

Se, por um lado, encontramos na figura do administrador de facto uma solução capaz de dar resposta ao problema levantado<sup>2162</sup>, por outro, não deixamos de reconhecer que a complexidade em que se traduzirá a sua aplicação prática acaba por lhe retirar a pretendida eficácia<sup>2163</sup>. Haverá, com efeito, que equacionar a emergência de situações em que, sem prejuízo de a atuação do credor não se mostrar suficiente para preencher os (apertados) requisitos de que depende a sua qualificação como administrador de facto, revelar-se, ainda assim, merecedora de censurabilidade nos termos *supra* descritos.

Nos casos em que a conduta levada a cabo pelo banco credor se afigure suscetível de o qualificar como um administrador de facto indireto da sociedade, impor-se-lhe-ão deveres gerais de cuidado e lealdade, nos termos do art. 64.º do CSC<sup>2164</sup>. Se a lealdade

---

<sup>2159</sup> Matos, 2015, pp. 197 e 198.

<sup>2160</sup> *Vd.*, neste sentido, entre outros, Nogueira, 2016, pp. 1005 e 1006, e Pinto da Silva, 2014, pp. 264 e 265.

<sup>2161</sup> Em sentido próximo, Sá, 2017, p. 200. Saliente-se, a este propósito, a existência de uma especial proximidade entre as figuras do “sócio controlador” e do administrador de facto indireto da sociedade. *Vd.*, a este propósito, Pereira Dias, 2007, pp. 128-133.

<sup>2162</sup> Na linha de pensamento de Costa, 2016, p. 280, “É precisamente num recinto de condutas patológicas de influência sem arrimo na lei que se encontra terreno fértil para examinar e qualificar administradores de facto, *maxime*, indiretos”.

<sup>2163</sup> De facto, ao abrigo do que *supra* se expôs, a eventual defensabilidade da qualificação do credor controlador como administrador de facto sempre dependerá da necessária a verificação casuística de “comportamentos qualificados”. Costa, 2016, pp. 315-317.

<sup>2164</sup> Ao abrigo da pretendida coerência do ordenamento jurídico, a categorização de um determinado sujeito como administrador de facto terá como consequência a extensão dos deveres e responsabilidades que se acoplam à figura do administrador de direito. *Vd.*, a este propósito, d’Almeida, 2015, pp. 248 e 249, e Costa, 2016, pp. 660 e 661.

que é imposta aos sócios tem um conteúdo essencialmente negativo<sup>2165</sup>, aos administradores exige-se que exerçam as suas funções tendo em vista o interesse da sociedade, procurando satisfazê-lo, em detrimento da prossecução de interesses próprios ou de interesses alheios.

Atenta a inexistente regulamentação da figura do administrador de facto no Código das Sociedades Comerciais, é conhecida a divergência na doutrina quanto aos alicerces em poderá sustentar-se a sua responsabilização<sup>2166</sup>. Em traços gerais, se alguns autores entendem que o art.80.º do CSC - que nos oferece uma norma de extensão das disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes, administradores e diretores (arts. 72.º e ss.) – fundamenta a aplicação deste regime de responsabilidade ao administrador de facto<sup>2167</sup>, outros dispensam este preceito no enquadramento da sua responsabilização, sufragando que o mesmo surge como mero corolário da configuração dogmática e aplicativa deste instituto<sup>2168</sup>.

Neste contexto, cumpre-nos, por fim, referir que, ao abrigo do que sustentam Francisco Pinto da Silva e Mafalda de Sá, poder-se-ia, ainda, equacionar a aplicação direta do art. 80.º do CSC ao credor controlador, encontrando-se neste preceito uma via capaz de fundamentar a sua eventual responsabilização, independentemente da sua qualificação como administrador de facto. Nas palavras de Mafalda de Sá, “se a expressão ‘confiar’ causa perplexidade e redundante em inutilidade da norma no quadro tradicional, à luz dos *covenants* ela surge com renovado interesse, que pode, inclusivamente, justificar a densificação de específicos requisitos para a sua mobilização, distintos dos normalmente invocados para a figura do administrador de facto”<sup>2169</sup>.

Ainda que não rejeitemos, por princípio, a possibilidade de se encontrar nesta norma uma renovada utilidade, entendemos que o eventual mecanismo de responsabilização que em torno dela viesse a construir-se dificilmente se afastaria dos pressupostos necessários à qualificação de um agente externo à sociedade como seu administrador de facto. Cremos, por isso, que, sem prejuízo da necessária ponderação dos interesses em causa, só uma completa regulação da figura do credor controlador acabará por se revelar, mais cedo ou mais tarde, suficientemente capaz de responder, de forma cabal, aos inúmeros efeitos perniciosos que da sua atuação poderão advir.

Em suma, salvo melhor opinião, consideramos que a crescente preponderância da problemática em apreço poderá justificar a positivação da figura do credor controlador,

---

<sup>2165</sup> Refira-se, a propósito do dever de lealdade que impende sobre os sócios, que tem a doutrina divergido quanto ao alcance que se lhe deve reconhecer, sendo que alguns autores lhe atribuem um conteúdo essencialmente negativo (concretizado numa obrigação de *non facere*). *Vd.*, a este propósito, entre outros, Coutinho de Abreu, 2019, pp. 294 e 295.

<sup>2166</sup> Sobre esta questão, *vd.*, em especial, Costa, 2016, pp. 220-253.

<sup>2167</sup> *Vd.*, neste sentido, Ribeiro, 2016, pp. 468 e ss. e 473 e ss. e Pinto da Silva, 2014, pp. 252 e 253.

<sup>2168</sup> Sufragando este entendimento, veja-se Costa, 2016, pp. 980-982.

<sup>2169</sup> Sá, 2017, p. 203.

prevendo-se, além de uma delimitação da sua atuação, a definição dos termos em que poderá desencadear-se a sua responsabilização. Tomando como nossas as palavras de João Nuno Barros, “[s]ó assim, dotados da previsibilidade suficiente que gere certeza e segurança jurídicas, credor controlador e sociedade comercial poderão conviver de forma consciente com a (recorrente) prática societária de exercício de influência sobre os órgãos de administração societários”<sup>2170</sup>.

---

<sup>2170</sup> Barros, 2018, p. 314.

## Conclusão

Sem prejuízo da existência de outros mecanismos de controlo societário à disposição dos credores financiadores, encontramos nos disseminados *covenants* um instrumento capaz de lhes conferir um particular poder de influência no plano da sociedade financiada. Conhecida esta figura, desde há muito, noutros ordenamentos jurídicos, é na prática comercial bancária que, entre nós, tem vindo a encontrar o seu campo privilegiado de aplicação.

O gradual reconhecimento desta temática levou a que, a par da doutrina estrangeira já existente, vários autores nacionais tenham vindo, nos últimos tempos, a debruçar-se sobre a admissibilidade deste tipo de cláusulas e, em geral, sobre os efeitos perniciosos que podem advir de uma atuação do credor financiador como um verdadeiro “terceiro poder” no contexto da governação societária.

Pese embora se reconheça que a aposição de *covenants* nos contratos de financiamento é suscetível de contender com os princípios jurídicos civis e societários vigentes no nosso ordenamento jurídico, é maioritário o entendimento de que, atenta a liberdade contratual reconhecida às partes, bem como as vantagens económicas inerentes à estipulação destes convénios, não será de rejeitar, por princípio, a sua licitude. O cerne da questão passará, antes, pela definição de mecanismos capazes de regular a sua utilização.

Do exposto, jamais poderá, no entanto, retirar-se a ilação de que a estipulação destas cláusulas legitima a adoção, pelo credor, de quaisquer condutas oportunistas, carecendo a sua intervenção de ser balizada pela necessária salvaguarda do seu crédito. Aquilo que se pretende é, pois, propiciar o desejável alinhamento dos interesses das partes envolvidas e nunca, sublinhe-se, permitir que o credor se aproveite da situação de fragilidade económica em que se encontra a sociedade para desequilibrar o jogo de forças em seu favor. Quando a intervenção deste sujeito, traduzida na mera prossecução de interesses próprios, seja levada a cabo de forma abusiva e em completa desconsideração pelo interesse da sociedade, justificar-se-á a sua responsabilização pelos prejuízos que venha a causar-lhe, bem como aos seus sócios e demais *stakeholders*.

A potencial aplicação, neste contexto, dos princípios e regras inerentes à relação contratual de financiamento não nos dispensa de encontrar, no plano societário, ferramentas capazes de regular a atuação de um sujeito que, em derrogação da tradicional repartição de poderes societários, é, afinal, capaz de se assumir como um verdadeiro *insider*. Não nos parece, porém, que o sistema jurídico-societário vigente esteja já preparado para receber o papel que este “credor ativista” tem vindo, progressivamente, a assumir na esfera societária.

Sem prejuízo de se entender que, *in concreto*, poderá ser defensável a qualificação do credor controlador como administrador de facto indireto da sociedade, cremos que só uma completa regulação desta figura será capaz de responder, de forma cabal, aos desafios emergentes da sua intervenção no circuito societário. A convocação, neste plano, do princípio da correlação *poder-responsabilidade* e da imposição de deveres de lealdade ao credor controlador surge como ponto de partida para a construção de um sistema de proteção que – não deixemos de assentir – sempre poderá vir a sustentar-se noutras premissas.

Fundamental é, pois, reconhecer que a todos aproveitará a certeza jurídica decorrente de uma concreta previsão dos termos em que poderá o credor atuar e ser responsabilizado, remetendo-se a respetiva (e necessária) concretização para uma eventual análise futura. Por desenvolver ficam, de igual modo, outras perspetivas de resposta à clara necessidade de reconstrução do paradigma da *corporate governance*, decorrente dos desafios que as relações de financiamento das sociedades e, em concreto, as práticas que dela emergem, lhe têm vindo a colocar.

## Bibliografia

- ALCARVA, P. (2017). *O financiamento bancário de PME*. Coimbra: Actual Editora.
- ALMEIDA, A.P. (2008). Estrutura organizatória das sociedades. In *Problemas do direito das sociedades*. Série Colóquios do IDET, n.º 1. Coimbra: Almedina.
- ALVES, C. (2016). *Corporate governance*, auditoria e regulação: Há conflito de interesses? *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 55.
- ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária*, 2.ª Edição, pp. 510-534. Coimbra: Almedina.
- AZEVEDO, R. (2015). O governo dos credores – considerações sobre o financiamento societário: As formas de controlo das sociedades pelos seus credores; e os desafios do *corporate (debt) governance*. In *Estudos do Instituto dos Valores Mobiliários*, consultado em [www.institutovaloresmobiliarios.pt](http://www.institutovaloresmobiliarios.pt).
- BAIRD, D.G. & RAMUSSEN, R.K. (2006). Private debt and the missing lever of corporate governance. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, consultado em [www.semanticscholar.org](http://www.semanticscholar.org).
- BARROS, J.N. (2018). Financiamento e governação societária: Credor controlador, *covenants* e deveres de lealdade. *O Direito*, n.º 2, pp. 299-314.
- BLUMBER, P.I. (2005). The transformation of modern corporation law: The law of corporate groups. *Connecticut Law Review*, vol. 37, no. 3, consultado em [www.uconn.edu](http://www.uconn.edu).
- BRADLEY, M. & ROBERTS, M. (2015). The structure and pricing of corporate debt covenants. *Quarterly Journal of Finance (QJF)*, vol. 5, no. 2, consultado em [www.wharton.upenn.edu](http://www.wharton.upenn.edu).
- BRATTON, W.W. (2006). Bond covenants and creditor protection: Economics and law, theory and practice, substance and process. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, vol. 7, no. 1, consultado em <https://scholarship.law.georgetown.edu>.
- BRITO, R.C. (2011). *A ingerência do credor controlador no governo societário - Consequências e mecanismos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, consultada em <https://repositorio.ucp.pt>.
- CÂMARA, P. (2010). Um retrato anatómico. In *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: Um balanço a partir da crise financeira*. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO DA FRADA, A. (2007). A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. In Ribeiro, M.F. (coord.). *Jornadas Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, pp. 206 e ss. Coimbra: Almedina.
- CASSIANO DOS SANTOS, F. (2006). *Estrutura associativa e participação societária capitalística – Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, pp. 539-554. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, D. (2015). Financiamento societário, *covenants* e responsabilidade dos credores – Qual o papel da teoria da agência aplicada aos *covenants* na responsabilidade dos credores-financiadores? *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3/4, pp. 809-832.
- CORDEIRO, A.M. (1997). *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A.M. (2006). A lealdade no direito das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, consultado em <https://portal.oa.pt>.

CORDEIRO, A.M. (2016). *Direito bancário*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

Cordeiro, A.M. (2020). *Direito das sociedades Vol. I – Parte geral*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

COSTA, R. (2011). Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 157 e ss. Coimbra: Almedina.

COSTA, R. (2016). *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.

COUTINHO DE ABREU, J.M. & RAMOS, E. (2004). Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (notas sobre o artigo 379.º do Código do Trabalho). *Miscelâneas do IDET*, n.º 3, pp. 41 e ss. Coimbra: Almedina.

COUTINHO DE ABREU, J.M. (2010). *Governança das sociedades comerciais*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

COUTINHO DE ABREU, J.M. (2010). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

COUTINHO DE ABREU, J.M. (2010). *Corporate governance em Portugal. Miscelâneas do IDET*, n.º 6. Coimbra: Almedina.

COUTINHO DE ABREU, J.M. (2017). Convergências e divergências no direito das PME societárias. In Coutinho de Abreu, J.M. (coord.). *Congresso Internacional As Pequenas e Médias Empresas e o Direito*, pp. 401 e ss. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

COUTINHO DE ABREU, J.M. (2019). *Curso de direito comercial*, vol. II, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

D’ALMEIDA, R.F. (2015). A responsabilidade civil dos administradores de facto. *JURISMAT*, n.º 6, consultado em <http://recil.ulusofona.pt>.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2002). *El administrador de hecho de las sociedades*. Editorial Aranzadi.

DUARTE, S.A. (2013). A responsabilidade dos credores fortes na proximidade da insolvência da empresa: a celebração de acordos extrajudiciais e a tutela dos credores fracos. In Ribeiro, M.F. (coord.). *Questões de tutela de credores e de sócios das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.

EIRÓ, P. (1990). *Do negócio usurário*. Coimbra: Almedina.

FERREIRA, B. (2011). *Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada*. Coimbra: Almedina.

FERREIRA, E.R.B.S. (2016). *A qualificação do credor financeiro como administrador de facto*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, consultada em <https://repositorio.ucp.pt>.

FIGUEIREDO DIAS, G. (2014). Financiamento e governo das sociedades (*debt governance*): O terceiro poder. In *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 359-378. Coimbra: Almedina.

FISCHEL, D. (1989). The economics of lender liability. *Yale Law Journal*, vol. 99, pp. 136-137, consultado em <https://digitalcommons.law.yale.edu>.

GOMES, J.F. (2010). Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador. In *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: Um balanço a partir da crise financeira*. Coimbra: Almedina.

HASS, J. (1987). Insights into lender liability: An argument for treating controlling creditors as controlling debtholders. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, consultado em <https://scholarship.law.upenn.edu>.

HYNES, J.D. (1991). Lender liability: The dilemma of the controlling creditor. *Tennessee Law Review*, vol. 58, pp. 638-677, consultado em <https://scholar.law.colorado.edu>.

MAIA, P. (2012). *Corporate governance* em Portugal. In Coelho, F.U. & Ribeiro, M.F. (coords). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*, pp. 43 e ss. Coimbra: Almedina.

MATOS, I.S. (2015). *Debt governance* – O papel do credor ativista. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 14, pp. 164-198.

MECKLING, W.H. & JENSEN, M.C. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, no. 4, pp. 333-343, consultado em <https://uclafinance.typepad.com>.

NOGUEIRA, G. (2016). Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, pp. 986-1003.

OECD (2017). *Estudos económicos da OCDE: Portugal 2017*. Paris: OECD Publishing, consultado em <https://doi.org/10.1787/9789264269286-pt>.

OLAVO CUNHA, P. (2019). *Direito das sociedades comerciais*, 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, A.P. (2009). Os credores e o governo societário: Deveres de lealdade para os credores controladores? *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, pp. 96-141.

OLIVEIRA, A.P. (2018). *Manual de corporate finance*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, A.P. (2018). *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina.

PEREIRA DIAS, J. (2003). Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: A *pari passu*, a negative pledge e a cross default. In *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles*, vol. IV, pp. 893-1005. Coimbra: Almedina.

PEREIRA DIAS, R. (2007). *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas – Uma análise de direito material e direito de conflitos*. Coimbra: Almedina.

PINTO DA SILVA, F. (2014). A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade. *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 12, pp. 233-265.

RIBEIRO, M.F. (2016). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina.

ROSA, D.S. (2016). As cláusulas *cross default* no ordenamento jurídico português. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1.



SÁ, M. (2017). Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: Ingerência irrestrita do banco-credor na gestão da sociedade devedora? *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 17, pp. 179-204.

SCHMIDT, K.M. (2008). The economics of covenants as a means of efficient creditor protection. In Eidenmüller & Schön. *The law and economics of creditor protection*. Haia: Asser Press, consultado em [www.semanticscholar.org](http://www.semanticscholar.org).

TUNG, F. (2009). Leverage in the board room: The unsung influence of private lenders in corporate governance. *UCLA Law Review*, vol. 57, consultado em [www.semanticscholar.org](http://www.semanticscholar.org).

VASCONCELOS, P.P. (2009). Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 1, pp. 11 e ss.

VASCONCELOS, P.P. (2012). O acionista de capital de risco – dever de gestão. In *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.

## **Jurisprudência**

Acórdão do STJ, de 16 de setembro de 2014 (Paulo Sá), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do STJ, de 28 de janeiro de 2016 (Orlando Afonso), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão do TRP, de 27 de setembro de 2017 (Inês Moura), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Por uma aproximação do modelo fiscal de aceitação de perdas  
por imparidade em créditos ao atual paradigma contabilístico**

Francisca Vilhena Mesquita dos Santos Loio

Sob a orientação do Professor Doutor Rui Duarte Morais  
e coorientação da Professora Doutora Luísa Anacoreta

## Resumo

Devido ao surgimento da nova norma internacional *IFRS 9*, considerámos que seria necessário analisar o regime contabilístico e fiscal atual no que diz respeito às *perdas por imparidades em créditos* por forma a compreender a necessidade, ou não, de uma aproximação do modelo fiscal ao paradigma contabilístico, incidindo especificamente no conceito de *provas objetivas de imparidade*, consagrado no artigo 28.º-B do Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas. Por considerarmos que o atual regime se afigura como muito restrito e ambicionarmos uma aproximação entre os regimes referidos, iremos elaborar sugestões de alterações legislativas, tendo por base o respeito pelos princípios contabilísticos e fiscais mais relevantes, como será o caso do princípio da especialização dos exercícios, da prudência e da justiça.

**Palavras-chave:** Imparidades em créditos; provas objetivas de imparidade; IFRS 9.

## Abstract

Due to the emergence of the new IFRS 9, it is important to analyse the current accounting tax system as regards credit impairment losses to ascertain whether there is a need to approximate the present tax model to the accounting framework in what respects objective impairment losses, laid down in article 28.º-B of the Portuguese Corporate Income Tax Code (“Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas”). In this regard, we will develop some suggestive legal changes aiming at this desired approximation, respecting accounting and fiscal principles like the accrual basis, prudence, and justice.

**Keywords:** Credit impairment; objective evidence of impairment; IFRS 9.

## Lista de siglas e abreviaturas

|             |                                                                     |
|-------------|---------------------------------------------------------------------|
| Al.         | Alínea                                                              |
| AT          | Autoridade Tributária e Aduaneira                                   |
| Art.        | Artigo                                                              |
| CAAD        | Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária                    |
| CCom.       | Código Comercial                                                    |
| Cfr.        | Conforme                                                            |
| CIRC        | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas          |
| CSC         | Código das Sociedades Comerciais                                    |
| DL          | Decreto-Lei                                                         |
| EC          | Estrutura Conceptual                                                |
| <i>ECL</i>  | <i>Expected Credit Losses</i>                                       |
| EUA         | Estados Unidos da América                                           |
| <i>IAS</i>  | <i>International Accounting Standards</i>                           |
| <i>IASB</i> | <i>International Accounting Standards Board</i>                     |
| <i>i.e.</i> | <i>Id est</i>                                                       |
| <i>IFRS</i> | <i>International Financial Reporting Standards</i>                  |
| LGT         | Lei Geral Tributária                                                |
| MFAP        | Ministério das Finanças e Administração Pública                     |
| NC-ME       | Norma Contabilística para Microentidades                            |
| NCRF-PE     | Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Pequenas Entidades |
| NCRF        | Norma Contabilística e de Relato Financeiro                         |
| p.          | Página                                                              |
| <i>i.e.</i> | Por exemplo                                                         |
| Reg.        | Regulamento                                                         |
| ROC         | Revisor Oficial de Contas                                           |
| SNC         | Sistema de Normalização Contabilística                              |
| SNC-AP      | Sistema de Normalização Contabilística para Administração Pública   |
| SS          | Segurança Socia                                                     |

# **Índice**

## **Introdução**

### **1. Breve introdução ao conceito de perdas por imparidade**

#### **1.1. Conceito de imparidade**

#### **1.2. Conexão da fiscalidade com a contabilidade**

### **2. A evolução histórica da expressão provas objetivas de imparidade**

### **3. O regime contabilístico**

#### **3.1. Fontes nacionais, europeias e internacionais da contabilidade e sua aplicabilidade**

#### **3.2. Das normas internacionais e nacionais relativas às perdas por imparidade**

##### **3.2.1. A nível internacional**

###### **3.2.1.1. A IAS 39 – O modelo das perdas incorridas**

###### **3.2.1.2. A IFRS 9 – O modelo das perdas esperadas**

##### **3.2.2. A nível nacional**

###### **3.2.2.1. SNC – NCRF 27**

### **4. Análise de jurisprudência**

### **5. Da conjugação da IFRS 9 com a legislação fiscal**

## **Conclusão**

## **Bibliografia**

## Introdução

A presente dissertação tem como finalidade a análise da conexão do direito fiscal com o direito contabilístico em relação às *imparidades em créditos* (consagradas no artigo 28.º-B do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – doravante CIRC), incidindo, especificamente, na expressão de *provas objetivas de imparidade*<sup>2171</sup>.

Atendendo ao modelo da dependência parcial – modelo consagrado em Portugal e em vários países –, existe uma ligação entre a contabilidade e a fiscalidade, ou seja, o resultado contabilístico serve de base para o apuramento do lucro fiscal. No entanto, poderão ser feitas correções, i.e., “decorre do princípio supra enunciado que o legislador aceita as classificações e registos feitos de acordo com o direito contabilístico a não ser nos casos expressos em que o CIRC afaste ou derogue a aplicação do normativo contabilístico”<sup>2172</sup>.

Assim, partiremos das regras contabilísticas que servem de base a este regime, sendo elas a Norma Contabilística de Relato Financeiro (NCRF) 27 e a *International Financial Reporting Standard (IFRS) 9*, e examinaremos a sua *ratio* e o seu enquadramento no plano fiscal, mais concretamente, a sua ligação com o art. 28.º-B do CIRC.

Esta tese visa apurar se o surgimento da *IFRS 9* poderia ou deveria levar a que se procedessem a alterações no atual CIRC.

A questão de investigação é, então, a seguinte: será que a lei fiscal, mais concretamente, o artigo 28.º-B CIRC, vai ter de se adaptar a esta norma, ou serão perfeitamente compatíveis, não sendo necessário proceder a qualquer espécie de alterações?

Num momento em que a *IFRS 9* é ainda relativamente recente, a questão surge por não haver uma análise concreta à questão específica das *perdas por imparidades em créditos*. Também não se conhecem ainda as consequências e o impacto que terá nas empresas. Ora, é precisamente por não existirem este tipo de conclusões que se justifica apreciar a questão de saber se serão necessárias alterações ao nosso Código do IRC, uma vez que este ainda adota o modelo consagrado na norma anterior – *IAS 39* (modelo das *perdas incorridas*) –, completamente diferente do novo modelo disposto na *IFRS 9*.

Numa primeira fase, iremos atentar no conceito de *imparidades*, um conceito fundamental para a nossa investigação. De seguida, iremos tratar da conexão da fiscalidade com a contabilidade.

---

<sup>2171</sup> Consagrada na alínea c) do n.º 1 do art. 28.º-B do CIRC.

<sup>2172</sup> Tal como referido no Processo Arbitral n.º 271/2014-T, de 17/10/2014, disponível em <http://www.caad.org.pt/>.

Posteriormente, iremos incidir o nosso estudo sobre as normas já referidas, quer a nível internacional, quer a nível nacional. E, para que possamos ter uma visão mais próxima da realidade, será necessário ter em consideração a jurisprudência nesta matéria.

Por fim, faremos a conjugação das normas e da jurisprudência existente, de modo a retirar as nossas conclusões e tentar compreender se estas normas são, ou não, compatíveis entre si.

Iremos perscrutar todas estas questões, fazendo possíveis sugestões de acordo com o nosso entendimento. Também não nos olvidaremos de fazer o enquadramento desta problemática no contexto dos princípios fiscais.

## **1. Breve introdução ao conceito de *perdas por imparidade***

Antes de analisarmos a expressão adotada pelo CIRC de *provas objetivas de imparidade* e a sua ligação com a contabilidade, consideramos necessário apurar o conceito de *imparidade*, para fazer o seu enquadramento dentro da legislação fiscal.

### **1.1. Conceito de *imparidade***

As *imparidades* – anteriormente inseridas num conceito mais global de *provisões* (ainda hoje existente) – consistem em “registos contabilísticos de verbas destinadas a fazer face a um encargo imputável ao exercício, mas de comprovação futura, ou já comprovado, mas de montante incerto”<sup>2173</sup>.

O termo *imparidade* foi adotado pelo Sistema de Normalização Contabilística (SNC)<sup>2174</sup>, nomeadamente na NCRF 12, § 4 (inspirada na IAS 36), na qual se estabelece que uma imparidade é “aplicável, por definição, apenas a ativos<sup>2175</sup> e nunca a passivos”<sup>2176/2177</sup>, ao passo que o termo *provisão* traduz, ele próprio, um passivo e não

---

<sup>2173</sup> Vide Morais, 2009, p. 119 – note-se que esta redação é referente ao conceito lato de *provisão* anterior à alteração legislativa. No mesmo sentido, acórdão do STA de 28-01-2015, processo n.º 0652/14 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), “as provisões são registos contabilísticos de verbas destinadas a fazer face a um encargo imputável ao exercício, mas de comprovação futura, ou já comprovado, mas de montante incerto”.

<sup>2174</sup> Corresponde ao Normativo Contabilístico em vigor, aprovado pelo DL n.º 158/2009, de 13 de julho.

<sup>2175</sup> Tal como referido na EC do SNC, no § 49 al. a), “um ativo é um recurso controlado pela entidade como resultado de acontecimentos passados e do qual se espera que fluam para a entidade benefícios económicos futuros”. Os ativos podem ser correntes (quando detidos por menos de 12 meses e, portanto, considerados de curta duração) ou considerados como não correntes (quando sejam detidos por mais de 12 meses), cfr. NCRF 1 par. 10 a 14.

<sup>2176</sup> Nota de rodapé *supra*, mas agora na alínea b) do referido parágrafo e, ainda, na NCRF 21 § 8 e IAS 37: o “passivo é uma obrigação presente da entidade proveniente de acontecimentos passados, da liquidação da qual se espera que resulte um exfluxo de recursos da entidade incorporando benefícios económicos”. Tal significa que um passivo corresponde às obrigações de uma empresa, sendo relevantes as obrigações decorrentes de acontecimentos passados. O passivo, tal como o ativo, pode ser corrente ou não corrente – cfr. NCRF 1, § 17.

<sup>2177</sup> Anacoreta, 2013, p. 48.

configura hoje um ativo. No SNC, o legislador define *provisão* como um passivo de tempestividade ou quantia incerta”<sup>2178</sup> –NCRF 26, § 5.

No que toca a *imparidades*, falamos, portanto, de gastos estimados do exercício, gerados por um ativo registado enquanto tal na contabilidade, mas cuja perda se traduz numa quantia incerta, de verificação futura.

O que determina “a necessidade existente das empresas constituírem provisões [leia-se, no contexto atual, *imparidades*] não é a incerteza da ocorrência futura de despesas ou perdas, mas antes a incerteza da sua quantificação, ou seja, é a impossibilidade de determinar num dado exercício fiscal, aquele em que teve a ocorrência da perda, despesa ou encargo”<sup>2179</sup>.

Atualmente, distingue-se *imparidade* de *provisão*.

No passado – em concreto, antes do DL 159/2009, de 13 de julho, que adapta a legislação fiscal ao SNC, adotando na legislação nacional as Normas Internacionais de Contabilidade ou o atual Código do IRC –, conforme o contexto, o termo *provisão* era aplicável a perdas em ativos e ao registo de passivos incertos.

Atualmente, o termo *provisão* compreende somente determinados passivos e reserva-se *imparidade*, exclusivamente, a perdas potenciais no ativo. A tabela *infra* demonstra a evolução de ambos os conceitos:



Imagem 1: Ferreira, 2013, *Provisões e juízos de valor*, p. 187.

Quanto ao conceito de *perda por imparidade*, importa atender ao disposto no § 4 da NCRF 12, que o considera como “o excedente da quantia escriturada de um ativo, ou de uma unidade geradora de caixa, em relação à sua quantia escriturada”. A IAS 36 considera que uma quantia escriturada de um ativo ou de uma unidade geradora de caixa

<sup>2178</sup> Ferreira, 2013, p. 183.

<sup>2179</sup> Lousa, p. 119.



consiste no “valor mais elevado entre o justo valor menos os custos de venda ou o seu valor de uso”.

Devido à possibilidade de a uma *imparidade* (ou *provisão*) estar associado um elevado grau de subjetividade, na medida em que, em princípio, os responsáveis pela preparação das demonstrações financeiras emitirão um juízo subjetivo para suportar o seu registo, a lei fiscal torna-se mais restritiva do que a contabilidade.

De acordo com o disposto no art. 23.º, n.º 1, al. h), do CIRC, para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridas, nomeadamente, as *perdas por imparidade*. Contudo, essa aceitação está dependente de certos requisitos e condições que examinaremos posteriormente.

## **1.2. Conexão da fiscalidade com a contabilidade**

Cumpra repetir que a ligação da lei fiscal com a contabilidade tem por base o modelo da dependência parcial<sup>2180</sup>. Este modelo encontra-se evidenciado no CIRC, no seu art. 17.º, n.º 1, o qual estatui que:

O lucro tributável das pessoas coletivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código (sublinhado nosso).

Nas palavras de Vasconcelos Fernandes<sup>2181</sup>,

[a]o repousar numa expressa remissão para o Direito Contabilístico, a lei fiscal procede a uma receção da técnica contabilística, atribuindo-lhe os efeitos de uma inclusão na normatividade fiscal, sob o espectro de uma relação de dependência parcial que cabe aos sujeitos passivos respeitar e oferecer concretização.

E, ainda, na visão do mesmo autor, serão os interesses próprios do sistema de apuramento do lucro no IRC a definir quão distante estará o resultado desse apuramento das bases contabilísticas de onde parte:

[e]stá em causa, portanto, uma prioridade da técnica contabilística como vetor de determinação do valor fiscal de cada facto ou operação e, assim, a primazia de uma interpretação jurídica da lei contabilística

---

<sup>2180</sup> Modelo adotado em Portugal e noutros países como França, Alemanha e Itália. Além deste modelo, existe também o modelo da dependência total (acolhido em países como a Noruega) e o modelo da autonomia (modelo existente nos EUA) – *vide* Santos, 2017.

<sup>2181</sup> Vasconcelos Fernandes, 2018, p. 156.

que, apenas quando uma especial valoração ou teleologia fiscal o imponha, faça distanciar o interesse fiscal do próprio interesse contabilístico, expresso numa divergência valorativa<sup>2182</sup>.

Atendendo ao *supra* referido, a contabilidade está na base de apuramento do lucro tributável, mas, para evitar uma certa discricionariedade do sujeito passivo (como *i.e.*, um eventual adiamento para exercícios que sejam mais favoráveis ou uma redução artificial da tributação, através de mecanismos de planeamento fiscal), a lei fiscal adota um regime mais restritivo, impondo um conjunto considerável de correções<sup>2183</sup>. Estas correções fiscais para apuramento do lucro tributável, positivas ou negativas, fazem-se por acréscimo<sup>2184</sup> ou dedução<sup>2185</sup>, “conforme surjam, respetivamente, em desfavor ou a favor do sujeito passivo”<sup>2186</sup>.

Importa referir que a relação de dependência parcial se manteve como princípio geral intocado, mesmo com as alterações constantes no DL n.º 159/2009 de 13 de julho – “[c]onsiderando que a estrutura atual do código do IRC se mostra, em geral, adequada ao acolhimento do novo referencial contabilístico, manteve-se a estreita ligação entre a contabilidade e a fiscalidade, que se afigura como um elemento essencial para a minimização dos custos de contexto que impendem sobre os agentes económicos, procedendo-se apenas às alterações necessárias à adaptação do Código do IRC às regras emergentes do novo enquadramento contabilístico, bem como à terminologia que dele decorre”<sup>2187</sup> (realce nosso).

Na prática, o art. 17.º do CIRC reformula, para efeitos fiscais, o resultado contabilístico, o que significa que aquele não corresponderá ao resultado fiscal, na maioria das vezes<sup>2188</sup>.

Esta dialética entre a contabilidade e a fiscalidade não parte de uma relação paritária, mas sim da supremacia que os interesses subjacentes ao IRC exercem e que se manifesta no afastamento, por parte do legislador fiscal, de certos regimes ou normas contabilísticas que este entende poderem pôr em causa os interesses fiscais da tributação do lucro real, da igualdade entre sujeitos passivos e da verdade e justiça na determinação do imposto a pagar. No entanto, porque a escrituração de acordo com o ordenamento

---

<sup>2182</sup> Vasconcelos Fernandes, 2018, p. 157.

<sup>2183</sup> No mesmo sentido, Saldanha Sanches, 2001, pp. 367-374 e 379, o qual refere que “[a]s normas criadas pelo Código do IRC para a tributação das empresas segundo a sua contabilidade têm, como sentido fundamental, criar limites às faculdades de escolha do decisor contabilístico, no sentido de evitar comportamentos abusivos e tornar mais fácil o controlo fiscal das empresas”.

<sup>2184</sup> Declaração de rendimentos Modelo 22 (IRC) – Campos 702, 703, 706 e 709 a 752 do quadro 07.

<sup>2185</sup> *Idem* – Campos 704, 705, 707, 754 a 798 do quadro 07.

<sup>2186</sup> Marques, 2019, p. 158.

<sup>2187</sup> Decisão arbitral n.º 271/2014-T, de 17/10/2014, já referida na nota de rodapé 2172.

<sup>2188</sup> Tal como refere Moraes, 2009, p. 62: “[p]orém, estas duas ‘visões’ do lucro não se identificam, pelo que os valores do lucro contabilístico e do lucro fiscal dificilmente coincidirão. Não porque correspondam a realidades substancialmente diversas, mas, apenas, por ser diferente o prisma de avaliação (os concretos interesses em causa) que preside à quantificação de cada um deles”.

contabilístico nacional confere, em geral, a garantia de que as demonstrações financeiras espelham, em maior ou menor grau, a real situação patrimonial da empresa (sujeito passivo), o IRC não pode deixar de ter essas demonstrações como suporte a partir do qual introduz os ajustamentos que correspondem aos seus interesses específicos.

De acordo com Celorico Palma<sup>2189</sup>,

[o] modelo da dependência parcial é a forma ideal de apuramento do lucro fiscal, dado que a Contabilidade, na precisa descrição do comportamento global da empresa, quantifica fielmente o lucro empresarial. (...) o conceito de lucro tributável acolhido entre nós, é assim, o resultado de uma complexa e minuciosa previsão normativa – o balanço torna-se um *factispecie* tributário – onde o ordenamento jurídico acolhe grande número de conceitos extraídos das técnicas e práticas contabilísticas.

Uma vez que o apuramento do lucro tributável tem por base a contabilidade, afigura-se importante fazer aqui menção a alguns dos princípios contabilísticos que regem o registo de *imparidades*. Note-se, porém, que, apesar de o ordenamento jurídico se orientar por uma multiplicidade de princípios contabilísticos gerais [como a *relevância*<sup>2190</sup>, a *fiabilidade*<sup>2191</sup>, a *compreensibilidade*<sup>2192</sup>, *materialidade*<sup>2193</sup>, *neutralidade*<sup>2194</sup>, *plenitude*<sup>2195</sup>, *prudência*, *comparabilidade*<sup>2196</sup>, entre outros (EC § 25 a 42)], a lei fiscal acolhe somente aqueles que entende dever vincar, por se revestirem de especial relevo no apuramento do resultado fiscal. Em concreto, fá-lo de forma expressa em relação ao princípio da *especialização dos exercícios*<sup>2197</sup>.

---

<sup>2189</sup> Celorico Palma, 2011, pp. 628 e 643.

<sup>2190</sup> É importante que a informação tenha qualidade e seja relevante, ou seja, é necessário que a informação seja tempestiva e prestada em tempo útil, influenciando as decisões económicas dos utentes *ao ajudá-los a avaliar os acontecimentos passados, presentes ou futuros ou confirmar, ou corrigir as suas avaliações passadas*.

<sup>2191</sup> A informação deve ser fiável, i.e., isenta de erros materiais.

<sup>2192</sup> A informação deve ser simples e clara para que mesmo os utilizadores que tenham conhecimentos medianos de contabilidade a consigam compreender.

<sup>2193</sup> A informação é material se a sua omissão ou inexatidão influenciarem as decisões económicas dos utentes tomadas com base nas demonstrações financeiras. Deste modo, a materialidade está relacionada com o princípio da relevância.

<sup>2194</sup> A informação tem de ser neutra, por forma a não conter preconceitos ou juízos de valor.

<sup>2195</sup> A informação deve ser completa, de modo a que posteriormente possa ser fiável.

<sup>2196</sup> A informação deve permitir a comparação com as demonstrações financeiras anteriores da mesma empresa e demais empresas.

<sup>2197</sup> Também designado como “Accrual basis” ou “Periodenabgrenzung”, constante da EC parágrafo 22 do SNC, no qual se pode ler o seguinte: “A fim de satisfazerem os seus objetivos, as demonstrações financeiras são preparadas de acordo com o regime do acréscimo. Através deste regime, os efeitos das transações e de outros acontecimentos são reconhecidos quando eles ocorram (e não quando caixa ou equivalentes de caixa sejam recebidos ou pagos) sendo registados contabilisticamente e relatados nas demonstrações financeiras dos períodos com os quais se relacionem. As demonstrações financeiras preparadas de acordo com o regime do acréscimo informam os utentes não somente das transações passadas envolvendo o pagamento e o recebimento de caixa, mas também das obrigações de pagamento no futuro (...) Deste modo, proporciona-se informação acerca das transações passadas e outros acontecimentos que seja mais útil aos utentes na tomada de decisões económicas”.

O mesmo não acontece quanto a outros princípios como o da *prudência*, que a legislação fiscal aceita, mas com limitações por entender que a subjetividade que lhe é inerente pode originar aproveitamento fiscal, resultante em menor nível de tributação.

No tocante às *perdas por imparidade*, o princípio contabilístico mais relevante para a fiscalidade é o *princípio da especialização dos exercícios* ou *regime do acréscimo*, o único expressamente consagrado na legislação fiscal, no art. 18.º, n.º 1<sup>2198</sup> e n.º 3 do CIRC. Sumariamente, este princípio estabelece que o reconhecimento dos rendimentos e gastos na contabilidade deve ter lugar no exercício económico da sua ocorrência, independentemente da data do seu pagamento ou recebimento<sup>2199</sup>; ou seja, o elemento temporal relevante é o momento em que se gera resultado económico, sendo irrelevante para efeitos do apuramento do resultado o seu *timing* financeiro, correspondente ao momento em que se dá o *recebimento* do rendimento, ou *pagamento* do gasto<sup>2200</sup>.

Seguindo de perto o entendimento de Tomás Cantista Tavares<sup>2201</sup>, a “periodização temporal dos rendimentos e dos gastos é uma característica imanente à noção de rendimento”. A atividade das empresas é tendencialmente contínua, sem interrupções temporais relevantes. Contudo, por razões económicas de certeza, segurança e apuramento periódico do resultado para satisfação de interesses exteriores à empresa mas que a controlam ou constroem (*i.e.*, distribuição de resultados aos acionistas e para pagamento de impostos), estipulou-se que não bastaria um apuramento no momento final da vida das empresas – o que seria quase impraticável, uma vez que as sociedades e as empresas poderão durar muitos anos, aliás, muitos mais do que as pessoas singulares –, mas sim com intervalos de tempo mais curtos, tendo-se estipulado, como regra geral, um período de tributação de doze meses<sup>2202</sup>.

A propósito do princípio da *especialização dos exercícios* e, em particular, do potencial conflito entre os parâmetros contabilísticos e os fiscais no registo das *provisões* para outros riscos e encargos, cumpre sublinhar, em linha com Maria dos Prazeres Lousa<sup>2203</sup>, que “a constituição das provisões para riscos e encargos é consequência lógica e direta da aplicação dos princípios contabilísticos da especialização dos exercícios e da prudência”. De acordo com a mesma autora, deverão ser, para tal, seguidas duas orientações, as quais consistem (1) na necessidade de relevar e imputar contabilisticamente a cada exercício todos os factos suscetíveis de afetar, no futuro, o património e resultados da empresa e, ainda, (2) o próprio carácter previsional do risco e

---

<sup>2198</sup> Art. 18.º, n.º 1 do CIRC: “Os rendimentos e os gastos (...) são imputáveis ao período de tributação em que sejam obtidos ou suportados, independentemente do seu recebimento ou pagamento, de acordo com o regime da periodização económica” (realce nosso).

<sup>2199</sup> De caixa ou equivalente de caixa.

<sup>2200</sup> Vide Morais, 2009, p. 64: “contabilizam-se créditos e débitos e não pagamentos e recebimentos”.

<sup>2201</sup> Tavares, 2011, p. 249.

<sup>2202</sup> Em regra, coincidente com o ano civil.

<sup>2203</sup> Cfr. Lousa, 1986, p. 119.

de encargos futuros para a determinação do facto gerador que implica a sua tributação num dado exercício<sup>2204</sup>.

Deste modo, o lucro tributável deve ser apurado anualmente e os rendimentos e gastos devem ser incluídos no período em que são suportados ou obtidos e não aquando do seu recebimento ou pagamento. É o que sucede, por exemplo, com os adiantamentos ou pagamentos antecipados (*i.e.*, o adiantamento de honorários a uma sociedade de advogados), em que o desembolso de meios de pagamento acontece em momento anterior ao do reconhecimento do próprio gasto, que ocorre quando o serviço é prestado.

Também o n.º 2 do art. 18.º do CIRC admite exceções a este princípio nos casos em que essas componentes negativas ou positivas do lucro tributável, à data do encerramento das contas de determinado exercício, eram imprevisíveis ou manifestamente desconhecidas.

Este é um princípio fundamental, pelo que é o único princípio contabilístico expressamente consagrado na legislação fiscal, no artigo *supra* referido.

Além da *especialização*, merece ainda atenção no universo do IRC o princípio da *prudência* (previsto no § 37 da EC), segundo o qual, quando haja incerteza relativamente a um acontecimento futuro que potencialmente pode alterar negativamente a posição financeira da empresa, devem ser registadas imediatamente as estimativas negativas quanto a essa posição financeira (*i.e.*, as potenciais perdas, como será o caso dos créditos de cobrança duvidosa). No entanto, a *prudência* não pode ser irrestrita, deve ter na sua base juízos de prognose devidamente ponderados, de modo a não gerar excessos de passivos de verificação incerta ou situações de subavaliação de ativos ou rendimentos (*i.e.*, excessos de imparidades)<sup>2205</sup>.

Em resumo, dada a exposição da contabilidade a critérios subjetivos, nomeadamente de julgamento e prognose, o regime do imposto sobre o rendimento terá forçosamente de ser mais restritivo, procurando assegurar que não haverá artificialidade e abuso na antecipação de perdas e postecipação de ganhos. Neste contexto, parece-nos relevante determinar se as regras contabilísticas que atualmente regulam o reconhecimento das perdas por imparidade – nomeadamente, das *perdas por imparidade em créditos* – são suficientemente *objetivas* ou se deveriam sofrer ajustamentos fiscais, à luz dos princípios aplicáveis em IRC. Falamos, concretamente, do conceito de *provas objetivas de imparidade*.

---

<sup>2204</sup> Este entendimento é citado no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04/09/2013, proferido no âmbito do processo n.º 0164/12, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2205</sup> Antunes, 2018, pp. 104 e 105.

## 2. A evolução histórica da expressão *provas objetivas de imparidade*

*Provas objetivas de imparidade* é uma expressão adotada pelo CIRC, que se encontra prevista na al. c) do n.º 1 do art. 28.º-B do CIRC, o qual tem como epígrafe *perdas por imparidade em créditos*.

Este artigo procede diretamente do art. 28.º-A do CIRC, onde se encontra consagrado o princípio geral de dedução das *perdas por imparidade em créditos* resultantes da atividade normal do sujeito passivo, quando surjam dúvidas quanto à sua cobrança e a contabilidade reflita essas dúvidas. Por outro lado, o conceito de *créditos de cobrança duvidosa* vem definido e delimitado no art. 28.º-B do CIRC.

De seguida, acompanharemos a evolução destes conceitos.

No momento em que surge o Código do IRC, em 1988<sup>2206</sup> (primeira versão), este tema era denominado como *provisões fiscalmente dedutíveis*<sup>2207</sup>, no art. 34.º. No artigo seguinte (tal como atualmente), tratava-se do regime das *provisões de cobrança duvidosa*.

Na redação do art. 35.º do mesmo diploma, o conceito de *provas objetivas de imparidade* ainda não existia, tal como demonstra a leitura dos seus n.ºs 1 e 2<sup>2208</sup>:

1 - Para efeitos da constituição da provisão prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo anterior, são créditos de cobrança duvidosa aqueles em que o risco de incobrabilidade se considere devidamente justificado, o que se verifica nos seguintes casos:

(...)

c) Os créditos estejam em mora há mais de seis meses desde a data do respectivo vencimento e existam provas de terem sido efectuadas diligências para o seu recebimento<sup>2209</sup>.

Então, bastava a mora superior a 6 meses e a comprovação de terem sido efetuadas diligências para o recebimento<sup>2210</sup> para que se pudesse considerar determinado crédito como uma *perda por imparidade* fiscalmente aceite.

---

<sup>2206</sup> Com o DL 442-B/88, de 30 de novembro, o qual entrou em vigor a 1 de janeiro de 1989.

<sup>2207</sup> Remete-se para o referido no ponto 1, no se trata da distinção entre *provisões* e *imparidades*.

<sup>2208</sup> Correspondentes a esta primeira redação do CIRC.

<sup>2209</sup> Sublinhado nosso.

<sup>2210</sup> Ac. STA de 30/04/2003, proferido no proc. n.º 0101/03, referente ao regime anterior à entrada em vigor do DL n.º 159/2009, de 13/07, no qual se lê: “[n]ão se retira, nem do princípio da especialização de exercícios, nem das disposições legais em apreço, que a simples mora do devedor de seis meses e um dia implique, só por si, o risco de incobrabilidade, e torne exigível ao credor a constituição da provisão logo no exercício seguinte, sob pena de não mais poder constitui-la [...] no regime do IRC, a constituição de provisões para cobertura de créditos de cobrança duvidosa é imputável, não ao exercício da constituição dos créditos, mas sim ao exercício em que se verifica o risco de incobrabilidade. Ou seja, não é a data da constituição dos créditos ou a verificação de certo prazo de mora que releva para o efeito, mas sim a data da verificação do risco de incobrabilidade [...] tudo está em saber em que exercício a incobrabilidade foi constatada e isso

Posteriormente, com o DL n.º 158/2009, de 13 de julho, nasceu o Sistema de Normalização Contabilística (SNC), o qual entrou em vigor a 1 de janeiro de 2010 e veio substituir o Plano Oficial de Contabilidade (POC) que vigorava desde 1977.

Foi precisamente com o DL *supra* referido que foi introduzido no CIRC, para além do requisito temporal da mora do crédito e da existência de terem sido efetuadas diligências para o seu recebimento, a expressão *provas objetivas de imparidade*, a qual se inspira na expressão que consta da NCRF 27, § 24 que dispõe que, “se existir uma evidência objetiva de imparidade, a entidade deve reconhecer uma *perda por imparidade* na demonstração de resultados”.

O SNC considera que estamos perante uma evidência objetiva de imparidade nos seguintes casos de perda:

§ 24 e § 25

- a) Significativa dificuldade financeira do emitente ou devedor;
- b) Quebra contratual, tal como não pagamento ou incumprimento no pagamento do juro ou amortização da dívida;
- c) O credor, por razões económicas ou legais relacionadas com a dificuldade financeira do devedor, oferece ao devedor concessões que o credor de outro modo não consideraria;
- d) Torne-se provável que o devedor irá entrar em falência ou qualquer outra reorganização financeira;
- e) O desaparecimento de um mercado ativo para o ativo financeiro devido a dificuldades financeiras do devedor; ou
- f) Informação observável indicando que existe uma diminuição na mensuração da estimativa dos fluxos de caixa futuros de um grupo de ativos financeiros desde o seu reconhecimento inicial, embora a diminuição não possa ser ainda identificada para um dado ativo financeiro, individual do grupo, tal como sejam condições económicas nacionais, locais ou setoriais adversas.

§ 26

Outros fatores poderão igualmente evidenciar imparidade, incluindo alterações significativas com efeitos adversos que tenham ocorrido no ambiente tecnológico, de mercado, económico ou legal em que o emitente opere.

---

reflectido na contabilidade da recorrida. Sendo que tal exercício não tem, necessariamente, de coincidir com aquele em que os créditos entraram em mora, ou em que tal mora ultrapassou a duração de seis meses, pois a simples mora do devedor não é indício bastante de que o crédito não virá a obter cobrança” (realce nosso), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Assim, não basta que um crédito esteja em mora (requisito temporal) e se faça prova de terem sido efetuadas diligências para o seu recebimento para que seja fiscalmente reconhecida a *imparidade* de um crédito. São ainda necessárias provas objetivas dessa imparidade, ou seja, a demonstração de indícios objetivos de existência de risco de uma perda.

Tal significa que, uma vez que o legislador optou por não especificar quais os indícios para o preenchimento do conceito de *provas objetivas de imparidade*, e atendendo à relação de dependência parcial existente entre a contabilidade e a fiscalidade<sup>2211</sup>, as regras contabilísticas são aplicáveis por não existirem normas fiscais que disponham o contrário. O que significa que, *in casu*, teremos de atender ao SNC, mais concretamente, à norma competente, *i.e.*, a NCRF 27, para efeitos de apuramento deste conceito.

Este entendimento está também consagrado na jurisprudência. Veja-se, a título de exemplo, a Decisão Arbitral n.º 609/2017-T<sup>2212</sup> e ainda, o proc. n.º 320/2018<sup>2213</sup>, o qual faz referência à primeira e nos quais se pode ler o seguinte:

[a]ssim, não sendo incluído no CIRC qualquer conceito próprio de provas objectivas de imparidade, a introdução deste conceito, utilizado nas normas contabilísticas sobre imparidade e incobrabilidade de activos financeiros, visou aplicar no âmbito das perdas por imparidade de créditos para efeitos de determinação do lucro tributável o conceito contabilístico, que é utilizado, nomeadamente, na IAS 39 e na NCRF 27. De resto, por força do disposto no artigo 17.º, n.ºs 1 e 3, do CIRC, as regras de normalização contabilística são aplicáveis na determinação do lucro tributável, quando não há regras especiais deste Código que as afastem, pelo que também por esta via se conclui é de fazer apelo aquelas normas.

Ora, a decisão arbitral n.º 609/2017-T é especialmente relevante por tratar a questão da admissão, ou não, *de imparidades em créditos* nos casos em que estejamos perante um cliente com carácter de habitualidade, ou seja, nos casos em que há continuidade do fornecimento a empresas que estão em difícil situação financeira e com dívidas que justificam o reconhecimento de *imparidades* na contabilidade. Apesar de a AT defender que a razão da não aceitação das imparidades se deve ao facto de se tratar de um cliente com carácter de habitualidade, tal argumento não deve proceder pelas seguintes razões explícitas nesta decisão:

---

<sup>2211</sup> Já referida no ponto 1.

<sup>2212</sup> De 30/10/2018, disponível em [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt).

<sup>2213</sup> *Idem*.



[o] facto de a Requerente ter efectuado fornecimentos, apesar da situação de incumprimento, justifica-se pela expectativa de que a empresa viesse a recuperar da situação de dificuldade financeira, não sendo suficiente para concluir que a Requerente não tinha razões para concluir que esta dificuldade não existia, designadamente à face das regras contabilísticas (...).

[p]elo que se referiu no ponto anterior, o facto de ser um cliente com habitualidade e a existência de fornecimentos no período de 2010 não implicam a inexistência de uma situação de “significativa dificuldade financeira”, à face das referidas regras contabilísticas (...) tratava-se de cliente que apresentava boa-fé e entre “perder tudo” ou procurar “cobrar alguma coisa”, possibilitando a actividade da empresa, optavam por esta alternativa.

O *supra* referido diz respeito a créditos específicos, no entanto, consideramos pertinente transcrever a ideia geral que foi transmitida neste processo: “[n]a verdade, afigura-se aceitável o entendimento, explicitado nos depoimentos das testemunhas (...), de a Requerente optar por continuar a efectuar fornecimentos a empresas que estão em difícil situação financeira e com dívidas que justificam o reconhecimento de imparidades, correndo o risco de ver agravadas as dívidas mas permitindo às devedoras eventual recuperação financeira que lhe possibilite pagar a totalidade dos créditos, em vez de cessar esses fornecimentos, impedindo-lhes a recuperação e adquirindo de imediato a certeza da incobrabilidade dos créditos em mora” (realce nosso). Daqui se retira que o carácter de habitualidade e continuidade no fornecimento não deve ser obstáculo ao reconhecimento da *imparidade*.

Analisando a lei e a jurisprudência, podemos concluir que o regime para que se possa registar uma *perda por imparidade* se revela mais oneroso para o sujeito passivo, uma vez que, além de exigir *provas objetivas de imparidade*, fixa critérios adicionais e cumulativos para a sua dedutibilidade (cfr. al. c) do art. 28.º-B do CIRC).

De seguida, analisaremos o regime contabilístico, nomeadamente, as normas nacionais e internacionais de contabilidade, e qual a sua aplicação ao regime das *perdas por imparidade*.

### 3. O regime contabilístico

Cumpra agora conhecer as regras base do regime contabilístico e a sua aplicabilidade.

#### 3.1. Fontes nacionais, europeias e internacionais da contabilidade e sua aplicabilidade

São três as fontes do regime contabilístico: internacionais, europeias e nacionais.

Antes de incidirmos sobre as fontes internacionais e europeias, faremos uma nota inicial sobre o sistema nacional.

A nível nacional temos as Normas Contabilísticas de Relato Financeiro (NCRF), que constam no Sistema de Normativo Contabilístico (SNC)<sup>2214</sup> e são elaboradas pelo legislador, tendo por referência as diretrizes e propostas emitidas pela Comissão de Normalização Contabilística (CNC)<sup>2215</sup>. A partir da sua entrada em vigor, depois de aprovadas pelo Governo, estas normas passam a ser de natureza obrigatória.

A generalidade das empresas está obrigada a aplicar o SNC<sup>2216</sup>, no entanto, este consagra diferentes normativos consoante o tipo de empresa, ou seja, estão compreendidas no SNC normas especiais para as pequenas empresas, nomeadamente, a Norma Contabilística de Relato Financeiro para Pequenas Entidades (NCRF-PE)<sup>2217</sup> e a Norma Contabilística para Microentidades (NC-ME)<sup>2218</sup>, por forma a não impor um regime excessivamente oneroso para este tipo de empresas mais pequenas.

Em relação às fontes europeias, temos o Regulamento CE/1606/2002, de 19 de junho<sup>2219</sup>, relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade (já atualizado); o Regulamento CE/1126/2008, de 3 de novembro, o qual adota

---

<sup>2214</sup> O SNC foi aprovado pelo já referido DL 129/2009, de 13 de julho e homologado pelo Aviso n.º 8258/2015, de 29 de julho e entrou em vigor a 1 de janeiro de 2010.

<sup>2215</sup> O estatuto e o regime da CNC encontram-se estabelecidos no DL n.º 134/2012, de 29 de junho. Tal como referido no site da CNC (<http://www.cnc.min-financas.pt>), a CNC é um organismo tecnicamente independente no qual estão representadas, a nível nacional, as entidades públicas e privadas interessadas no domínio da contabilidade, dotado da autonomia administrativa no âmbito do MFAP. A CNC emite normas e pareceres de modo a estabelecer e assegurar procedimentos harmonizados com as normas europeias e internacionais da mesma natureza, de modo a contribuir para o desenvolvimento de padrões de alta qualidade na informação e relato financeiro das empresas que apliquem o SNC, mas também o SNCP.

<sup>2216</sup> De acordo com o art. 3.º do DL 158/2009, de 13/07, o SNC é obrigatoriamente aplicável a: (a) sociedades abrangidas pelo CSC; (b) empresas individuais reguladas pelo CCom.; (c) estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, isto é, os chamados EIRL; (d) empresas públicas; (e) cooperativas, exceto aquelas cujo ramo específico não permita sob qualquer forma, direta ou indireta, a distribuição de excedentes, designadamente as cooperativas de solidariedade social, previstas na alínea m) do n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, equiparadas a instituições particulares de solidariedade social e, nessa qualidade, registadas na Direção-Geral da SS; (f) agrupamentos complementares de empresas e agrupamentos europeus de interesse económico.

<sup>2217</sup> SNC – Parte geral, art. 9.º § 2 e art. 9.º-C.

<sup>2218</sup> *Idem* e art. 9.º-D.

<sup>2219</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002R1606-20080410&from=EL>.

determinadas normas internacionais; e, ainda, o Regulamento UE/537/2014, de 16 de abril<sup>2220</sup>, relativo aos requisitos específicos para a revisão legal de contas das entidades de interesse público. Além dos Regulamentos referidos, existe ainda a Diretiva 2013/34/UE, de 26 de junho<sup>2221</sup>, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, na qual se baseiam as mais recentes alterações ao SNC.

Os dois primeiros Regulamentos assumem especial relevância, porquanto se baseiam nas normas internacionais, o que se traduz na sua aplicação direta no direito contabilístico português, uma vez que, por se tratar de Regulamentos, estes são diretamente aplicáveis, não havendo necessidade de transposição. Tal como consta da parte geral do SNC, o “Regulamento (CE) n.º 1606/2002 veio estabelecer a adopção e a utilização, na Comunidade, das Normas Internacionais de Contabilidade – International Accounting Standards (IAS) e International Financial Reporting Standards (IFRS) e interpretações conexas – International Financial Reporting Interpretations Committee (SIC/IFRIC)”.

Como se pode ler no art. 4.º do diploma que aprovou o SNC, § 1, ficam sujeitas ao Regulamento (CE) n.º 1606/2002 (*i.e.*, à aplicação das normas internacionais) as entidades cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação num mercado regulamentado (*i.e.*, sociedades emittentes de valores mobiliários) e cujas contas sejam consolidadas. Estas entidades ficam, portanto, obrigadas a adotar as normas internacionais em relação às suas contas consolidadas.

No entanto, podem ainda ficar abrangidas por estas normas as entidades emittentes de valores mobiliários (ou seja, as entidades *supra* referidas) que pretendam fazer as suas contas individuais com base no Regulamento e, ainda, as restantes entidades (não emittentes de valores mobiliários), quer em relação às suas contas individuais, quer em relação às suas contas consolidadas. Nestes casos, ao contrário das sociedades emittentes de valores mobiliários no que diz respeito às suas contas consolidadas, existe um direito legal de opção, *i.e.*, as entidades podem escolher se querem seguir as normas internacionais ou o SNC<sup>2222</sup>.

A nível internacional, temos as Normas Internacionais de Contabilidade, as quais incluem os *International Accounting Standards* (IAS) e as *International Financial*

---

<sup>2220</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0537>.

<sup>2221</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0034>.

<sup>2222</sup> Note-se que, de acordo com o art. 10.º do DL n.º 158/2009, de 13 de julho, ficam dispensadas do âmbito de aplicação do SNC as pessoas que, exercendo a título individual qualquer atividade comercial, industrial ou agrícola, não realizem na média dos últimos três anos um volume de negócios líquido superior a € 200.000.

*Reporting Standards (IFRS)*<sup>2223</sup>. A existência de normas internacionais tem como finalidade assegurar um alto grau de transparência e a uniformização das informações financeiras prestadas pelas diferentes empresas, de modo a que seja possível e, ainda, mais fácil comparar estas informações, não só ao longo dos anos dentro da mesma empresa, mas também com as informações das demais empresas, o que apresenta especial relevância e interesse para o investidor.

No âmbito do que em concreto analisamos, referente às *perdas por imparidade em créditos*, importa ainda destacar o Regulamento (UE) 2016/2017, de 22 de novembro de 2016, que trata da adoção da *IFRS 9 – Instrumentos Financeiros* a nível europeu e alterou o Regulamento (CE) n.º 1126/2008, que adotou determinadas normas internacionais de contabilidade nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>2224</sup>, analisado adiante.

### **3.2. Das normas internacionais e nacionais relativas às *perdas por imparidade***

#### **3.2.1. A nível internacional**

A norma internacional relevante é a *IFRS 9 – Instrumentos Financeiros*, obrigatória para as empresas que usam as normas internacionais desde 1 de janeiro de 2018 e que veio substituir a *IAS 39*, norma aplicável até 31 de dezembro de 2017.

A *IAS 39* e a *IFRS 9* estabelecem diferentes modelos para reconhecimento das *imparidades*. A primeira utiliza o modelo das *perdas incorridas*<sup>2225</sup>, utilizando a segunda o modelo das *perdas esperadas*.

Esta mudança sentiu-se como necessária durante a crise financeira de 2008, quando se percebeu que o modelo utilizado (constante na *IAS 39*) atrasava o reconhecimento das perdas (e consequente registo de *imparidades*), o que foi considerado como uma fragilidade das normas contabilísticas existentes. Para evitar estas fragilidades, mas também para “responder ao apelo do G20 para se avançar com um modelo mais prospetivo em matérias de perdas relativas a ativos financeiros”<sup>2226</sup>, o *IASB* decidiu criar o novo modelo das *perdas esperadas* (“expected credit loss model”, ou *ECL model*, expressão muito divulgada nas empresas multinacionais de auditoria, inclusive em empresas que atuam no mercado nacional).

---

<sup>2223</sup> Estas normas são elaboradas pelo *IASB*.

<sup>2224</sup> Silva, 2017, p. 14.

<sup>2225</sup> Também designado como *Incurring loss model*.

<sup>2226</sup> Silva, 2017, p. 15.

De acordo com este modelo, regista-se uma *perda por imparidade* mesmo que a entidade espere receber o seu pagamento na íntegra em momento posterior ao estabelecido contratualmente. O registo da *perda por imparidade* não depende de *evidências objetivas de imparidade* que tenham ocorrido quanto ao crédito, mas sim do comportamento histórico de créditos que apresentem o mesmo nível de risco. Daí que se passe de um modelo de *perdas incorridas*, no qual se baseia a NCRF 27, por inspiração na IAS 39, para um modelo de *perdas esperadas*, constante da recente IFRS 9.

Vejamos melhor as diferenças entre estes dois modelos, assim como as normas que os concretizam.

### **3.2.1.1. A IAS 39 – O modelo das perdas incorridas**

A IAS 39, no seu § 59, dispõe o seguinte:

[u]m ativo financeiro ou um grupo de activos financeiros está com imparidade e são incorridas perdas por imparidade se, e apenas se, existir prova objectiva de imparidade como resultado de um ou mais acontecimentos que ocorreram após o reconhecimento inicial do ativo e se esse acontecimento (ou acontecimentos) de perda tiver(em) um impacto nos fluxos de caixa futuros estimados do ativo financeiro ou do grupo de ativos financeiros que possa ser fiavelmente estimado.

Ora, pode não ser possível identificar um único acontecimento que tenha causado a *imparidade*. Pelo contrário, esta pode dever-se ao efeito combinado de vários acontecimentos. De acordo com esta norma, as *perdas esperadas* como resultado de acontecimentos futuros, independentemente do grau de probabilidade, não são reconhecidas.

Deste modo, a IAS 39 “atrasava” o reconhecimento das perdas, apenas permitindo o seu registo “depois de se verificar o acontecimento”, ou seja, era necessário terem ocorrido os eventos que tivessem levado à perda para que esta pudesse ser reconhecida. Os eventos que levam à existência de *provas objetivas de imparidade* de acordo com a IAS 39 foram transportados para o SNC na NCRF 27, o que significa que o CIRC, ao remeter para o SNC, consagra este modelo.

Este é, pois, o modelo atualmente em vigor no art. 28.º-B do CIRC.

### **3.2.1.2. A IFRS 9 – O modelo das perdas esperadas**

O modelo das *perdas esperadas* surge com a IFRS 9 e adota uma perspectiva bastante diferente face à IAS 39, reforçando a aplicação do princípio da *prudência*, provocando uma antecipação, e talvez um aumento, no registo de *imparidades*.

De acordo com a *IFRS 9* será possível registar uma *perda por imparidade* sem necessidade de o evento ter ocorrido. O registo da perda é feito com base na expectativa da sua ocorrência, uma vez que este modelo assenta na “ideia” de que qualquer crédito terá um certo nível de perda, ainda que reduzido. Tal resulta do comportamento histórico de créditos do mesmo nível de risco, o qual permite concluir que créditos com nível de risco X originam, em termos médios e independentemente da ocorrência de factos indicativos de não pagamento, perdas de imparidade de Y. Nestes casos, nem sequer ocorreu um evento indiciador de que o devedor não vai pagar, mas somente um “evento estatístico” que aponta para uma forte possibilidade de perda.

A versão final da *IFRS 9* foi publicada em julho de 2014, após um longo período de cinco anos de debate e publicação sucessiva de *discussion papers* e *exposure drafts* pelo *IASB*. A adoção da norma tornou-se obrigatória apenas a 1 de janeiro de 2018<sup>2227</sup>. O largo período de implementação da norma resulta das múltiplas críticas recebidas ao longo do processo de elaboração e publicação final. Por outro lado, a complexidade e a relevância das alterações introduzidas levaram o *IASB*, e implicitamente a União Europeia, a considerar um período de quatro anos entre a sua publicação e adoção obrigatória.

De acordo com o parágrafo B5.5.29 da *IFRS 9*, uma perda de crédito (para ativos financeiros) corresponde à diferença entre os fluxos de caixa contratuais que são devidos a uma entidade nos termos do contrato e os fluxos de caixa que a entidade espera receber.

Para que se proceda à avaliação da *imparidade*, o modelo das *perdas esperadas* (*ECL model*) estabelece 3 “estágios” (*stages*), que se dividem em dois grandes tipos: (i) as perdas esperadas nos próximos 12 meses (*stage 1*) e (ii) as perdas esperadas para a vida inteira do ativo (*stage 2* e *3*). Vejamos:

*Stage 1*: Reconhecimento inicial de perdas que se estimam que ocorram nos próximos 12 meses.

*Stage 2*: Ativos com um aumento significativo de risco desde o seu reconhecimento inicial, mas que ainda não apresentam uma *prova objetiva de imparidade*.

*Stage 3*: Ativos que já estão em imparidade por apresentarem uma evidência objetiva de imparidade. Neste *stage* já vamos ao encontro da *IAS 39* (*provas objetivas de imparidade*), uma vez que, nesta fase, o ativo já está em *default*, o que significa que já estamos perante uma perda efetiva.

Assim, no *stage 1*, temos uma imparidade registada com base nas perdas que se estimam que ocorram nos 12 meses seguintes, ou seja, estamos perante um risco ainda

---

<sup>2227</sup> *IFRS 9, Financial Instruments* – disponível em <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ifrs-9-financial-instruments/>.

baixo, mas que, historicamente, de acordo com créditos com o mesmo nível de risco, já se evidenciou existir. Nos *stages 2 e 3*, já estamos perante *perdas esperadas* para todo o prazo do ativo, ou seja, perante *lifetime expected credit losses (Lifetime ECLs)*.

Nas *perdas esperadas* ao longo da vida do ativo (*stages 2 e 3*), a entidade deve medir o risco atendendo ao período de vida estimado, sendo que as *perdas esperadas* a 12 meses constituem uma parte das *perdas esperadas* ao longo da vida.

A norma obriga a que se vá avaliando se houve, ou não, um aumento significativo do risco de crédito. No caso em que estamos em *stage 1*, por exemplo, é necessário apurar o nível do risco para que se possa concluir se se deverá passar para o *stage 2*. Para tal, é necessário atender a informações razoáveis para que possamos depreender se ocorreu, ou não, incremento desse risco. Assim, a *IFRS 9* estabelece alguns exemplos que devem ser tidos em conta e utilizados apenas como indicadores aquando da análise do risco, tais como o tipo de instrumento financeiro, as características do instrumento financeiro e a região geográfica<sup>2228</sup>.

Apesar de a *IFRS 9* não definir “aumento significativo do risco”, dá-nos orientações genéricas, ou princípios<sup>2229</sup>, que nos dizem que devemos ter em consideração o seguinte:

- a) Alteração no risco de ocorrência de incumprimento desde o reconhecimento inicial;
- b) Duração esperada do instrumento financeiro; e
- c) Informações razoáveis e sustentáveis que estejam disponíveis, sem custos ou esforços indevidos, suscetíveis de afetar o risco de crédito;

Além das orientações *supra* referidas, um dos parâmetros que deverá também ser utilizado é a probabilidade de incumprimento<sup>2230</sup> e o seu comportamento ao longo do tempo.

Tal como refere Silva<sup>2231</sup>, para que o aumento seja significativo é requerido um aumento maior para um ativo com maior risco de incumprimento no reconhecimento inicial do que para um ativo com menor risco de incumprimento, tendo em consideração os parâmetros já indicados.

Veja-se, a título de exemplo, o seguinte: estamos perante dois créditos (créditos A e B). O crédito A tem uma nota de classificação original de risco de 2 e o crédito B, tem uma nota de classificação original de 4. Ambos os créditos passam a ter a classificação

---

<sup>2228</sup> *IFRS 9* para. B5.5.16.

<sup>2229</sup> As *IAS/IFRS* seguem uma metodologia normativa que assenta mais em princípios de orientação, que em regras quantificadas, o que justifica este posicionamento da *IFRS 9*. Sobre este assunto ver, *i.e.*, Nobes, 2005, pp. 25-34.

<sup>2230</sup> *Probability of default (PD) – IFRS 9* – para. 5.5.12.

<sup>2231</sup> Silva, 2017, pp. 51 e ss.

final de 5, ou seja, o crédito A passa de 2 para 5 e o crédito B de 4 para 5. A instituição utiliza uma escala de 1 a 10 (na qual 1 significa que o risco é mais baixo e 10 que o risco é mais elevado). Atendendo à classificação inicial, apenas o crédito A terá aumentado significativamente o risco, o que significa que, o crédito A, em princípio passará de uma perda de *stage 1* para *stage 2*, uma vez que aumentou 3 níveis na escala, ao passo que o crédito B apenas aumentou 1<sup>2232</sup>.

Além do referido, constitui ainda, um aumento significativo de risco a transição de um crédito para o grau 7 ou superior, após o seu reconhecimento inicial.

No *stage 3* da *IFRS 9*, estamos já numa fase de *default* e, portanto, já estamos perante uma imparidade que vai de encontro ao modelo das *perdas incorridas* (*IAS 39*), o que significa que, tal como a *IAS 39* tem definidos os seus critérios de *evidências objetivas de imparidade* (critérios segundo os quais considera que estamos perante uma perda por imparidade) – referidos no ponto 1 –, também a *IFRS 9* estabeleceu critérios segundo os quais a entidade deve avaliar se o risco de crédito aumentou significativamente após o seu reconhecimento inicial, considerando que estamos perante uma *imparidade* (total), quando, através de dados observáveis, esteja em causa um ou mais dos seguintes acontecimentos<sup>2233</sup>:

- (a) Dificuldade financeira significativa do emitente ou do mutuário;
- (b) Uma violação de contrato, como um incumprimento ou um atraso;
- (c) Os mutuantes do mutuário, por razões económicas ou contratuais relacionadas com as dificuldades financeiras do mutuário, terem concedido ao mutuário facilidades que de outra forma não concederiam;
- (d) Torna-se provável que o mutuário vá entrar em processo de insolvência ou outra reorganização financeira;
- (e) O desaparecimento de um mercado ativo para esse ativo financeiro devido a dificuldades financeiras;
- (f) A aquisição ou criação de um ativo financeiro com um grande desconto que reflete as perdas de crédito suportadas;

Pode não ser possível avaliar o risco através de um acontecimento único e isolado, tal deverá ser feito através do conjunto de fatores que originem o acontecimento que irá ocasionar a *imparidade*. Assim, quando se verifique um ou vários dos acontecimentos

---

<sup>2232</sup> KPMG, *IFRS 9, Instrumentos Financeiros, Novas regras sobre a classificação e mensuração de ativos financeiros, incluindo a redução no valor recuperável*, 2016, Brasil, disponível em <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/04/ifrs-em-destaque-01-16.pdf>.

<sup>2233</sup> *IFRS 9* – Apêndice A – “Ativo financeiro em imparidade de crédito”.



acima referidos, estamos perante uma *perda em imparidade* para o longo da vida do ativo, correspondente ao *stage 3*.

Vejamos, na figura *infra*, as alterações mais substanciais entre os dois modelos.



*Imagem 2: Instrumentos Financeiros – Corporate, PwC (Dezembro de 2019) – Principais diferenças entre os dois modelos (IAS 39 e IFRS 9).*

Compreendidos os modelos de reconhecimento das *imparidades*, importa agora perceber como se reconhecem os ativos financeiros segundo a *IFRS 9*. Assim, “uma entidade deve reconhecer um ativo financeiro ou um passivo financeiro na sua demonstração da posição financeira quando, e apenas quando, a entidade se tornar uma parte nas disposições contratuais do instrumento”<sup>2234</sup>.

Após o reconhecimento do ativo na contabilidade, importa saber qual é o momento de constituição da *imparidade*.

Deste modo, de acordo com o modelo das *perdas esperadas*, estas devem ser constituídas no momento de cada relato e não à data esperada do seu incumprimento ou qualquer outra data, o que significa que, e conforme o já referido, devem ser inicialmente constituídas e posteriormente atualizadas. Para tal, estabelece-se um período de relato (normalmente um ano em empresas não cotadas, ou três ou seis meses em empresas cotadas). Nesse reporte anual, será avaliado o risco para definir o *stage* em que se encontra o ativo financeiro. Deste modo, será possível obtermos informação atualizada acerca do estado dos ativos financeiros.

<sup>2234</sup> Silva, 2017, p. 25, e *IFRS 9*, para. 3.1.1.

Quanto à mensuração das perdas de imparidade em crédito, de acordo com a NCRF 27, § 28, o montante de *perda por imparidade* será:

- a) Para ativos financeiros mensurados ao custo amortizado, a perda por imparidade é a diferença entre a quantia escriturada e o valor presente (atual) dos fluxos de caixa estimados descontados à taxa de juros efetiva original do ativo financeiro;
- b) Para ativos financeiros mensurados ao custo, a perda por imparidade é a diferença entre a quantia escriturada e o valor presente dos fluxos de caixa futuros estimados descontados à taxa de retorno de mercado corrente para um ativo financeiro semelhante.

Ora, de acordo com a *IFRS 9*, uma entidade deve mensurar as perdas de crédito esperadas de um instrumento financeiro de forma a refletir<sup>2235</sup>:

- a) Uma quantia objetiva e ponderada pelas probabilidades, determinada através da avaliação de um conjunto de resultados possíveis;
- b) O valor temporal do dinheiro;
- c) Informações razoáveis e sustentáveis que estejam disponíveis sem custos ou esforços extraordinários à data de relato sobre eventos passados, condições atuais e previsões de condições económicas futuras.

Importa referir que, aquando da mensuração das perdas de crédito esperadas, o período máximo a ter em consideração é o período contratual máximo durante o qual a entidade está exposta ao risco de crédito e não um período mais longo, mesmo que esse período mais longo seja coerente com a prática comercial<sup>2236</sup>, não se devendo contabilizar as perdas já anteriormente reconhecidas. Ou seja, se o contrato tiver uma vigência de dois anos, apenas se poderá mensurar a *perda por imparidade* por esse período e não por outro mais longo.

De referir que, contabilisticamente, quando se vem a provar que a imparidade para créditos foi exagerada (*i.e.*, quando se vem a receber um crédito anteriormente sujeito a *perda de imparidade*), a entidade recebedora do crédito regista um ganho denominado *reversão de imparidade*, ganho esse que visa “balancear” ou “compensar” o gasto implícito no registo da *perda de imparidade*.

Torna-se oportuno explicitar que, se a *IFRS 9* originar um aumento de *imparidades* face ao modelo anterior, é de esperar que, contabilisticamente, a entidade registe, posteriormente, um maior valor de ganhos por *reversão de imparidades* para

---

<sup>2235</sup> *IFRS 9*, para. 5.5.1.7.

<sup>2236</sup> *IFRS 9*, para. 5.5.19.

créditos. Empiricamente, esta análise não se encontra ainda efetuada, mas aguardam-se investigações académicas que visem testar esta hipótese, à medida que vão sendo disponibilizados dados financeiros das empresas que já usam a norma.

A aplicação da *IFRS 9* acarreta contabilisticamente dois efeitos importantes: se por um lado visa eliminar algum “efeito penhasco” (*cliff-effect* em terminologia anglo-saxónica) decorrente do modelo implícito à *IAS 39*, por outro pode levar a uma sobrecarga antecipada (*front-loading*) de gastos de *imparidade*. A *IAS 39*, que, por assentar no modelo de *perdas incorridas*, obrigava a esperar por evidências de *imparidade* para que fosse reconhecida uma perda, levava a que as *imparidades* fossem reconhecidas de forma tardia e abrupta, podendo gerar o referido “efeito penhasco”<sup>2237</sup>.

Já o modelo em que assenta a *IFRS 9* foi desenhado para mitigar este efeito, obrigando ao reconhecimento gradual das *perdas por imparidade de créditos* ao longo da vida do crédito desde o primeiro momento em que se reconhece o mesmo, o que origina a referida sobrecarga inicial de perdas.

Outra crítica que tem sido apontada a esta norma é o facto de a mesma reconhecer *imparidades* em contraciclo, ou seja, o uso do modelo de *perdas esperadas* concentra o reconhecimento de *perdas por imparidade* antes do ciclo económico se encontrar em contração, levando as entidades que a utilizam, principalmente as instituições financeiras, a apresentar resultados mais baixos em momentos anteriores aos de contração económica. Quando surge a retração económica, por já terem as *imparidades* reconhecidas anteriormente, as entidades apresentam maiores lucros, ou seja, apresentam-nos em contraciclo<sup>2238</sup>.

Deste modo, podemos concluir que, face à *IAS 39*, apesar de a *IFRS 9* aumentar a constituição de *imparidades*, cria também uma maior segurança em caso de crise, de modo a que as empresas possam estar mais protegidas contra possíveis incumprimentos, o que significa que adota uma postura de prevenção, atuando antes de o evento ocorrer e não somente após a sua ocorrência.

Esta perspetiva traduz-se numa maior segurança para as entidades e para os investidores.

---

<sup>2237</sup> Cf. Noor & Weijia 2015; Novotny-Farkas, 2016; Kund & Rugilo, 2020.

<sup>2238</sup> Cf. Abad & Suarez, 2017.

### 3.2.2. A nível nacional

#### 3.2.2.1. SNC – NCRF 27

As normas nacionais constantes no SNC têm por base as normas internacionais *supra* referidas. Para o estudo do nosso caso, assume especial relevância a NCRF 27 – Instrumentos Financeiros (inspirada na IAS 39 – Instrumentos Financeiros – Reconhecimento e Mensuração), a norma aplicável às *perdas por imparidades em créditos*, porquanto a NCRF 27 é a norma responsável pelos instrumentos financeiros.

O § 5 da NCRF 27, na sua al. c), contém a definição de *ativo financeiro*, entendendo-se como qualquer ativo que seja um direito contratual (i) de receber dinheiro ou outro ativo financeiro de outra entidade. É este o caso dos créditos.

A mensuração inicial dos ativos “consiste no processo de determinação do valor pecuniário pelos quais os elementos das demonstrações devam ser reconhecidos e inscritos no balanço e na demonstração de resultados”<sup>2239</sup>. De acordo com o § 10 da NCRF 27, “quando um ativo financeiro ou um passivo financeiro é inicialmente reconhecido, uma entidade deve mensurá-lo pelo seu justo valor”<sup>2240</sup>. Note-se que uma entidade não deverá incluir os custos de transação<sup>2241</sup> na mensuração inicial de um ativo ou passivo financeiro que seja mensurado ao justo valor.

Quanto à sua mensuração subsequente, nos termos do disposto no § 16 a) da NCRF 27, os créditos devem ser mensurados ao custo amortizado, *i.e.*, “a quantia pela qual o ativo financeiro ou o passivo financeiro é mensurado no reconhecimento inicial menos os reembolsos de capital, mais ou menos a amortização cumulativa, usando o método do juro efetivo de qualquer diferença entre essa quantia inicial e a quantia na maturidade, e menos qualquer redução quanto à imparidade ou incobrabilidade”<sup>2242</sup>.

Estas são as regras nacionais constantes no SNC inspiradas na IAS 39.

---

<sup>2239</sup> Quanto aos modelos de mensuração estes podem ser realizados através do custo histórico, custo corrente, valor realizável líquido, valor presente e justo valor – cfr. EC § 97 e ss. do SNC.

<sup>2240</sup> O justo valor consiste na quantia pela qual um ativo pode ser trocado ou um passivo liquidado, entre partes conhecedoras e dispostas a isso, numa transação em que não exista relação entre elas, ou seja, cada uma está a atuar de modo independente – *vide* NCRF 7 § 6.

<sup>2241</sup> Trata-se de custos diretamente atribuíveis à aquisição, emissão ou alienação, os quais não existiriam se a entidade não tivesse adquirido, emitido ou alienado o instrumento financeiro – cfr. Definições constantes na NCRF 27 e, para mais acerca desta norma, *vide* SILVA, 2014, pp. 195 e ss.

<sup>2242</sup> LOPES, 2020, p. 616.

## 4. Análise de jurisprudência

Tal como fomos referindo ao longo desta exposição, o art. 28.º-B do CIRC tem como suporte a NCRF 27, a qual, por sua vez, se inspira na IAS 39. Assim, atualmente, o Código apenas permite reconhecer uma *perda por imparidade* quando se verifiquem os três requisitos já referidos: a mora, a prova de terem sido efetuadas diligências para o recebimento do crédito e, por fim, a existência de provas objetivas da imparidade.

Este entendimento tem sido unânime nos nossos tribunais, estaduais e arbitrais. Sirva de exemplo a recente decisão arbitral n.º 666/2018-T, de 14 de maio de 2019<sup>2243</sup>: “[n]a verdade, o atraso no pagamento da dívida, só por si, não é prova de incobrábilidade, como decorre do facto de aquela alínea c) do n.º 1 do artigo 28.º-B exigir, para além do atraso no pagamento, provas objetivas de imparidade”.

Além de cumpridos os requisitos constantes nos arts. 28.º-A e 28.º-B, têm, ainda, de ser respeitados os princípios já aqui mencionados. Veja-se o disposto na decisão *supra* referida:

[a] dedutibilidade fiscal dos gastos está subordinada ao princípio da especialização dos exercícios, previsto no art. 18.º do CIRC. Este normativo impõe aos sujeitos passivos o reconhecimento do gasto no período em que o mesmo ocorre. Os sujeitos passivos não gozam do poder da livre escolha do exercício em que os gastos devem ser reconhecidos. Os gastos correspondentes a perdas de imparidades com créditos estão igualmente subordinados ao princípio anteriormente referido.

No mesmo sentido, atente-se na decisão arbitral que pôs termo ao processo n.º 476/2018-T<sup>2244</sup>:

[a] dedução das perdas por imparidade deve ocorrer no momento em que se torna claro que se está diante de uma dívida de cobrança duvidosa.

Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º do CIRC, os rendimentos e os gastos, assim como as outras componentes positivas ou negativas do lucro tributável, são imputáveis ao período de tributação em que sejam obtidos ou suportados, independentemente do seu recebimento ou pagamento, de acordo com o regime de periodização económica, sendo as componentes positivas ou negativas consideradas como respeitando a períodos anteriores imputáveis ao período de tributação apenas

---

<sup>2243</sup> Disponível em [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt).

<sup>2244</sup> Decisão de 19/03/2019, proferida pelo CAAD e disponível in [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt).

quando na data de encerramento das contas daquele a que deviam ser imputadas eram imprevisíveis ou manifestamente desconhecidas (realce nosso).

Podemos concluir que o regime vigente relativo às *perdas por imparidades em créditos* ainda tem por base a *IAS 39*, ou seja, o *modelo das perdas incorridas*, e a jurisprudência dá natural tradução ao entendimento legal, o que significa que, na prática, se traduz num regime mais oneroso para o sujeito passivo, precisamente por impor todos aqueles requisitos cumulativos já referidos.

Em relação à *IFRS 9*, não se conhece jurisprudência, o que se compreende, por se tratar de uma norma muito recente e que não implicou qualquer alteração do art. 28.º-B CIRC, o qual, para além das *provas objetivas de imparidade*, exige ainda a mora no pagamento do crédito ou a sua “entrada” no terreno judicial ou executivo, o que significa que as *provas objetivas de imparidade*, por si só, não são suficientes.

Caso o sujeito passivo pretenda reconhecer um gasto correspondente à totalidade do seu crédito, deverá intentar uma ação judicial ou executiva contra a entidade devedora. Ora, esta mesma solução traduz-se também num contencioso bastante moroso, tendo em conta que o sistema judicial português nem sequer adota totalmente os critérios da *IAS 39* e, consequentemente, estaremos ainda mais longe de qualquer incorporação da *IFRS 9* no modelo de reconhecimento de *imparidades* do IRC.

Analisaremos, então, a possibilidade de converter o regime existente, que se afigura como rígido e restrito, num regime menos oneroso para o sujeito passivo, aproximando-o das normas internacionais de contabilidade, ao integrar alguns aspetos do modelo das *perdas esperadas*. Para tal, teremos de atender também aos princípios fiscais e contabilísticos.

Para que possamos passar ao ponto seguinte, importa ter em consideração uma breve análise do princípio da justiça, consagrado no art. 55.º da LGT. Deste modo, é necessário referir que o princípio da *especialização dos exercícios* deverá ser compatível com o princípio da justiça.

A este propósito vejamos o disposto no Acórdão do STJ<sup>2245</sup> proferido no âmbito do processo n.º 0716/13, de 14/03/2018, no qual se pode ler o seguinte:

[I]. O princípio da especialização dos exercícios visa tributar a riqueza gerada em cada exercício e daí que os respectivos proveitos e custos sejam contabilizados à medida que sejam obtidos e suportados, e não à medida que o respectivo recebimento ou pagamento ocorram.

---

<sup>2245</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

II. Contudo esse princípio deve tendencialmente conformar-se e ser interpretado de acordo com o princípio da justiça, com conformação constitucional e legal (artigos 266.º, n.º 2 da CRP e 55.º da LGT), por forma a permitir a imputação a um exercício de custos referentes a exercícios anteriores, desde que não resulte de omissões voluntárias e intencionais, com vista a operar a transferência de resultados entre exercícios<sup>2246</sup>.

No mesmo sentido, veja-se a decisão arbitral de 24/10/2017<sup>2247</sup>:

[o] princípio da justiça, invocado pela Requerente, é imposto à globalidade da actividade da Administração Tributária pelos artigos 266.º, n.º 2 da CRP e 55.º da LGT. Da observância concomitante dos princípios da legalidade e da justiça conclui-se que o dever de a Administração Tributária aplicar o princípio da legalidade não se traduz numa mera subordinação formal às normas que especificamente regulam determinadas situações, abrangendo também o dever de a Administração Tributária ter em conta as consequências da sua actividade e abster-se da aplicação estrita de normas quando delas decorra um resultado manifestamente injusto. A aplicação do princípio da justiça será de sobrepor ao princípio da especialização dos exercícios nos casos em que do incumprimento não tenha resultado prejuízo para o erário público e aquele não tenha sido concretizado intencionalmente com o objectivo de obter vantagens fiscais<sup>2248</sup>.

Ora, daqui se retira que, em primeiro lugar, é necessário que o regime das *perdas por imparidade* obedeça a um dos princípios fundamentais da contabilidade (e acolhido pelo direito fiscal), o princípio da *especialização dos exercícios* ou do *regime acréscimo*. Contudo, por vezes, este princípio pode conduzir a resultados e/ou situações injustas, o que significa que será necessário fazer uma ponderação entre estes dois princípios e, em caso de conflito, deverá prevalecer o princípio da justiça.

Após esta breve análise da jurisprudência, no ponto seguinte cumpre fazer uma conjugação da jurisprudência com a legislação fiscal, tendo em consideração a existência da *IFRS 9*.

---

<sup>2246</sup> Realce nosso.

<sup>2247</sup> Proferido no âmbito do processo n.º 233/2017-T, disponível em [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt).

<sup>2248</sup> Realce nosso.

## 5. Da conjugação da IFRS 9 com a legislação fiscal

Aqui chegados, temos que o surgimento da IFRS 9 não levou a alterações aos arts. 28.º-A e 28.º-B do CIRC, mas apenas ao art. 28.º-C (“*Instituições de crédito e outras instituições financeiras*”).

Apesar de a IFRS 9 ser uma norma mais dirigida às instituições financeiras, incluindo as seguradoras, as quais sentiram significativamente as alterações resultantes desta norma, entendemos que também deveriam ser feitas alterações aos artigos relativos ao regime geral das *perdas por imparidades em créditos*, uma vez que têm por base o antigo modelo das *perdas incorridas*.

Neste ponto importa sistematizar as implicações fiscais em termos de *imparidades* de crédito das duas normas. Conforme se verifica na tabela abaixo, a qual sistematiza o enquadramento fiscal das duas normas, NCRF 27 e IFRS 9, em sede de *imparidades de crédito*, o modelo implícito na IFRS 9 leva sempre a ajustamentos fiscais quanto aos créditos que estão no *stage 1* ou *stage 2*. Por outro lado, as *perdas de imparidade* reconhecidas de acordo com o modelo da NCRF 27, e os créditos em *stage 3* da IFRS 9, poderão ou não levar a ajustamentos ao resultado contabilístico para efeitos do apuramento do resultado fiscal, consoante estejam, ou não, cumpridos os três critérios constantes da al. c) do n.º 1 do art. 28.º-B do CIRC, a saber, o critério temporal da mora, a existência de diligências para obtenção do crédito e a ocorrência de *provas objetivas de imparidade*.

|                                  | NCRF 27                                                                 | IFRS 9                                                                                    | Enquadramento fiscal atual                                                                                        |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Modelo da perda incorrida</b> | Perda incorrida estimada com base em evidências objetivas de imparidade | <b>Stage 3</b><br>Perda incorrida estimada com base em evidências objetivas de imparidade | Aceite fiscalmente desde que cumpridos os requisitos temporal, a existência de diligências e as provas objetivas. |
| <b>Modelo da perda esperada</b>  |                                                                         | <b>Stage 2</b><br>Perda estimada, risco elevado                                           | Não aceite fiscalmente                                                                                            |
|                                  |                                                                         | <b>Stage 1</b><br>Perda estimada para os próximos 12 meses                                | Não aceite fiscalmente                                                                                            |

Imagem 3: Enquadramento fiscal dos diferentes modelos – perdas incorridas vs. perdas esperadas



Assim, analisado que está o regime atual e o novo modelo, iremos fazer sugestões de possíveis alterações e identificar potenciais benefícios e riscos das sugestões apresentadas. Vejamos, então.

Uma hipótese que se coloca é defender uma posição que permite abranger quer as entidades que utilizam as NCRF, quer as que utilizam as *IAS/IFRS*. Assim, o CIRC poderia adotar uma posição menos restritiva que consagrasse, ainda que parcialmente, o novo modelo das *perdas esperadas*, permitindo, por exemplo, a dedução fiscal de *perdas por imparidade*, ainda que não incorridas mas esperadas, de créditos que apresentem risco elevado (*stage 2* da *IFRS 9*), de modo a acomodar fiscalmente os casos em que a sociedade se previne de eventuais incumprimentos considerados de elevado risco. No entanto, para proteger potenciais manipulações do lucro tributável, caso ao fim de 12 meses, ou seja, no ano seguinte, o crédito não avançasse para *stage 3*, mas se mantivesse no Balanço, não se verificando, de facto, a efetividade da *perda de imparidade*, proceder-se-ia à sua *reversão* para efeitos fiscais, levando à sua tributação (ou mantendo-se a dedução fiscal parcial do crédito se, para além da mora, estivessem cumpridos todos os requisitos constantes da al. c) do art. 28.º-B do CIRC).

Deste modo, seria possível reconhecer possíveis *imparidades* desde que o crédito apresentasse elevado risco (tal como disposto na *IFRS 9*), procedendo-se à sua *reversão*, ainda que parcial, no ano seguinte, caso a mesma não se viesse a efetivar.

De referir que sempre que se procede a uma *reversão da imparidade* e ao consequente *desreconhecimento* do crédito, este é levado a tributação. Quanto a este aspeto, estamos de acordo com o regime existente, ou seja, após o registo da imparidade, se a mesma não se verifica, procede-se ao seu *desreconhecimento*. Posteriormente, tal montante será relevante e fará parte do lucro tributável, ou seja, ficará sujeito a tributação.

A possibilidade de ter em consideração o registo de uma eventual *perda por imparidade* antes de incorrida ou efetivada afigura-se como uma aproximação à realidade empresarial das empresas, uma vez que se está perante uma postura de prevenção de eventuais incumprimentos, de modo a evitar o já referido *cliff-effect* causado pela *IAS 39*.

No entanto, claro está que tal entendimento poderá suscitar questões e algumas incompatibilidades, como poderá ser o caso do respeito pelo princípio da *especialização dos exercícios*, uma vez que, de acordo com este princípio, o reconhecimento dos rendimentos e gastos devem ser efetuados no ano em que ocorrem, o que significa que serão incluídos nesse período tributável. Não obstante, tal crítica poderá ser efetuada também ao atual regime constante da *IFRS 9*, o que não obsta a que se aborde a questão para os presentes propósitos.

A sugestão que aqui fazemos, e que visa alterar o atual art. 28.º-B do CIRC, poderá, como se disse, colocar em causa a *especialização dos exercícios* e o princípio da prossecução do Estado na obtenção de receita pública, porquanto poderíamos estar a adiar a sua tributação, pelo menos, durante 12 meses (o que não teria interesse para os cofres do Estado, a menos que aplicasse juros em caso de reversão).

No entanto, o princípio da *especialização dos exercícios* tem de ser compatível com o já referido princípio da justiça, consagrado no art. 55.º da LGT.

Ora, o Estado poder-se-ia sentir lesado, uma vez que este entendimento levaria ao adiamento da tributação. Contudo, note-se que, apesar de poder haver um diferimento temporal, o Estado efetivamente não perde receita, pois estar-se-ia apenas a permitir uma postura de prevenção, ou seja, seria necessário alterar a concretização do princípio da *especialização dos exercícios* através do registo da *imparidade* e, no ano seguinte, proceder-se-ia à sua correção, ainda que parcial, se a *imparidade* não se efetivasse. Nestes termos, o Estado obteria a receita no ano seguinte.

De acordo com o entendimento da doutrina<sup>2249</sup>, “ao acréscimo de imposto em determinado ano, corresponderá uma diminuição tendencialmente semelhante no outro”. Poderá afirmar-se que o mesmo se verifica numa situação inversa, ou seja, ao decréscimo de imposto num determinado ano corresponderá um aumento semelhante no ano seguinte. É evidente que a preocupação do Estado e da AT está precisamente no adiamento de tal imposto, dado que existirá um certo receio de que o sujeito passivo “transporte” esse gasto para um ano fiscal mais favorável, de modo a diminuir o seu lucro tributável.

No entanto, a análise que aqui fazemos não levaria necessariamente a uma vantagem fiscal no âmbito do planeamento fiscal, apesar de os responsáveis pelas demonstrações financeiras no final do ano já saberem se a empresa vai ter lucros ou prejuízos e poderem, por isso, adotar um critério mais conservador na aferição do risco ao abrigo da *IFRS* 9. Adiar a sua tributação (durante um período de 12 meses) significaria que, ainda assim, tal tributação poderia ocorrer num ano em que o lucro tributável fosse “mais alto” ou “mais baixo”, não sendo, deste modo, facilmente manipulável, principalmente se a *perda por imparidade* em *stage 2* se encontrar devidamente sustentada e documentada, assim como certificada por um ROC, o que acontecerá às demonstrações financeiras como um todo da entidade, uma vez que as empresas que em Portugal utilizam a *IFRS* 9 são obrigatoriamente certificadas.

Quer isto dizer que, se a regra consistir em registar de imediato a perda por um período de 12 meses, ao fazer-se este registo para os diferentes créditos no momento em que os ativos financeiros surgem, e procedendo-se, posteriormente, à sua *reversão* (caso

---

<sup>2249</sup> Leite de Campos, 2012, pp. 452-454.

não se venha a incorrer na *perda por imparidade*), tal poderá ocorrer num “ano bom” ou num “ano mau”, ou seja, num ano em que o lucro tributável seja elevado ou num ano em que haja, i.e., prejuízos fiscais.

De referir que, conforme acima explicitado, quando se está perante um crédito de *stage 3*, ou seja, nos casos em que já existem provas e *evidências objetivas de imparidade* (o que vai ao encontro do disposto na atual norma do CIRC, assim como da NCRF 27 e IAS 39 – *perda efetiva*), a imparidade é totalmente aceite como perda fiscal, cumpridos que estejam os requisitos temporais e da existência de diligências para o cobrar. Neste caso, já existiriam provas de que se está em *complete default*. Entendemos que apenas e só nestes casos faria sentido o reconhecimento da perda para toda a vida do ativo, tal como consagrado na IFRS 9.

### ***Imparidade de ativos financeiros***

#### ***Mensuração e procedimentos simplificados – Baixo risco***

#### **Expediente prático para ativos financeiros com crédito de risco baixo:**



Imagem 4: PwC, IFRS 9: Instrumentos Financeiros – Corporate.

Admitimos que esta análise não transpõe a 100% o modelo constante da IFRS 9, uma vez que admite a existência do *stage 2* e o *stage 3*, mas exclui a validação fiscal do *stage 1*, o qual configura *perdas por imparidade* no reconhecimento inicial do ativo.

No entanto, esta posição (de alteração da lei fiscal de modo a assemelhar-se à IFRS 9) teria interesse para o investidor pois reconhece efeitos fiscais de um olhar para as demonstrações financeiras, em concreto, para o balanço de uma empresa que reflete um cenário mais cauteloso, que apenas pode melhorar caso as *perdas esperadas* de imparidade não se venham a efetivar, ou venham a ser recebidos os créditos.

Além disso, as normas internacionais de contabilidade visam harmonizar a informação financeira divulgada, permitindo que o investidor, ao olhar para várias empresas, as consiga comparar. Uniformizar o enquadramento contabilístico com o

enquadramento fiscal reduz a tendência do modelo parcial da fiscalidade, redução essa que tem vindo a ser a opção portuguesa.

Assumimos que esta sugestão, ainda que tenha de ser eventualmente aperfeiçoada, poderá servir como um ponto de partida para possíveis alterações, se se considerar que a atual legislação deverá sofrer alterações de modo a permitir que o regime fiscal das *perdas por imparidade* adote (ainda que em termos parciais) o novo modelo das *perdas esperadas* consagrado na *IFRS 9*.

Contudo, estamos conscientes de que o CIRC está muito longe do modelo da *IFRS 9*, uma vez que nem sequer dá completa tradução ao anterior modelo das *perdas incorridas* – *IAS 39* e *NCRF 27*, pois, além das *provas objetivas de imparidade*, é ainda necessário o cumprimento do requisito temporal da mora e a existência de diligências efetuadas para a obtenção do crédito.

Ora, é neste ponto que interessa analisar a atual “confusão de perspetivas” inerentes à al. c) do n.º 1 do art. 28.º-B do CIRC.

O CIRC é demasiado restritivo no regime de reconhecimento das *imparidades*. Se existem *provas objetivas de imparidade*, qual é o fundamento para que se exija, também, a mora e a existência de diligências para obtenção do crédito?

Conforme já referido acima, as *IAS/IFRS* e, por se inspirarem nestas, também as *NCRF* foram desenvolvidas de forma a basearem-se mais em princípios orientadores do que em regras concretas. Conforme Luísa Anacoreta<sup>2250</sup>, “basear-se mais em princípios que em regras significa, obviamente, que está implícito um maior grau de subjetividade na elaboração e no entendimento das normas”. Ora, fiscalmente, interessa afastar a subjetividade inerente às estimativas contabilísticas, objetivando-se os princípios orientadores que a contabilidade vai construindo.

Desde a sua construção que o Código do IRC sentiu necessidade de “objetivar” as *imparidades* para créditos (desde sempre apontadas como integrantes de subjetividade contabilística), concretizando-as em dois elementos objetivos: a existência de mora superior a seis meses e a existência de diligências que a empresa tenha efetuado para obter o crédito (de forma pragmática a existência de cartas, emails, resumos de chamada telefónica, por exemplo, que evidenciem que a entidade se esforçou por receber o crédito). Esta foi a forma que a fiscalidade encontrou para objetivar o julgamento que a contabilidade obriga a efetuar quando estima se está ou não perante a existência de uma *perda de imparidade*.

A necessidade fiscal de objetivar as estimativas contabilísticas é latente noutras áreas, sendo as mais óbvias a regulamentação das taxas de amortização e a limitação da natureza das *provisões* aceites fiscalmente. Pode mesmo dizer-se que é esta a

---

<sup>2250</sup> Anacoreta, 2009.

necessidade de objetivação de estimativas contabilísticas que obriga a que se adote um modelo normativo de dependência parcial entre a contabilidade e a fiscalidade (como ocorre atualmente em Portugal) ou independência total (como ocorre, *i.e.*, nos EUA).

Ora, na al. c) do art. 28.º-B do CIRC foi inserida a expressão *provas objetivas de imparidade*. Esta expressão resulta do conceito contabilístico de *evidências objetivas de imparidade*, o qual, apesar de conter a palavra “objetivas”, é na verdade tão subjetivo que obriga a que a norma contabilística dê “exemplos” do que tal conceito significa. Ao inserir a expressão *provas objetivas de imparidade* em tal artigo, acrescentando-a aos já existentes requisito temporal aplicado à mora e obrigação de existência de diligências para obtenção do crédito, o legislador veio, no fundo, “misturar” num mesmo preceito a necessidade de objetivação fiscal da estimativa contabilística (traduzida nos dois requisitos existentes no Código desde sempre) com a subjetividade própria das normas contabilísticas (que se acentuou ainda mais com a entrada no nosso país de normas fortemente inspiradas nas normas internacionais de contabilidade), resultando numa sobreposição de perspetivas que não se pode defender.

Assim, e porque não se vê mérito legislativo na introdução do conceito de *provas objetivas de imparidade* num preceito legal que já as tinha objetivado ao incorporar o requisito temporal da mora e da existência de diligências para obtenção do crédito, o que vimos defender é a exclusão definitiva da expressão *provas objetivas de imparidade* da al. c) do n.º 1 do art. 28.º-B do CIRC.

Mais, os próprios critérios temporais referentes à mora são excessivos: é necessário que decorra um período temporal mínimo de dois anos para que se possa reconhecer na contabilidade a *perda por imparidade* a 100%. Ora, dois anos é um período temporal muito longo quando podemos estar a falar de uma entidade que até procedeu a todas as diligências e interpelações para o recebimento daquele crédito. Aliás, o próprio modelo das *perdas incorridas* é já de si suficientemente tardio, conforme acima se veio a analisar.

Claro está que a lei dá uma alternativa a toda essa “espera”, que se traduz num processo judicial, conforme as als. a) e b) do n.º 1 do mesmo art. 28.º-B do CIRC. Mas não podemos deixar de criticar esta solução, por se traduzir num quase “incentivo” à interposição de um processo judicial contra empresas que poderão estar a passar por dificuldades, mas com hipóteses de recuperar. Um processo judicial poderá “afundar” ainda mais a entidade devedora, para além de “cortar” as boas relações comerciais existentes entre essas duas entidades.

Daqui se retira que será fundamental atender à realidade pragmática e à prática do mundo empresarial e não somente a uma perspetiva que parece ter subjacente a desconfiança do sujeito passivo. Afigura-se necessário ter presente a realidade,

porquanto, muitas vezes, as empresas acreditam que a entidade devedora irá pagar e, em determinadas situações, poderá até mesmo ser necessário “atribuir” mais crédito para que essa mesma entidade se recupere – tal como demonstrado no já referido processo arbitral n.º 609/2017-T. Ora, a perspetiva constante no CIRC não abrange esta realidade, uma vez que obriga a entidade a aguardar durante um período mínimo de dois anos para que possa ver reconhecida na sua contabilidade aquele crédito (ainda que, de facto, existam as tais *provas objetivas de imparidade* e que tenham sido adotadas todas as diligências para a obtenção desse crédito), ou então, como alternativa, reclamar o seu crédito judicialmente. Ação judicial que, além de prejudicar a empresa devedora, levará a que a própria entidade credora incorra em custos judiciais com a interposição da ação e honorários de mandatário.

O regime contabilístico internacional evoluiu, tal como ficou demonstrado, para o novo regime das *perdas esperadas* (consagrado na *IFRS 9*). Também a tecnologia evoluiu, o que significa que existem mais meios de controlo da informação, da atividade e da contabilidade, pelo que não se compreende porque é que o regime das *perdas por imparidade* não deva acompanhar esta evolução.

Além da evolução *supra* referida, são também realizadas auditorias com regularidade e, portanto, o sujeito passivo deve poder beneficiar de um regime menos restritivo, ao invés de um regime rígido tendo por base a desconfiança dos sujeitos passivos por parte da Administração Fiscal. Atendendo aos meios existentes, a AT terá sempre a possibilidade de pôr em causa os critérios utilizados pelo sujeito passivo e verificar se os mesmos têm aderência à realidade. Caso não tenham, então será o sujeito passivo quem terá o ónus de prova da existência daquela *imparidade*, caso contrário, proceder-se-á ao seu *desreconhecimento* e à sua tributação.

Após a conclusão deste estudo, a nossa certeza é uma: é necessário alterar o CIRC de modo a que este se aproxime do regime contabilístico, ainda que não seja ao nível da *IFRS 9* – o que seria o desejado – mas, pelo menos, que se aproxime da *IAS 39*, limitando-se a objetivar a expressão *provas objetivas de imparidade* em dois requisitos, o temporal e o da existência de diligências (logo retirando essa mesma expressão uma vez que ela se concretiza nesses dois requisitos) e reduzindo os prazos dos requisitos temporais, tendo em conta que, tal como se afirmou, dois anos é demasiado tempo. Assim, sugerimos que, ao invés dos dois anos, se procedesse à alteração para apenas um ano.

Pretendendo-se ir mais longe que isto, sempre se poderia aceitar fiscalmente os créditos em *stage 2* na classificação implícita à *IFRS 9*, sendo desta forma necessário objetivar em um ou mais requisitos o nível de risco a considerar elevado para efeitos fiscais. Um requisito simples seria aceitar fiscalmente uma *perda de imparidade* em

créditos que, apesar de não estarem em mora, são sobre entidades com as quais se detêm outros créditos, esses sim já com *provas objetivas de imparidade* (ou seja, já em *stage 3*). É uma alteração simples que aqui vimos defender, com vista a uma aproximação desejada entre a mais recente evolução contabilística e a fiscalidade.

O nosso estudo ambiciona, assim, uma aproximação do modelo fiscal de aceitação das *perdas por imparidade em créditos* ao atual paradigma contabilístico.

## Conclusão

Do exposto ao longo desta dissertação podemos concluir, em primeiro lugar, que o direito fiscal português consagra uma relação de dependência parcial entre a fiscalidade e a contabilidade no apuramento do lucro tributável, a qual se presume desejável e à qual se pretende dar mais seguimento.

O art. 23.º, n.º 2, al. h) do CIRC aceita como um gasto fiscalmente dedutível as *perdas por imparidade*, desde que preenchidos os requisitos previstos nos arts. 28.º-A e 28.º-B do CIRC.

Também aqui, para verificar o preenchimento dos requisitos consagrados no art. 28.º-B do CIRC, é necessário atualmente recorrer ao regime contabilístico, baseado mais em princípios do que em regras, mais concretamente à NCRF 27, § 24 a 26, a qual se inspira na *IAS 39*.

Assim, o SNC consagra o modelo constante da *IAS 39*, ou seja, o modelo das *perdas incorridas*. De acordo com este modelo, é necessário que o evento ocorra para que se possa registar na contabilidade a *perda por imparidade*. Até entrar em vigor o SNC, a fiscalidade objetivou este evento em dois requisitos, o da mora e o da existência de diligências. Com o SNC, o legislador sobrepôs-lhe um elemento subjetivo herdado das *IAS*, retirando o racional lógico ao preceito fiscal.

Ora, mais tarde, a *IAS 39* foi substituída pela *IFRS 9*, a qual introduziu alterações que afetam essencialmente as instituições financeiras, mas também outras entidades, e cuja aplicação é obrigatória desde 1 de janeiro de 2018. Esta norma consagra um novo modelo, o chamado modelo das *perdas esperadas*. Tal como o próprio nome indica, de acordo com este modelo não é necessário esperar que o evento ocorra, devendo-se registar uma *perda de imparidade* com base em expectativas de perda, as quais deverão ser apuradas através de dados objetivos observáveis, inclusive dados históricos de outros créditos.

O novo modelo das *perdas esperadas* visa eliminar o *cliff-effect* causado pela aplicação da *IAS 39* e a adoção de uma postura de prevenção, reforçando a aplicação do princípio da *prudência* em caso de existência de uma crise económica, através do reconhecimento gradual das *perdas por imparidade em créditos*.

No entanto, este regime, em contrapartida, poderá levar a uma sobrecarga inicial de *perdas por imparidade* e ao seu reconhecimento em contraciclo, ou seja, as *perdas por imparidade* serão reconhecidas antes do ciclo económico se encontrar em contração, o que significa que as empresas irão apresentar resultados mais baixos e, posteriormente, caso a *perda esperada* não se confirme, apresentarão mais lucros.

Em resultado da *IFRS 9*, no CIRC apenas foi alterado o art. 28.º-C, não se tendo procedido a adaptações ao art. 28.º-A nem ao art. 28.ºB. Entendemos que, de modo a



que se possa aproximar ainda mais o regime fiscal da *IFRS 9*, o Código deveria sofrer alterações, passando a permitir-se o registo de uma *perda por imparidade esperada*. Não se verificando o risco previsto, após um período de 12 meses, proceder-se-ia à *reversão fiscal da imparidade* e ao consequente *desreconhecimento* do crédito.

Deste modo, o regime fiscal ficaria mais conforme com o regime contabilístico, o qual dá tradução às normas internacionais de contabilidade, sendo necessário alterar a concretização do *princípio da especialização dos exercícios*, através de uma diferente regra de imputação temporal do gasto / *imparidade*.

Mais, o CIRC, para além de estar longe de se atualizar de forma a andar a par com o regime contabilístico, peca por ser demasiado rígido, mesmo quanto ao regime da *IAS 39 (perdas incorridas)*, por exigir a existência de *provas objetivas de imparidade* para além de mora dos créditos e da existência de diligências efetuadas para obtenção do crédito. Estes dois requisitos mais não são do que a objetivação da expressão *provas objetivas de imparidade*, pelo que a duplicação de exigência deve ser anulada. Além disso, este regime deve ser criticado por implicar um período de dois anos para que a entidade possa reconhecer totalmente a *perda por imparidade*, mesmo quando procedeu a todas as diligências para cobrar esse crédito. A opção de interpor uma ação judicial não se afigura como adequada.

Face ao exposto, é forçoso concluir que o CIRC deveria sofrer alterações para ficar em conformidade com o regime contabilístico no tocante às *imparidades em créditos*. Porém, estamos conscientes de estarmos muito longe da, a nosso ver desejável, incorporação da *IFRS 9* nas regras de reconhecimento de *imparidades* constantes do Código.

Assim, com vista a uma aproximação do regime fiscal com o regime contabilístico de modo a diminuir a rigidez e exigência do regime atual, e para uma melhor compreensão do que aqui foi analisado e se propõe como modelo de alteração, tenha-se em consideração a tabela *infra*.

|                                  | <b>NCRF 27</b>                                                          | <b>IFRS 9</b>                                                                             | <b>Enquadramento fiscal proposto</b>                                                                                                                                                                                            |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Modelo da perda incorrida</b> | Perda incorrida estimada com base em evidências objetivas de imparidade | <b>Stage 3</b><br>Perda incorrida estimada com base em evidências objetivas de imparidade | Perda de imparidade aceite fiscalmente com a concretização de provas objetivas de imparidade em dois requisitos: o requisito temporal da mora (ajustado a apenas 1 ano) e a existência de diligências para obtenção do crédito. |
| <b>Modelo da perda esperada</b>  |                                                                         | <b>Stage 2</b><br>Perda estimada dada por elevado risco de crédito                        | Perda de imparidade aceite fiscalmente com a concretização de risco elevado de crédito dado pela existência de créditos em imparidade sobre a mesma entidade.                                                                   |
|                                  |                                                                         | <b>Stage 1</b><br>Perda estimada para os próximos 12 meses                                | Não aceite fiscalmente                                                                                                                                                                                                          |

*Imagem 5:* Proposta de alteração do enquadramento fiscal para uma aproximação do modelo fiscal das perdas por imparidade em créditos ao atual paradigma contabilístico

## Bibliografia

ABAD, J. & SUAREZ, J. (2017). Assessing the cyclical implications of IFRS 9 – a recursive model. *ESRB Occasional Paper Series*, no. 12.

ANACORETA, L. (2009). SNC vs POC – Uma primeira abordagem. *Contabilidade – Revisores e Auditores*, jul/set, pp 28-42.

ANTUNES, J.E. (2018). *Direito da contabilidade*. Coimbra: Edições Almedina.

BORGES, A., RODRIGUES, R. & RODRIGUES, J.A. (2014). *Elementos de contabilidade geral*, 26.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Áreas Editora.

CEJ (2018). *Princípios de contabilidade financeira e fiscal*. Formação Contínua, janeiro. [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_PrincipiosContabFF.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_PrincipiosContabFF.pdf).

CELORICO PALMA, C. (2011). Algumas considerações sobre as relações entre a contabilidade e a fiscalidade, In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, pp 625 e ss.

COURINHA, G.L. (2019). *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*. Coimbra: Almedina.

Deloitte (2016). *IFRS 9, Financial instruments, IAS PLUS*, <https://www.iasplus.com/en/standards/ifrs/ifrs9>.

EY (2014). *Impairment of financial instruments under IFRS 9 – Applying IFRS*, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Applying\\_IFRS:\\_Impairment\\_of\\_financial\\_instruments\\_under\\_IFRS\\_9/\\$FILE/Apply-FI-Dec2014.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Applying_IFRS:_Impairment_of_financial_instruments_under_IFRS_9/$FILE/Apply-FI-Dec2014.pdf).

GAMEIRO, A.R., MOITA, N.M. & PIMENTEL, L.M. (2019). *Manual de contabilidade para juristas*. Coimbra: Edições Almedina.

KPMG (2016). *IFRS 9, Instrumentos Financeiros – Novas regras sobre a classificação e mensuração de ativos financeiros, incluindo a redução no valor recuperável*, , Brasil, disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3798394/mod\\_resource/content/o/ifrs%209-em-destaque-01-16.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3798394/mod_resource/content/o/ifrs%209-em-destaque-01-16.pdf).

KUND & RUGILO (2020). *Does IFRS 9 increase financial stability?* In SSRN.

LEITE DE CAMPOS, D., RODRIGUES, B.S. & SOUSA, J.L. (2012). *Lei Geral Tributária anotada e comentada*, 4.<sup>a</sup> Edição. Encontros da Escrita Editora.

LOPES, C.R. et al. (2020). *Manual de contabilidade*. Forte da Casa: Escolar Editora.

LOUSA, M.P. (1986). Alguns contributos para a revisão fiscal das provisões. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 331/333, pp. 119.

LOUSA, M.P. (1998). *A regulamentação das provisões no Código do IRC (CIRC)*. Fisco, n.º 3, dezembro, pp 6.

MARQUES, R. (2019). *Código do IRC, anotado e comentado*. Coimbra: Edições Almedina.

MENDES, A.R. (2016). *IRC e as reorganizações empresariais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MORAIS, R.D. (2009). *Apontamentos ao IRC*. Coimbra: Edições Almedina.

MORAIS, R.D. (2017). *Apontamentos ao IRC, versão provisória* (disponibilizada apenas aos alunos).

- NABAIS, J.C. (2019). *Manual de direito fiscal*, 11.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- NOBES (2005). Rules-based standards and the lack of principles in accounting. *Accounting Horizons*, vol. 19, no. 1, pp. 25-32.
- NOOR, O'H. & WEIJIA (2015). *Expected-loss based accounting for the impairment of financial instruments: The FASB and IASB IFRS 9 approaches*. Lancaster University.
- NOVONTY-FARKAS (2016). The interaction of the IFRS 9 expected loss approach with supervisory rules and implications for financial stability. *Accounting in Europe*, vol. 13, no. 2, pp. 26-27.
- PINHEIRO PINTO, J.A. (2011). *Fiscalidade*, 5.<sup>a</sup> Edição. Porto: Areal Editores, S.A.
- PwC (2017). *IFRS 9, Financial instruments – Understanding the basics*, brochura, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/ifrs/publications/ifrs-9/ifrs-9-understanding-the-basics.pdf>.
- PwC (2019). *IFRS 9, Instrumentos financeiros – Corporate*. Lisboa.
- PwC (2018). *Sinopse normativa internacional, Guia 2018/2019, Brasil*, <https://www.pwc.com.br/pt/guia/assets/2018/sinopse-normativa-internacional-iasb.pdf>.
- RODRIGUES, A.M. & TAVARES, T.C. (2018). *SNC, Sistema de Normalização Contabilística*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- RODRIGUES, J. (2015). *Sistema de Normalização Contabilística, SNC explicado*, 5.<sup>a</sup> Edição. Porto: Porto Editora.
- SANCHES, J.L.S. (2001). *Manual de direito fiscal*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANTOS, L. (2017). *Divergência entre a contabilidade e a fiscalidade: Análise e implicações*. Tese de Mestrado em Contabilidade. Aveiro: Universidade de Aveiro.
- SILVA, E.S. (2014). *Instrumentos financeiros – Abordagem contabilística*. Porto: Vida Económica.
- SILVA, E.S. (2017). *IFRS 9 – Instrumentos financeiros, Introdução às regras de reconhecimento e mensuração*. Porto: Vida Económica.
- SILVA, E.S., MOTA, C. & e PEREIRA, A. *IFRS 9 – Instrumentos financeiros: abordagem e impactos previsíveis do novo modelo de mensuração e registo de perdas de crédito*, OCC, [https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais\\_site/220.pdf](https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais_site/220.pdf).
- TAVARES, T.C. (1999). Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: Algumas reflexões ao nível dos custos. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 396, pp 62-63.
- TAVARES, T.C. (2011). Especialidades fiscais no incumprimento da especialização dos exercícios. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 4, pp 249.
- TAVARES, T.C. (2018). *IRC e contabilidade, da realização ao justo valor*, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS FERNANDES, F. (2018). O balanço fiscal como Tatbestand na tributação do lucro empresarial. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.ºs 3 e 4, pp 156-157.
- VASQUES, S. (2018). *Manual de direito fiscal*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA DOS REIS, J. Direito e contabilidade. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 6, n.º 3, outono, pp. 25 e ss.

## JURISPRUDÊNCIA

### Supremo Tribunal Administrativo:

Acórdão do STA, processo n.º 0716/13, de 14 de março de 2018, relatado pelo Juiz Conselheiro Pedro Delgado.

Acórdão do STA, processo n.º 0652/14, de 28 de janeiro de 2015, relatado pelo Juiz Conselheiro Aragão Seia.

Acórdão do STA, processo n.º 0164/12, de 04 de setembro de 2013, relatado pelo Juiz Conselheiro Francisco Rothes.

Acórdão do STA, processo n.º 0101/03, de 30 de abril de 2003, relatado pelo Juiz Conselheiro Baeta de Queiroz.

Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### CAAD:

Decisão Arbitral n.º 666/2018-T, de 14 de outubro de 2019, proferida pelo tribunal coletivo composto pelo Conselheiro Jorge Lopes de Sousa (árbitro presidente), Prof. Doutor Elísio Brandão e Prof. Doutor Gustavo Courinha (árbitros vogais).

Decisão Arbitral n.º 334/2018-T, de 14 de março de 2019, proferida pelo tribunal coletivo composto pela Conselheira Fernanda Maças (árbitro presidente), Dr. Paulo Quinas Raposeiro e Dr. Ricardo Rodrigues Pereira (árbitros vogais).

Decisão Arbitral n.º 320/2018-T, de 12 de abril de 2019 proferida pelo tribunal coletivo composto pelo Conselheiro Carlos Alberto Fernandes Cadilha (árbitro presidente), Dr. Luciano dos Santos Carvalho e Dr. Jorge Carita (árbitros vogais).

Decisão Arbitral n.º 609/2017-T, de 30 de outubro de 2018, proferida pelo tribunal coletivo composto pelo Conselheiro Jorge Lopes de Sousa (árbitro presidente), Prof. Doutor Rui Duarte Morais e Prof. Doutor Henrique Fiúza (árbitros vogais).

Decisão Arbitral n.º 233/2017-T, de 24 de outubro de 2017, proferida pelo tribunal coletivo composto pelo Conselheiro Jorge Lopes de Sousa (árbitro presidente), Prof.<sup>a</sup> Doutora Leonor Fernandes Ferreira e Prof.<sup>a</sup> Doutora Glória Teixeira (árbitros vogais).

Decisão Arbitral n.º 271/2014-T, de 17 de outubro de 2014, proferida pelo tribunal singular composto pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Suzana Fernandes da Costa.

Todas disponíveis em [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt).

**Os deveres de controlo do empregador  
em matéria de tempo de trabalho**

Hugo André Alves Vieira Marques

Sob a orientação da Professora  
Doutora Catarina Carvalho

Aos meus pais, por tudo

“É uma referência ao tempo de trabalho útil da pessoa. Quando se diz que alguma coisa está velha — seja gente, um pano ou uma mesa — estamos a falar do tempo de serviço que ela durou. Porque na nossa cultura temos a mania de que a vida foi feita para trabalhar ou prestar serviço e não de que a vida se fez para se viver.”

Agostinho da Silva, em resposta à pergunta “o que é ser velho?”

*Hora da Verdade, RTP2, 10 de novembro de 1988*



## **Agradecimentos**

Antes de mais, gostaria de agradecer à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, por tudo. Trata-se de uma instituição de uma nobreza inqualificável que me proporcionou (e continua a proporcionar), certamente, o período mais feliz da minha vida. Muito do que sou hoje, devo-o a esta entidade, a minha segunda casa. Aqui cresci e desenvolvi características fundamentais para o meu futuro, do foro pessoal, do foro académico e do foro profissional. Aqui me tornei um Homem. Por isso, um agradecimento muito especial a esta *mui* nobre instituição e a todas as pessoas que dela fazem parte.

O meu agradecimento à Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho, pela brilhante coordenação do Mestrado em Direito do Trabalho e pela forma rigorosa e exemplar como orientou esta Dissertação, tendo sempre em conta os objetivos ambiciosos a que me propus. Pela disponibilidade e paciência que demonstrou ao longo do último ano e pela forma como, sem saber, foi capaz de converter o meu estado de espírito, brindando-o com uma dose reforçada de ânimo e empenho.

Ao Professor Doutor Guilherme Dray e ao Mestre Duarte Abrunhosa e Sousa, pela prontidão que demonstraram em ajudar um jovem que mal conheciam.

Aos meus pais, pela educação e pelo amor que me deram e continuam a dar. Ao espírito de sacrifício e disponibilidade incessante do meu pai e ao carinho da minha mãe. Por serem o principal pilar do edifício que vou construindo. Em especial, pelo esforço financeiro e pelo sacrifício pessoal a que se prestaram para permitir que o seu filho conseguisse ter uma formação académica de excelência.

Aos meus amigos, particularmente ao João e à Sofia, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que esta Dissertação chegasse a bom porto.

## **Resumo**

O advento dos instrumentos de flexibilidade do tempo de trabalho potenciou a imprevisibilidade da jornada laboral e a consequente intensificação da necessidade de controlar a mesma de forma clara e precisa. Este controlo visa garantir o cabal cumprimento das normas relativas à duração e organização do tempo de trabalho, estando indiretamente ligado a vários princípios basilares do Direito do Trabalho, nomeadamente o princípio da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal e o princípio da segurança e saúde no trabalho. Além disso, este controlo promove a eficácia da atividade inspetiva e proporciona ao trabalhador um precioso meio de prova.

Em primeira instância, é sobre o empregador, enquanto parte essencial da relação laboral, que impendem os deveres de controlo do tempo de trabalho dos seus trabalhadores, podendo estes assumir três modalidades distintas. Relativamente ao controlo do horário de trabalho, deve o empregador elaborar um mapa de horário de trabalho que deve estar afixado num local bem visível no seio do local de trabalho em causa. O controlo da jornada de trabalho *per se* é feito através do registo de tempos de trabalho, modalidade que mais querelas tem levantado nos últimos tempos. Finalmente, é através do registo de trabalho suplementar que se controlam os seus limites e fundamentos. Estes mecanismos de controlo configuram dados pessoais do trabalhador, pelo que se impõe especiais cuidados na sua elaboração e manutenção.

**Palavras-chave:** Tempo de trabalho; mecanismos de controlo do tempo de trabalho; mapa de horário de trabalho; registo de tempos de trabalho; registo de trabalho suplementar; dados pessoais do trabalhador.

## **Abstract**

The advent of working time flexibility instruments increased the unpredictability of the workday and the consequent intensification of the need to control it in a clear and precise way. This control ensures compliance with the rules of duration and organization of working time and is indirectly linked to several basic principles of Labour Law, especially the principle of conciliation between professional life and family and personal life, and the principle of safety and health at work. In addition, this control promotes the efficiency of inspective interventions and provides the worker with a precious means of proof.

In the first instance, it is employers' duty, as an essential part of the employment relationship, to control the working time of their workers, a task that can be carried out in three different modalities. Regarding the control of the working schedule, the employer must prepare a work schedule map, which has to be posted in a visible location within the respective workplace. The control of the workday, in itself, is done through the registration of working hours, the modality that has triggered the most quarrels in recent times. Finally, it is through overtime records that the legal overtime limits and grounds are monitored. These control mechanisms constitute workers' personal data, which imposes special cares in their creation, as well as in their maintenance.

**Keywords:** Working time; work-time control mechanisms; working schedule map; working time records; overtime records; employees' personal data.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|                          |                                                                                                                                                               |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.                      | Acórdão                                                                                                                                                       |
| ACT                      | Autoridade para as Condições do Trabalho                                                                                                                      |
| AEA                      | Associação das Companhias Aéreas Europeias                                                                                                                    |
| AG                       | Advogado-Geral                                                                                                                                                |
| AICA                     | Associação Internacional de Chárteres Aéreos                                                                                                                  |
| Al./ als.                | alínea/ alíneas                                                                                                                                               |
| AN                       | Audiência Nacional                                                                                                                                            |
| AR                       | Assembleia da República                                                                                                                                       |
| Art./ arts.              | Artigo/ artigos                                                                                                                                               |
| BTE                      | Boletim do Trabalho e do Emprego                                                                                                                              |
| CC                       | Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25/11, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 85/2019, de 3/9                                     |
| CCOO                     | Federación de Servicios de Comisiones Obreras                                                                                                                 |
| CDESC                    | Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais                                                                                                           |
| CDFUE                    | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia                                                                                                             |
| CEDH                     | Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13/10                                                               |
| Cfr.                     | Conforme                                                                                                                                                      |
| CNPD                     | Comissão Nacional de Proteção de Dados                                                                                                                        |
| Consult.                 | Consultado                                                                                                                                                    |
| Convenção n.º 1 da OIT   | Convenção n.º 1 da OIT, aprovada pelo DL n.º 15361, de 3/4/1928 e ratificada pela Carta de confirmação e ratificação de 8/9/1928                              |
| Convenção n.º 155 da OIT | Convenção n.º 155 da OIT, aprovada e ratificada pelo Decreto do Governo n.º 1/85, de 16/1                                                                     |
| CPC                      | Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/6, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 117/2019, de 13/9                        |
| CRP                      | Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10/4/1976, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 1/2005, de 12/8                  |
| CSE                      | Carta Social Europeia                                                                                                                                         |
| CSER                     | Carta Social Europeia Revista, aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 64-A/2001, de 17/10 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 54-A/2001, de 17/10 |
| CT                       | Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/2, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 93/2019, de 4/9                                 |

|                  |                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CT2003           | Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 59/2008, de 11/9                                                                                     |
| Diretiva 1999/63 | Diretiva 1999/63/CE do Conselho, de 21/6, respeitante ao acordo relativo à organização do tempo de trabalho dos marítimos celebrado pela ECSA e pela FST                                                           |
| Diretiva 2000/79 | Diretiva 2000/79/CE do Conselho, de 27/11, respeitante à aplicação do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel de aviação civil, celebrando pela AEA, a ETF, a ECA, a ERA e a AICA |
| Diretiva 2002/15 | Diretiva 2002/15/CE do Conselho, de 11/3, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário                                                           |
| Diretiva 2003/88 | Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4/11, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho                                                                              |
| Diretiva 89/391  | Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12/7, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho                                                   |
| Diretiva 95/46   | Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados  |
| DL               | Decreto-lei                                                                                                                                                                                                        |
| DLGs             | Direitos, Liberdades e Garantias                                                                                                                                                                                   |
| DPR              | Decreto do Presidente da República                                                                                                                                                                                 |
| DR               | Decreto Regulamentar                                                                                                                                                                                               |
| DUDH             | Declaração Universal dos Direitos do Homem                                                                                                                                                                         |
| ECA              | Associação Europeia do Pessoal Navegante                                                                                                                                                                           |
| ECSA             | Associação de Armadores da Comunidade Europeia                                                                                                                                                                     |
| EM               | Estado-Membro                                                                                                                                                                                                      |
| ERA              | Associação das Companhias Aéreas das Regiões da Europa                                                                                                                                                             |
| ERCT             | Estruturas de representação coletiva dos trabalhadores                                                                                                                                                             |
| ET               | Estatuto de los Trabajadores, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23/10, com todas as alterações legislativas até ao Real Decreto-Ley 8/2019                                                         |
| ETF              | Federação Europeia dos Trabalhadores dos Transportes                                                                                                                                                               |
| FENAME           | Federação Nacional do Metal                                                                                                                                                                                        |

|                              |                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FSSP                         | Federação dos Sindicatos do Setor da Pesca                                                                                                                                                                                                                       |
| FST                          | Federação dos Sindicatos dos Transportes da União Europeia                                                                                                                                                                                                       |
| IGT                          | Inspeção-Geral do Trabalho                                                                                                                                                                                                                                       |
| IRCT                         | Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho                                                                                                                                                                                                               |
| LCT                          | Lei do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24/11/1969                                                                                                                                                                                  |
| LDT                          | Lei da Duração do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 409/71, de 27/9                                                                                                                                                                                        |
| LTS                          | Lei do Trabalho Suplementar, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 421/83, de 12/2                                                                                                                                                                                       |
| ME                           | Memorando de Entendimento                                                                                                                                                                                                                                        |
| N.º                          | Número                                                                                                                                                                                                                                                           |
| OIT                          | Organização Internacional do Trabalho                                                                                                                                                                                                                            |
| ONU                          | Organização das Nações Unidas                                                                                                                                                                                                                                    |
| PEDS                         | Pilar Europeu dos Direitos Sociais                                                                                                                                                                                                                               |
| PIDESC                       | Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Resolução da AR n.º 3/2013, de 21/1 e ratificado pelo Decreto do PR n.º 12/2013, de 21/1                                                                                    |
| PR                           | Presidente da República                                                                                                                                                                                                                                          |
| Proc.                        | Processo                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Protocolo Adicional 1995     | Protocolo Adicional à CSE de 1995, aprovado para ratificação pela Resolução da AR n.º 69/97, de 6/12 e ratificado pelo Decreto do PR n.º 72/97, de 6/12                                                                                                          |
| Protocolo Facultativo PIDESC | Protocolo Facultativo ao PIDESC, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2013, de 21/01 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 12/2013, de 21/01                                                                              |
| RDL                          | Real Decreto-Ley                                                                                                                                                                                                                                                 |
| RGPD                         | Regulamento Geral de Proteção de Dados – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados |
| SITESE                       | Sindicato dos Trabalhadores e Técnicos de Serviços, Comércio, Restauração e Turismo                                                                                                                                                                              |
| STE                          | Supremo Tribunal Espanhol                                                                                                                                                                                                                                        |
| TC                           | Tribunal Constitucional                                                                                                                                                                                                                                          |
| TCE                          | Tribunal Constitucional Espanhol                                                                                                                                                                                                                                 |
| TEDH                         | Tribunal Europeu dos Direitos Humanos                                                                                                                                                                                                                            |

|      |                                         |
|------|-----------------------------------------|
| TJ   | Tribunal de Justiça (da União Europeia) |
| TRL  | Tribunal da Relação de Lisboa           |
| TRP  | Tribunal da Relação do Porto            |
| TTC  | Tribunal de Trabalho da Covilhã         |
| TTP  | Tribunal de Trabalho de Portimão        |
| TTV  | Tribunal de Trabalho de Viseu           |
| TUE  | Tratado da União Europeia               |
| EU   | União Europeia                          |
| Vol. | Volume                                  |

## **Indicações de leitura**

Todos os artigos referidos ao longo da Dissertação que não contem com a indicação expressa do diploma a que se referem dizem respeito à mais recente versão do Código do Trabalho de 2009, salvo se outra conclusão se tirar do contexto.

No que toca aos diplomas internacionais e europeus utilizados, os respetivos diplomas de aprovação e ratificação encontram-se na lista de siglas e abreviaturas, assim como a designação completa das Diretivas mencionadas.

As referências jurisprudenciais mencionadas ao longo do trabalho contemplarão apenas o órgão decisor e a data da decisão, exceção feita aos acórdãos do Tribunal Constitucional, que serão identificados através do respetivo número. A informação completa dos acórdãos constará da lista de jurisprudência no final da Dissertação.



# Índice

I. Introdução

II. Enquadramento jurídico

1. Direito internacional

2. Direito europeu

2.1. Conselho da Europa

2.2. Direito da UE

3. Direito nacional

III. Os deveres de controlo temporal do empregador no Código do Trabalho

1. Mapa de horário de trabalho e respetiva afixação

2. Registo de tempos de trabalho

2.1. Considerações gerais

2.2 O regime legal do art. 202º: em especial, os conceitos de local acessível e consulta imediata

2.2. O registo de tempos de trabalho e os dados pessoais do trabalhador

3. Registo de trabalho suplementar

Conclusão

Bibliografia

Lista de jurisprudência

Outros elementos

## I. Introdução

“*Time is money*”<sup>2251</sup>. Foi através desta máxima intemporal que, no século XVIII, Benjamin Franklin alicerçou as suas recomendações aos jovens comerciantes. Num momento em que a conjuntura atual do modelo laboral se caracteriza pelas necessidades empresariais de produção massificada provocadas pelo fenómeno da globalização, cremos que esta premissa nunca fez tanto sentido. Esta ideia pode, facilmente, desdobrar-se em duas vertentes aparentemente antagónicas. Para o empregador, o tempo é dinheiro e, portanto, existe uma necessidade absolutamente fundamental de rentabilizar o tempo despendido com o trabalho tendo em vista a maximização do lucro. Quanto ao trabalhador, o tempo é dinheiro e, conseqüentemente, impõe-se, para total salvaguarda dos seus interesses, que todo o tempo que este vende ao empregador<sup>2252</sup> seja devidamente recompensado. Além disso, convém referir que, do ponto de vista do trabalhador enquanto pessoa humana, nem todo o tempo pode ser dinheiro, isto é, o seu tempo de vida não se pode traduzir apenas em *working time*, uma vez que, atualmente, existe uma preocupação acrescida com os valores da segurança e saúde no trabalho, que se traduz na imposição de limites à jornada laboral, de forma a garantir o repouso, a conciliação do trabalho com a família e o lazer do trabalhador.

O tema que dá corpo a esta dissertação surge quando o foco recai na perspetiva do trabalhador mencionada *supra*. De facto, diretamente associada à necessidade de proteção dos múltiplos interesses do trabalhador no que toca ao *tempus laborem* está uma necessidade cuja importância se tem revelado cada vez maior, no sentido de controlar esse mesmo *tempus*. Este controlo, que por norma é efetuado pela entidade empregadora, e que pode revestir diversas modalidades, visa, no fundo, garantir o cumprimento das normas legais no que toca ao tempo de trabalho, conferindo à autoridade inspetiva competente um expediente mais ágil e eficaz no momento da verificação desse mesmo cumprimento, assim como assegurando ao trabalhador um palpável meio de prova. Os deveres de controlo do empregador no contexto do tempo de trabalho, enquanto prestações de cariz secundário na densa teia que é o “tecido normativo laboral”<sup>2253</sup>, apresentam-se, assim, como um mecanismo fundamental naquela que é uma das mais relevantes e complexas vertentes do direito do trabalho, o tempo de trabalho.

Não obstante o que foi dito acima, convém salientar que nem todas as modalidades de controlo do tempo de trabalho contam com uma tradição legislativa

---

<sup>2251</sup> Franklin, 1748, p. 375.

<sup>2252</sup> Cfr. Amado, 2019, p. 219.

<sup>2253</sup> Cordeiro, 2019, p. 417. Segundo o autor (2019, p. 429), as prestações secundárias configuram deveres de conduta que estão “determinados e concretizados *ab initio*” e que podem estar “previstos no contrato ou derivar da lei”.

assinalável. Aliás, no plano internacional e europeu, raras são as vezes em que é feita menção expressa a estes mecanismos, cujo arrimo aparece tácita e indiretamente ligado a princípios basilares destes ordenamentos, como sejam o princípio da segurança e saúde no trabalho ou o princípio da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar (exceção feita ao registo de trabalho suplementar). A jurisprudência acaba, assim, por ter um papel reforçado, auxiliando a concretizar e modernizar determinados conceitos não desenvolvidos detalhadamente pelos vários legisladores.

Com a realização deste trabalho pretendemos fazer uma análise cuidada e ponderada dos vários mecanismos de controlo do tempo de trabalho. Para tal, numa primeira fase, afigura-se essencial um estudo do enquadramento jurídico desta temática à luz do direito internacional, europeu e nacional, de forma a melhor compreender a *ratio* destes mecanismos. Este roteiro criará as condições necessárias para permitir uma melhor assimilação da segunda fase deste trabalho, em que serão analisados individualmente cada um dos mecanismos de controlo do tempo de trabalho presentes no CT. Assim, começaremos por abordar o mapa de horário de trabalho e a sua respetiva afixação. Seguidamente, as nossas atenções voltar-se-ão para o registo de tempos de trabalho, enquanto “concretização indireta do direito a um limite máximo de jornada de trabalho”<sup>2254</sup> e, quiçá, a modalidade que tem levantado mais querelas nos últimos tempos. Por esta razão, decidimos que esta modalidade seria merecedora de especial enfoque e, por isso, decidimos abordar algumas questões que, sendo transversais a todas as modalidades, adquirem particular pertinência neste contexto, como é o caso da proteção de dados pessoais. Por fim, e antes de tecermos as nossas considerações finais, analisaremos o registo de trabalho suplementar. Este estudo será acompanhado, sempre que possível, pelas várias posições doutrinárias em contenda, assim como por decisões jurisprudenciais que consideremos relevantes.

Nestes considerandos embrionários, não podemos deixar de referir as várias transformações e reformas que têm impactado o direito laboral e que, naturalmente, colocam vários desafios ao *modus operandi* e à própria subsistência dos mecanismos de controlo do tempo de trabalho conforme os conhecemos<sup>2255</sup>. De facto, assistimos, hoje, a uma “obsolescência do modelo típico de trabalhador que suportou a criação do próprio Direito do Trabalho”<sup>2256</sup>. A indústria 4.0 e as novas formas de organização do trabalho colocam vários obstáculos a estes mecanismos, obstáculos esses que, porventura, levarão

---

<sup>2254</sup> Sousa, 2018, p. 145.

<sup>2255</sup> Um dos mais recentes desafios prende-se com o aumento exponencial das relações laborais que, nos últimos meses, passaram a ser exercidas através do regime de teletrabalho, com vista à mitigação do novo coronavírus. Este cenário reacendeu o debate relativamente aos poderes (e deveres) do empregador no que toca ao controlo não só do desempenho profissional, mas também do tempo de trabalho e ao facto de o seu exercício poder implicar uma ingerência injustificada na vida pessoal do trabalhador.

<sup>2256</sup> Xavier, 2005, p. 155.

à sua total remodelação. Desta feita, seria muito interessante, se este estudo não padecesse de constrangimentos dimensionais, analisar o impacto que aquilo que alguma doutrina tem vindo a chamar de *uberização* das relações laborais<sup>2257</sup> possa vir a ter nos mecanismos de controlo do tempo de trabalho. Humildemente, e sem frustrar a possibilidade de fazermos esta análise no futuro, remeter-nos-emos ao estudo destes mecanismos na sua vertente mais clássica.

## II. Enquadramento jurídico

### 1. Direito internacional

Não sendo uma temática recente, remontando à parte terminal do século XX, a “internacionalização das questões relativas às condições do trabalho”<sup>2258</sup> vem adquirindo uma importância reforçada nos últimos tempos, principalmente tendo em conta as novas formas de organização do trabalho decorrentes da indústria 4.0. A “variedade dos sistemas e das culturas”<sup>2259</sup> torna esta internacionalização particularmente complicada. Ainda assim, cremos que a existência de fontes internacionais de cariz laboral se afigura absolutamente determinante para acautelar os problemas derivados da globalização, garantindo condições de trabalho mínimas e impedindo o *dumping* social<sup>2260</sup>.

Relativamente ao arrimo internacional dos mecanismos de controlo do tempo de trabalho convém salientar, como já referimos acima, que a sua regulação nem sempre decorre diretamente das normas constantes das várias convenções internacionais que analisaremos. Aliás, apenas o registo de trabalho suplementar encontra manifesta previsão no direito internacional. No que toca ao registo de tempos de trabalho, a sua existência aparece umbilicalmente ligada ao princípio da segurança e saúde no emprego, bem como aos direitos ao repouso e à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. De facto, facilmente se compreende, como veremos com mais detalhe adiante, que o registo de tempos de trabalho é um instrumento essencial para assegurar o cumprimento dos limites legais no que toca à “determinação quantitativa da prestação de trabalho”<sup>2261</sup>. No fundo, a *ratio* destes mecanismos está alicerçada em dois vetores: por um lado, a “necessária limitação da heterodisponibilidade do trabalhador, em nome da liberdade e da dignidade pessoal”<sup>2262</sup>, e, por outro, a própria “proteção da vida e da integridade física e psíquica das pessoas que trabalham”<sup>2263</sup>. Tendo presente este axioma,

---

<sup>2257</sup> Neste sentido, veja-se, por todos, Namora, 2017, p. 36.

<sup>2258</sup> Xavier, 2018, p. 1071.

<sup>2259</sup> Xavier, 2018, p. 1072.

<sup>2260</sup> Cfr. Xavier, 2018, p. 1072.

<sup>2261</sup> Fernandes, 2019, p. 489.

<sup>2262</sup> Fernandes, 2019, p. 490.

<sup>2263</sup> Fernandes, 2019, p. 490.

vejamos, então, quais os instrumentos internacionais que versam (direta ou indiretamente) sobre os mecanismos de controlo mencionados *supra*.

De um ponto de vista genérico, estatui a DUDH, no seu art. 24.º, que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho”. Esta norma, que espelha bem a necessidade primordial deste diploma, no sentido de responder às consequências da Segunda Grande Guerra, acaba por sintetizar de forma precisa os dois vetores fundamentais que legitimam a necessidade de mecanismos de controlo do tempo de trabalho, sem nunca os mencionar de forma expressa<sup>2264</sup>. Repare-se que esta norma transpõe para o plano laboral o princípio da dignidade da pessoa humana constante do art. 1.º da DUDH que, no fundo, acaba por estar na génese do próprio direito laboral, atendendo às particularidades da relação de trabalho, nomeadamente à posição de inferioridade em que se encontra o trabalhador em face do empregador. O art. 16.º, n.º 2 da CRP acaba por fortificar o valor da DUDH, porquanto estatui que os “preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH”.

Outro diploma com relevância laboral adotado no âmbito da ONU é o PIDESC, cuja importância é indiscutível na medida em que ajuda a concretizar, entre outros, o art. 24.º da DUDH. As als. b) e d) do seu art. 7.º são particularmente importantes, já que consagram o direito à segurança e higiene no trabalho e o direito ao descanso, ao ócio e à limitação razoável das horas de trabalho. O seu art. 12.º também é de particular interesse, uma vez que, não aludindo expressamente ao plano jurídico-laboral, consagra o direito às melhores condições possíveis quanto à saúde física e mental. Ora, a saúde do trabalhador é uma das razões que leva à limitação da jornada de trabalho, sendo que os mecanismos de controlo servem exatamente para monitorizar o cumprimento dessas limitações. Não obstante o contributo do PIDESC para o afloramento das disposições internacionais de cariz laboral, a verdade é que durante várias décadas se criticou este instrumento, porquanto a ausência de um mecanismo de reclamações criava “dificuldades significativas na possibilidade do CDESC desenvolver jurisprudência” e limitava “as possibilidades das vítimas de abusos do PIDESC de obterem proteção internacional”<sup>2265</sup>. A partir de maio de 2013 entrou em vigor um Protocolo Facultativo ao PIDESC que reconheceu competência ao CDESC para, nos termos dos seus arts. 1.º e 2.º, receber e apreciar comunicações de indivíduos que aleguem ser vítima de uma violação, levada a cabo por um Estado Parte, de um dos direitos consagrados no PIDESC. Desde

---

<sup>2264</sup> Cfr. Swepston, 2014, p. 133. Segundo o autor, com o século XXI a organização temporal do trabalho tornou-se extraordinariamente mais complexa, sendo que o limite diário da jornada laboral continua a ser absolutamente essencial para garantir que os trabalhadores disponham de tempo de descanso e tempo para a sua vida familiar e pessoal.

<sup>2265</sup> Brás, 2016, p. 208.

então, as críticas redirecionaram-se para o facto de “o exame das comunicações ser rodeado de grandes precauções”<sup>2266</sup> que dificultam bastante a possibilidade de acionar este mecanismo, como é o caso dos obstáculos impostos à transparência e à publicidade do processo, já que as decisões têm lugar à porta fechada e não são publicadas.

Finalmente, com particular interesse para o tema que nos propomos a abordar e para o direito internacional laboral temos a OIT, uma organização criada há mais de 100 anos que, através das suas convenções e recomendações, tem vindo a descortinar os mais complexos problemas emergentes da relação de trabalho. Atente-se no facto de a convenção n.º 1 da OIT, que remonta ao ano de 1919 e que foi ratificada por Portugal em 1928, já referir de forma expressa o registo de trabalho suplementar. Esta convenção, destinada a regular a duração do trabalho na indústria, estabelece, no seu art. 8.º, al. c), que o patrão (empregador) deve “inscrever num registo, segundo o modo aprovado pela legislação de cada país ou por regulamento da autoridade competente, todas as horas suplementares efetuadas”, com a finalidade de facilitar a aplicação das disposições constantes da convenção, nomeadamente os seus arts. 3.º e 6.º<sup>2267</sup>.

No que toca às restantes convenções da OIT, muitas são as que, de forma indireta, abordam os instrumentos de controlo do tempo de trabalho através de preceitos atinentes à segurança e saúde no trabalho, direito ao repouso e ao lazer, limitação da duração de trabalho ou mesmo trabalho suplementar<sup>2268</sup>.

Para além das convenções, a OIT também emite recomendações que não são mais do que meras orientações que visam adstringir os Estados a “adotar medidas tendentes a certos resultados”<sup>2269</sup>. Gostaríamos de destacar a recomendação n.º 161, relativa à duração do trabalho e períodos de descanso no transporte rodoviário, que dispõe, no seu trigésimo parágrafo, que o empregador deve elaborar um registo das horas de trabalho e de descanso de todos os seus trabalhadores que se enquadrem no âmbito de aplicação da recomendação *in casu*.

---

<sup>2266</sup> Brás, 2016, p. 208.

<sup>2267</sup> No mesmo sentido, veja-se a convenção n.º 30, relativa à duração do trabalho no comércio e escritórios. Esta convenção nunca chegou a ser ratificada por Portugal, não tendo as suas disposições força vinculativa no ordenamento jurídico português. Não obstante, importa ter em conta o seu art. 11.º, n.º 2, al. c), que diz respeito ao registo de trabalho suplementar.

<sup>2268</sup> A título de exemplo, veja-se a convenção n.º 155 da OIT, sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores, nomeadamente o seu art. 5.º, al. b), que se refere ao tempo de trabalho e à necessidade de este ser adaptado às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.

<sup>2269</sup> Cordeiro, 2018, p. 265.

## 2. Direito europeu

Feito o enquadramento internacional, há que olhar para a questão dos mecanismos de controlo do tempo de trabalho sob o prisma do direito europeu; isto porque a maior aproximação política, legislativa, social e financeira dos EM facilita, ainda que não totalmente, a criação de normas cujo teor se afigure mais objetivo e ajustado à realidade destes. Recentemente, numa tentativa de inversão do rumo liderada pelo PEDS<sup>2270</sup>, no sentido de voltar a colocar a Europa Social “no mapa”, temos assistido a uma “extrema sensibilização das instituições comunitárias às questões do trabalho”<sup>2271</sup>, após um claro abrandamento motivado pela crise financeira que assolou uma grande parte dos países da Europa ocidental.

### 2.1. Conselho da Europa

O primeiro instrumento relevante adotado pelo Conselho da Europa é a CEDH, que se reporta ao ano de 1950 e é um diploma que não versa qualquer matéria de carácter social, antes se preocupando com questões de cariz político e civil<sup>2272</sup>. No entanto, a jurisprudência do TEDH é perentória quando reconhece as “implicações económicas e sociais”<sup>2273</sup> dos direitos reconhecidos na CEDH, admitindo, assim, a cada vez maior homogeneidade entre estes direitos. Neste sentido, o TEDH já reconduziu o direito à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar ao artigo 14.º da CEDH, relativo à proibição de discriminação<sup>2274</sup>.

Ainda no âmbito do Conselho da Europa, mas com uma importância redobrada, temos a CSER, um diploma cuja versão original (CSE) entrou em vigor no ano de 1965 com a finalidade de suprir a “menor ressonância da matéria atinente aos direitos sociais”<sup>2275</sup> da CEDH. A CSER entrou em vigor em 1999<sup>2276</sup>, e não mais é do que uma versão mais “musculada”<sup>2277</sup> da sua versão original que conta com novos direitos e protocolos adicionais. Olhando para este diploma sob o prisma dos deveres de controlo do *tempus laborem*, o enfoque está voltado para o direito a condições justas de trabalho plasmado no art. 2.º da CSER, mormente o seu n.º 1, que refere que as Partes se comprometem a “fixar uma duração razoável ao trabalho diário e semanal”. Na senda

---

<sup>2270</sup> Com especial interesse para este estudo, vejam-se os princípios 9 e 10 do PEDS, relativos, respetivamente, ao equilíbrio entre a vida profissional e a vida familiar e a um ambiente de trabalho são, seguro e bem-adaptado e proteção de dados.

<sup>2271</sup> Xavier, 2018, p. 1077.

<sup>2272</sup> É o próprio TEDH que reconhece isto, referindo, no segundo parágrafo do seu ac. de 28/10/1999, que “a CEDH não garante, enquanto tal, direitos económicos e sociais, incluindo o direito ao emprego”.

<sup>2273</sup> Neste sentido, veja-se o ac. do TEDH de 9/10/1979, nomeadamente o seu parágrafo 26.

<sup>2274</sup> Cfr. o ac. do TEDH de 19/2/2013.

<sup>2275</sup> Alves, 2017, p. 19.

<sup>2276</sup> Em Portugal, o início de vigência da CSER apenas se deu em julho de 2002, tendo em conta que o depósito do instrumento de ratificação só foi feito no dia 30/5/2002.

<sup>2277</sup> Alves, 2017, p. 19.

daquilo que têm sido as disposições de outros diplomas internacionais e europeus, os mecanismos de controlo acima referidos não aparecem de forma expressa, antes funcionando como garante do cumprimento da *ratio* de princípios basilares do direito laboral já referidos. Aliás, repare-se que a existência destes mecanismos é fundamental para assegurar as finalidades da original CSE (finalidades essas que se mantiveram e reforçaram com a CSER), já que visam, indiretamente, melhorar o nível de vida e bem-estar (dos trabalhadores).

O CEDS é o órgão com competência para verificar o cumprimento das disposições da CSER. Este controlo acontece através de conclusões relativas a relatórios anuais apresentados pelos próprios Estados Parte ou decisões decorrentes de reclamações coletivas (mecanismo instituído com o Protocolo Adicional de 1995). Diga-se, em abono da verdade, que, atendendo exclusivamente às conclusões do CEDS, a legislação laboral do nosso país sempre se encontrou em conformidade com o art. 2.º, n.º 1 da CSER<sup>2278</sup>. Além disso, é de salientar que no que toca à conformidade legislativa de outros Estados Parte com a CSER, o CEDS já foi chamado a analisar expressamente os mecanismos de controlo, nomeadamente o registo de tempos de trabalho<sup>2279</sup>.

## 2.2. Direito da UE

No âmbito do direito da UE, a CDFUE é um diploma absolutamente fundamental na salvaguarda dos direitos de índole social. Isto porque, por um lado, desde 2009, com o Tratado de Lisboa, a CDFUE passou a ter o mesmo valor que os Tratados (art. 6.º, n.º 1 TUE) e, por outro, o seu art. 53.º “assegura o nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais, incluindo o que advenha de convenções internacionais de que a UE ou todos os EM da UE sejam parte”<sup>2280</sup>, consagrando um verdadeiro “princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais”<sup>2281</sup>. A disposição da CDFUE com maior relevo é o art. 31.º, que se reporta às condições de trabalho justas e equitativas. Este artigo contempla uma “dupla vertente”<sup>2282</sup>, porquanto engloba questões relativas à segurança e saúde no trabalho e ao tempo de trabalho. O art. 33.º também é

---

<sup>2278</sup> Relativamente ao art. 2.º, n.º 1 da CSER, o CEDS teceu conclusões nos anos de 2010 e 2014. Apesar de ter considerado a conformidade da legislação laboral portuguesa, o CEDS não deixou de questionar o Estado português relativamente a alguns quesitos que não ficaram esclarecidos nos relatórios enviados, nomeadamente relativos aos “*on-call periods*”. Sobre esta questão, veja-se Carvalho, 2017, pp. 308-311.

<sup>2279</sup> Vejam-se, por exemplo, as conclusões de 2018 do CEDS relativas à legislação laboral da Bósnia-Herzegovina e à sua conformidade com o art. 2.º, n.º 1 da CSER. O CEDS decidiu diferir a sua decisão, tendo salientado que não foram tomadas quaisquer medidas particulares para garantir a efetividade da obrigação de registo de tempos de trabalho.

<sup>2280</sup> Marques, 2018, p. 4.

<sup>2281</sup> Canotilho, 2013, p. 612. Esta é a posição doutrinal mais otimista, defendida, entre outros, por Garcia, 2002, pp. 492-514. No entanto, este entendimento não está isento de críticas. Posições doutrinárias intermédias ou maioritariamente céticas colocam questões quanto à efetividade prática do art. 53.º da CDFUE.

<sup>2282</sup> Ramalho, 2013, p. 375.



relevante, já que consagra o direito à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, um dos fundamentos para a necessidade de limitar a jornada de trabalho e, consequentemente, estabelecer mecanismos de controlo que permitam monitorizar essa mesma limitação. Este artigo afirma, pela primeira vez, “o direito à conciliação em termos gerais, como direito fundamental e de modo autónomo em relação ao princípio da igualdade de género”<sup>2283</sup>.

O direito derivado da UE também tem uma forte incidência no direito laboral. Consagrando “medidas especiais de proteção”<sup>2284</sup> com especial relevância para o tema em questão, temos a Diretiva 2003/88, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho<sup>2285</sup>. Falamos de uma Diretiva com uma “labiríntica complexidade normativa”<sup>2286</sup>, cujo processo de criação se mostrou particularmente longo e problemático<sup>2287</sup>, tendo em conta as diferenças legislativas dos EM e a especial sensibilidade do tema. Além disso, existe uma preocupação comunitária no sentido de “conciliar o valor da tutela dos trabalhadores com as necessidades empresariais de flexibilização dos regimes do tempo de trabalho com vista à otimização dos recursos humanos”<sup>2288</sup>. Precisamente por isto, esta Diretiva conta com uma série de derrogações e exceções que, de forma atípica, permitem a sua aplicação diferenciada no território da UE<sup>2289</sup>. Este diploma, partindo da conceção binária de tempo de trabalho e tempo de descanso, consagra uma série de disposições relativas à limitação da jornada de trabalho que, conforme já vimos, é um dos fundamentos para a existência dos mecanismos em apreço. Ademais, esta Diretiva menciona expressamente os registos a propósito da polémica cláusula de “*opt-out*”<sup>2290</sup>, constante do art. 22.º, n.º 1, que Portugal optou por ignorar. Segundo este artigo, os EM podem afastar a aplicação das disposições relativas à duração máxima do trabalho semanal (art. 6.º) desde que, entre outras coisas, as entidades empregadoras mantenham um registo atualizado de todos os trabalhadores que expressamente aceitaram a possibilidade de trabalhar para lá das 48 horas semanais, devendo este registo ser disponibilizado às autoridades inspetivas competentes que o solicitem. No entanto, este não deve ser confundido com o registo de tempos de trabalho ou registo de trabalho suplementar. O registo referido no art. 22.º, n.º 1, als. c) e d) da

---

<sup>2283</sup> Ramalho, 2018, p. 106.

<sup>2284</sup> Cordeiro, 2018, p. 211.

<sup>2285</sup> Existem outras Diretivas relevantes no que toca ao tempo de trabalho. No entanto, o seu âmbito setorial é de tal forma reduzido que decidimos não as abordar pormenorizadamente. Ainda assim, vejam-se as seguintes Diretivas: 1999/63, respeitante ao acordo relativo à organização do tempo de trabalho dos marítimos; 2000/79, respeitante à aplicação do acordo europeu sobre a organização do tempo de trabalho do pessoal móvel de aviação civil, e 2002/15, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário.

<sup>2286</sup> Fernandes, 2013, p. 101.

<sup>2287</sup> Cfr. Deakin & Morris, 2012, p. 335.

<sup>2288</sup> Ramalho, 2013, p. 379.

<sup>2289</sup> Cfr. Fernandes, 2013, p. 110.

<sup>2290</sup> Schlachter, 2015, p. 418.

Diretiva não é mais do que um registo nominal (uma lista) de todos os trabalhadores abrangidos pela cláusula em questão.

Intimamente ligada à Diretiva 2003/88 temos a Diretiva 89/391, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho. Embora não se refira, de forma expressa, ao tempo de trabalho e consequentes deveres de controlo do empregador, é incontestável que a limitação da jornada de trabalho, os descansos obrigatórios e os limites ao trabalho suplementar têm, na sua *genesis*, finalidades relativas à segurança e saúde dos trabalhadores. Neste sentido, os deveres de controlo do empregador são, ainda que indiretamente, instrumentos necessários para a garantia e salvaguarda da segurança e, principalmente, da saúde dos trabalhadores no contexto do tempo de trabalho, já que possibilitam a verificação escrupulosa do cumprimento das normas que tutelam a organização temporal do trabalho.

No que toca, especialmente, aos deveres de controlo do empregador, é fundamental atender ao “dinamismo interpretativo”<sup>2291</sup> que a jurisprudência é capaz de assegurar. De facto, a letargia e a falta de amplitude da *iuris* são, muitas vezes, compensadas com a capacidade elucidativa e de adaptação da *iurisprudencia*.

Recentemente, o TJ foi chamado a pronunciar-se quanto à obrigatoriedade do registo de tempos de trabalho. O ac. do TJ de 14/5/2019 constitui um marco importante para o reconhecimento dos deveres de controlo do tempo de trabalho, na medida em que se concluiu que uma legislação interna de um EM, interpretada no sentido em que não reconhece carácter obrigatório ao registo de tempos de trabalho, é contrária a vários dos preceitos internacionais e europeus que referimos até agora. O processo principal teve lugar em Espanha, um país onde este tema tem ocupado um lugar de especial destaque.

O substrato deste processo prendeu-se com um litígio entre uma associação sindical (CCOO) e a sua entidade empregadora (Deutsche Bank). O sindicato procurava uma decisão judicial que decretasse a obrigatoriedade de a entidade empregadora estabelecer um sistema de registo do tempo de trabalho diário prestado pelos seus trabalhadores. A sua argumentação alicerçava-se numa interpretação conforme dos arts. 34.º e 35.º do ET tendo em conta as disposições internacionais e europeias sobre a matéria. Em resposta, a entidade empregadora invoca duas decisões do STE<sup>2292</sup> que sustentam a inexistência de uma obrigação de aplicação geral no que toca ao registo de tempos de trabalho, atendendo à ausência de previsão expressa na legislação laboral

---

<sup>2291</sup> Cordeiro, 2018, p. 214.

<sup>2292</sup> Acs. de 23/3/2017 e de 20/4/2017. Para uma análise mais detalhada destes acórdãos, veja-se Simón & Contreras, 2019, pp. 7-11.

espanhola, cingindo-se o controlo do tempo de trabalho ao registo das horas extraordinárias (art. 35.º, n.º 5 do ET).

Segundo a AN, órgão jurisdicional onde foi intentada a ação pela CCOO, o sistema de controlo do tempo de trabalho diário é o “único meio de verificar os eventuais excessos dos limites máximos”<sup>2293</sup>, constituindo um meio de prova fundamental para o trabalhador. Neste sentido, e tendo dúvidas relativamente à conformidade com o direito da UE da interpretação que o STE fez do art. 35.º, n.º 5 do ET, a AN decidiu recorrer ao instrumento do reenvio prejudicial, solicitando ao TJ a resposta a três questões prejudiciais<sup>2294</sup>.

Na construção da sua decisão, o TJ começou por referir que as disposições da Diretiva 2003/88 devem ser interpretadas à luz do direito fundamental consagrado no art. 32.º, n.º 1 da CDFUE, salientando a harmonização dos vários instrumentos da UE no que toca à organização do tempo de trabalho, com o propósito de acautelar a segurança e a saúde dos trabalhadores. O TJ frisou a importância do cumprimento dos períodos mínimos de descanso e dos limites à duração do tempo de trabalho, cabendo aos EM garantir que o efeito útil das disposições é assegurado, ainda que com uma certa margem de manobra no que toca à escolha das modalidades concretas. Isto significa que os EM não podem optar por uma modalidade que transvaze o efeito útil dos direitos *in casu*, sob pena de menosprezar a sua finalidade e o próprio direito da UE. Neste sentido, e apelando à posição de inferioridade do trabalhador, o TJ considera que o efeito útil da Diretiva 2003/88, interpretada à luz do art. 31.º, n.º 2 da CDFUE, só é garantido na sua plenitude através da implementação de um sistema de registo do tempo de trabalho diário.

O TJ aludiu à impossibilidade prática de o trabalhador reivindicar os seus direitos na ausência de um sistema de registo do tempo de trabalho diário<sup>2295</sup>, uma vez que não existe outra forma de controlar o número de horas de trabalho de “forma objetiva e fiável”<sup>2296</sup>. Contrariando os entendimentos da Deutsche Bank e do Governo espanhol, o TJ considerou que os meios de prova de que o trabalhador dispõe, como sejam a prova testemunhal (os depoimentos de colegas<sup>2297</sup>) ou a prova documental digital (*e-mails*), não garantem o grau objetividade necessário para acautelar os direitos consagrados na Diretiva 2003/88. Neste sentido, o TJ entendeu que os poderes conferidos aos órgãos de

---

<sup>2293</sup> Ponto 26 do ac. do TJ em apreço.

<sup>2294</sup> Sintetizando as questões prejudiciais, veja-se o ponto 29 do ac. do TJ em questão.

<sup>2295</sup> Nas suas conclusões apresentadas em 31/1/2019, o AG Giovanni Pitruzzella já havia salientado esta questão, referindo, no ponto 57, que a ausência deste sistema inviabiliza que “os direitos que a própria Diretiva [2003/88] atribui aos trabalhadores possam ser exercidos sem obstáculos”.

<sup>2296</sup> Ponto 47 do ac. em análise.

<sup>2297</sup> O AG Giovanni Pitruzzella faz referência, no ponto 68 das suas conclusões, a uma “força dissuasora, intrinsecamente ligada à posição contratual da entidade patronal”, pelo que os depoimentos prestados por colegas de trabalho que ainda se encontrem vinculados à entidade empregadora *ré* encontram-se, *a priori*, contaminados.

fiscalização não são suficientes para neutralizar a ausência do sistema de registo, uma vez que também estes se encontram privados de um meio eficaz de verificação da duração do tempo de trabalho prestado por cada trabalhador. Além disso, o TJ considera que a imposição legal de um sistema de registo das horas extraordinárias no ordenamento jurídico espanhol é irrelevante e em nada contribui para o controlo dos limites impostos à jornada de trabalho<sup>2298</sup>. O TJ também conecta o problema da inexistência de um sistema de registo do tempo de trabalho com a obrigação geral de proteção da segurança e saúde do trabalhador, imposta aos EM pelos arts. 4.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1 da Diretiva 89/391. Apesar da existência, no âmbito da UE, de disposições que consagram expressamente uma obrigação de registo do tempo de trabalho (nomeadamente no setor dos transportes, conforme já vimos *supra*), considera o TJ que essa necessidade de proteção particular, prevista tendo em conta as especificidades setoriais, não invalida a necessidade de uma obrigação semelhante de carácter geral, com o objetivo de asseverar o efeito útil da Diretiva 2003/88. Finalmente, relembrando o considerando 4 da Diretiva 2003/88, o TJ refuta o argumento segundo o qual a implementação de um sistema de registo do tempo de trabalho acarretaria elevados custos para a entidade empregadora, já que “a melhoria das condições de segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores no trabalho constitui um objetivo que não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica”<sup>2299</sup>.

---

<sup>2298</sup> Contrariamente ao que acontece no ordenamento jurídico português, não existe, no ordenamento jurídico espanhol, uma obrigatoriedade de prestar horas extraordinárias.

<sup>2299</sup> Em março de 2019, quicá prevendo que o entendimento do TJ não iria ao encontro dos argumentos por si invocados, o ordenamento jurídico espanhol publica o RDL 8/2019, sobre medidas urgentes de proteção social e combate ao trabalho precário na jornada laboral. *Inter alia*, este diploma veio introduzir alterações ao art. 34 do ET, que passou a contar com um novo n.º 9, que estipula a obrigatoriedade de a entidade empregadora estabelecer um sistema de registo de tempos de trabalho, que deve compreender o horário de início e fim da jornada de trabalho, e que deve ser mantido por um prazo de quatro anos. Na explicitação motivacional que antecede o articulado do RDL 8/2019, o registo de tempos de trabalho é visto como uma forma de “garantir o cumprimento dos limites impostos à jornada de trabalho, criando um marco de segurança jurídica tanto para os trabalhadores como para as empresas, e possibilitando o controlo por parte da autoridade inspetiva”. Ainda que não esteja expressamente referido, o registo de tempos de trabalho deve contemplar as pausas realizadas pelo trabalhador que não sejam equiparadas a tempo de trabalho, de forma a “ilidir a presunção segundo a qual todo o tempo existente entre o início e o final da jornada de trabalho registada constitui tempo de trabalho efetivo” (Pérez & Morales, 2019, p. 4). Não tem sido pacífica a implementação, por partes das empresas, desta nova obrigação de estabelecer um sistema de registo de tempos de trabalho. Neste sentido, veja-se a Sentença da AN de 10/12/2019, relativa, entre outras coisas, à possibilidade de não se contabilizar o tempo das pausas para fumar e para tomar café na jornada laboral. Veja-se também o ac. do STE de 16/7/2019, relativo à idoneidade dos sistemas de geolocalização enquanto forma de registo de tempos de trabalho.

### 3. Direito nacional

Contrariamente ao que acontece na generalidade dos instrumentos internacionais e europeus, os deveres de controlo do empregador no que toca ao tempo de trabalho encontram regulação expressa no ordenamento jurídico português. Além disso, convém referir que todos os fundamentos que legitimam a necessidade do controlo da jornada de trabalho se encontram plasmados na CRP. Enquadradas no título relativo aos direitos económicos, sociais e culturais, as als. b), c) e d) do n.º 1 do art. 59.º da *norma normarum* condensam, precisamente, esses fundamentos, repousando o ponto central da questão na última alínea<sup>2300</sup>, sendo as duas primeiras verdadeiros afloramentos desta, desde que interpretados tendo em conta a temática da duração e organização do tempo de trabalho. Além disso, estas três alíneas transportam para o plano laboral várias disposições constitucionais de carácter geral.

A al. d) do n.º 1 do art. 59.º da CRP consagra, entre outros, o direito à limitação da jornada de trabalho. Estão em causa, conforme fomos vendo até aqui, alguns dos grandes “marcos da lenta emancipação dos trabalhadores desde o século XIX”<sup>2301</sup>, como são a salvaguarda da sua autodeterminação e o direito ao repouso, enquanto condições absolutamente necessárias à dignidade e saúde.

A al. b) do n.º 1 do art. 59.º da CRP consagra o direito de todos os trabalhadores a uma organização da prestação de trabalho “em condições socialmente dignificantes”, capazes de permitir a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. Embora o legislador constitucional não tenha tido em mente apenas a vertente temporal da organização da prestação de trabalho, a verdade é que a violação mais frequente deste direito se prende com excessos aos limites legais impostos à jornada laboral<sup>2302</sup>, que dificultam ou impossibilitam a conciliação<sup>2303</sup>. Subjacente a esta alínea estão os arts. 1.º, 26.º, 67.º, e 68.º da CRP.

A própria tutela acidentária do trabalhador conta com arrimo constitucional, já que a al. c) do n.º 1 do art. 59.º da CRP estabelece, ainda que de forma genérica, que a prestação de trabalho deve ser realizada em condições de higiene, segurança e saúde, “laboralizando” o direito à proteção da saúde constante do art. 64.º da CRP. Transpondo este direito do trabalhador para o plano do *tempus laborem*, concluímos que a limitação

---

<sup>2300</sup> Esta alínea apresenta uma natureza análoga à dos DLGs, aplicando-se, por isso, o disposto no art. 17.º da CRP. Neste sentido, Canotilho & Moreira, 2007, p. 770 e Medeiros & Miranda, 2017, p. 837.

<sup>2301</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 774.

<sup>2302</sup> Veja-se o relatório final do inquérito às condições de trabalho em Portugal Continental (trabalhadores), nomeadamente o capítulo referente à duração e organização do tempo de trabalho (2016, pp. 14-21).

<sup>2303</sup> Neste sentido, atendendo à necessidade de especial proteção dos vínculos familiares no século XXI, tendo em conta o abandono do modelo fordista de trabalho e consequente “esbatimento da fronteira entre tempo de trabalho e tempo de repouso” (Rouxinol & Vicente, 2019, p. 573), a Revisão Constitucional de 2004 aditou a al. h) ao art. 64.º, n.º 1 da CRP (art. 11.º da LC 1/2004), segundo a qual incumbe o Estado a promover a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar através de políticas setoriais.

da jornada de trabalho é condição necessária à salvaguarda da saúde do trabalhador, já que a ausência de qualquer limitação colocaria o trabalhador em especial condição de vulnerabilidade e potenciaria os acidentes de trabalho e as doenças profissionais.

O CT, enquanto diploma laboral central do nosso ordenamento jurídico, conta com uma série de normas que visam concretizar o “âmbito de aplicação geral”<sup>2304</sup> dos preceitos constitucionais referidos. O facto de o CT dedicar uma secção com mais de cinquenta artigos à regulação da duração e organização do tempo de trabalho é um indicador da enorme importância desta temática, que remonta ao próprio nascimento do direito do trabalho<sup>2305</sup>. Sem qualquer intuito exaustivo, importa referir algumas das disposições mais relevantes no que toca à necessidade de limitar a jornada de trabalho, bem como controlar o cumprimento dessas limitações<sup>2306</sup>.

Em primeiro lugar, importa realçar o carácter relativamente imperativo das normas atinentes aos limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal, bem como à duração mínima dos períodos de repouso, só podendo estas ser afastadas por IRCT ou contrato individual de trabalho em sentido mais favorável para o trabalhador. Estas disposições, constantes do art. 3.º, n.º 3, als. g) e h), denotam a preocupação do legislador laboral em limitar o poder da contratação coletiva e da entidade empregadora relativamente à duração e organização do tempo de trabalho, garantido um *standard* mínimo de protecção para o trabalhador.

Em consonância com o desiderato constitucional do art. 59.º, n.º 1, al. b) da CRP, o art. 127.º, que elenca uma série de deveres do empregador, refere, no seu n.º 3, que o empregador deve assegurar ao trabalhador condições de trabalho que potenciem a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal, tendo em conta as vicissitudes concretas de cada trabalhador.

A al. j) do n.º 1 do mesmo artigo refere-se à obrigatoriedade de manutenção de um registo atualizado dos trabalhadores da empresa, devendo esse registo contar com uma série de indicações relativas ao trabalhador e ao seu contrato de trabalho. Ainda assim, embora se trate de um dever de controlo do empregador, não pode este registo ser confundido com os mecanismos de controlo do tempo de trabalho, porquanto nenhuma das suas indicações obrigatórias visa a concreta monitorização da jornada laboral.

Na secção do CT que referimos *supra*, o art. 197.º, enquadrado na subsecção instrumental relativa às noções e princípios, introduz expressamente o “binómio tempo

---

<sup>2304</sup> Medeiros & Miranda, 2017, p. 836.

<sup>2305</sup> Neste sentido, é sintomática a Convenção n.º 1 da OIT, relativa à duração do trabalho na indústria, já abordada acima.

<sup>2306</sup> Para além do CT, encontramos menção expressa dos registos de tempos de trabalho em legislação avulsa. Veja-se a Lei n.º 146/2015, de 9/9, que regula a atividade de marítimos a bordo de navios que arvoem a bandeira portuguesa, cujo art. 12.º se reporta aos registos de tempos de trabalho (incluindo o trabalho suplementar) e tempo de descanso.

de trabalho/ período de descanso”<sup>2307</sup>. Este é, provavelmente, o mais importante artigo no que toca à duração e organização do tempo de trabalho, já que estabelece os alicerces para uma temática de tamanha complexidade. Importa também referir o art. 203.º, que se reporta aos limites máximos do período normal de trabalho, estando estes fixados nas oito horas diárias e nas quarenta horas semanais. A rigidez destes limites é, no entanto, maleável, tendo em conta os instrumentos de flexibilidade do tempo de trabalho (adaptabilidade, banco de horas, etc.), plasmados nos artigos seguintes. O art. 211.º consagra, ainda assim, um limite absoluto condicente com a Diretiva 2003/88, que já abordamos. Segundo esta norma, a duração média do trabalho semanal (incluindo o tempo de trabalho prestado a título suplementar) não pode ser superior a quarenta e oito horas, tendo em conta um determinado período de referência que, supletiva e casuisticamente, será de quatro ou seis meses. Os arts. 226.º e seguintes, referentes ao trabalho suplementar, também são de particular interesse para o tema em questão.

Finalmente, é importante não descurar o crescente impacto da contratação coletiva no que toca à matéria do tempo de trabalho<sup>2308</sup> e, consequentemente, aos seus mecanismos de controlo. De facto, na última década, tendo em conta os desenvolvimentos que o CT de 2009 introduziu nesta matéria, estes mecanismos passaram a surgir com maior incidência (ainda assim diminuta) nos IRCT<sup>2309</sup>.

---

<sup>2307</sup> Amado, 2019, p. 220.

<sup>2308</sup> Destacando o “protagonismo que a lei confere à negociação [coletiva]” no que toca às questões relativas ao tempo de trabalho, assim como o “particular desenvolvimento” desta temática nos últimos anos, tendo em conta, principalmente, o surgimento dos mecanismos de flexibilidade do tempo de trabalho, veja-se o Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva, 2018, p. 123.

<sup>2309</sup> A título meramente exemplificativo, veja-se o acordo de empresa celebrado entre a Docapesca e a FSSP, publicado no BTE n.º 41/2018, cuja cláusula 28.ª, referente ao registo do trabalho suplementar, dispensa, no seu n.º 3, o visto do trabalhador em caso de registo através de meios computadorizados. Relativamente ao registo de tempos de trabalho em caso de teletrabalho, veja-se a cláusula 16.ª-A do contrato coletivo celebrado entre a FENAME e o SITESE (e outros), publicado no BTE n.º 27/2019, que remete para o trabalhador a obrigatoriedade da sua realização e respetivo envio à entidade empregadora, tendo em conta a periodicidade acordada.

### **III. Os deveres de controlo temporal do empregador no Código do Trabalho**

#### **1. Mapa de horário de trabalho e respetiva afixação**

Uma das componentes essenciais da determinação do tempo de trabalho prende-se com a distribuição das horas de trabalho ao longo do dia. Na aceção do art. 200.º, esta distribuição delimita o período de heterodisponibilidade do trabalhador, concretizando de forma previsível as horas de início e termo do período normal de trabalho, bem como o intervalo de descanso e o descanso semanal. Tendo em conta o envolvimento direto de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e já abordados *supra*, o horário de trabalho é visto, por alguma doutrina, como um elemento essencial do contrato de trabalho<sup>2310</sup>. Não obstante a “relativa estabilidade legislativa”<sup>2311</sup>, a verdade é que esta matéria tem sido objeto de várias interpretações doutrinárias, especialmente no que toca à fixação e modificação do horário de trabalho.

É precisamente considerando a essencialidade do horário de trabalho que a doutrina se tem dividido no que toca ao papel do trabalhador na sua determinação. Através de uma análise literal do art. 212.º, facilmente se conclui que esta prerrogativa recai sobre o poder do empregador, configurando um ato de mera gestão interna<sup>2312</sup>, encontrando-se o trabalhador numa “posição de subalternidade negocial e estatutária”<sup>2313</sup>. De facto, o n.º 1 deste artigo limita-se a restringir o poder de fixação do horário de trabalho aos preceitos legais, nomeadamente ao período de funcionamento aplicável no seio da empresa. Por outro lado, o n.º 2 estabelece uma série de condicionalismos que devem ser tidos em conta pelo empregador no momento da fixação do horário de trabalho e que se prendem com a necessidade de tutelar certos direitos fundamentais do trabalhador. No entanto, não obstante o mérito da iniciativa do legislador laboral no sentido de acautelar, de alguma forma, estes direitos, a verdade é que estes condicionalismos são assolados por uma aura de improdutividade, tendo em conta a responsabilidade meramente contraordenacional que a violação desta norma acarreta.

Tendo em conta os “interesses individuais e pessoalíssimos”<sup>2314</sup> do trabalhador na determinação do horário de trabalho, alguns autores têm muitas reservas em admitir a total unilateralidade do empregador. Ainda que uma interpretação literal nos leve a

---

<sup>2310</sup> Cfr. Fernandes, 2018, p. 216.

<sup>2311</sup> Vicente, 2014, p. 1051.

<sup>2312</sup> Neste sentido, entre outros, Ramalho, 2019, p. 432 e Martinez, 2019, p. 561.

<sup>2313</sup> Fernandes, 2018, p. 215.

<sup>2314</sup> Vicente, 2014, p. 1054.



concluir nesse sentido, cremos que a *ratio* do regime, atendendo a todos os preceitos constitucionais envolvidos, aponta no sentido de que “não pode ser colocada à margem da liberdade jurídico-contratual do trabalhador”<sup>2315</sup> a regulação do horário de trabalho, sob pena de ausentar este instituto de garantias legais e, conseqüentemente, colocar em causa o núcleo essencial do direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes (art. 59.º, n.º 1, al. b) da CRP), na sua vertente temporal. Ainda assim, tendo em consideração a importância organizacional do tempo de trabalho no seio da gestão empresarial, raros serão os casos em que exista uma verdadeira negociação individual entre trabalhador e empregador relativamente ao seu horário de trabalho. O papel do trabalhador passará, na maioria das vezes, pela simples adesão à proposta feita pelo empregador ou ao plasmado no regulamento interno da empresa<sup>2316</sup>.

Embora com uma lógica semelhante, a modificação do horário de trabalho levanta problemas de um foro distinto aos da sua determinação. Neste caso, a contenda não se prende com o poder de autodeterminação das partes, mas sim com interesses inerentes ao próprio vínculo laboral. De facto, mesmo a corrente doutrinal que entende que o trabalhador tem “uma palavra a dizer” na determinação do seu horário de trabalho reconhece que o empregador, atendendo aos interesses empresariais em causa, deve ser capaz de introduzir alterações nos horários de trabalho dos seus trabalhadores. Falamos aqui de uma derrogação parcial do princípio *pacta sunt servanda*<sup>2317</sup>, passando a questão principal por deslindar o alcance do *ius variandi* conferido ao empregador nesta matéria, ou seja, é fundamental compreender se o empregador possui total arbitrariedade na modificação do horário de trabalho ou se, pelo contrário, essa possibilidade se encontra limitada por questões empresariais de cariz objetivo e pelos próprios interesses do trabalhador.

Curiosamente (ou não), a bifurcação doutrinal que referimos a propósito da determinação do horário de trabalho mantém-se praticamente uniforme no que toca à sua modificação. Assim, para os autores que entendem que a fixação do horário de trabalho se trata de um ato de mera gestão empresarial, a modificação, desde que respeitadas as exigências procedimentais plasmadas no art. 217.º, n.º 2, é um ato lícito, independentemente dos seus fundamentos e (eventuais) consequências para o trabalhador<sup>2318</sup>. Segundo este entendimento, a modificação que acarrete prejuízos substanciais e duradouros na esfera jurídica do trabalhador viabiliza a resolução do

---

<sup>2315</sup> Fernandes, 2018, p. 217.

<sup>2316</sup> A possibilidade de o horário de trabalho ser determinado por IRCT é, no mínimo, discutível (neste sentido, Xavier, 2018, p. 549 e Martinez, 2019, p. 758).

<sup>2317</sup> Cfr. Fernandes, 2008, p. 732.

<sup>2318</sup> Neste sentido, Ramalho, 2019, p. 434 e Fernandes, 2019, p. 503. Martinez (2019, p. 758), embora reconhecendo a liberdade do empregador, sugere que a modificação do horário de trabalho deve ser feita tendo sempre em conta limites de razoabilidade.

contrato por parte deste, com base em justa causa objetiva, ainda que sem direito a qualquer indenização, nos termos do art. 394.º, n.º 3, al. b)<sup>2319</sup>. Corroborando este juízo parece estar o art. 217.º, n.º 4, que, ao referir que o horário de trabalho individualmente acordado não pode ser unilateralmente alterado, parece estabelecer a unilateralidade como regime regra<sup>2320</sup>.

Em sentido contrário, e tendo em conta que “a regularidade e a previsibilidade dos tempos de trabalho são dois pilares da vida social e familiar”<sup>2321</sup>, alguns autores entendem que os limites impostos à modificação do horário de trabalho, ainda que não de forma expressa, se encontram implicitamente plasmados no sistema normativo<sup>2322</sup>. Este entendimento, com o qual tendemos a concordar, alicerça a sua argumentação na importância das normas constitucionais que visam tutelar a esfera jurídica do trabalhador e que já referimos acima. Significa isto que as necessidades empresariais voltadas para a adequação temporal da atividade de trabalho, ainda que legítimas, não são absolutas, tendo os preceitos constitucionais referidos *supra* o papel de “edulcorante”, já que limitam o poder do empregador, adocicando uma matéria que se antevia (potencialmente) azeda para o trabalhador. Não obstante, importa ressaltar que estes preceitos não podem conferir ao trabalhador uma “tutela hipergarantística”<sup>2323</sup>, sob pena de se malograr um outro preceito constitucional que visa tutelar a liberdade de gestão da empresa, enquanto uma das vertentes da liberdade de iniciativa privada constante do art. 61º n.º 1 da CRP<sup>2324</sup>, sendo fundamental encontrar um ponto de equilíbrio que assegure a convergência dos direitos em apreço.

A própria estabilidade no emprego, enquanto princípio basilar do direito laboral, pode funcionar como fundamento para a limitação do poder do empregador no contexto da modificação do horário de trabalho, já que uma decisão arbitrária que coloque o trabalhador numa posição que afete de forma irremediável a continuação do vínculo laboral pode ser vista como uma “forma indireta de promover a perda do emprego do

---

<sup>2319</sup> Cfr. Martins, 2017, pp. 571-572. Em sentido diverso, defendendo que o trabalhador adquire o direito de resolver o contrato de trabalho com justa causa e direito a indemnização nos termos dos arts. 394.º, n.º 2, al. b) e 396.º, n.º 1, Fernandes, 2018, p. 253. Para justificar o seu entendimento, o autor socorre-se de um argumento de coerência interna do sistema normativo laboral, tendo em conta a “similitude dos interesses envolvidos”, invocando o art. 194.º, n.º 5, que confere ao trabalhador o direito especial de resolução contratual e direito à compensação referida no art. 366.º em caso de prejuízos sérios provocados por uma transferência definitiva do local de trabalho.

<sup>2320</sup> Cfr. Gomes, 2007, p. 665. O autor parte de uma interpretação *a contrario* do art. 173.º, n.º 1 do CT2003 (atual art. 217.º, n.º 4) para concluir pela modificação unilateral do horário de trabalho enquanto regime regra. Não obstante, o autor não descarta a possibilidade de essa modificação consubstanciar abuso de direito nos casos em que o empregador não só não tem em conta a situação concreta do trabalhador, como visa puni-lo com a sua decisão (2007, pp. 665-666). Neste sentido, veja-se também Fernandes, 2018, p. 252.

<sup>2321</sup> Ray, 2001, p. 7.

<sup>2322</sup> Cfr. Rouxinol & Vicente, 2019, p. 602 e Vicente, 2014, p. 1060.

<sup>2323</sup> Fernandes, 2018, p. 252.

<sup>2324</sup> Neste sentido, veja-se o ac. do TC n.º 199/2005.

trabalhador”<sup>2325</sup> e, conseqüentemente, atentar contra o próprio direito constitucional à segurança no emprego, previsto no art. 53.º da CRP<sup>2326</sup>.

Sobre o empregador recai, nos termos do art. 215.º, a obrigação de elaborar um mapa de horário de trabalho. Este mapa não mais é do que um mecanismo que visa “possibilitar uma fiscalização efetiva das normas sobre o horário de trabalho”<sup>2327</sup>. Tendo em consideração a *ratio* deste instrumento, facilmente se compreende o largo rol de informações que dele devem constar, e que surgem elencadas no n.º 1 do artigo em questão<sup>2328</sup>. Sob pena de se frustrar a efetividade do controlo enquanto finalidade deste instrumento, qualquer alteração prática dos elementos indicados implicará a reelaboração do mapa<sup>2329</sup>.

De forma a maximizar o “elemento de previsibilidade e de estabilidade”<sup>2330</sup> associado ao horário de trabalho, impende sobre o empregador um dever de publicitar o mapa de horário de trabalho, afixando-o num lugar que facilite a sua visualização no seio do local de trabalho, de modo a facilitar o seu controlo por parte da atividade inspetiva. Este controlo possibilita a descoberta de incongruências práticas através da comparação da “prestação *in loco* com o horário afixado”<sup>2331</sup>. Estamos a falar de uma obrigação quase centenária<sup>2332</sup> que, com mais ou menos alterações, foi subsistindo no ordenamento jurídico português. Atualmente, esta obrigação decorre do art. 216.º, que revela um claro “aligeiramento das exigências de publicidade”<sup>2333</sup> em face da anterior legislação laboral, nomeadamente o CT2003. De facto, a afixação do mapa de horário de trabalho deixou de ser necessária em todos os locais de trabalho, passando apenas a ocorrer no local de trabalho do trabalhador a que respeita. Recentemente, com a Lei n.º 23/2012, de 25/6, o n.º 3 do art. 216.º do foi revogado, deixando o empregador de estar obrigado a enviar o mapa de horário de trabalho para a ACT, estando esta exoneração inserida numa lógica de racionalização e dispensa de formalidades meramente acessórias. De facto, com a revogação desta obrigação foi reforçado o papel da ACT aquando das ações de

---

<sup>2325</sup> Leite, 2003, p. 83.

<sup>2326</sup> Neste sentido, Canotilho & Moreira, 2007, p. 713. Os autores reconhecem que a garantia constitucional de segurança no emprego não se fica pela proibição de despedimentos sem justa causa, englobando também a necessidade de proteção do trabalhador na organização interna do trabalho.

<sup>2327</sup> Fernandes, 2018, p. 244.

<sup>2328</sup> Ainda assim, a al. h) não acompanhou a evolução legislativa após 2004, pelo que deve, no entender de alguns autores, ser objeto de uma interpretação extensiva, uma vez que, referindo-se apenas à adaptabilidade, deveria englobar todos os mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho, tendo em conta que os interesses de ordem social inerentes à sua inclusão no mapa de horário de trabalho são os mesmos. Neste sentido, Fernandes, 2018, p. 245 e Carvalho, 2012, p. 36.

<sup>2329</sup> Neste sentido, Monteiro, 2020, p. 549.

<sup>2330</sup> Fernandes, 2018, p. 113.

<sup>2331</sup> Sousa, 2018, p. 130.

<sup>2332</sup> A primeira menção expressa de um dever de afixação do horário de trabalho surgiu com o art. 23.º do Decreto n.º 10782, de 20/8/1925, que visava regulamentar o Decreto n.º 5516, de 7/5/1919. Segundo este diploma, os horários de trabalho deviam ser enviados aos governantes civis ou aos delegados do Governo e, uma vez por estes visados, afixados no estabelecimento a que dizem respeito. A obrigação de visar os horários de trabalho foi, entretanto, suavizada com o art. 21.º do DL n.º 43182, de 23/9/1960.

<sup>2333</sup> Monteiro, 2020, p. 550.

fiscalização, na medida em que o controlo da legalidade dos mapas de horário de trabalho passou a ser exercido exclusivamente nestas. No seguimento do que foi referido acima a propósito da elaboração dos mapas, qualquer alteração dos seus elementos implicará, logicamente, não apenas a reelaboração, mas também a afixação dos novos mapas, a acontecer num momento não posterior ao início da prestação laboral. O art. 217.º, n.º 3 promove um afastamento da regra da publicidade dos horários de trabalho e das respetivas alterações, porquanto consagra a possibilidade de o empregador introduzir alterações ao horário de trabalho com duração inferior a uma semana sem ter de cumprir o disposto no n.º 2 do mesmo artigo. Ainda assim, esta prerrogativa não recai na total discricionariedade do empregador, encontrando limitações temporais (não pode ser utilizada mais do que três vezes por ano<sup>2334</sup>) e limitações decorrentes de deveres de consulta às ERCT e de registo em livro próprio. Este registo acaba por ter um papel similar ao da afixação dos mapas, já que funciona como garante da sua publicidade e consequente controlo.

## **2. Registo de tempos de trabalho**

### **2.1. Considerações gerais**

Contrariamente ao que sucede com o controlo do cumprimento dos horários de trabalho, não podemos dizer que os registos de tempos de trabalho façam parte da tradição juslaboral portuguesa. De facto, ainda que o registo de tempos de trabalho através dos chamados “livros de ponto” já fosse prática corrente em algumas empresas, a verdade é que a primeira menção expressa a este registo relativamente à generalidade dos trabalhadores surgiu com o CT2003 e o seu art. 162.º<sup>2335</sup>. Esta norma introduziu uma obrigação genérica para o empregador, no sentido de “manter um registo que permita apurar o número de horas de trabalho prestadas pelo trabalhador, por dia e por semana, com indicação da hora de início e termo do trabalho”. Tratava-se, pois, de uma obrigação que se justificava “em virtude da flexibilização dos tempos de trabalho”<sup>2336</sup>. O teor deste artigo, mais do que oferecer soluções para o problema do controlo dos limites legais em matéria de tempo de trabalho, levantou várias questões, nomeadamente quanto à forma do seu cumprimento e quanto ao *modus operandi* deste instrumento perante as entidades inspetivas. Ainda assim, já naquela altura era consensual que o escopo do

---

<sup>2334</sup> Neste sentido, Fernandes, 2018, p. 256. Em sentido diverso, mas com resultado semelhante, Monteiro, 2020, p. 554.

<sup>2335</sup> Contudo, relativamente aos transportes internacionais rodoviários, por conta própria ou de outrem, já o DR n.º 96/82, de 16/12 fazia menção, no seu art. 5.º, ao livrete individual de controle. Estavam em causa trabalhadores cujas funções implicavam uma necessidade especial de controlo, atendendo às consequências nefastas que o desrespeito pelas regras relativas aos tempos de trabalho poderia acarretar.

<sup>2336</sup> Ribeiro, 2006, p. 223.

registo de tempos de trabalho se distanciava do da elaboração e afixação do mapa de horário de trabalho e do registo do trabalho suplementar, porquanto visava (e visa) “controlar o respeito pelos regimes legal e contratual da adaptabilidade, cumprir os limites legais da isenção de horário de trabalho<sup>2337</sup>, do trabalho noturno e do trabalho suplementar”<sup>2338</sup>.

## **2.2 O regime legal do art. 202.º: em especial, os conceitos de local acessível e consulta imediata**

Com a entrada em vigor do atual CT, a norma relativa aos registos de tempos de trabalho (art. 202.º) foi objeto de uma reforma estrutural, passando a contar com cinco números essenciais para conferir a operacionalidade de que este regime carecia<sup>2339</sup>. Neste sentido, esclareceu-se que o empregador deve manter estes registos durante cinco anos, entendimento que já vinha sendo corroborado por alguma doutrina<sup>2340</sup>. Clarificou-se, também, que estes registos devem conter menção expressa dos intervalos de descanso e das interrupções não compreendidas no conceito de tempo de trabalho. Ora, considerando a *ratio* deste regime, cremos que esta inclusão, que já contava com algum suporte doutrinal aquando do CT2003<sup>2341</sup>, faz todo o sentido, já que possibilita uma aferição do tempo de trabalho efetuado com maior grau de exatidão<sup>2342</sup>. Não obstante o mérito desta reforma, considerada uma novidade “muito positiva”<sup>2343</sup>, julgamos problemática a redação do n.º 1 do art. 202.º, uma vez que, através da utilização de dois conceitos indeterminados, abriu uma verdadeira caixa de Pandora doutrinal. Vejamos.

Em primeiro lugar, refere o n.º 1 do artigo em apreço que os registos de tempos de trabalho devem ser mantidos em local acessível. Relativamente a esta obrigação, alguns autores entendem que as limitações impostas ao empregador na tomada de decisão quanto ao local onde este deve manter os registos são de tal forma veementes que restringem o leque de possibilidades à empresa ou ao estabelecimento. Segundo esta doutrina, encabeçada por Liberal Fernandes, a acessibilidade do local compreende a sua vertente material, ou seja, a conformidade com “os padrões comuns ou correntes de

---

<sup>2337</sup> E de todos os outros regimes de flexibilização da organização do tempo de trabalho, acrescentamos nós, atendendo à evolução legislativa.

<sup>2338</sup> Ac. do TRP de 22/5/2006.

<sup>2339</sup> Cfr. Carvalho, 2011, p. 339.

<sup>2340</sup> Cfr. Monteiro, 2007, p. 358. O autor apelava ao preenchimento da lacuna constante do art. 162.º do CT2003 através de uma aplicação analógica do art. 204.º, n.º 5 do CT2003, relativo aos registos do trabalho suplementar. Duvidando da possibilidade desta aplicação analógica, atendendo à disparidade entre os efeitos dos dois regimes, Gomes, 2007, p. 666.

<sup>2341</sup> Neste sentido, Monteiro, 2007, pp. 357 e 358 e Gomes, 2007, p. 666.

<sup>2342</sup> Estas novidades transportaram para o plano da generalidade dos trabalhadores aquilo que já era regra para o pessoal afeto à exploração de veículos automóveis, conforme decorre do art. 4.º, n.º 1 e n.º 3, al. a) do DL n.º 237/2007 de 19/7 e do art. 3.º da Portaria n.º 983/2007 de 27/8.

<sup>2343</sup> Carvalho, 2011, p. 339.

acessibilidade”<sup>2344</sup>, mas também o facto de este local ser “conhecido ou cognoscível dos interessados”<sup>2345</sup>. Neste sentido, a plena realização dos objetivos dos registos de tempos de trabalho só será alcançada se estes se encontrarem na empresa ou no estabelecimento<sup>2346</sup>, já que só assim estarão garantidas as condições para que os trabalhadores, como principais interessados nestes registos (e na tutela da sua segurança e saúde), possam apreender os tempos de trabalho efetuados com maior facilidade. Outro dos argumentos invocados pelos defensores deste entendimento prende-se com o facto de, ainda durante o período de vigência do CT2003, numa altura em que nem sequer era feita qualquer menção ao “local acessível”, a IGT ter considerado, numa das suas fichas interpretativas, que o estabelecimento era o único local apropriado para o acondicionamento dos registos de tempos de trabalho, “de forma a permitir a sua consulta e controlo”<sup>2347</sup>. Este juízo partia de uma interpretação sistemática à luz dos regimes relativos ao mapa de horário de trabalho e à obrigação de registo de pessoal, constantes, respetivamente, dos arts. 179.º, n.º 1 e 120.º, al. j) do CT2003.

Não está isenta de críticas a interpretação restritiva que é feita do art. 202.º, n.º 1, e a consequente compressão do conceito de “local acessível”, ao ponto de abarcar apenas a empresa ou o estabelecimento. De facto, não conseguimos acompanhar este entendimento, por entendermos, como Abrunhosa e Sousa, que esta compressão é desnecessária, não encontrando qualquer suporte legal. Segundo este autor, a opção legislativa no sentido de introduzir um conceito indeterminado como “local acessível”, em detrimento de um conceito determinado como “local de trabalho”, é um claro indicador de que o legislador pretendeu consagrar uma “noção bem mais abrangente”<sup>2348</sup>. Aliás, note-se que sempre que o legislador pretendeu estabelecer o local de trabalho enquanto local de cumprimento de determinadas obrigações laborais, fê-lo de forma expressa, como é o caso do mapa de horário de trabalho (art. 216.º, n.º 1). Assim sendo, será a sede do empregador, e não o local de trabalho propriamente dito, o local que, por defeito, se destinará ao cumprimento das obrigações do empregador<sup>2349</sup>. A propósito da ficha interpretativa mencionada acima, o autor desconstrói a interpretação sistemática sugerida, considerando que os registos de tempos de trabalho protegem um bem jurídico muito diferente dos registos de pessoal e do mapa de horário de trabalho, visando “aferir a quantidade de tempo de trabalho ao serviço do empregador num

---

<sup>2344</sup> Fernandes, 2018, p. 121.

<sup>2345</sup> Fernandes, 2018, p. 121.

<sup>2346</sup> Fernandes, 2018, p. 122. Veja-se também Marecos, 2012, p. 488. O autor considera que o local de trabalho é o local-regra para a conservação do registo de tempos de trabalho. Ainda assim, este registo “deve encontrar-se para consulta no estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador” que realize as suas atividades fora das instalações da empresa ou que se encontre em regime de teletrabalho.

<sup>2347</sup> Ficha interpretativa VI.3 da IGT, p. 57.

<sup>2348</sup> Sousa, 2018, p. 131.

<sup>2349</sup> Neste sentido, veja-se o art. 223.º, n.º 3 do CPC.

determinado período de tempo”<sup>2350</sup>. A crescente substituição dos cartões de ponto em papel por cartões magnéticos ou mesmo registo através dos dados biométricos, aliada à igualmente crescente “presença de organizações empresariais com centenas de trabalhadores e dezenas de estabelecimentos”<sup>2351</sup> no nosso contexto económico-comercial<sup>2352</sup>, dificulta, em grande medida, a preservação dos registos no local de trabalho, pelo que será de entender que “a fiabilidade do registo [e não a sua localização] é a maior garantia da sua eficácia”<sup>2353</sup>.

Umbilicalmente ligado ao “local acessível”, o outro conceito indeterminado introduzido no art. 202.º, n.º 1 prende-se com a disponibilidade imediata do registo de tempos de trabalho. Segundo esta norma, a necessidade de o registo se encontrar num local acessível visa, precisamente, facilitar a sua “consulta imediata”. Esta imediatez justifica-se não tanto com o interesse dos trabalhadores, mas sim atendendo ao intento das visitas inspetivas e à necessidade de impedir que “a entidade patronal tenha possibilidade de interferir no registo então existente”<sup>2354</sup>. Ainda assim, não é unânime o entendimento segundo o qual o registo deve ser imediatamente entregue ao inspetor da ACT que o tenha solicitado. De facto, conforme veremos de seguida, são vários os obstáculos que se colocam a esta disponibilização imediata.

Ainda no âmbito do CT2003, numa altura em que, relembramos, o artigo relativo ao registo de tempos de trabalho não fazia qualquer menção à necessidade de disponibilidade imediata, a jurisprudência entendia que “do preceituado no art. 162.º não resulta[va] qualquer obrigatoriedade de a entidade patronal dispor (para consulta imediata ou visualização) no local de trabalho dos registos que inquestionavelmente deve efetuar”<sup>2355</sup>. Vale isto por dizer que, contrariamente ao defendido pela IGT nas fichas interpretativas que já referimos, “a letra da lei não sustenta[va], minimamente, o entendimento da entidade administrativa”<sup>2356</sup>.

A entrada em vigor do atual CT reacendeu o debate relativamente à intenção do legislador laboral no que toca à “consulta imediata”. Assim, é fundamental compreender se esta expressão se traduz na instantaneidade do acesso ao registo por parte do interessado ou se, pelo contrário, esse acesso se encontra condicionado, podendo ser diferido no tempo. Ora, se o fundamento da obrigação de disponibilidade imediata do registo se prende com a necessidade de garantir a sua genuinidade, evitando, assim, quaisquer alterações de última hora realizadas com o intuito de encobrir eventuais

---

<sup>2350</sup> Sousa, 2018, p. 133.

<sup>2351</sup> Sentença do TTP de 4/12/2006.

<sup>2352</sup> Apontando para um claro crescimento no número de grandes empresas, vejam-se os dados fornecidos pela PORDATA, relativos às dimensões das empresas em Portugal.

<sup>2353</sup> Sousa, 2018, p. 134.

<sup>2354</sup> Fernandes, 2018, p. 121.

<sup>2355</sup> Sentença do TTP de 4/12/2006.

<sup>2356</sup> Sentença do TTC de 29/1/2009.

desvios à legalidade garantindo a total eficácia da visita inspetiva, facilmente se compreende que o registo, uma vez solicitado, deve ser disponibilizado num curto espaço de tempo. No entanto, não conseguimos subscrever o entendimento que apela a um verdadeiro “grau de imediatez”<sup>2357</sup>, porquanto, atendendo a todas as condicionantes em causa, essa imediatez se mostrará, na maioria das vezes, impossível. Aliás, a própria jurisprudência, reconhecendo que a disponibilização do registo pode levar o seu tempo, vem interpretando este preceito sob o prisma da tolerância, recorrendo ao princípio da proporcionalidade<sup>2358</sup>. Além disso, convém salientar, tal como Abrunhosa e Sousa, que “esta norma está construída partindo do pressuposto que o registo ainda é efetuado em papel”<sup>2359</sup>, não se encontrando preparada para responder às vicissitudes dos servidores, que hoje são utilizados mais comumente para, em formato digital, conservar estes e outros registos. A informação constante destes servidores “pode e deve estar protegida de acessos indevidos através de palavras-passe”<sup>2360</sup>, que apenas devem ser facultadas a trabalhadores com cargos de chefia ou profissionais de recursos humanos.

### **2.3 O registo de tempos de trabalho e os dados pessoais do trabalhador**

Ainda que de forma superficial, atendendo aos constrangimentos dimensionais deste trabalho, convém analisar o regime do registo de tempos de trabalho à luz do RGPD, cuja aplicabilidade direta no ordenamento jurídico português permite o prevalecimento das suas normas em detrimento de “normas internas que, com ele, não coincidam”<sup>2361</sup>. Isto porque, conforme veremos, a própria qualificação destes registos como dados pessoais do trabalhador configura um verdadeiro entrave à sua disponibilização instantânea. Bem sabendo que não apenas estes, mas todos os deveres de controlo do empregador no contexto do tempo de trabalho acabam por se reconduzir ao conceito de dados pessoais, achamos por bem analisar esta temática tendo por suporte o registo de tempos de trabalho, já que estamos perante um instrumento relativamente recente que tem originado alguma contenda nos últimos tempos.

Na aceção do art. 4.º, n.º 1 do RGPD, “dados pessoais” são qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Trata-se, pois, de uma

---

<sup>2357</sup> Monteiro, 2020, p. 501. Neste sentido, apelando à “imediate acessibilidade do registo”, Carvalho, 2011, p. 339.

<sup>2358</sup> Cfr. Sentença do TTV de 20/2/2014, onde é referido que “a consulta imediata a que o preceito legal se refere terá de ser entendida com alguma tolerância”, permitindo a rápida e eficaz fiscalização da ACT, mas permitindo que a entidade empregadora “diligencie para, rapidamente, satisfazer essa pretensão”.

<sup>2359</sup> Sousa, 2018, p. 138.

<sup>2360</sup> Sousa, 2018, p. 138.

<sup>2361</sup> Cordeiro, 2018, p. 570.



definição de carácter muito mais amplo<sup>2362</sup> do que a sua congénere na revogada Diretiva 95/46 existindo, inclusive, “o receio de que o conceito seja excessivamente lato em face da evolução tecnológica contemporânea, podendo culminar numa recondução de toda a informação ao universo dos dados pessoais”<sup>2363</sup>. Repare-se que “o facto de essa informação se inscrever no contexto de uma atividade profissional não lhe pode retirar a qualificação de conjunto de dados pessoais”<sup>2364</sup>. O registo de tempos de trabalho é, indubitavelmente, um dado pessoal, porquanto se trata de uma informação relativa a uma pessoa singular identificada, o trabalhador, sendo este o titular desses dados para efeitos do exercício de direitos, como é o caso dos direitos de acesso e retificação previstos nos arts. 15.º e 16.º do RGPD.

Atendendo à posição que o trabalhador ocupa na relação laboral, o tratamento de dados pessoais adquire especial complexidade neste contexto, sendo que o consentimento não pode, por si só, servir como *genesis* para este tratamento, uma vez que não se pode considerar totalmente livre<sup>2365</sup>. Ainda assim, não existem dúvidas quanto ao fundamento que legitima o tratamento de dados no que toca ao registo de tempos de trabalho. Trata-se do cumprimento de uma obrigação legal imposta pelo art. 202.º e legitimada pelo art. 6.º, n.º 1, al. c), em conjugação com o art. 88.º, ambos do RGPD. Este art. 88.º é o centro nevrálgico do tratamento de dados pessoais em contexto laboral e, apesar de não contar com grandes novidades relativamente ao anterior regime, “dá a oportunidade aos EM para consolidarem o princípio da proporcionalidade no acesso ao registo de tempos de trabalho ou qualquer outro documento que possa conter dados pessoais do trabalhador”<sup>2366</sup>.

É cabal a relevância do registo de tempos de trabalho, uma vez que este é capaz de revelar a rotina laboral do concreto trabalhador. Além disso, a obrigação de manutenção deste registo por um período de cinco anos intensifica a possibilidade de se traçar um padrão da vida profissional e extraprofissional do trabalhador, podendo, inclusive, “localizar[-se] o trabalhador em determinados períodos de tempo no passado”<sup>2367</sup>. Precisamente por esta razão é que se tem questionado se a “consulta imediata” (e instantânea) do registo referida no art. 202.º, n.º 1, não será incompatível com a proteção dos dados pessoais *lato sensu* do trabalhador em causa, bem como com “os princípios da minimização e lealdade no tratamento de dados e respetivos deveres, *by design* e *by default*, de adotar medidas técnicas e organizativas que assegurem o

---

<sup>2362</sup> Neste sentido, Moreira, 2019, p. 140.

<sup>2363</sup> Cordeiro, 2018, p. 297.

<sup>2364</sup> Cordeiro, 2018, p. 301.

<sup>2365</sup> Neste sentido, veja-se a *Opinion 2/2017* emitida pela *Data Protection Working Party*, onde se pode ler o seguinte: “However, employees are not in a position, given the imbalance of power, to give free consent to the processing of their personal data by their employer”.

<sup>2366</sup> Sousa, 2018, p. 154.

<sup>2367</sup> Sousa, 2018, p. 142.

cumprimento desses deveres”<sup>2368</sup>. Apesar de estar em causa informação do interesse do trabalhador, do empregador e, subsidiariamente, da ACT, cremos que esta interpretação da disponibilidade imediata do registo implicaria um alargamento do número de pessoas com acesso a este, o que configuraria uma “intromissão desproporcional e intolerável de um terceiro na rotina laboral de um trabalhador ao longo de cinco anos”<sup>2369</sup>.

Ademais, convém não esquecer que, de um ponto de vista mais amplo, a informação contida no registo de tempos de trabalho é suscetível de tutela pelo direito à intimidade da vida privada, constitucionalmente consagrado no art. 26.º, n.º 1 da CRP, mormente na sua esfera privada, isto é, a esfera “apenas acessível ao círculo da família ou dos amigos mais estreitos, equiparáveis a familiares”<sup>2370</sup>. A proteção meramente relativa inerente a esta esfera do direito à intimidade da vida privada<sup>2371</sup> implica a sua sucumbência em caso de “conflito com direitos e interesses superiores”<sup>2372</sup>. Não obstante, julgamos, como Abrunhosa e Sousa, que “a disponibilidade imediata deste registo não é um direito superior”<sup>2373</sup> à garantia de que tal registo não seja destruído ou divulgado a terceiros sem qualquer interesse legítimo na sua consulta.

Finalmente, não podemos deixar de referir o ac. do TJ de 30/5/2013. O TTV, num processo a que já fizemos menção *supra*, decidiu recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial e solicitar ao TJ o esclarecimento de algumas dúvidas relativas ao registo de tempos de trabalho e à sua inclusão no conceito de dados pessoais, para efeitos da proteção conferida pela Diretiva 95/46<sup>2374</sup>. Pela sua utilidade prática, gostaríamos de destacar a terceira questão prejudicial colocada, onde se perguntou se o princípio do primado do direito da UE deve ser interpretado no sentido segundo o qual um EM que não tenha adotado qualquer medida em cumprimento do art. 17.º, n.º 1 da Diretiva 95/46 não pode sancionar uma entidade empregadora que adote um sistema de acesso ao registo de tempos de trabalho de tal forma restrito que impeça a ACT de proceder ao seu controlo imediato. Reformulando esta terceira questão, uma vez que considerou não ser pertinente para o litígio em causa a interpretação do art. 17.º, n.º 1 referido acima, o TJ não deixou de esclarecer, numa lógica de cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais, que não se opõe a uma legislação nacional que estabeleça uma obrigação para o empregador no sentido de colocar à disposição da ACT o registo de tempos de trabalho

---

<sup>2368</sup> Duarte, 2018, p. 182. Destacando o considerando 78 do RGPD, o autor apela à pseudonimização dos dados pessoais em causa no registo de tempos de trabalho.

<sup>2369</sup> Sousa, 2018, p. 143.

<sup>2370</sup> Cordeiro, 2018, p. 558.

<sup>2371</sup> Para uma abordagem jurisprudencial relativa às ingerências na vida privada do trabalhador em contexto laboral, veja-se o ac. do TC n.º 5/2008.

<sup>2372</sup> Leitão, 2004, p. 126.

<sup>2373</sup> Sousa, 2018, p. 144.

<sup>2374</sup> Apesar de estar em causa a aplicação de normas constantes da revogada Diretiva 95/46, estamos certos de que o entendimento do TJ se manteria caso o diploma em vigor fosse o RGPD, uma vez que as normas em causa permaneceram praticamente inalteradas.

a fim de permitir a sua consulta imediata, “na medida em que essa obrigação seja necessária para o exercício, por essa autoridade, da sua missão de fiscalização da aplicação da legislação em matéria de condições de trabalho”<sup>2375</sup>. Assim, o TJ temperou o acesso ao registo de tempos de trabalho com o princípio da proporcionalidade<sup>2376</sup>, remetendo para o TTV a apreciação concreta desta (des)proporcionalidade atendendo às circunstâncias do litígio. Sem embargo do contributo, já de si bastante relevante, prestado pelo TJ com este acórdão, cremos que se tratou de uma oportunidade desperdiçada para esclarecer em definitivo se, abstratamente, o acesso imediato ao registo de tempos de trabalho configura, ou não, uma interpretação proporcional.

### 3. Registo de trabalho suplementar

A última modalidade de controlo do tempo de trabalho é o registo de trabalho suplementar, que é, claramente, a modalidade que conta com a tradição legislativa mais intensa, remontando ao ano de 1919. Para além de suscitar questões já analisadas a propósito dos outros mecanismos de controlo do tempo de trabalho (conceitos de local acessível e consulta imediata e proteção de dados pessoais), esta modalidade comporta, conforme veremos, alguns quesitos próprios. Ainda assim, atendendo à atipicidade do trabalho suplementar *per se*, convém analisar previamente este regime, de forma a melhor se compreender a sua necessidade específica de controlo.

O trabalho suplementar configura um “desvio em relação ao programa normal de atividade do trabalhador”<sup>2377</sup>, reportando-se, segundo o n.º 1 do art. 226.º, ao trabalho que é prestado fora do horário de trabalho<sup>2378</sup>. Ainda assim, a opção legislativa de colocar o acento tónico do trabalho suplementar no horário de trabalho<sup>2379</sup> é, a nosso ver, manifestamente positiva, porquanto enfatiza “a estabilidade do regime temporal de

---

<sup>2375</sup> Ponto 45 do ac. do TJ em causa.

<sup>2376</sup> Neste sentido, veja-se também o despacho do TJ de 19/6/2014.

<sup>2377</sup> Amado, 2019, p. 229.

<sup>2378</sup> Nem sempre foi esta a opção do legislador laboral. Até à LCT (art. 46.º), o trabalho prestado a título extraordinário resumia-se ao que era prestado “para além do período normal”. Com a LDT (art. 16.º) introduziu-se uma certa ambiguidade na definição legal de trabalho extraordinário (trabalho prestado “fora do período normal”), possibilitando o entendimento segundo o qual se incluíam nesta os casos de “exterioridade da prestação relativamente ao horário estabelecido” (Fernandes, 2019, p. 527). A ligação do trabalho suplementar ao horário de trabalho só ficou expressa e inequivocamente esclarecida com a LTS (art. 2.º), onde, numa definição “tecnicamente mais precisa do que as fórmulas legais anteriores” (Fernandes, 1995, p. 138) que se mantém praticamente inalterada volvidos quase 40 anos, se estabeleceu que todo o trabalho “prestado fora do horário de trabalho” configura trabalho suplementar.

<sup>2379</sup> No caso dos trabalhadores isentos de horário de trabalho, nas modalidades de isenção parcial ou modelada, previstas, respetivamente, nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 219.º, o centro nevrálgico do trabalho suplementar reside no período normal de trabalho diário ou semanal acordado, configurando trabalho suplementar todo o trabalho prestado para lá desse (art. 226.º, n.º 2), já que “os limites à prestação do trabalho decorrem da própria estrutura da isenção” (Carvalho, 2018, p. 201).

trabalho em detrimento da quantidade de esforço despendido”<sup>2380</sup>, favorecendo, assim, as “condições de conciliação vida/ trabalho”<sup>2381</sup>.

O carácter excecional do trabalho suplementar encontra várias justificações, tanto de cariz social como de cariz económico. O recurso frequente e injustificado ao trabalho suplementar colocaria em causa a “necessidade de limitar a situação de heterodisponibilidade do trabalhador”<sup>2382</sup> enquanto forma de assegurar a sua segurança e saúde no trabalho e garantir a conciliação entre a sua vida profissional e familiar. Além disso, essa possibilidade colocaria em causa interesses supraindividuais, relacionados com políticas de combate ao desemprego e consequente preservação do “equilíbrio do mercado de trabalho”<sup>2383</sup>. Assim, o recurso ao trabalho suplementar só encontra legítima causa se a sua justificação se consubstanciar nas situações taxativamente descritas nos n.ºs 1 e 2 do art. 227.º, sendo que o tratamento legal será distinto consoante a situação invocada. O n.º 1, consagrando um critério de necessidade<sup>2384</sup>, refere-se às situações de “acréscimo eventual e transitório de trabalho”. O carácter excessivamente amplo destas “necessidades anormais de gestão”<sup>2385</sup>, aliado ao facto de a ponderação da necessidade do trabalho suplementar repousar num poder discricionário do empregador, pode potenciar o recurso abusivo a esta figura. Não obstante, há que referir que os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 228.º estabelecem uma série de limitações ao trabalho suplementar motivado por essas necessidades. O n.º 2 do art. 227.º diz respeito ao critério de indispensabilidade<sup>2386</sup>, e pode ser dividido em duas subcategorias: a força maior e a inadiável necessidade de prevenir ou reparar prejuízos graves para a empresa ou para a sua viabilidade (económica). Nestes casos, o recurso ao trabalho suplementar apenas se encontra demarcado pelo limite do período de trabalho semanal que decorre do n.º 1 do art. 211.º.

De acordo com a lei portuguesa, nomeadamente o art. 227.º, n.º 3, o trabalho suplementar é obrigatório. Estamos a falar de uma “alteração quantitativa unilateral do objeto do contrato, ainda que transitória e pontual”<sup>2387</sup>, que bem espelha o princípio laboral da prevalência dos interesses de gestão que vem sendo proclamado por alguma doutrina<sup>2388</sup>. Esta obrigatoriedade contempla, no entanto, uma exceção que, pelo seu “carácter fortemente indeterminado”<sup>2389</sup>, não reúne consenso entre os juslaboralistas. O

---

<sup>2380</sup> Fernandes, 2018a, p. 160.

<sup>2381</sup> Fernandes, 2018a, p. 160. O autor considera que esta se trata de uma opção conservadora que coloca entraves “à instauração e ao desenvolvimento de regimes de flexibilidade temporal”.

<sup>2382</sup> Amado, 2019, p. 230.

<sup>2383</sup> Fernandes, 2018, p. 299; Fernandes, 2018a, p. 160.

<sup>2384</sup> Cfr. Amado, 2019, p. 230.

<sup>2385</sup> Ramalho, 2019, p. 452.

<sup>2386</sup> Cfr. Amado, 2019, p. 230.

<sup>2387</sup> Fernandes, 2018a, p. 163.

<sup>2388</sup> Cfr. Ramalho, 2019, p. 453.

<sup>2389</sup> Cfr. Amado, 2019, p. 230.

trabalhador, confrontado com uma ordem do seu empregador no sentido de prestar trabalho suplementar, pode, existindo motivo atendível para tal, solicitar de forma expressa a sua dispensa. Ora, a doutrina divide-se relativamente aos efeitos de uma eventual recusa (ou reiteração da ordem) por parte do empregador à dispensa solicitada pelo trabalhador. Partindo da ideia segundo a qual o empregador é, numa fase inicial, o único que pode realizar o juízo sobre a atendibilidade<sup>2390</sup> dos motivos invocados pelo trabalhador, alguns autores consideram que esta recusa volta a colocar o trabalhador numa posição de subordinação relativamente à ordem em causa, não adquirindo este um “direito de desobediência”<sup>2391</sup>. Em sentido contrário, considerando que o entendimento *supra* não encontra qualquer arrimo na letra da lei, outros autores apontam para a exoneração do trabalhador no que toca à obrigação de prestar trabalho suplementar independentemente do consentimento do empregador<sup>2392</sup>. Para esta corrente doutrinal, “o simples facto de o empregador reiterar a ordem não acarreta a sua licitude, cabendo ao tribunal verificar se à luz da adequação social e da boa fé, e sopesando os interesses contrapostos de ambas as partes, a recusa tinha um motivo atendível”<sup>2393</sup>. Significa isto que uma eventual infração disciplinar radicar-se-á não no facto de o trabalhador ter desobedecido à ordem do empregador, que não consentiu na dispensa daquele, mas sim no facto de o motivo atendível invocado não ser, numa análise necessariamente casuística, “suficientemente relevante em si mesmo e/ ou em face dos interesses da empresa”<sup>2394</sup>. Não obstante os argumentos de ambas as posições, cremos, como Leal Amado, que a recusa da prestação de trabalho suplementar “representará, muitas vezes, um risco demasiado elevado para o trabalhador, que este simplesmente não se pode dar ao luxo de correr”<sup>2395</sup>.

Apesar de se tratar de uma figura potencialmente nociva para o trabalhador, redutora, sem necessidade de pré-aviso, dos seus períodos de autodisponibilidade, o trabalho suplementar acarreta efeitos positivos para o trabalhador, que levam muitas vezes a que esta figura seja vista por aquele como uma benesse geradora do inexistente

---

<sup>2390</sup> Cfr. Fernandes, 2019, p. 529. O autor, equiparando este juízo ao que é realizado na justificação das faltas e na valoração disciplinar (arts. 254.º e 330.º), entende, ainda assim, ser “suscetível de censura externa e *a posteriori*” (*Idem*, p. 530), podendo o trabalhador responsabilizar civilmente o empregador pelos prejuízos decorrentes da imposição do trabalho suplementar.

<sup>2391</sup> Monteiro, 2020, p. 576. Neste sentido, também Ramalho, 2019, p. 454.

<sup>2392</sup> Cfr. Carvalho, 2011, p. 354.

<sup>2393</sup> Gomes, 2007, p. 701.

<sup>2394</sup> Fernandes, 2018, p. 305.

<sup>2395</sup> Amado, 2019, p. 231.

fôlego financeiro<sup>2396</sup>. São eles a majoração retributiva e o (agora) esporádico descanso compensatório<sup>2397</sup>, previstos, respetivamente, nos arts. 229.º e 268.º.

Atendendo a tudo o que foi dito até então relativamente ao trabalho suplementar, facilmente se compreende a necessidade acrescida de controlar o recurso a esta figura. Este controlo é exercido, nos termos do art. 231.º, através do registo de trabalho suplementar. Este registo possibilita não só o controlo do número de horas de trabalho suplementar realizadas, como também o controlo dos fundamentos invocados pelo empregador, permitindo, assim, aferir o cumprimento dos limites legais impostos a este regime. De forma a garantir, numa primeira fase, a sua veracidade, o n.º 2 deste artigo atribui ao trabalhador um verdadeiro “poder-dever de visar o registo imediatamente após a respetiva prestação”<sup>2398</sup>, podendo esse visto ocorrer num momento posterior nos casos em que o trabalho suplementar é prestado no exterior da empresa ou “fora das horas normais de expediente dos serviços administrativos”<sup>2399</sup>. Apesar da criação e manutenção deste registo ser da competência do empregador, alguma jurisprudência tem vindo a entender que a responsabilidade patronal pela sua inexistência ou irregularidade pode ser atenuada atendendo aos especiais deveres de diligência do trabalhador neste campo<sup>2400</sup>. Este registo, sendo independente do registo de tempos de trabalho e do mapa de horário de trabalho, tem com estes uma relação crucial. De facto, só o confronto destes instrumentos permite à autoridade inspetiva competente conferir, com um grau de certeza absoluto, o tempo de trabalho suplementar prestado. O trabalhador também tem particular interesse neste registo, que lhe permite “exercer com maior facilidade e eficácia os seus direitos”<sup>2401</sup>, nomeadamente no que toca à prova da realização de trabalho suplementar, que normalmente ocorre no “ajuste de contas final ou mesmo já em sede contenciosa”<sup>2402</sup>. Como decorre das regras gerais, nomeadamente

---

<sup>2396</sup> Ainda assim, convém referir que o trabalhador não possui um direito a prestar trabalho suplementar. Nos termos do art. 268.º, n.º 2, para além das típicas situações em que o empregador dá ao trabalhador uma ordem direta nesse sentido, ficam também acautelados os casos em que este trabalho é realizado “de modo a não ser previsível a [sua] oposição”, pelo que o trabalhador adquire, aqui, um espaço decisório próprio onde, antecipando, de forma razoável, “a vontade presumida” do empregador (Fernandes, 2018, p. 357), decidirá se os interesses empresariais impõem a prestação de trabalho suplementar (algo que acontecerá, certamente, nas situações do art. 227.º, n.º 2). Relativamente a esta questão, veja-se o ac. do TRP de 10/3/2014.

<sup>2397</sup> A Lei n.º 23/2012, de 25/6, que transpôs para o plano legislativo alguns dos aspetos consignados no ME concluído com a Troika em 2011, reduziu as percentagens relativas aos acréscimos retributivos do trabalho suplementar para metade e praticamente aboliu o sistema de repouso compensatórios, numa lógica de “favorecimento da proliferação do trabalho suplementar” (Fernandes, 2018a, p. 165), com vista ao amparo empresarial. Ainda assim, o ac. do TC n.º 602/2013 veio frustrar a intenção do legislador, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 7.º, n.º 2 desta Lei. Sobre este tema, veja-se Fernandes, 2014, pp. 10-13 e Fernandes, 2018b, pp. 53-71.

<sup>2398</sup> Fernandes, 2018, p. 324.

<sup>2399</sup> Marecos, 2012, p. 563.

<sup>2400</sup> Neste sentido, veja-se o ac. do TRL, de 15/12/2011, onde é referido que o autor (trabalhador) “devia ter atuado no sentido de promover junto da entidade empregadora a regularização” do registo de trabalho suplementar, não podendo ignorar a sua inexistência uma vez que este pressupõe a sua assinatura. Em sentido contrário, Fernandes, 2018, p. 325.

<sup>2401</sup> Fernandes, 2018, p. 324.

<sup>2402</sup> Fernandes, 2018, p. 168.

o art. 342.º, n.º 1 do CC, o ónus da prova no que toca à prestação de trabalho suplementar recai sobre o trabalhador<sup>2403</sup>. Atendendo à extrema cautela da jurisprudência no que toca à inversão deste ónus, exigindo-se não só a culpa do empregador (art. 344.º, n.º 2, do CC) como também a impossibilidade desta prova ser realizada através de outros meios que, de facto, existem, mas não são, de todo, adequados<sup>2404</sup>, cremos que o trabalhador, sem recurso a estes registos, terá extremas dificuldades em conseguir provar que efetivamente prestou esse trabalho. Ainda assim, com o objetivo de “impedir que a inobservância daquelas regras [as referidas nos n.ºs 1 a 4] redunde em prejuízo para o trabalhador”<sup>2405</sup>, o n.º 5 do art. 231.º consagra uma espécie de “sanção ficcional”<sup>2406</sup>, que compreende “um misto de retribuição especial (ou de garantia retributiva) e de medida sancionatória”<sup>2407</sup> e confere ao trabalhador o direito a retribuição correspondente a duas horas de trabalho suplementar por cada dia em que tenha prestado atividade fora do horário de trabalho<sup>2408</sup>. Finalmente, nos termos do n.º 8, o empregador tem também a obrigação de manutenção, durante cinco anos, da relação nominal dos trabalhadores que efetuaram trabalho suplementar referida no n.º 7<sup>2409</sup>.

---

<sup>2403</sup> Neste sentido, veja-se também o ac. do STJ de 2/12/2013.

<sup>2404</sup> Veja-se o ac. do STJ de 22/2/2017.

<sup>2405</sup> Monteiro, 2020, p. 588.

<sup>2406</sup> Fernandes, 2018, p. 168.

<sup>2407</sup> Fernandes, 2018, p. 326.

<sup>2408</sup> Considerando que esta norma não será de aplicar quando o trabalhador conseguir fazer prova do momento e da duração do trabalho suplementar prestado, Monteiro, 2020, p. 589. O autor entende que o conteúdo da norma “perde a aparência de comando sancionatório, aproximando-se mais da ideia de presunção ilidível”. Em sentido contrário, referindo que o que está em jogo não é o prejuízo concreto do trabalhador, mas sim uma “forma de incentivar o respeito pela lei”, Gomes, 2007, p. 705.

<sup>2409</sup> A destruição dos registos com mais de cinco anos é perfeitamente legítima. A prova dos créditos por trabalho suplementar vencidos há mais de cinco anos torna-se, então, diabólica, já que o “documento idóneo” referido no art. 337.º, n.º 2 pressupõe um documento escrito emanado pelo empregador possuidor de “virtualidade probatória plena em relação à existência de trabalho suplementar remunerável” (neste sentido, Fernandes, 2018, p. 170 e ac. do STJ de 16/11/2011).

## Conclusão

Sem nos alongarmos muito mais, estamos em condições de compendiar, em jeito de súmula conclusiva, as principais ilações deste estudo.

Em primeiro lugar, é importante salientar o interesse da temática dos mecanismos de controlo do tempo de trabalho, interesse esse que parece assentar numa relação de proporcionalidade direta com a própria evolução do direito do trabalho. De facto, conforme vimos, apesar de alguns destes mecanismos contarem com uma tradição centenária, a verdade é que a última década tem sido marcante para que estes instrumentos abandonem a aura de insignificância que os caracterizava, passando a ocupar um papel de maior destaque no atual contexto jurídico-laboral.

O enquadramento jurídico destes mecanismos acaba por ser um tanto curioso, uma vez que poucos são os instrumentos (internacionais ou europeus) que a eles se referem de forma expressa. Assim, a sua *ratio* acaba por repousar em princípios basilares do direito do trabalho, como sejam o princípio da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal ou o princípio da segurança e saúde no emprego, que, de forma indireta, ajudam a justificar a necessidade para a existência destes mecanismos. A jurisprudência (nomeadamente o recente ac. do TJ de 14/5/2019), combatendo a inércia legislativa, ocupa um papel absolutamente fundamental para concretizar essa necessidade.

A distribuição das horas de trabalho ao longo do dia, enquanto vertente fundamental do tempo de trabalho, implica, necessariamente, um particular controlo, realizado através de um mapa de horário de trabalho, que possibilita a escrupulosa comparação da prestação efetiva com a prestação nele declarada. De forma a maximizar a fiabilidade deste mecanismo, garantindo total transparência e impedindo as modificações de última hora, o mapa de horário de trabalho deve estar afixado no local de trabalho do trabalhador a que diz respeito. Este mecanismo de controlo não levanta particulares querelas doutrinárias. Não podemos, porém, dizer o mesmo relativamente ao horário de trabalho *per se*, enquanto motivo justificador do controlo, uma vez que não é pacífica a sua qualificação enquanto elemento essencial do contrato de trabalho e consequente papel do trabalhador na sua determinação e modificação.

O registo de tempos de trabalho, mecanismo de controlo que motivou maior enfoque neste estudo, é o produto mais recente da evolução legislativa nesta matéria. O objetivo principal deste mecanismo prende-se com o controlo dos limites legais impostos ao tempo de trabalho, e a sua criação fomentou-se no advento dos instrumentos de flexibilidade do mesmo. Com a entrada em vigor do atual CT, o artigo referente a este mecanismo foi alvo de uma reforma que, apesar de unanimemente considerada como bastante positiva, gerou alguma divergência relativamente aos dois conceitos



indeterminados introduzidos: local acessível e consulta imediata. Apesar de considerarmos que ambas as posições estão suportadas por argumentos bastante relevantes, tendemos a concordar com Abrunhosa e Sousa, especialmente tendo em conta os mais recentes desenvolvimentos da temática da proteção de dados pessoais do trabalhador.

Pela sua atipicidade, e pelo facto de ser uma modalidade que extravasa alguns limites legais relativos ao tempo de trabalho, o trabalho suplementar não pode estar isento de controlo. Assim, a existência do registo de trabalho suplementar é absolutamente fundamental, uma vez que garante ao trabalhador um eficaz meio de prova e possibilita a fiscalização quer dos motivos justificativos, quer dos próprios limites legais impostos ao trabalho suplementar. O controlo do trabalho suplementar, apesar de formalmente repousar neste mecanismo, é coadjuvado tanto pelo registo de tempos de trabalho, como pelo mapa de horário de trabalho, uma vez que só conhecendo a totalidade desse tempo e a sua distribuição é que se consegue perceber com exatidão quanto desse tempo foi exercido a título suplementar.

Para terminar, não podemos deixar de nos referir ao facto de o controlo do tempo de trabalho ser uma das temáticas que, necessariamente, terá de se reajustar, adaptando-se à constante evolução que caracteriza o direito do trabalho. A indústria 4.0, a robótica e a emergência da inteligência artificial dos filmes de ficção científica para o nosso quotidiano trarão, certamente, especiais necessidades de controlo do tempo de trabalho apenas alcançáveis com uma total revolução destes instrumentos. Citando Isaac Leib Peretz, “o tempo é mudança, transformação, evolução”<sup>2410</sup>.

---

<sup>2410</sup> Baron, 1956, p. 498.

## Bibliografia

ALVES, F.C. (2017). Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais. *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 7, pp. 17-41.

AMADO, J.L. (2019). *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.

AMADO, J.L., ROUXINOL, M.S., VICENTE, J.N., SANTOS, C.M. & MOREIRA, T.C. (2019). *Direito do Trabalho – Relação individual*. Coimbra: Almedina.

BARON, J. (1956). *A treasury of Jewish quotations*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

BRÁS, A. (2016). O núcleo essencial dos direitos sociais na ordem jurídica internacional. *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, pp. 194-228, <https://www.e-publica.pt/volumes/v3n2/pdf/Vol.3-N.º2-Art.09.pdf>.

CANOTILHO, J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.N. (2011). Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho. In Morgado, P.C. (coord.). *Código do Trabalho – A revisão de 2009*, pp. 327-379. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.N. (2012). Tempo de trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, n.ºs 1 e 2, pp. 21-51.

CARVALHO, António N. (2018). Isenção de horário de trabalho – alguns problemas. In Ramalho, M.P. & Moreira, T.C. (coords.). *Estudos APODIT 4: Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 185-229. Lisboa: AAFDL.

CARVALHO, C.O. (2017). Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no Direito europeu e respetiva articulação com o Direito nacional. In Xavier, B.L. et al. (coords.). *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte 1, pp. 280-313. Vila Nova de Gaia: Editor NovaCausa.

CORDEIRO, A.M. (2018). *Direito do trabalho – Tomo I*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A.M. (2019). *Direito do trabalho – Tomo II*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, B.M. (2018). Dados pessoais: conceito, extensão e limites. *Revista de Direito Civil*, n.º 2, pp. 297-321.

DEAKIN, S. & MORRIS, G. (2012). *Labour law*, 6.ª Edição. Oxford: Hart Publishing.

DUARTE, D.P. (2018). Registo de tempos de trabalho e proteção de dados pessoais. In Ramalho, M.P. & Moreira, T.C. (coords.). *Estudos APODIT 4: Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 173-183. Lisboa: AAFDL.

FERNANDES, A.M. (2018a). Notas sobre o regime do trabalho suplementar In Ramalho, M.P. & Moreira, T.C. (coords.). *Estudos APODIT 4: Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 157-171. Lisboa: AAFDL.

FERNANDES, A.M. (2018b). O fiscal complacente (memórias de um acórdão do Tribunal Constitucional. In *Escritos de direito do trabalho*, pp. 53-85. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, A.M. (2019). *Direito do trabalho*, 19.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, F.L. (1995). *Comentário às Leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*. Coimbra: Coimbra Editora.

FERNANDES, F.L. (2008). Notas sobre a flexibilização do tempo de trabalho. In *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. II, pp. 705-740. Coimbra: Coimbra Editora.

FERNANDES, F.L. (2013). Um breve olhar sobre a Diretiva 2003/88, relativa à organização do tempo de trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 93, pp. 101-121.

FERNANDES, F.L. (2014). Breves considerações sobre o acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1, [https://cije.up.pt/client/files/0000000001/4\\_691.pdf](https://cije.up.pt/client/files/0000000001/4_691.pdf).

FERNANDES, F.L. (2018). *O trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Porto: Universidade do Porto – Reitoria, <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111840/2/264530.pdf>.

FRANKLIN, B. (1748). Advice to a young tradesman, written by an Old One. In *George Fisher, the American instructor: Or young man's best companion*, 9.<sup>a</sup> Edição, pp. 375-377. Filadélfia: New-Printing-Office.

GARCIA, A. (2002). The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. *European Law Journal*, vol. 8, n.º 4, pp. 492-514.

GOMES, J.V. (2007). *Direito do trabalho – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

[http://www.direito.porto.ucp.pt/sites/default/files/files/direito/Anesc/Artigos/ anotacao\\_aartig-2\\_n1\\_carta-social.pdf](http://www.direito.porto.ucp.pt/sites/default/files/files/direito/Anesc/Artigos/ anotacao_aartig-2_n1_carta-social.pdf).

LEITÃO, L.M. (2004). A proteção de dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*, pp. 123-138. Coimbra: Coimbra Editora.

LEITE, J. (2003). *Direito do trabalho*, vol. I. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra (Serviços de Texto).

MARECOS, D.V. (2012). *Código do Trabalho anotado*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARQUES, S.T. (2018). Análise ao artigo 2.º, n.º 1 CSE(R). *Secção Portuguesa da Academic Network on the European Social Charter and Social Rights – ANESC*.

MARTÍNEZ, P.R. (2019). *Direito do trabalho*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTÍNEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P.M., DRAY, G. & SILVA, L.G. (2007). *Código do Trabalho anotado*, 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTÍNEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P.M., DRAY, G. & SILVA, L.G. (2007). *Código do Trabalho anotado*, 12.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINS, P.F. (2017). *Cessação do contrato de trabalho*, 4.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Principia.

MEDEIROS, R. & MIRANDA, J. (2017). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 2.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MONEREO PÉREZ, J. & MORALES, S. (2019). Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. *La Ley*

Unión Europea, n.º 72 (versão online),  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7068178>.

NAMORA, G.C. (2017). *As relações laborais no modelo de organização empresarial de economia colaborativa*. Tese de Mestrado em Direito. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa,  
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23264/1/Dissertação%20Mestrado%20GoGonça%20Cerejeira%20Namora.pdf>.

RAMALHO, M.P. (2018). Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e vida familiar – algumas notas. In Ramalho & Moreira (coords.). *Estudos APODIT 4: 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.

RAMALHO, M.P. (2019). *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações laborais individuais*, 7.ª Edição. Coimbra: Almedina.

RAY, J.-E. (2001). Changements d’horaires (À propos de quelques arrêts récents). *Droit Social*, pp. 7-12.

RIBEIRO, M.F. (2006). Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspetos do regime da duração e organização do tempo de trabalho. *Questões Laborais*, n.º 28, pp. 219-240.

SCHLACHTER, M. (2015). *EU Labour Law – A commentary*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.

SILVEIRA, A. & CANOTILHO, M. (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina.

SIMÓN, Í. & CONTRERAS, P. (2019). The new obligation for companies in Spain: Working time registration. Innovation or regression? *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 11 (versão online), <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derecho-social-y-empresa/the-new-obligation-for-companies-in-spain-working-time-registration-innovation-or-regression/8728/>.

SOUSA, D.A. (2018). Registo dos tempos de trabalho e proteção de dados pessoais. In Ramalho & Moreira (coords.). *Estudos APODIT 4: Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 117-156. Lisboa: AAFDL.

SWEPSTON, L. (2014). *The development in international law of articles 23 and 24 of the Universal Declaration of Human Rights: The labour rights articles*. Leiden: Bright.

VICENTE, J.N. (2014). Breves notas sobre a fixação e modificação do horário de trabalho. In Reis, J., Leal Amado, J., Liberal Fernandes & Redinha, M. (coords.) *Para Jorge Leite: (Escritos jurídico-laborais)*, vol. I, pp. 1051-1071. Coimbra: Coimbra Editora.

XAVIER, B.L. (2005). Novos contratos, novas realidades e direito laboral. *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, n.ºs 2, 3 e 4, pp. 155-194.

XAVIER, B.L., CARVALHO, A.N., ALMEIDA, T.G., VASCONCELOS, J. & MARTINS, P.F. (2018). *Manual de direito do trabalho*, 3.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.

## **Lista de jurisprudência**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14/5/2019, proc. C-55/18, *CCOO v. Deutsche Bank SAE*.

Acórdão. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 30/5/2013, proc. C-342/12, *Worten v. ACT*.

Despacho do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19/6/2014, proc. C-683/13, *Pharmacontinente v. ACT*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 19/2/2013, proc. 38285/09, *García Mateos v. Spain*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28/10/1999, proc. 40772/98, *Pancenکو v. Latvia*.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 9/10/1979, proc. 6289/73, *Airey v. Ireland*.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, de 20/9/2013, proc. 531/12 (Pedro Machete).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/2008, de 8/1/2008, proc. 1073/07, (Vitor Gomes).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 199/2005, de 19/4/2005, proc. 117/04 (Benjamim Rodrigues).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/2/2017, proc. n.º 988/08.3TTVNG.P4.S1 (Ribeiro Cardoso).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/12/2013, proc. n.º 265/06.4TTVNG.L1.S1 (Melo Lima).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/11/2011, proc. n.º 2026/07.4TTPRT.P1.S1 (Pereira Rodrigues).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/12/2011, proc. n.º 1861/09.3TTLSB (Paula Sá Fernandes).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/3/2014, proc. 1105/11.8TTBRG.P1, (Paula Leal de Carvalho).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/5/2006, proc. 0610410 (Ferreira da Costa).

Sentença do Tribunal do Trabalho de Viseu de 20/2/2014, proc. 317/12.1TTVIS.

Sentença do Tribunal do Trabalho da Covilhã de 29/1/2009, proc. 261.08.7TTCVL.

Sentença do Tribunal do Trabalho de Portimão de 4/12/2006, proc. 385/06.5TTPTM.

Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 16/7/2019, proc. 4331/2018 (Maria Paredes).

Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 20/4/2017, proc. 338/2017 (Julian Melgar).

Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 23/3/2017, proc. 246/2017 (Jose de la Serrana).

Sentença da Audiência Nacional de 10/12/2019, proc. 232/2019 (Ramon Llanos).

### **Outros elementos**

Dados PORDATA – Empresas: total e por dimensão (até 2018), <https://www.pordata.pt/Portugal/Empresas+total+e+por+dimensao-2857>.

Ficha interpretativa VI.3, relativa à forma do registo de tempos de trabalho, ao seu prazo de conservação e ao local onde deve ser mantido, Grupo de trabalho do Código do Trabalho, IGT, 2004, <https://dev.anceve.pt/wp-content/uploads/2017/12/Fichas-de-trabalho.pdf>.

Inquérito às condições de trabalho em Portugal Continental: trabalhadores/as: Relatório Final. Lisboa: CESIS, 2016, [http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/Cond\\_Trab\\_Trabalhadores.pdf](http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/Cond_Trab_Trabalhadores.pdf).

Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2018, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Centro de Relações Laborais, Lisboa, 2018, [http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/CRL\\_Relatorio\\_NC\\_2018.pdf](http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/CRL_Relatorio_NC_2018.pdf).

**Os crimes contra os animais de companhia:**

**Análise crítica da Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto**

Jéssica Bruna da Silva Mendes

Sob a orientação da Professora  
Doutora Maria Elisabete da Costa Ferreira

## **Agradecimentos**

À minha mãe, por todos os sacrifícios que fez, por todas as privações a que se sujeitou para me ter proporcionado a melhor formação acadêmica possível, por nunca me ter deixado desistir nos momentos de maior aflição e por ser a minha conselheira de “todas as horas”. Obrigada pelo orgulho desmedido que sempre demonstraste ter em mim!

Ao meu pai, pela sua forma peculiar de demonstrar o quanto gosta de mim e o orgulho que sente em eu ter chegado até aqui e por sempre me ter tentado transmitir que o caminho não seria tão arduo quanto eu pensava.

Ao Bruno, pela compreensão nas minhas ausências, pela calma que me transmitia nos momentos de impasse, pela paciência nos longos minutos e nas múltiplas vezes em que falava de assuntos que ele não compreendia e em que era a minha única e fiel plateia e pelos incentivos diários na prossecução desta jornada.

À minha Orientadora, Prof. Doutora Elisabete Ferreira, por todos os conselhos, correções, recomendações, disponibilidade e paciência. Estou convicta de que grande parte do sucesso desta dissertação se deve ao seu excelente trabalho como docente, mas também ao grande amor e estima que ambas nutrimos pelos animais, e que acabou por tornar este projeto um desafio tão honroso e prazeroso.

À minha madrinha Sara, por ser das poucas pessoas relativamente às quais posso seguramente afirmar que a distância que nos separa nunca será maior do que o amor que nos une.

Em especial, aos meus irmãos de quatro patas, Balboa e Dama, por, quer em espírito, quer fisicamente, me receberem todos os dias em casa com todo esse amor puro e desinteressado e me terem ensinado o verdadeiro significado da palavra “lealdade”.

Sou uma afortunada por vos ter a todos na minha vida. A todos, o meu muito obrigada.



## **Resumo**

A Lei n.º 69/2014, de 29/08, introduziu em Portugal a tão desejada quanto necessária tutela penal dos animais, em consonância com aquilo que vinha sendo reclamado pela sociedade portuguesa, no sentido de se conferir uma maior proteção jurídica aos animais, enquanto seres dotados de sensibilidade.

Não obstante o avanço civilizacional e jurídico que comportou a introdução no Código Penal Português de dois novos tipos incriminadores – o de maus-tratos e o de abandono de animal de companhia, a verdade é que, volvidos que estão mais de três anos desde a entrada em vigor do suprarreferido diploma legal, as situações de crueldade e desumanidade para com os animais são ainda uma realidade demasiado frequente.

Animais agredidos, esquecidos, acorrentados ou enjaulados uma vida inteira, sem abrigo para se refugiarem nos dias em que o sol é abrasador ou em que a chuva é torrencial, a morrerem de fome e/ou de sede, abandonados em estradas movimentadas ou em sítios ermos, perante o olhar desatento dos que por eles passam, atarefados com as suas próprias vidas.

No presente excuro, visamos proceder a uma análise interpretativa e crítica das normas respeitantes aos crimes contra animais de companhia, inclusive por comparação com outros ordenamentos jurídicos europeus, de molde a podermos contribuir para a resolução de algumas das questões práticas que as mesmas suscitam.

**Palavras-chave:** Direitos dos animais; crimes contra animais de companhia; maus-tratos; abandono.

## **Abstract**

In line with what was being demanded by Portuguese society, Law 69/2014, of 29 August, finally provided a greater legal protection to animals, namely as sentient beings.

Notwithstanding the introduction of two new incriminating types into the Portuguese Penal Code – that of mistreatment and abandonment of companion animals –, the truth is that after more than three years since the entry into force of the aforementioned legal decree, situations of cruelty and inhumanity to animals are still too frequent. Animals continue to be beaten, forgotten, chained or caged for a lifetime, without a shelter to take refuge on days when the sun is scorching or when the rain is pouring, dying of hunger and/or thirst, abandoned on busy roads or in the wilderness, before the inattentive gaze of those who pass by, busy with their own lives.

In the present study, we intend to carry out an interpretative and critical analysis of the rules on offences against pets, including by comparison with other European legal systems, so that we can contribute to the resolution of some of the practical issues raised by them.

**Keywords:** Animal rights; animal abuse; crimes against pet animals; animal neglect; abandonment.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|         |                                                                                      |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Art.    | Artigo                                                                               |
| BGB     | Bürgerliches Gesetzbuch                                                              |
| CC      | Código Civil                                                                         |
| CE(s)   | Comunidade Europeia/Comunidades Europeias                                            |
| CEPA    | Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia                          |
| Cfr.    | Conferir                                                                             |
| CM      | Câmara Municipal                                                                     |
| CFS     | Conselho Federal Suíço                                                               |
| CRP     | Constituição da República Portuguesa                                                 |
| CROA    | Centros de Recolha Oficiais de Animais                                               |
| CSM     | Conselho Superior da Magistratura                                                    |
| CP      | Código Penal                                                                         |
| CPP     | Código de Processo Penal                                                             |
| DCCAHNH | Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Animais Não Humanos |
| DL      | Decreto-Lei                                                                          |
| EJA     | Estatuto Jurídico dos Animais                                                        |
| GNR     | Guarda Nacional Republicana                                                          |
| ICJP    | Instituto de Ciências Jurídico-Políticas                                             |
| LFPA    | Lei Federal de Proteção Animal                                                       |
| LPA     | Lei de Proteção Animal                                                               |
| LPAS    | Lei de Proteção Animal Suíça                                                         |
| MP      | Ministério Público                                                                   |
| N.º     | Número                                                                               |
| ONU     | Organização das Nações Unidas                                                        |
| P./PP.  | Página/Páginas                                                                       |
| PL      | Projeto-Lei                                                                          |
| P. e P. | Previsto e punido                                                                    |
| PS      | Partido Socialista                                                                   |
| PSD     | Partido Social Democrata                                                             |
| PSP     | Polícia de Segurança Pública                                                         |
| RASI    | Relatório Anual de Segurança Interna                                                 |
| SPENA   | Serviço de Proteção da Natureza e do Ambiente                                        |
| STJ     | Supremo Tribunal de Justiça                                                          |
| TFUE    | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia                                      |
| UE      | União Europeia                                                                       |

# Índice

## Introdução

### 1. Enquadramento: a proteção jurídica dos animais

#### 1.1. Nos instrumentos jurídicos internacionais

#### 1.2. No direito europeu e da União Europeia

#### 1.3. No direito comparado

##### 1.3.1. Suíça

##### 1.3.2. Alemanha

##### 1.3.3. Áustria

### 2. A proteção jurídica dos animais no ordenamento jurídico português

#### 2.1. Breve resenha histórica

#### 2.2. A Lei n.º 69/2014, de 29/08 – as alterações introduzidas no Código Penal Português

### 3. Dos crimes contra animais de companhia – aspetos gerais

#### 3.1. O bem jurídico protegido

#### 3.2. O conceito de animal de companhia

#### 3.3. As consequências penais dos ilícitos criminais

##### 3.3.1. As penas principais

##### 3.3.2. As penas acessórias

#### 4. O crime de maus-tratos simples a animal de companhia – art. 387.º, n.º 1 CP

##### 4.1. O elemento objetivo

##### 4.2. O conceito de “motivo legítimo”

##### 4.3. O elemento subjetivo

#### 5. O art. 387.º, 2 do CP: crime de maus-tratos agravado pelo resultado ou crime preterintencional?

### 6. O crime de abandono de animais de companhia

#### 6.1. O tipo objetivo de ilícito

#### 6.2. O elemento subjetivo

#### 6.3. Do concurso

### 7. Incongruências e insuficiências da Lei n.º 69/2014, de 29/08:

#### Apreciação crítica

#### Notas conclusivas

#### Referências bibliográficas

## Introdução

A proteção atualmente conferida a alguns grupos de animais não humanos é o resultado da aceitação por parte da comunidade em geral dos contributos da comunidade científica de reconhecimento dos animais como seres sencientes<sup>2411</sup>.

Afinal, estes não apenas existem, como têm uma clara perceção do mundo que os rodeia, interagem com o meio envolvente, têm necessidades biológicas, sociológicas e individuais<sup>2412</sup> e experimentam e manifestam estádios emocionais em muito semelhantes aos dos animais humanos.

Sendo o Direito uma realidade mutável, e considerando as crescentes vozes no plano nacional que clamavam pelo reconhecimento de direitos efetivos para os animais, sentiu o legislador português a necessidade de conformar esta nova realidade valorativa, através da Lei n.º 69/2014, de 29/08.

Este diploma insere-se numa mudança de paradigma mais ampla, que extravasa o domínio penal e que culminou com a entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, de 3/03, que instituiu o Estatuto Jurídico dos Animais, reconhecendo-lhes dignidade jurídica própria e arredando-os em definitivo do estatuto civil de “coisas”.

Não obstante tenha sido um marco histórico na evolução do Direito dos Animais em Portugal, em especial por ter contemplado o regime sancionatório que a LPA de 1995 não previa, a verdade é que o diploma apresenta algumas falhas estruturais, que impedem que a tutela dos animais tenha a abrangência que seria expectável e desejável.

Nesta dissertação, começaremos por tecer algumas notas sobre a forma como a problemática em apreço é encarada e consagrada no âmbito internacional e europeu, realçando aqueles que cremos serem os exemplos mais positivos no Direito Comparado e que deverão ser seguidos, *de iure constituendo*, pelo legislador nacional.

De seguida, enunciaremos, em linhas gerais, os instrumentos legislativos que asseguram, no plano jurídico nacional, a proteção dos animais.

Num terceiro momento, e entrando naquele que será o capítulo central deste excursus, dissecaremos os tipos legais de crime postulados nos arts. 387.º, 388.º, 388.º-A e 389.º do CP, começando por assinalar os elementos comuns a todas as incriminações consagradas no novo Título VI do CP, no que concerne ao bem jurídico protegido, ao conceito de animal de companhia e às sanções aplicáveis, dedicando-nos posteriormente à análise dos elementos diferenciadores, no que tange, sobretudo, aos tipos objetivo e subjetivo.

Num quarto e último momento, apontaremos aquelas que consideramos serem as principais fragilidades e insuficiências da Lei, apresentando propostas de alteração do

---

<sup>2411</sup> Vide DCCAANH.

<sup>2412</sup> Com o mesmo entendimento Torres, 2018, p. 14.

diploma, propondo ainda soluções mais consentâneas com as principais exigências reclamadas pela realidade em que ainda são criados e vivem os animais em Portugal.

## **1. Enquadramento: a proteção jurídica dos animais**

### **1.1. Nos instrumentos jurídicos internacionais**

No quadro universal, existem vários diplomas que consagram a proteção jurídica dos animais, em diferentes âmbitos e de forma mais ou menos restrita.

De entre estes, a mais conhecida e aquela que teve um impacto mais significativo em matéria de defesa animal foi a DUDA<sup>2413</sup>, proclamada em 1978.

Erigida a partir de uma ideia de coexistência pacífica entre seres humanos e animais, foi pioneira ao reconhecer aos animais os direitos à igualdade e à existência, à liberdade, à reprodução, à alimentação, à duração de vida de acordo com a sua longevidade natural, ao respeito e a coexistir com os seres humanos, tendo imposto aos seres humanos o respeito por esses mesmos direitos.

De entre os seus catorze artigos, cremos ser de destacar, em especial, o artigo 2.º, porquanto dele resulta um dever geral de respeito relativamente a todo e qualquer animal, independentemente da sua espécie, bem como a premissa de que os conhecimentos dos seres humanos deverão ser colocados ao serviço dos animais.

Tendo como ponto de partida a DUDA, foram celebradas várias Convenções de âmbito universal com o objetivo sobretudo de proteger espécies em perigo, tais como a Convenção de Washington ou CITES – Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (1975), a Convenção de Bona relativa à Conservação de Espécies Migratórias de Fauna Selvagem (1979), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992) e a Convenção Internacional para a Pesca da Baleia (1946).

### **1.2. No direito europeu e da União Europeia**

É inegável o impacto do direito europeu e do direito da União Europeia na definição progressiva de regras mínimas de proteção do bem-estar animal e na imposição de padrões normativos de referência para os Estados-Membros.

Todavia, socorrendo-nos das palavras de Maria Luísa Duarte, existem ainda “vários instrumentos normativos (...) cujo âmbito de aplicação se limita ao objetivo restrito da proteção do bem-estar animal, de acordo com uma abordagem antropocêntrica, mesmo utilitarista”<sup>2414</sup>. Afora os progressos recentes no domínio da

---

<sup>2413</sup> Diploma integral disponível em <https://www.lpda.pt/declaracao-universal-dos-direitos-animal/>.

<sup>2414</sup> Duarte, 2014, p. 34.

proteção animal, a verdade é que os objetivos económicos que nortearam a criação das CEs no século passado continuam bem patententes no atual estado de evolução da UE.

Assim, quer nas normas eurocomunitárias, quer nas normas europeias, a proteção dos animais continua, maioritariamente, confinada à sua dimensão de fatores de produção e de objetos de valor económico.

Sob a égide do Conselho da Europa surgiram diversas convenções: a Convenção Europeia sobre a Proteção dos Animais em Transporte Internacional (1968); a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais nos Locais de Criação (1976); a Convenção Europeia para a Proteção de Animais de Companhia (1987); e ainda a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais Vertebrados utilizados para fins experimentais e outros fins científicos (1986)<sup>2415</sup>.

Destas, salientamos a CEPAC. Este diploma atribui aos tutores de animais de companhia deveres gerais em matéria de posse, aquisição, reprodução/criação, treino, comércio, manutenção e abate, e comporta uma espécie de compromisso dos próprios Estados para com as gerações futuras, exortando-os a adotar medidas e a levar a cabo programas de educação e consciencialização da comunidade para os malefícios resultantes de condutas irresponsáveis e cruéis para com os animais<sup>2416</sup>.

Já no plano do direito comunitário originário, o primeiro passo no âmbito da proteção animal surgiu com a Declaração n.º 24, anexa ao Tratado de Maastricht, posteriormente substituída pelo Protocolo Anexo ao Tratado de Amesterdão<sup>2417</sup>, que consagrou expressamente a obrigação de os Estados-membros respeitarem o bem-estar dos animais, enquanto seres sencientes, no momento de legislarem e de adotarem decisões relacionadas com estes.

O texto do Protocolo, que diferentemente da Declaração goza de força jurídica equivalente à dos Tratados, consagra uma redação quase absolutamente correspondente à do art. 13.º do TFUE, impondo que se tenham em consideração as exigências em matéria de bem-estar animal aquando da elaboração das políticas comunitárias nos domínios que os envolvam.

Todavia, dada a ressalva constante da parte final do preceito, excluem-se eventuais práticas atentatórias do bem-estar animal que se mostrem conformes com a cultura ou os rituais religiosos de cada Estado-Membro, como sejam as touradas, os circos com animais e demais “espetáculos” de exposição e promoção pública da dor e do sofrimento dos animais. Resulta, pois, uma considerável redução do âmbito de aplicação

---

<sup>2415</sup> Todas estas Convenções foram ratificadas por Portugal, à exceção da última, embora seja signatário.

<sup>2416</sup> Cfr. art. 14.º da CEPAC.

<sup>2417</sup> Documento completo disponível em [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf).

e proteção da norma<sup>2418</sup>, colocando-se à UE o desafio de fazer compatibilizar o princípio de proteção do bem-estar animal consagrado na primeira parte do preceito com a exceção introduzida na sua parte final.

Por fim, no que respeita ao direito proveniente da UE, sob a égide do art. 13.º do RFUE, a legislação é dispersa, tendo sido emanados vários regulamentos e diretivas, dos quais foi pioneira a Diretiva do Conselho 64/432/CE, relativa à proteção da saúde animal de bovinos e suínos no comércio intracomunitário.

Posteriormente, os diplomas eurocomunitários, para além de visarem assegurar as condições de higiene em que são mantidos e abatidos os animais utilizados na alimentação humana<sup>2419</sup>, passou a abranger outras áreas de intervenção, como sejam a proteção dos animais da fauna selvagem em jardins zoológicos<sup>2420</sup>, a proteção do cão e do gato pela proibição de comercialização da sua pele e subprodutos que a contenham<sup>2421</sup> e a proteção dos animais utilizados para fins científicos<sup>2422</sup>.

### **1.3. No direito comparado**

#### **1.3.1. Suíça**

O ordenamento jurídico suíço tem-se destacado por ser um dos que consagra a legislação mais avançada e que melhor protege os animais.

A Constituição Helvética é a única que dedica cinco artigos à proteção dos animais, relativamente a diferentes pontos do seu bem-estar, competindo, nos termos do art. 80.º, à *Confédération Suisse* legislar nos domínios em que se reclama uma maior proteção, isto é, no plano da sua guarda, tratamento, comércio e transporte, bem como no plano do abate e da genética.

Em consonância com a tutela constitucional, desde o início dos anos 2000 foi introduzido no CC Suíço o atual art. 641.º-A, no qual se estabeleceu expressamente que “os animais não são coisas”, apenas lhes podendo ser aplicado o regime destas subsidiariamente, na falta de legislação especial. Foram ainda introduzidos outros preceitos referentes, por exemplo, à inclusão de animais em disposições mortis causa<sup>2423</sup> e à regulação da guarda do animal em caso de divórcio dos tutores<sup>2424</sup>, o que denota a forma abrangente com que é considerado o interesse dos animais.

---

<sup>2418</sup> No mesmo sentido *vide* Pereira, A.C.B., 2019, p. 17.

<sup>2419</sup> Sobre esta temática *vide* o Regulamento CE n.º 1/2005 e a Diretiva 93/119/CE referentes à proteção dos animais no transporte e no momento do abate, ambos disponíveis em [https://ec.europa.eu/food/animals/welfare\\_en](https://ec.europa.eu/food/animals/welfare_en).

<sup>2420</sup> Cfr. Diretiva 1999/22/CE.

<sup>2421</sup> Cfr. Regulamento CE n.º 1523/2007.

<sup>2422</sup> Cfr. Diretiva 2010/63/EU e Regulamento n.º 1223/2009.

<sup>2423</sup> Veja-se o art. 484.º, n.º 4.

<sup>2424</sup> Veja-se o art. 651.º-A.



A tutela que lhes é conferida pela lei suíça estende-se ao CP, sendo que são várias as disposições legais em que o legislador não procede à distinção entre atos praticados contra pessoas ou contra animais para efeitos de punição da conduta. É o caso do art. 135.º, nos termos do qual será punido com uma pena de prisão até três anos ou com pena de multa quem, sem justificação, de alguma forma promover a crueldade contra pessoas ou contra animais<sup>2425</sup>.

Por último, a proteção da saúde e do bem-estar animal está também espelhada em legislação avulsa, mais concretamente na LPA da Suíça (*Tierschutzverordnung – TSchV*), em vigor desde o dia 1/04/2011.

No seu art. 2.º, a Lei determina a aplicabilidade do diploma a todos os animais vertebrados, independentemente de estes serem ou não domésticos, porquanto são todos eles seres sencientes, e ainda aos animais invertebrados que o CFS venha a determinar.

Segundo este diploma, constituem ofensas à dignidade do animal quaisquer condutas que se traduzam no seu aprisionamento, causando-lhe sofrimento ou dor, na exposição a ansiedade ou humilhação, na sua excessiva instrumentalização ou na demasiada modificação da sua aparência.

Merecem destaque as opções do legislador suíço no sentido de proibir e punir não apenas as condutas dolosas que atentem contra a integridade física do animal, mas também as condutas negligentes e ainda as situações de más condições de manutenção e de sobrecarga de trabalho dos animais.

Importa igualmente referir a panóplia de comportamentos que são alvo de sanção penal e que surgem no Capítulo 5 sob a epígrafe “Sanções Penais”. No âmbito deste artigo incluem-se os atos que se traduzam na ofensa à dignidade do animal, na sua morte, na organização de lutas entre animais que provoquem a sua morte ou os atormentem, a infligência de dor, sofrimento ou a indução em estado de ansiedade de um animal durante uma experiência quando tal possa ser evitado e, ainda, o abandono de animal.

Partilhamos da opinião de Sónia Jorge<sup>2426</sup>, segundo a qual, sendo a lei silente no que respeita aos limites mínimos e máximos da pena de prisão e de multa a aplicar, é procedente recorrer aos arts. 34.º e 40.º do CP Suíço, o que significa que quem praticar qualquer dos crimes tipificados na LPAS poderá incorrer numa pena de multa até 360 dias ou uma pena de prisão até 20 anos. A consagração de molduras penais desta envergadura revela a severidade com que este tipo de criminalidade é encarado pelo ordenamento jurídico suíço, bem como a efetiva proteção que é conferida aos animais.

---

<sup>2425</sup> Para além do art. referido *supra* veja-se ainda o art. 197.º que pune a promoção de atos sexuais com animais (zoofilia) e ainda os arts. 232.º, 235.º e 236.º, todos eles dedicados à criminalização de condutas que coloquem em perigo a saúde dos animais.

<sup>2426</sup> Jorge, 2018, p. 27.

O respeito pelos direitos dos animais na Suíça é de tal ordem que, embora a proposta não tenha chegado a bom porto, em 2010 foi levado a cabo, nos vários cantões, um referendo acerca da possibilidade de os animais serem representados em juízo por um “advogado dos animais”.

### **1.3.2. Alemanha**

Também a Alemanha passou a consagrar constitucionalmente, desde 2002, no art. 20.º-A da *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, sob a epígrafe “Proteção dos Recursos Naturais Vitais e dos Animais”, a seguinte norma: “Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário”.

Todavia, a preocupação com os animais neste ordenamento iniciou-se muito antes, uma vez que existe, desde 1972, a Lei de Bem-Estar Animal (*Tierschutzgesetz*), que protege todos os animais vertebrados, dado ter a neurociência atestado a sua sentiência.

Nesta lei, são várias as normas que visam reduzir o sofrimento animal, determinando-se que o Homem é responsável pelo seu bem-estar e prevendo-se, no § 17, penas de prisão até três anos ou penas de multa para quem maltratar, infligir dor ou matar injustificadamente um animal vertebrado. Contudo, consideramos que peca por defeito a legislação alemã ao não prever qualquer sanção para a conduta de abandono de animais.

Igualmente no plano jurídico-civilístico cumpre referir que desde 1990 o CC alemão procede à distinção da natureza jurídica dos animais das coisas, no seu § 90-A, tendo esta mudança impulsionado a alteração de outras normas pré-existentes. É disso exemplo o § 251 do BGB, onde se passou a prever a inclusão das despesas veterinárias provocadas pela conduta do agente, incluindo as que excedam o valor natural do animal, para efeitos de cálculo da indemnização por perda do animal.

### **1.3.3. Áustria**

A Áustria foi o primeiro país europeu a rejeitar a coisificação dos animais, tendo aprovado, em 1988, a LFEJA, que introduziu no CC austríaco o § 285-A, nos termos do qual “os animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais”.

Para além das alterações a nível juscivilístico<sup>2427</sup>, desde janeiro de 2016 que a pena de prisão aplicável a quem exerça sobre um animal maus-tratos ou torturas desnecessárias, responsáveis por originar doenças ou a sua morte, passou a ser até dois anos, suprimindo-se a possibilidade de condenação do agente em pena de multa alternativa, conforme dispõe o § 220 do StGB.

Por outro lado, desde 2005 que a tutela penal dos animais é efetivada também através de lei especial – a *Tierschutzgesetz*. A LFPA é considerada das mais modernas neste âmbito e, embora não preveja a condenação do agente em pena de prisão, consagra penas de multa de valor considerável para quem inflija dor, sofrimento, lesão ou exponha o animal a ansiedade extrema de forma injustificada, que podem chegar aos 15.000€ em caso de reincidência<sup>2428</sup>.

Enaltece-se ainda o facto de o legislador se ter referido expressamente no § 13 à obrigatoriedade de assegurar ao animal “espaço razoável, de forma a possibilitar-lhe liberdade de movimentos, bem como garantir-lhe condições adequadas de alojamento e entretenimento”<sup>2429</sup>.

## **2. A proteção jurídica dos animais no ordenamento jurídico português**

### **2.1. Breve resenha histórica**

Diferentemente do que sucede no ordenamento jurídico suíço, a CRP não contém qualquer artigo que se refira expressamente à proteção animal.

Só de forma indireta será possível vislumbrar um dever constitucional do Estado português de legislar nesta matéria, por via do art. 66.º, 2, d) da CRP que, sob a epígrafe “Ambiente e qualidade de vida”, atribui ao Estado a incumbência de “promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações”.

Apesar disso, a consagração da proteção e bem-estar animal em Portugal existe desde há precisamente um século, tendo surgido com a promulgação, em 1919, do Decreto n.º 5650, de 10/05. De forma inovadora para a época, este diploma estabeleceu, no seu artigo 1.º, o carácter punível de todos os atos de violência exercida sobre os animais e, nos seus arts. 2.º e 3.º, a punição de todos aqueles que “nos lugares públicos

---

<sup>2427</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este tema veja-se Pereira, 2009, pp. 152-158.

<sup>2428</sup> Veja-se § 38.º da TierSchG.

<sup>2429</sup> Como bem refere Torres, 2016, p. 21.

espancaram ou flagelaram os animais domésticos”<sup>2430</sup> e/ou empregarem ao seu serviço “animais extenuados, famintos, chagados ou doentes”.

Já Fátima Antunes<sup>2431</sup> relembra que a primeira lei sobre proteção animal foi a Lei n.º 11/1987, de 7/04, posteriormente alterada pela Lei n.º 19/2014, de 14/04, intitulada Lei de Bases do Ambiente, que, tendo por base preocupações de índole ambiental e ecológica, consagrou, no art. 10.º, d), a necessidade de defesa da fauna selvagem enquanto parte do direito à biodiversidade. Contudo, esta Lei restringia o conceito de animal às espécies selvagens, excluindo, por força disso, os animais domésticos.

A par do forte impulso introduzido pela UE e pelas suas instituições, responsáveis pela existência de numerosa legislação especial atinente à proteção animal nos diversos setores, deve ser também reconhecido o mérito ao legislador nacional pela sua iniciativa legislativa ao ter promulgado a Lei n.º 92/95, de 12/09, denominada Lei de Proteção Animal; o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10, que colocou em aplicação a CEPAC; e a Lei n.º 27/2016, de 23/08, relativa à criação de uma rede nacional de centros oficiais de recolha de animais.

A Lei n.º 92/95, de 12/09, foi de suma importância, tendo sido até bem recentemente o principal instrumento legislativo português em matéria de proteção animal, na medida em que consagrou a proibição de inúmeras condutas atentatórias do bem-estar animal, a saber, todos os “actos consistentes em, sem necessidade, se infligir a morte, o sofrimento cruel e prolongado ou graves lesões a um animal”<sup>2432</sup>.

A consagração de um princípio geral de proibição de qualquer violência injustificada contra um animal é, indiscutivelmente, de saudar. Todavia, são absolutamente contraproducentes as exceções introduzidas pelo próprio legislador quer no n.º 3, al. b) do art. 1.º, na qual se consente a prática de determinados atos cruéis se em causa estiver “a arte equestre”, “as touradas autorizadas por lei”, “a experiência científica” e “a prática de caça”, quer no art. 3.º, n.ºs 3 e 4, nos termos do qual o recurso a touradas com touros de morte é permitida se se demonstrar que essa prática se realiza ininterruptamente numa certa região há, pelo menos, 50 anos.

Outro dos aspetos que merece reparo neste diploma é o facto de a LPA não ter sido operacionalizada até à entrada em vigor da Lei n.º 69/2014, de 29/08, ficando as proibições nela previstas impunes até então. De acordo com Alexandra Moreira, como esta Lei não consagrou qualquer regime sancionatório, remetendo-o para legislação especial (art. 9.º), e como a atual Lei n.º 69/2014, de 29/08, se aplica unicamente a animais de companhia, no remanescente, a LPA “continuará, por ora, e por tempo

---

<sup>2430</sup> Diploma disponível para consulta em <https://dre.pt/application/file/271499>.

<sup>2431</sup> Antunes, 2019, p. 86.

<sup>2432</sup> Art. 1.º, 1 da Lei n.º 92/95, de 12/09.

indeterminado, confinada a um mero repositório de mandamentos desprovidos de sanção, o que não serve, não pode servir, os fins a que se propõe”<sup>2433</sup>.

Por outro, também a técnica legislativa utilizada não permitiu isentar o diploma de críticas, relacionadas em especial com a dificuldade de determinação daquilo que se deveria considerar “lesão grave” e com a exclusão do âmbito de proteção da norma de atos que se traduzissem no sofrimento cruel, mas momentâneo do animal, uma vez que a letra da lei parece exigir a cumulação destes dois resultados.

De referir também que esta Lei previa ainda, no seu art. 5.º, que as CM pudessem recorrer ao abate de animais errantes como forma de controlo populacional, ainda que os mesmos se encontrassem perfeitamente saudáveis, algo que passou a ser proibido, após a promulgação da Lei n.º 27/2016, de 23/08.

Com efeito, a Lei n.º 27/2016, de 23/08 estabeleceu, nos seus arts. 1 e 3, n.º 4, a proibição de recurso, pelos serviços municipais, ao abate como forma de controlo populacional do número de animais errantes no município, preconizando inversamente a preferência pela adoção de medidas de esterilização e posterior adoção dos animais.

Foi, de facto, esta a principal inovação e mais-valia deste diploma, tendo deixado de ser possível aos canis/gatis municipais, desde setembro de 2018<sup>2434</sup>, abaterem animais em caso de sobrelotação ou de incapacidade económica, ficando o recurso ao abate reservado para situações limite relacionadas com a saúde ou com o comportamento do animal. Ainda assim, encaramos este avanço legislativo com alguma cautela, pois consideramos que a ausência de fiscalização neste domínio poderá inquinhar a colocação da Lei em prática, permitindo que as autarquias locais continuem a realizar o abate de animais saudáveis, falsamente por razões de saúde ou de comportamento agressivo destes, em clara violação da lei.

De notar que, no n.º 1 do art. 2.º, se consagrou uma importante medida do ponto de vista da prevenção futura da prática de atos desumanos para com os animais, que passa pela “integração de preocupações com o bem-estar animal no âmbito da Educação Ambiental, desde o 1.º Ciclo do Ensino Básico”. Esta norma reflete a consciência coletiva de que a educação das crianças desde tenra idade para a necessidade de respeitar as demais espécies que conosco partilham a Terra é a principal forma de evitar a necessidade de punir jurídico-criminalmente condutas típicas atentatórias da vida e da integridade física dos animais no futuro.

Por fim, mas igualmente relevante, determinou-se, no n.º 4 do mesmo artigo, que incumbe ao Governo a criação de uma rede nacional de centros de recolha oficial de

---

<sup>2433</sup> Moreira, 2014, p. 170.

<sup>2434</sup> Uma vez que, não obstante a Lei tenha entrado em vigor em setembro de 2016, o documento previa no seu art. 5.º um período transitório de dois anos para que os municípios se pudessem adaptar a esta alteração legislativa.

animais, que poderá passar pela construção de novas infraestruturas, mas também pela modernização dos equipamentos municipais já existentes que careçam de melhorias, por se encontrarem obsoletos ou deteriorados.

Para concluir, optámos por mencionar, ainda que de forma breve, o contributo do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10, que introduziu importantes regras a observar na detenção de animais de companhia, em geral, e de animais potencialmente perigosos, em particular, em especial no que tange ao alojamento, reprodução, venda e abate.

São de salientar principalmente os arts.º 6.º e 8.º deste diploma. No primeiro, atribui-se ao tutor do animal “o dever especial de o cuidar, de forma a não por em causa os parâmetros de bem-estar, bem como o de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e animais”. No segundo, enumeram-se as condições que o alojamento dos animais deve reunir, de molde a garantir, entre outras, a satisfação das suas necessidades fisiológicas e etológicas, a prática de exercício físico adequado, a fuga e refúgio dos animais sujeitos a agressão por parte de outros e a inexistência de materiais que constituam ou possam constituir um perigo para os animais.

Somos da opinião que, se os elementos das forças policiais recorressem a este diploma para efeitos de interpretação do conceito de “maus-tratos” utilizado pelo legislador penal no art. 387.º, 1 do CP, grande parte das ocorrências participadas pelos cidadãos no uso dos seus deveres cívicos teriam um desfecho diferente, já que a maior parte dos profissionais entende que somente os sinais físicos evidentes de maus-tratos, a inexistência de água e comida no local e a ausência de abrigo são suscetíveis de preencher este tipo legal de crime.

## **2.2. A Lei n.º 69/2014, de 29/08 – as alterações introduzidas no Código Penal Português**

No direito penal português, a criminalização dos maus-tratos e abandono de animais de companhia iniciou-se após a entrada em vigor da Lei n.º 69/2014, de 29/08, isto é, a 1/10/2014.

Este diploma introduziu importantes alterações, quer ao Código Penal Português, através do aditamento dos arts. 387.º a 389.º, constantes do atual “Título IV da Parte Especial – Dos Crimes Contra Animais de Companhia”, quer à LPA (Lei n.º 92/95, de 12/09), operacionalizando-a através da criação do correspondente regime sancionatório.

Até esse momento, a tutela dos animais domésticos era meramente indireta, advindo de normas que visavam essencialmente a proteção da propriedade, a saber, o art. 212.º do CP (crime de dano) e o art. 281.º do CP, que criminalizava a difusão de

animal, doença, praga ou planta nocivos para outros animais alheios, domésticos ou úteis ao Homem. Estando em causa um animal selvagem, regia o art. 278.º do CP (danos contra a natureza) que, no seu n.º 1, al. b), punia a destruição e/ou captura de exemplares de espécies protegidas, bem como a eliminação de exemplares da fauna em número significativo.

A Lei n.º 69/2014, de 29/08, foi o resultado da confluência de esforços quer da Associação Animal, que apresentou à Assembleia a Petição Popular n.º 173/XII/2, quer de dois partidos com assento parlamentar – o PS e o PSD, que elaboraram dois Projetos-Lei<sup>2435</sup> cuja adaptação acabou por originar o diploma legislativo em análise.

A petição apresentada pela Associação Animal em 2012 reuniu mais de 41.000 assinaturas e teve por base não apenas a predisposição coletiva da sociedade portuguesa para a criminalização de certo tipo de condutas, fruto quer dos anos de progressivo estreitamento da relação entre humanos e não humanos, quer dos avanços da ciência e da ética, que reconheceram a estes últimos aptidões até então exclusivamente atribuídas ao Homem, mas também dos resultados de um estudo de opinião intitulado “Valores e Atitudes face à Proteção dos Animais em Portugal”, realizado pelo CIES, e que demonstrou que a esmagadora maioria dos portugueses considerava que os animais estavam fortemente desprotegidos em termos legais, carecendo por isso de urgente tutela<sup>2436</sup>.

No seguimento desta iniciativa legislativa de cidadãos, foram apresentados, em finais de 2013, dois PL, pelo PS e pelo PSD, que, afora as diferentes técnicas de redação utilizadas e o espectro mais ou menos alargado de proteção que consagravam, visavam, socorrendo-nos das palavras do preâmbulo do PL do PS, que “Não se trata, pois, de definir novas regras quanto ao que é e não é lícito na nossa ordem jurídica, nem de abrir um debate em torno de questões que dividem as opiniões (...), mas tão-somente de dotar do devido acompanhamento sancionatório as normas já em vigor quanto a maus-tratos a animais”.

Analisando sumariamente os dois documentos, constatamos que o PL do PS era mais ambicioso ao pretender introduzir na ordem jurídica nacional sanções penais mais severas – molduras de seis meses a dois anos de prisão nos casos de prática de atos de violência injustificada contra um animal e de um a três anos de prisão caso da conduta adviessem lesões graves ou permanentes ou a morte do animal (art. 11.º, n.º 1 e 2) –, o que quanto a nós se mostrava mais adequado às necessidades de prevenção geral e especial que neste tipo de criminalidade se fazem sentir.

---

<sup>2435</sup> PL n.º 474/XII e 475/XII respetivamente, ambos disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38076>, consultado pela última vez a 30/10/2019.

<sup>2436</sup> Página 2 da Petição n.º 173/XII, 2ª.

Por outro lado, os Deputados recorreram ao conceito abstrato de “ato de violência injustificada”, fornecendo de seguida um elenco das condutas suscetíveis de preencher este requisito e que abarcava qualquer ato que infligisse sofrimento a um animal de companhia, permitindo assim integrar no escopo da norma a causação de maus-tratos psicológicos ao animal e, bem assim, o seu alojamento em condições desadequadas (art. 11.º, 3, al. a) e b), o que, na sociedade portuguesa, se afigurava totalmente adequado dada a desumana tradição de manter os animais acorrentados durante anos a fio em espaços exíguos.

Creemos que a principal falha a apontar a este PL se prende com a não introdução de qualquer artigo que visasse a criminalização do abandono de animal de companhia, o qual, pela sua gravidade, certamente seria digno de tutela penal.

Inversamente, o PSD, embora mais comedido na fixação das molduras legais aplicáveis aos diferentes tipos de ilícitos, e que acabaram por ser transpostas na íntegra, sem qualquer alteração, para os atuais arts. 387.º e 388.º do CP, curou já de introduzir um preceito dedicado ao abandono de animal de companhia e que, salvo melhor opinião, continha uma redação mais assertiva e adequada do que aquela que foi utilizada pelo legislador penal.

Com efeito, dispondo o PL que “Quem abandonar animal de companhia, tendo o dever de o guardar, vigiar ou assistir, é punido (...)”, o preenchimento do tipo bastar-se-ia com o ato de “abandonar”, não se exigindo cumulativamente que se colocasse em perigo a alimentação ou a prestação de cuidados devidos ao animal, partindo do pressuposto correto de que tais perigos resultam necessariamente da conduta de abandono propriamente dita.

Todavia, neste PL critica-se ainda assim a inexistência de previsão legal das sanções acessórias a aplicar cumulativamente com a pena de prisão ou de multa, pelo que as mesmas constituem um importante instrumento jurídico para acautelar possíveis situações de reincidência.

Assim sendo, com os contributos destes dois diplomas, curou o legislador penal de redigir a Lei n.º 69/2014, que procedeu à 33.ª alteração ao CP, aditando os arts. 387.º (crime de maus-tratos a animal de companhia), 388.º (crime de abandono de animal de companhia) e 389.º (fornece o conceito de animal de companhia), tendo mais tarde a Lei n.º 110/2015, de 26/08, introduzido o art. 388.º-A (que prevê as penas acessórias a aplicar ao agente condenado por qualquer dos crimes suprarreferidos).



### **3. Dos crimes contra animais de companhia – aspetos gerais**

#### **3.1. O bem jurídico protegido**

A questão que maior controvérsia tem gerado na doutrina relativamente às novas incriminações introduzidas pela Lei n.º 69/2014 prende-se com a identificação e definição do bem jurídico protegido pela incriminação.

Taipa de Carvalho define bem jurídico como “os valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”<sup>2437</sup>.

O problema da legitimação da sanção penal, que tem subjacente a questão da definição do bem jurídico, é duplamente relevante: primeiro, porque atento o conteúdo do art. 40.º do CP, a lei penal atribuiu às penas a finalidade de proteção dos bens jurídicos, pelo que para que possa haver a incriminação de determinada conduta, esta terá sempre de visar a proteção de um bem jurídico-penal; segundo, visto que, no nosso ordenamento jurídico, a Constituição impõe expressamente no art. 18.º, 2 a salvaguarda de “outros direitos ou interesses” constitucionalmente protegidos como forma de legitimar a restrição de direitos, liberdades e garantias.

Resulta desta norma o princípio da intervenção mínima do direito penal, que advém, nas palavras de Figueiredo Dias, do facto de o direito penal utilizar “com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e liberdades das pessoas”, constituindo, “na verdade, a ultima ratio da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária”<sup>2438</sup>. Como afirma Raul Farias, “os bens jurídico-penais devem possuir uma referência obrigatória à ordenação axiológica jurídico-constitucional”<sup>2439</sup>, quer seja de forma expressa, quer seja de forma implícita.

Daí que sejam de descartar “sumariamente teses que no âmbito da dogmática penal prescindem ou excecionalmente prescindem do bem jurídico como instância legitimadora da intervenção penal”<sup>2440</sup>.

Acresce que também não se equaciona qualquer inconveniente em assumir que a proteção penal do bem-estar animal encontre respaldo constitucional indireto que lhe garanta legitimidade, mas tão-só em saber se esse bem-estar, na parte em que tutela a integridade física e a vida do animal, é um bem constitucionalmente consagrado, pelo menos reflexamente.

Esta questão está longe de ser pacífica para a doutrina, havendo pelo menos a destacar as posições de Autores que: a) defendem que as referidas incriminações não

---

<sup>2437</sup> Carvalho, 2014, p. 48.

<sup>2438</sup> Figueiredo Dias, 2004, p. 121.

<sup>2439</sup> Farias, 2014, p. 140.

<sup>2440</sup> Albergaria, 2016, p. 131.

possuem dignidade constitucional, por não se vislumbrar qualquer bem jurídico que legitime a intervenção do direito penal; b) entendem que os arts. 387.º e 388.º visam tutelar o direito ao ambiente, previsto nos arts. 66.º e 9.º, als. d) e e) da CRP, não sendo a proteção direcionada para os animais em si mesmos, mas para qualidade de vida do Homem; c) consideram que estamos em face de um bem jurídico complexo, de cariz coletivo, que tem em vista tutelar a integridade e dignidade da pessoa humana, com base na relação atual ou potencial de entretenimento e companhia do homem com os animais; e, por fim, d) advogam que o bem jurídico protegido é a vida e a integridade física do animal individualmente considerado.

Embora não seja uma pergunta de resposta simples e unívoca, diremos primeiramente que não podemos concordar com as teses que sustentam, respetivamente, a tutela do direito ao meio ambiente e a tutela da integridade e dignidade da pessoa humana, sustentadas, por exemplo, pelo Parecer do CSM<sup>2441</sup>, na medida em que ambas têm subjacente uma visão antropocêntrica que não se coaduna com a caracterização atual dos animais como seres sencientes, da qual deriva necessariamente o seu valor intrínseco e não apenas o seu valor em função da utilidade que podem representar para o ser humano.

É certo que, como salienta Pedro Albergaria, sendo Portugal um Estado de Direito Democrático, “não basta como fundamento de penalização de certas condutas a existência de consensos ou tendências mais ou menos sólidas<sup>2442</sup>”, não cabendo ao Direito Penal tutelar meras orientações morais, mas também não é menos verdade que, como ensina Figueiredo Dias, o bem jurídico “é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>2443</sup>. Desta expressão conclui-se que, não obstante o bem jurídico seja reflexo das condições essenciais da realização humana em comunidade e, por regra, integre o texto da carta magna do Estado, nele não se esgota.

Como tal, perfilhamos o entendimento sustentado por Ana Catarina Beirão e Paulo Pinto de Albuquerque, segundo o qual o bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animal de companhia é, pelo menos, seguramente, a vida e a integridade física dos animais, já que estes tipos legais punem as condutas suscetíveis de causar dor, sofrimento ou outros maus-tratos físicos, tendo por referência constitucional primordial, ainda que indireta, o Direito ao Ambiente, embora nele não se esgote.

---

<sup>2441</sup> Parecer elaborado pelo CSM acerca dos PL n.º 474/XII/2ª e n.º 475/XII/2ª do qual resulta que as novas incriminações tutelam um “bem jurídico composto ou complexo, baseado na proteção da integridade física, saúde e vida de um determinado animal, pela específica relação que o mesmo (...) tem ou está destinado a ter com o ser humano”.

<sup>2442</sup> Albergaria & Lima, 2016, p. 134.

<sup>2443</sup> Dias, 2007, p. 114.

Consideramos que o facto de o bem jurídico ser “protegido independentemente da vontade do proprietário ou detentor do animal<sup>2444</sup>”, bem como a punição dos maus-tratos perpetrados pelo tutor do animal, são demonstrativos de que o objetivo do legislador foi proteger o bem-estar do animal enquanto merecedor de tutela autónoma e específica e não apenas como parte integrante do bem-estar das pessoas e da sua realização pessoal.

Por último, Autores há que apontam a esta tese uma debilidade que se prende com o facto de o legislador apenas ter incluído no escopo da norma os animais de companhia, relegando para o âmbito contraordenacional a proteção dos restantes animais. Tal opção revela, para aqueles, que a tutela, por via penal, dos animais de companhia só foi assegurada por estes “dizerem respeito a espécies que são particularmente valiosas para o Homem”<sup>2445</sup>, pelo que aquilo que verdadeiramente se pretendeu tutelar foi o Direito ao Ambiente, numa ótica antropocêntrica, enquanto bem jurídico coletivo de cuja fruição ninguém pode ser excluído.

Ora, com o devido respeito, consideramos que a especial tutela conferida aos animais domésticos teve que ver com a sua especial vulnerabilidade relativamente a atos cruéis por parte do Homem, certamente também pela sua maior relação de proximidade e facilidade de domesticação, mas também porque é relativamente a estes que é mais fácil obter consensos sociais e políticos no que toca à urgência da sua proteção<sup>2446</sup>.

### **3.2. O conceito de animal de companhia**

Menos propenso a gerar querelas doutrinárias, mas de igualmente importante definição, é o conceito de *animal de companhia*, empregue pelo legislador penal nos arts. 387.º e 388.º do CP.

A utilização deste conceito não foi uma inovação do legislador penal em 2014, na medida em que o mesmo já constava, em termos praticamente idênticos, de outros diplomas legais, designadamente, o art. 1.º, n.º 1 da CEPAC; art. 8.º da LPA; e art. 2.º, n.º 1, al. a) do DL n.º 276/2001, de 17/10.

Neste domínio, densificar as categorias de animais que poderão integrar este conceito é particularmente relevante, na medida em que se os comportamentos descritos nas incriminações forem praticados contra um animal que se encontre excluído da previsão da norma, deixará de estar preenchido o tipo legal.

É o próprio legislador penal quem fornece, no art. 389.º, 1 do CP uma definição legal segundo a qual é animal de companhia “qualquer animal detido ou destinado a ser

---

<sup>2444</sup> Albuquerque, 2015, p. 1238.

<sup>2445</sup> Sarmiento, *ob. cit.*, p. 120.

<sup>2446</sup> Afirmamo-lo por referência às espécies animais destinadas ao consumo humano, em especial, bovinos e suínos, em relação às quais sempre será mais difícil criminalizar determinado tipo de condutas, por se lhes sobrepor interesses e pressões económicas.

detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”.

Trata-se de um conceito marcadamente utilitarista<sup>2447</sup>, na medida em que discrimina positivamente, para efeitos de proteção, os animais com os quais o ser humano se entretém ou pode entreter, isto é, em função da sua utilidade social.

Relativamente à questão da abrangência deste conceito, são identificáveis dois entendimentos possíveis: um primeiro, segundo o qual serão animais de companhia todos os que, por natureza, estejam destinados a serem detidos por seres humanos, independentemente do seu concreto destino; um segundo, de acordo com o qual integram este conceito todos os animais que, mesmo não estando, por natureza, adstritos a serem detidos pelo Homem para seu entretenimento e companhia, possuam essa finalidade no caso concreto, no momento da prática do facto<sup>2448</sup>.

Desde logo, parece-nos seguro afirmar que os animais que tradicionalmente são apontados como animais domésticos, como sejam os cães e gatos, estão abrangidos por este conceito. No entanto, cremos que nada impede que também pássaros, tartarugas e cágados, porquinhos-da-Índia, hamsters e outros roedores, coelhos e peixes de aquário, por serem animais passíveis de detenção como animais domésticos, para entretenimento e companhia do Homem, estejam abrangidos pela tutela penal<sup>2449</sup>.

Por outro lado, dada a utilização, pelo legislador, da disjuntiva “ou”, consideramos que o conceito abarca não apenas os animais “já detidos” pelo Homem, mas igualmente os animais “destinados a serem detidos” por seres humanos, o que significa que estão também abrangidos pela tutela penal os animais vadios ou errantes<sup>2450</sup> que se encontrem em situação de abandono ou cujo tutor não seja conhecido, já que estes não deixam, por força do estado transitório em que se encontram, de ser animais de companhia. De resto, não faria qualquer sentido, em termos de construção jurídica e de coerência do próprio sistema, que uma mesma conduta se tornasse típica ou atípica não em função dos atos perpetrados, mas sim da existência ou não de tutor do animal.

O mesmo se diga a respeito dos animais que se encontrem à venda em lojas da especialidade e dos que aguardem adoção em canis/gatis ou associações zoófilas de proteção dos direitos dos animais.

Mais dúvidas poderão colocar-se no que tange quer aos animais que tradicionalmente não possam ser qualificados como animais de companhia, como é o caso dos cavalos, burros, porcos e outros, mas que nisso se transformam; quer àqueles

---

<sup>2447</sup> Antunes, 2019, p. 88.

<sup>2448</sup> Com o mesmo entendimento, Pereira, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>2449</sup> Neste sentido, Sepúlveda & Vilhena, 2018, p. 20.

<sup>2450</sup> Expressão utilizada pela Lei n.º 92/1995, de 12/09 e DL n.º 276/2001, de 17/10.

que, em abstrato, caibam no conceito, mas que, na prática, sejam utilizados exclusivamente para fins utilitários, como é o caso dos cães de caça, dos cães-guia e dos cães de pastoreio.

Relativamente à primeira questão, não se pode deixar de entender que integram o conceito de animal de companhia também os animais que, mesmo não sendo de espécie à qual habitualmente se associe um animal de estimação, sejam, no momento da prática do facto, detidos por seres humanos, para seu entretenimento e companhia, incluindo coelhos, patos, burros, vacas, cabras, cavalos, entre outros. É novamente o recurso à disjuntiva “ou” (*detidos ou destinados a serem detidos*) que legitima tal entendimento.

Ora, também a respeito da segunda questão se pode afirmar algo semelhante, uma vez que, por um lado, os cães de caça, os cães-guia e os cães de pastoreio são uma das espécies animais que, por natureza, é destinada a ser detida por seres humanos, não perdendo essa suscetibilidade pelo facto de, em dado momento, estarem a ser utilizados para fins utilitários e, por outro lado, porque, existindo as atividades venatórias para deleite e entretenimento do Homem, preconizar entendimento divergente seria desprovido de sentido.

Em suma, entendemos que se enquadram no conceito de *animal de companhia* todos os animais que o são por natureza, ainda que em dado momento não sejam, de facto, detidos por seres humanos, bem como todos os que, mesmo que não o fossem por natureza, sejam efetivamente detidos pelo Homem, no seu ambiente doméstico, para seu entretenimento e companhia. No fundo, a investigação criminal neste âmbito há de sempre ser casuística, em face da riqueza do caso concreto, sendo tão ou mais relevante do que a espécie do animal, “a forma como a pessoa que o detém o encara”<sup>2451</sup> e o papel que este assume na sua vida.

Uma última nota relativamente ao n.º 2 do art. 389.º do CP, que exclui do catálogo de proteção da norma os “factos relacionados com a utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial, assim como não se aplica a factos relacionados com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial ou outros fins legalmente previstos” (destaque nosso).

Quanto a esta previsão normativa, partilhamos do entendimento de Catarina Beirão Pereira, no sentido de que, como o legislador exclui “*factos*” e não certas categorias de animais, não estamos perante uma exclusão das espécies de animais elencadas do conceito de animal de companhia, mas sim, no limite, em face de uma exclusão da ilicitude nesses casos, quanto aos factos previstos nos arts. 387.º e 388.º do CP, se praticados no âmbito dessas atividades.

---

<sup>2451</sup> Pereira, A.C.B., 2019, p. 56.

Por outro lado, é de referir igualmente que, embora a morte de certas espécies de animais para fins alimentares constitua uma causa de justificação, quaisquer maus-tratos injustificados e desnecessários à atividade de criação e abate, bem como durante o seu transporte, infligidos sobre esses animais são proibidos ao abrigo do art. 1.º, da Lei n.º 92/95, de 12/09, devendo por isso ter ido mais longe o legislador penal e criminalizado inequivocamente tais condutas.

De resto, tendo o legislador considerado que apenas a vida e a integridade física dos animais de companhia seriam merecedoras de tutela jurídico-penal, dado serem estes os que, fruto da sua proximidade ao ser humano, estão mais expostos a agressões, deveriam ter sido abrangidos pelas novas incriminações os animais de pecuária, por serem também estes particularmente vulneráveis a atos de violência injustificados.

### **3.3. As consequências penais dos ilícitos criminais**

#### **3.3.1. As penas principais**

No tocante às sanções penais previstas para a prática de crimes contra animais de companhia, o legislador previu, quer para o crime de maus-tratos, quer para o crime de abandono, a possibilidade de aplicação alternativa de pena de multa ou pena de prisão.

Em termos comparativos, o tipo legal que mereceu menor severidade do sistema penal foi o crime de abandono de animal de companhia, para o qual o legislador estabeleceu uma moldura legal de um a seis meses de prisão ou pena de multa até 60 dias (art. 388.º do CP).

Por seu turno, para o crime de maus-tratos simples, a moldura estabelecida foi de um mês a um ano de prisão ou pena de multa até 120 dias (n.º 1 do art. 387.º do CP).

Já o crime de maus-tratos agravado, previsto no art. 387.º, 2 do CP, determina a aplicação ao agente de uma pena de prisão até dois anos ou uma pena de multa até 240 dias, sendo as condutas que o integram as que merecem maior desaprovação do sistema penal.

#### **3.3.2. As penas acessórias**

A Lei n.º 110/2015, de 26/08, aditou o art. 388.º-A do CP, que, sob a epígrafe “Penas Acessórias”, passou a prever a possibilidade de, para além da condenação numa pena principal de prisão ou multa, ser aplicada ao agente do crime uma ou várias penas acessórias: “As penas acessórias (...) são verdadeiras penas: ligam-se, necessariamente, à culpa do agente; justificam-se de um ponto de vista preventivo; e são determinadas

concretamente em função dos critérios gerais de determinação da medida da pena previstos no artigo 71.º do CP”<sup>2452</sup>. Visa-se, através de tais penas acessórias, prevenir, no futuro, o cometimento de novos ilícitos penais contra animais de companhia, já que estas asseguram que, pelo menos durante um determinado lapso temporal, o agente do crime não tenha acesso a animais ou a locais onde os mesmos se encontrem.

Não foi tão longe o legislador como noutros arts. do CP, em especial, o art. 69.º-B, 2 e 3, em que parece ter querido conferir automaticidade à pena acessória de proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual, já que não substituiu a expressão “pode ser condenado” pela “é condenado”, e manteve o requisito da ponderação da “gravidade do ilícito e culpa do agente”.

Ainda assim, é de saudar que tenha passado a ser possível condenar o agente na privação do direito de deter animais por um período até 5 anos; na impossibilidade de participar em feiras, mercados, exposições ou concursos relacionados com animais de companhia; no encerramento de estabelecimento relacionado com animais de companhia; e na suspensão de permissões administrativas relacionadas com animais de companhia.

Por último, é inquestionável que, em caso de violação da sanção acessória aplicada, o condenado incumpridor incorrerá na prática de um crime de violação de imposições, proibições ou interdições, p. e p. pelo art. 353.º do CP.

#### **4. O crime de maus-tratos simples a animal de companhia – art. 387.º, n.º 1 do CP**

##### **4.1. O elemento objetivo**

O art. 387.º, 1 do CP pune os maus-tratos a animal de companhia nos seguintes termos: “Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos a um animal de companhia é punido”.

Numa primeira abordagem perfunctória da norma, sobressai desde logo que se trata de um crime comum, na medida em que pode ser praticado por qualquer pessoa, incluindo o tutor do animal, não se exigindo especiais características ao agente, nem uma especial relação com o animal; um crime de resultado, já que é necessária à consumação do crime a verificação de um evento individualizável no tempo e no espaço da ação do agente; e um crime de execução livre, sendo irrelevante a forma pela qual é produzido o resultado típico.

---

<sup>2452</sup> Antunes, 2017, p. 35.

Por fim, tratando-se de um crime de resultado, poderá ser cometido tanto por ação, como por omissão imprópria, desde que, nos termos do art. 10.º, n.ºs 1 e 2 do CP, sobre o omitente recaia um dever jurídico que, específica e pessoalmente, o obrigue a evitar esse resultado. Como tal, se relativamente ao tutor do animal e outros detentores que o tenham em seu poder ao abrigo de contratos (ex. hotéis caninos) ou que tenham assumido o dever de lhe prestar assistência e cuidados (ex. associações de defesa animal) não restam dúvidas sobre a possibilidade de comissão do crime de maus-tratos por omissão, o mesmo não se poderá afirmar relativamente à generalidade da população, já que, como afirma Artur Pereira, é necessário que “exista uma obrigação jurídica de atuar (...) e não um mero afirmar de deveres puramente éticos de defesa e proteção dos animais em geral”<sup>2453</sup>.

Quanto às condutas que integram o crime de maus-tratos, estas não de consistir na *provocação de dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos* a um animal de companhia, sem que tenha havido um motivo legítimo<sup>2454</sup> que o justifique.

Da leitura deste segmento é possível desde logo concluir que: por um lado, o legislador não exigiu a existência de uma concreta ação física do agente sobre o animal de companhia para que o tipo legal se preencha, dado não estarmos perante um crime de execução vinculada; por outro, atendendo à utilização da expressão “quaisquer outros maus-tratos físicos”, poderão existir maus-tratos físicos sem que daí resulte a causação de dor ou sofrimento ao animal. De resto, como sublinha Maria da Conceição Valdágua, “considerar que só existe mau trato se for infligida dor ou sofrimento é inutilizar completamente a proposição ‘quaisquer outros maus-tratos’ contida no n.º 1 do art. 387.º”<sup>2455</sup>.

É precisamente a questão dos maus-tratos que não provoquem dor ou sofrimento ao animal, como seja o disparo de um tiro que lhe causa morte imediata, que mais controvérsia na doutrina e na jurisprudência tem gerado. Com efeito, os tribunais pátrios decidiram já no sentido de excluir do âmbito de proteção do art. 387.º, 1 do CP a morte intencional do animal e as lesões que lhe tenham sido produzidas sem causar dor ou sofrimento<sup>2456</sup>.

Um entendimento desta índole parece-nos inaceitável tanto do ponto de vista dogmático, como do ponto de vista valorativo e da justiça material, essencialmente por quatro ordens de razão que procuraremos, por ora, explicar.

---

<sup>2453</sup> PEREIRA, *ob. cit.*, p. 64.

<sup>2454</sup> Nesse sentido Albuquerque, 2015, p. 1238.

<sup>2455</sup> Valdágua, 2017, p. 202.

<sup>2456</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o caso “Simba”, em que o Tribunal de Idanha a Nova condenou pelo crime de dano agravado (por uso de arma de fogo) um homem que matou a tiro um cão que entrara na sua propriedade. Notícia disponível em <https://www.jn.pt/justica/tribunal-condena-homem-que-matou-cao-5144899.html>.



Uma primeira, relacionada com o princípio da culpa, de acordo com o qual a valoração da ilicitude material, sendo feita em função do desvalor da ação e do desvalor do resultado, implica imperiosamente concluir que sempre será mais grave a comissão de um crime a título de dolo do que a comissão de um crime com mera negligência. Neste sentido, considerar que o legislador não incluiu na previsão do art. 387.º, 1 CP os casos de morte intencional de um animal sem prévia causação de dor ou sofrimento, significaria que este decidira não punir a conduta dolosa do agente, mas criminalizar a conduta negligente que conduza ao mesmo resultado, no n.º 2 do mesmo artigo.

Uma segunda, na medida em que é possível aplicar, *mutatis mutandis*, ao animal o entendimento do STJ no Acórdão do Plenário das Secções Criminais n.º 2/92<sup>2457</sup>, segundo o qual, a propósito de ofensas à integridade física de pessoas, decidiu que “para haver mau trato, não é necessário que se cause dor ou sofrimento”.

Uma terceira, uma vez que, caso se admitisse, o que nem por mera hipótese académica se concede, que todos os maus-tratos implicam necessariamente dor ou sofrimento, estes já estariam cobertos pela tutela da proposição primeira (“dor”) e da proposição segunda (“sofrimento”), esvaziando totalmente de conteúdo a expressão “quaisquer outros maus-tratos físicos”.

Por fim, um quarto motivo, já que perfilhar aquele que parece ser o entendimento dominante da jurisprudência conduziria ao resultado esdrúxulo, totalmente inaceitável e certamente não desejado pelo legislador penal de negar a existência de maus-tratos quando o agente agride o animal e o faz perder os sentidos logo com a primeira pancada, aproveitando posteriormente esse facto para o continuar a agredir.

Concordamos, pois, *in totum*, com a citada Autora, de acordo com a qual causar a morte a um animal por meio da destruição dos seus órgãos vitais é a mais grave e prejudicial ofensa ao seu corpo, sendo de qualificar como o expoente máximo dos maus-tratos. Com efeito, prossegue a Autora referindo que “qualquer pessoa sabe que não é possível matar sem previamente atingir o corpo da vítima e destruir as suas funções vitais, mesmo que isso dure apenas segundos”<sup>2458</sup>.

Note-se que esta tese encontra respaldo na atual definição jurídica de morte como sendo “a cessação irreversível das funções do tronco cerebral”<sup>2459</sup>, a qual teve necessariamente de ser precedida de uma grave lesão da integridade física do animal, *maxime*, da lesão de todas as suas funções vitais.

---

<sup>2457</sup>

Acórdão

disponível

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b90256b5f003fa814/4870085648ffdd05802574420048d9bd?OpenDocument&Highlight=0,041618>.

<sup>2458</sup> Valdágua, 2017, *ex vi* Sepúlveda & Vilhena, 2018, p. 28.

<sup>2459</sup> Artigo 2.º da Lei n.º 141/99, de 28/08.

Importa ainda abordar uma outra questão controvertida relativamente ao elemento objetivo deste tipo legal, qual seja a de saber se estão incluídos na previsão da norma os maus-tratos psicológicos causados ao animal de companhia.

Admitindo que, em abstrato, tanto a dor, como o sofrimento podem ser psíquicos, a verdade é que, tendo-se o legislador socorrido do pronome *outros* antes da expressão *maus-tratos físicos*, quis o mesmo claramente qualificar como tal os substantivos “dor” e “sofrimento”, excluindo da previsão da norma as condutas causadoras de maus-tratos psicológicos aos animais de companhia.

Como tal, eventuais condutas que causem stress intenso ao animal, que, como relembra Alexandra Moreira, “está na origem de diversas patologias graves e comportamentos anómalos, incluindo a automutilação”<sup>2460</sup>, serão penalmente irrelevantes.

Tal opção legislativa poderá ter estado relacionada com as dificuldades de aceder ao “mundo psíquico” dos animais, dado estes não utilizarem a mesma linguagem do ser humano. Todavia, tal não se afigura como justificativo razoável, na medida em que o próprio CPP prevê a possibilidade de realização de perícias, as quais, *in casu*, seriam médico-veterinárias, quando o caso exija especiais conhecimentos técnicos ou científicos.

Por fim, note-se que a supracitada Autora entende que não é menos grave, nem requer uma reação penal mais branda, a conduta de manter um cão ou um gato em jaulas de dimensões exíguas, ou presos, ou a céu aberto e à força das condições meteorológicas, por meio de corrente de escasso comprimento, durante longos períodos de tempo, do que a conduta de açoitar o mesmo animal, algo com o que concordamos integralmente.

Todavia, consideramos que este tipo de situações estão já acauteladas caso se proceda a uma interpretação cuidadosa do n.º 1, *in fine* do art. 387.º do CP, mais concretamente da expressão “quaisquer outros maus-tratos físicos”, já que ao abrigo deste n.º 1 se pune todo o tipo de maus-tratos, com ou sem dor e com ou sem sofrimento, pelo que, ainda que não se consiga demonstrar que o confinamento do animal a um espaço que não satisfaça as suas necessidades fisiológicas e etológicas lhe causou dor ou sofrimento, haverá lugar à punição do agente.

---

<sup>2460</sup> Moreira, 2014, p. 163.

## 4.2. O conceito de “motivo legítimo”

Integra ainda o elenco dos elementos objetivos do crime de maus-tratos simples a inexistência de “motivo legítimo” para a inflicção de mau trato ao animal de companhia.

Vale isto por dizer que, sempre que haja motivo legítimo para causar dor, sofrimento ou outros maus-tratos físicos a um animal de companhia, será de excluir a responsabilidade penal do agente.

Optámos por delimitar este conceito pela forma negativa, isto é, identificando os casos em que não há *motivo legítimo* para maltratar um animal. Desde logo, sempre que o agente cause dor, sofrimento ou outro mau trato por mero prazer e de forma gratuita não será de excluir a tipicidade da sua conduta<sup>2461</sup>.

De igual modo, inexistirá *motivo legítimo* quando a intenção do agente “não seja a de pôr termo a um sofrimento atroz do animal causado por doença grave ou incurável ou de lhe devolver a saúde através de operações médico-veterinárias intrusivas”<sup>2462</sup>.

É de excluir a relevância jurídico-penal de condutas consistentes, por exemplo, na eutanásia clínica de um animal que padeça de uma doença grave e incurável, na castração de um animal (desde que efetuada na idade médica indicada) e em operações clínicas destinadas a curar determinadas enfermidades, posto que embora todas elas importem, em maior ou menor medida, dor e sofrimento ao animal, se realizadas de acordo com as *legis artis*, não visam maltratá-lo, mas sim debelar males diversos que o animal apresente.

De resto, a interpretação deste conceito sempre terá de ser feita por referência a atos legislativos anteriores, sendo que é possível constatar que as situações *supra* descritas encontram respaldo em vários diplomas legais que consentem na sua ocorrência<sup>2463</sup>, às quais acrescem ainda as hipóteses de utilização de animais para fins agropecuários e agroindustriais, bem como em espetáculos comerciais<sup>2464</sup> e de realização de experiências científicas de comprovada necessidade<sup>2465</sup>.

Integram ainda o conceito de *motivo legítimo* as causas gerais de exclusão da ilicitude penal, consagradas nos arts. 31.º a 37.º do CP, com exceção do consentimento, na medida em que “o crime não pode ser justificado pelo consentimento da pessoa que detém o animal de companhia, em vista da autonomia do bem jurídico em relação à vontade do detentor do animal”<sup>2466</sup>.

---

<sup>2461</sup> Cfr. Sepúlveda & Vilhena, 2018, p. 32.

<sup>2462</sup> *Ibidem*.

<sup>2463</sup> Quanto à eutanásia *vide* art. 1.º, n.º 3, al. c) da Lei 92/95, de 12/09; e quanto à esterilização *vide* art. 6.º, n.º 1 do mesmo diploma.

<sup>2464</sup> Cfr. Art. 389.º, n.º 2 do CP.

<sup>2465</sup> Cfr. art. 1.º, n.º 3, al. e) da LPA.

<sup>2466</sup> Albuquerque, 2015, p. 1239.

### **4.3. O elemento subjetivo**

No que diz respeito ao elemento subjetivo do crime de maus-tratos na sua forma simples, este poderá ser cometido com dolo em qualquer das suas modalidades, consagradas nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 14.º do CP.

Quanto à possibilidade de comissão do crime a título negligente, cumpre relembrar que o art. 13.º do CP estatui que a punição da negligência é excecional, pelo que apenas quando a lei penal preveja o crime na sua forma negligente é que a conduta praticada sem dolo, mas com negligência, será punida.

Como tal, e porque a letra da lei não prescreve expressamente que o crime de maus-tratos simples possa ser praticado dessa forma, não preencherá este tipo legal de crime a conduta do agente que “não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e é capaz”<sup>2467</sup>.

Daí que, tal como afirma Paulo Sepúlveda, “seja muito importante, senão mesmo fundamental, a recolha de elementos de prova que indiciem a que título o agente praticou os factos”<sup>2468</sup>, uma vez que só as condutas dolosas são punidas e porque, em caso de condenação, a pena a aplicar ao agente terá sempre o grau de culpa como parâmetro de graduação.

Contudo, e salvo o devido respeito por opiniões diversas, entendemos que também a negligência deveria ser punida, por referência ao preceituado no art. 147.º do CP, que prevê o crime de ofensa à integridade física por negligência, dadas as similitudes entre as condutas típicas descritas nos dois tipos legais, ambas se reconduzindo a lesões físicas.

### **5. O art. 387.º, 2 do CP: crime de maus-tratos agravado pelo resultado ou crime preterintencional?**

O art. 387.º, 2 do CP estatui que “Se dos factos previstos no número anterior resultar a morte (...), a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o agente é punido”.

Muita discussão tem surgido em torno deste normativo, gerada sobretudo por não ter o legislador penal consagrado um tipo legal autónomo que punisse a causação dolosa da morte do animal, por exemplo, através da criação do crime de animalicídio doloso de animal de companhia, à semelhança do que fez no art. 131.º do CP, e outro que criminalizasse a perpetração dos restantes resultados agravantes previstos no n.º 2 do art. 387.º, na esteira no previsto no art. 144.º do CP.

---

<sup>2467</sup> Art. 15.º do CP.

<sup>2468</sup> Sepúlveda & Vilhena, 2018, p. 35.

Uma parte significativa da doutrina tem vindo a sufragar que o n.º 2 deste artigo prevê um crime preterintencional, o que significa que este normativo só é de aplicar quando os resultados agravantes nele descritos (a morte, a privação de órgão ou membro importante ou a afetação da locomoção) sejam causados por negligência e não já quando o resultado agravante esteja abrangido pelo dolo do agente.

É esta a posição assumida por Alexandra Moreira, segundo a qual “a punição do resultado morte só está prevista a título preterintencional (...). E o mesmo é dizer que estão excluídos da tutela penal os casos em que o agente atua com intenção deliberada de matar”<sup>2469</sup>.

Por seu turno, Pedro Freitas considera que “A morte de um animal pertencente a terceiro (...) continua a ser punida exatamente pelo mesmo crime, o de dano”<sup>2470</sup>.

Por conduzir a resultados manifestamente inadmissíveis do ponto de vista dogmático e político-criminal, já que implica que se puna o agente que atue sem dolo e não se criminalize aquele que atua dolosamente, esta posição é de liminarmente rejeitar.

Retomando ideias fundamentais do Direito Penal, quais sejam os princípios da culpa, da proporcionalidade entre o crime e a pena e da justiça material, é inegável que as condutas dolosas são mais desvaliosas e censuráveis do que as negligentes, merecendo por isso uma intervenção mais musculada do sistema, tanto mais que estas últimas só excecionalmente são punidas, atento o disposto no art. 13.º do CP.

Nesta senda, e por maioria de razão, se os resultados agravantes são punidos quando praticados com negligência, não poderão deixar de ser punidos quando produzidos com dolo. Socorremo-nos, pois, do argumento civilístico “*a minori ad maius*”, enunciado por Batista Machado<sup>2471</sup> a propósito da problemática da interpretação das leis, segundo o qual “a lei que proíbe o menos também proíbe o mais”.

Por outro lado, cremos que quem perfilha esta teoria ignora por completo que o art. 18.º do CP consagra dois tipos de crimes distintos: por um lado, os crimes agravados pelo resultado e, por outro lado, os crimes preterintencionais. De facto, embora ambos sejam definidos por Taipa de Carvalho como “tipos legais de crime cuja pena aplicável é agravada por causa da ocorrência de um determinado resultado”<sup>2472</sup>, a verdade é que os crimes preterintencionais são apenas uma das categorias de crimes que integram os crimes agravados pelo resultado, sendo esta uma categoria mais ampla.

Por assim ser, e socorrendo-nos uma vez mais dos ensinamentos deste Autor, é possível individualizar quatro categorias de situações abrangidas pelo art. 18.º do CP: a dos crimes preterintencionais, que como referimos implicam a existência de um crime

---

<sup>2469</sup> Moreira, 2014, p. 165.

<sup>2470</sup> Freitas, 2018, p. 311.

<sup>2471</sup> Machado, 2013, p. 187.

<sup>2472</sup> Carvalho, 2014, p. 538.

fundamental doloso e um crime agravante negligente; a da existência de duplo dolo típico, em que tanto o crime fundamental, como resultado agravante são dolosos; a da verificação de dupla negligência, na qual há negligência relativamente ao crime fundamental e ao crime agravante; e, ainda, as hipóteses de ocorrência de um crime fundamental doloso ou negligente e de um resultado agravante atípico<sup>2473</sup>.

Tal ideia é reforçada pelo facto de o legislador ter utilizado no supracitado artigo a expressão “pelo menos a título de negligência”, o que evidencia que a negligência relativamente ao resultado agravante constitui apenas o liminar mínimo exigível para que possa haver punição do agente<sup>2474</sup>.

Nas palavras de Conceição Valdágua, “Nada impede, portanto, a punição agravada, nos termos do art. 387.º, 2 quando tenha havido dolo de produção do resultado. O que não pode é haver agravação da pena se, “pelo menos”, não tiver havido negligência relativamente ao resultado”<sup>2475</sup>.

No mesmo sentido se pronunciaram, na doutrina nacional, Figueiredo Dias<sup>2476</sup> e, na doutrina internacional, Roxin<sup>2477</sup>, ao afirmarem que é consentânea com a redação dada pelo legislador ao art. 18.º a possibilidade de em certos casos haver uma combinação “dolo-dolo” e não apenas combinações de “dolo-negligência”, sendo o resultado típico cometido com negligência ou dolo, em qualquer das suas modalidades.

Por fim, acrescente-se ainda que Raul Farias, sendo defensor deste entendimento, parece incorrer numa contradição ao alicerçar a sua teoria no facto de considerar que incluir “a produção do resultado morte a título doloso no n.º 2 do art. 387.º equivaleria a atribuir-lhe mesma punição do resultado morte a título negligente, o que não faria qualquer sentido no domínio da teoria geral da punição”<sup>2478</sup>. Ora, perante este raciocínio, e com o devido respeito, urge questionar: e a não punição do dolo, faria sentido?

De facto, os Autores que preconizam soluções idênticas a esta<sup>2479</sup>, fazem-no com base em interpretações, a nosso ver, incorretas da lei. Sem prescindir, não se pode olvidar o postulado no art. 9.º, 1 e 3 do CC, nos termos do qual o intérprete-aplicador do Direito deve, sem ultrapassar o sentido permitido pelas palavras, reconstituir a partir da letra da lei o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

---

<sup>2473</sup> *Ibidem*, pp. 546-547.

<sup>2474</sup> No mesmo sentido *vide* Carvalho, 2014, p. 545 e Pereira, 2019, p. 65.

<sup>2475</sup> Valdágua, 2017, p. 206.

<sup>2476</sup> Dias, 2007, p. 320.

<sup>2477</sup> Roxin, 2006, § 10, nm 109.

<sup>2478</sup> Farias, 2014, p. 146.

<sup>2479</sup> Como é o caso de Farias (2014), p. 141 ao referir que “o legislador se esqueceu da previsão e punição da conduta dolosa de produção do resultado morte no art. 387.º do CP”.

Ora, ainda que admitamos que o legislador não se tenha socorrido da melhor técnica legislativa, ao intérprete cabe respeitar as suas opções e presumir que este consagrou soluções acertadas e não absurdas e totalmente incompatíveis com os cânones gerais do Direito Penal, pelo que se impõe concluir que o art. 387.º, n.º 2 do CP configura um crime agravado pelo resultado e não um crime preterintencional.

## **6. O crime de abandono de animais de companhia**

### **6.1. O tipo objetivo de ilícito**

O art. 388.º do CP consagra um crime específico próprio, na medida em que, diferentemente do crime de maus-tratos, só pode ser cometido por quem tenha em relação ao animal um dever de garante, o qual incluirá, pelo menos, o dever de lhe providenciar alimentação e bebida, bem como de zelar pela sua integridade física, saúde e vida.

Pode cometer o crime de abandono de animal de companhia, para além do seu tutor ou guardião habitual, qualquer outra pessoa que se encontre temporariamente responsável por lhe assegurar os devidos cuidados<sup>2480</sup>, mas não já as restantes pessoas que, não tendo relativamente ao animal qualquer responsabilidade, o encontram faminto na via pública e não o alimentam, nem o conduzem ao veterinário para receber cuidados médicos. Isto porque inexistente no CP uma norma semelhante à prevista no art. 200.º (omissão de auxílio) para os animais<sup>2481</sup>.

Ainda quanto aos agentes do crime, importa referir que, não constando o crime de abandono de animal de companhia do elenco do art. 11.º, n.º 2 do CP, está liminarmente arredada a imputação criminal deste ilícito às pessoas coletivas, como sejam as associações, sociedades zoófilas ou demais pessoas coletivas que tenham por escopo a criação e/ou venda de animais, sem prejuízo da responsabilidade criminal individual dos titulares dos respetivos órgãos.

Cumulativamente, quanto à conduta típica e à forma como o bem jurídico protegido é posto em causa pela conduta do agente, trata-se de um crime de perigo concreto cumulativo e de resultado. Significa isto que, por um lado, o referido crime não se basta com o “mero” abandono do animal, sendo igualmente imprescindível para que o tipo legal se preencha que da conduta do agente resultem perigos efetivos para as necessidades do animal, relativamente à sua alimentação e prestação de cuidados.

---

<sup>2480</sup> Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que os donos/tutores dos animais encarregam outros de lhes prestar a devida assistência quando se ausentam para férias.

<sup>2481</sup> Cfr. Sarmiento, *ob. cit.*, p. 134.

A este respeito, note-se que, tendo o legislador utilizado a copulativa “e” e não a disjuntiva “ou”, para se referir aos perigos que terão de advir da conduta de abandono do animal, o que, quanto a nós, só pode constituir um manifesto lapso<sup>2482</sup>, parece resultar da lei a necessidade de se verificarem ambos os perigos – para a alimentação e para a prestação de cuidados devidos – para que o agente incorra em responsabilidade criminal, sendo insuficiente a verificação isolada de apenas um deles.

Embora haja uma corrente minoritária que defenda que está em causa um crime de perigo abstrato, “sendo suficiente, para que o crime se verifique, que a situação de abandono a que a pessoa sujeitou o animal seja, em abstrato, apta a fazê-lo sofrer um eventual perigo”<sup>2483</sup>, abstraindo da técnica legislativa utilizada, consideramos que, nos moldes atuais, o crime de abandono apenas se verifica com a efetiva colocação em perigo para a alimentação e prestação de cuidados devidos ao animal, tratando-se, por isso, de um crime de perigo concreto.

Não sendo o abandono *conditio sine qua non* para a consumação do crime, a doutrina tem apontado a necessidade de decurso de um certo lapso temporal após a conduta do agente de “deixar o animal à sua sorte” para que se possa firmar que as suas necessidades alimentares e de cuidados foram postas em perigo. Caso contrário, poder-se-á estar apenas perante atos de execução do crime de abandono integrantes da tentativa, não punível no caso em apreço, tendo em conta o disposto no art. 23.º do CP.

Contudo, e salvo o devido respeito, é-nos praticamente impossível equacionar uma situação em que a verificação dos perigos supracitados não seja imediatamente posterior ao abandono, quer seja em virtude dos locais onde geralmente os animais são abandonados (ex. sítios ermos, bermas de estradas movimentadas), quer seja porque um animal que foi doméstico durante toda a sua vida, largado à sua própria sorte para sobreviver na rua, não está habituado a procurar comida, ficando por isso em perigo quanto à sua alimentação, quer ainda porque, por mais breve que possa ser a sua recolha por um terceiro, a sua vida e integridade física são postas imediatamente em causa pela possibilidade de ocorrência de ataques por parte de outros animais errantes ou de pessoas.

Abrangendo o tipo objetivo de ilícito a omissão da alimentação e a prestação de cuidados que são devidos ao animal quando o agente tenha um dever de garante, criando desse modo perigos para a vida do animal e consubstanciando-se a conduta típica num *non facere*, isto é, numa ação que sendo devida foi omitida, estamos ainda perante um crime de omissão própria.

---

<sup>2482</sup> Com idêntica opinião veja-se PEREIRA, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>2483</sup> *Ibidem*.



No que concerne ao modo como devem ser interpretados os conceitos de “alimentação” e “cuidados devidos”, a doutrina nacional é unânime quanto à inclusão do abeberamento no conceito de alimentação, devendo ambos respeitar o preconizado no art. 12.º do DL n.º 276/2001, de 17/10, a esse respeito. Já quanto à segunda proposição, não obstante haja entendimentos no sentido de apenas lhe serem subsumíveis os cuidados de saúde, em especial a administração de medicamentos veterinários<sup>2484</sup>, tal orientação é de rejeitar, por considerarmos totalmente pertinente considerar também *cuidados devidos* as condições de alojamento dos animais, designadamente quanto à luminosidade, ventilação e temperatura das instalações, bem como as relacionadas com a carga, transporte e descarga dos animais<sup>2485</sup>.

É criticável que o legislador penal não tenha fixado o conceito de *abandono*, deixando essa tarefa ao intérprete, por referência a outros preceitos legais, como seja o art. 6.º do DL n.º 276/2001, que define abandono para efeitos da sua punição a título contraordenacional como “a não prestação de cuidados no alojamento, bem como a sua remoção efetuada pelos detentores para fora do domicílio ou dos locais onde costumam ser mantidos, com vista a pôr termo à sua detenção, sem que procedam à sua transmissão para a guarda e responsabilidade de outras pessoas, das autarquias locais ou das associações zoófilas”.

Como sugere Luísa Sarmento, este conceito poderá ser uma mais valia na identificação das condutas que poderão configurar a ação típica do crime abandono<sup>2486</sup>. Como tal, o art. 388.º do CP há de abranger, pelo menos, três tipos de situações<sup>2487</sup>: a) o agente do crime permanece no local onde o animal se encontra, mas omite-lhe a prestação de cuidados; b) o agente afasta-se do local onde o animal habitualmente se encontra, sem encarregar outro de lhe prestar assistência; e c) o agente desloca o animal para fora do seu lar ou do local onde era habitualmente mantido.

## 6.2. O elemento subjetivo

À semelhança do crime de maus-tratos a animal de companhia, também o crime de abandono é um crime exclusivamente doloso, sendo admissível o dolo em qualquer das suas modalidades (art. 14.º CP) – desde o dolo eventual ao dolo direto<sup>2488</sup>.

Reconhecendo que a punição da negligência é, no ordenamento jurídico nacional, excecional, ao abrigo do disposto no art. 13.º CP, e não se encontrando expressamente prevista a possibilidade comissão do crime de abandono por negligência, não comete o crime de abandono o tutor que, por descuido, permite que o seu animal fuja de casa, em

---

<sup>2484</sup> Posição adotada por Sarmento, *ob. cit.*, p. 135.

<sup>2485</sup> Condições reguladas pelos arts. 8.º, 9.º, 10.º e 15.º do DL n.º 276/2001, de 17/10.

<sup>2486</sup> *Ibidem*.

<sup>2487</sup> É este o entendimento sufragado por Albuquerque, 2015, p. 1241.

<sup>2488</sup> Cfr. Sepúlveda & Vilhena, 2018, p. 62.

virtude de não ter fechado devidamente as portas e janelas ou mesmo aquele que, tendo tomado todas as precauções devidas, incluindo a colocação de microchip de identificação<sup>2489</sup>, não consegue impedir a sua fuga, mesmo que posteriormente não diligencie para tentar localizá-lo.

### **6.3. Do concurso**

Após a análise dos elementos objetivo e subjetivo do crime de abandono, é curial centrarmos-nos ainda na relação concursal existente entre este tipo legal e o crime de maus-tratos de animal de companhia.

Impõe-se desde logo considerar que o crime de abandono se encontra numa relação de concurso aparente com o crime de maus-tratos, uma vez que o tipo legal previsto no art. 387.º, por consubstanciar um crime de dano e tutelar o mesmo bem jurídico, consome o crime de perigo.

Concretizando, haverá uma relação de complementaridade entre os dois crimes, na medida em que, se, por exemplo, o tutor do animal se ausenta da habitação para férias, deixando uma provisão de comida e água para o animal, mas esta se vem a revelar insuficiente, não parecem estar preenchidos os requisitos do tipo legal de abandono, porquanto o agente tinha intenção de regressar e não “dolo” de abandonar o animal.

Porém, essa mesma situação poderá consubstanciar a comissão de um crime de maus-tratos praticado com dolo eventual, uma vez que, embora o agente não pretenda diretamente que o animal sofra por via da falta de comida e água, decorre das regras da experiência que deixar um animal sozinho, sem qualquer supervisão e com uma porção de comida e água insuficiente é uma conduta adequada a gerar no animal dor e sofrimento, pelo que, agindo e conformando-se com essa possibilidade, o agente incorre na prática do crime previsto no art. 387.º do CP.

Por fim, havendo uma multiplicidade de animais atingidos, tendemos a perfilar o entendimento de Pinto de Albuquerque, no sentido de haver tantos crimes quantos os animais que o agente abandone e não apenas um crime único<sup>2490</sup>, como advoga Raul Farias, ao afirmar que “Não estando em causa bens jurídicos de natureza eminentemente pessoal, afigura-se, à partida, que uma situação abrangendo simultaneamente diversos animais seria suscetível de integrar a prática de um único crime”<sup>2491</sup>.

---

<sup>2489</sup> Obrigação de todos os proprietários de cães, gatos e furões decorrente do art. 4.º do DL n.º 82/2019, de 27/06 disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_estrutura.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=3093&nversao=&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=3093&nversao=&tabela=leis&so_miolo=).

<sup>2490</sup> Albuquerque, 2015, p. 1241.

<sup>2491</sup> Farias, 2014, pp. 148-149.

## **7. Incongruências e insuficiências da Lei n.º 69/2014, de 29/08: apreciação crítica**

Feita a análise dos crimes aditados ao CP pela Nova Lei, urge proceder a uma reflexão crítica acerca de tais incriminações.

Reconhecemos o mérito ao legislador português em ter reconhecido dignidade e necessidade penal de tutela do bem jurídico vida e integridade física dos animais, criminalizando condutas que até então gozavam de uma certa tolerância social, demonstrando a sua consciência de que os animais são seres sencientes, merecedores de proteção jurídica, não igual à dos seres humanos, mas sim adaptada à sua condição e especificidades.

Todavia, esta neocriminalização não é isenta de críticas, nem sempre tendo o legislador consagrado, aos nossos olhos, as soluções mais acertadas.

Desde logo, do ponto de vista da inserção sistemática, importa sublinhar que as novas incriminações passaram a constar do Título VI, o último do CP. Ora, resultando do preâmbulo do Código que “a (...) sistemática não pode ser vista como axiologicamente neutra”, é inquestionável que, em Portugal, os crimes contra animais de companhia são considerados as ofensas menos gravosas aos bens jurídico-penais. Com efeito, socorrendo-nos do brocardo jurídico frequentemente utilizado no seio dos penalistas “Se queres conhecer um povo lê-lhe o Código Penal”, como poderemos exigir da sociedade uma mudança de comportamento compatível com a dignidade que os animais possuem, quando o próprio CP lhes atribuiu um lugar menor?

Contudo, consideramos que a principal falha da Lei n.º 69/2014 reside na eleição do conceito de *animal de companhia* como definidor do grupo de animais que são abrangidos pelo núcleo de proteção da norma. Trata-se, quanto a nós, de uma intolerável contradição conceder proteção apenas a alguns animais, sobretudo se atentarmos em contributos como o de António Damásio<sup>2492</sup> que, após realizar várias experiências comportamentais, concluiu, entre outros aspetos, que as estruturas neuronais nas quais a consciência se alicerça podem ser encontradas em primatas, aves e répteis e que as emoções são estruturas comuns a espécies como as moscas e os caracóis.

Alexandra Moreira sustentou que as atuais “evidências científicas apontam que, até em matéria de faculdades cognitivas, as capacidades de um cão ou um gato têm sido suplantadas por porcos em experiências que testam o índice de inteligência, situando-se ao nível dos resultados dos chimpanzés”<sup>2493</sup>.

---

<sup>2492</sup> Damásio, 2003, pp. 86, 144-152.

<sup>2493</sup> Entrevista disponível em <https://www.publico.pt/2016/05/29/p3/noticia/quem-protege-os-animais-que-nao-sao-domesticos-1826042>.

Assim, é caso para indagar: “Se existem animais dotados de consciência e faculdades mentais típicas dos humanos, poderão esses animais continuar excluídos da esfera de direitos?”<sup>2494</sup>. Quem irá proteger os animais não domésticos das atrocidades a que diariamente são sujeitos?

Não faz sentido tal distinção, como defendeu o CSM no seu Parecer relativamente aos PL do PS e do PSD, ao afirmar que “não se compreende a razão para se considerar legítima a exclusão do âmbito de proteção da norma, os casos de violência ou maus-tratos injustificados infligidos a um burro, a uma vaca, a um cavalo ou a um veado”<sup>2495</sup>.

Adotando o legislador nacional um conceito claramente antropocêntrico e utilitário, restringindo a proteção penal unicamente aos animais que mantêm com o Homem uma especial relação de proximidade existencial e não já, como seria desejável, com base na natureza própria dos animais enquanto “bens em si mesmos”, foi francamente incoerente nos seus desígnios. Se o objetivo que se pretendeu almejar foi a proteção da *dignidade e do respeito atribuídos à vida animal*, como sustentou o PSD no seu PL, ou, em sentido mais amplo, como advogamos, *o bem-estar animal*, é imprescindível relembrar a pergunta de Chiesa: “Se o objetivo dos estatutos anti crueldade é manter os animais livres de sofrimentos desnecessários, por que deveria importar se o animal é domesticado?”<sup>2496</sup>. É, quanto a nós, inaceitável que uma mesma conduta deixe de ser criminosa, não por ser merecedora de menor censura penal, mas por se dirigir a um animal não doméstico.

Como tal, entendemos que, no objeto da norma, à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico alemão, se deveria ter abrangido, pelo menos, a violência e os maus-tratos injustificados infligidos sobre todos os animais vertebrados, ou até mesmo sobre todos os animais sencientes.

Note-se que, no plano contraordenacional, no art. 7.º, 3 do DL 276/2001, de 17/10, se proíbem *todas as violências contra animais*, não se distinguindo entre animais domésticos e não domésticos para efeitos de punição.

Já no plano do crime de maus-tratos a animal de companhia, é de lamentar a não inclusão no texto da norma a causação de sofrimentos e dores psicológicas ao animal. A omissão da punição dos maus-tratos psicológicos permite que uma panóplia considerável de casos fique impune, já que parte dos maus-tratos perpetrados em Portugal estão relacionados com as condições de alojamento insalubres e humilhantes em que são mantidos os animais e que se sabe serem responsáveis por estádios de stresse severos e por comportamentos anómalos, como a automutilação<sup>2497</sup>.

---

<sup>2494</sup> Reis, 2014, p. 73.

<sup>2495</sup> CSM em Parecer elaborado sobre os PL n.ºs 474/XII/3ª e 475/XII/3ª.

<sup>2496</sup> Chiesa, 2008, p. 13.

<sup>2497</sup> Moreira, 2014, p. 163.

A manter-se a atual redação da norma, ou bem que os magistrados procedem a uma interpretação corretiva e cuidadosa da Lei e consideram que a manutenção dos animais em condições de alojamento desadequadas integra a expressão “quaisquer outros maus-tratos físicos” prevista no art. 387.º, 1, *in fine*, como defendemos anteriormente, ou bem que da conduta do agente de, por exemplo, manter o animal acorrentado toda a sua vida e exposto a condições climatéricas adversas gera repercussões físicas, pois, caso contrário, ficarão impunes tais comportamentos, apesar da sua patente gravidade.

Refira-se, uma vez mais, o acima mencionado art. 7.º, 3 do DL 276/2001, o qual não faz qualquer referência à necessidade de a dor, o sofrimento ou os maus-tratos causados ao animal terem de ser físicos, pelo que não resultam razões para que em sede criminal tal aconteça.

Seria igualmente de aplaudir a consagração, pelo legislador, de um tipo legal autónomo que punisse a morte dolosa de animal de companhia em resultado dos maus-tratos perpetrados, como fosse o crime de *animalicídio*.

Tal opção legislativa permitiria, por um lado, punir de forma mais severa, através da previsão de molduras legais mais gravosas nos seus limites mínimos e máximos, a morte do animal de companhia, por comparação aos restantes resultados agravantes elencados no n.º 2 do art. 387.º do CP, em harmonia com o princípio da culpa. Por outro lado, uma tal alteração legislativa faria cessar as dúvidas que houvesse em torno da questão de saber se é ou não punível ao abrigo do supracitado artigo a morte dolosa de animal de companhia.

No que respeita ao crime de abandono de animal de companhia, é lamentável que o legislador tenha feito depender a consumação do crime da efetiva colocação em perigo da alimentação e da prestação de cuidados ao animal.

De acordo com o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa<sup>2498</sup>, o termo *abandonar* significa “deixar ao desamparo; deixar só; não fazer caso de; renunciar a; deixar o local onde o dever obriga a estar”. Neste sentido, não temos quaisquer dúvidas de que a mera conduta de abandonar um ser vivo relativamente ao qual o Homem assumiu responsabilidades, que é seu dependente, com o qual desenvolveu uma relação de proximidade e confiança é, *per si*, penalmente relevante, sendo questionável se não poderá mesmo configurar uma situação de abuso de direito.

Paralelamente, parece-nos que a expressão “pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos” é redundante, na medida em que é extremamente difícil antever situações em que da conduta de abandonar não advenham necessariamente tais perigos para o animal.

---

<sup>2498</sup> Definição disponível em <https://dicionario.priberam.org/abandonar>.

Por último, acrescente-se ainda que não seria de todo despicienda a adição de um número ao art. 388.º do CP que esclarecesse o intérprete acerca do próprio conceito de abandono, propondo-se a seguinte redação, por ser a mesma adequada e consentânea com os desígnios de proteção almejados: “Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por abandono a omissão dos cuidados de alimentação, alojamento, higiene ou saúde de animal de companhia, em condições que coloquem em perigo a sua vida e integridade física, pelo seu tutor ou quaisquer outras pessoas que se encontrem temporariamente responsáveis pela sua guarda, vigilância ou assistência”.

Ainda no plano substantivo, relativamente às penas acessórias, o art. 388.º-A merece-nos também um reparo, por entendermos que deveria o legislador ter consagrado a possibilidade de aplicação ao agente de uma pena acessória de privação de detenção de animais por um período mais prolongado e não apenas por cinco anos. Tal seria consentâneo com o princípio constitucional da proibição de existência de penas de carácter perpétuo ou de duração indeterminada (art. 30.º, 1 CRP) e justificar-se-ia em casos de reincidência nos quais se concluísse que a aplicação de uma pena principal e da pena acessória de privação do direito de deter animais pelo período máximo de cinco anos se tivessem revelado insuficientes para evitar que o agente voltasse a cometer crimes relacionados com animais.

Por outro lado, constatámos também que as alterações legislativas no âmbito substantivo não foram acompanhadas das devidas adaptações no plano adjetivo, encontrando-se hoje o CPP completamente desajustado a este tipo de criminalidade.

Do ponto de vista prático, é gritante a necessidade de criação de normativos legais que regulem o destino a dar aos animais vítimas dos crimes previstos nos arts. 387.º e 388.º, designadamente dotando as autoridades competentes dos mecanismos adequados para que estes possam proceder à apreensão e alojamento dos animais de molde a promoverem o seu bem-estar e, mais tarde, o encaminhamento para adoção responsável.

Por outro lado, dada a inexistência de qualquer disposição legal que preveja a perda do animal apreendido a favor do Estado, poder-se-á chegar à incompreensível solução de, no final do processo, o animal ser restituído ao tutor-agressor. Para obviar a tal resultado, poderá o magistrado aplicar, com as devidas adaptações, o previsto no art. 178.º, 1 do CPP ao animal de companhia, já que apesar de os animais terem deixado de ser considerados *coisas* para o direito civil, ainda é possível aplicar-lhes subsidiariamente as disposições a elas referentes, nos termos do art. 201.º-D do CC<sup>2499</sup>.

Por fim, ao nível da atuação dos OPC, não obstante exista, desde 2001, em Portugal, um departamento da GNR designado SEPNA, que tem como escopo, entre

---

<sup>2499</sup> É esta a posição defendida por Jorge, 2018, p. 90.

outros, “zelar pela observância das disposições legais no âmbito sanitário e de proteção animal”<sup>2500</sup>, a verdade é que a experiência prática nos leva a crer que a falta de investimento na formação das autoridades, sobretudo na sensibilização particular e específica para as normas ora em apreço, determina que, em concreto, se conclua pela inexistência de indícios de crime nos casos reportados pelos cidadãos.

---

<sup>2500</sup> Atribuições do SEPNA disponíveis em [https://www.gnr.pt/atrib\\_SPENA.aspx](https://www.gnr.pt/atrib_SPENA.aspx).

## Notas conclusivas

Propusemo-nos, no início desta exposição, apresentar, analisar e refletir sobre a legislação existente em Portugal em matéria de crimes contra animais de companhia, em particular, a Lei n.º 69/2014, de 29/08.

Consideramos que tal diploma, a par da consagração do EJA, permitiu traçar as linhas gerais da relação dos seres humanos com os animais, revelando-se, no entanto, ainda manifestamente insuficiente para fazer face à forma, tantas vezes desumana, como o Homem com eles interage.

De acordo com os dados do RASI<sup>2501</sup>, em 2018, registaram-se 1.977 investigações por alegados crimes contra animais de companhia, mais 27 do que no ano anterior, o que revela um aumento de 0,6%. Se compararmos estes números com os registados em 2015 (o primeiro ano de vigência da Lei), constatamos que o incremento foi ainda maior, já que nesse ano se registaram “apenas” 1395 investigações.

Da análise superficial destes números é permitido extrair uma importante conclusão: de nada vale proceder a alterações legislativas e passar a criminalizar determinadas condutas se, na prática, o cumprimento da Lei não é fiscalizado.

Do ponto de vista do cidadão comum que, no exercício dos seus direitos cívicos, pretende denunciar uma situação de maus-tratos, a prática tem vindo a demonstrar, não raras vezes, a animosidade das forças de segurança ou, com ainda maior frequência, a falta de sensibilidade para lidar com este tipo de criminalidade, revelando a parca formação destes profissionais e desencorajando os cidadãos a reportarem situações do mesmo género no futuro, votando os animais maltratados à sua sorte.

Do ponto de vista dos OPC, não obstante a existência do SEPNA e da linha SOS Ambiente da GNR, o que é facto é que também estes enfrentam graves obstáculos à sua intervenção do terreno.

Por um lado, inexistindo no CPP uma norma que permita indubitavelmente a realização de uma busca domiciliária sem prévio mandado judicial para retirada e apreensão do animal em situação de risco, os oficiais retraem-se de atuar, o que leva a que o tutor do animal dele se desfaça antes de poder ser verificada a existência de crime.

Por outro lado, o estado generalizado de sobrelotação dos CROA em Portugal, bem como da maior parte das associações de proteção animal, traduz-se na impossibilidade prática de retirada dos animais em tempo útil, por não disporem as forças de segurança de instalações próprias, nem sequer transitórias, para albergar os animais durante as ulteriores etapas do processo.

---

<sup>2501</sup> Relatório disponível para consulta em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-od52-412e-83fb-7fo98448dba7>.



Por fim, do ponto de vista dos infratores, as molduras legais com limites máximos reduzidos, o parco número de condenações e a existência de apenas uma condenação, até à data de hoje, numa pena de prisão efetiva<sup>2502</sup>, gera nos delinquentes um indesejável sentimento de impunidade.

Apesar dos passos que já se deram no sentido da consagração de direitos dos animais e de deveres da sociedade para com eles, o caminho é ainda longo.

Juristas há que consideram que tanto a lei de criminalização, como o reconhecimento dos animais como um *tercium genus* foram mudanças demasiado expressivas e rápidas. Tais vozes têm por hábito afirmar que o legislador se deve reger pelo grau de evolução da sociedade para legislar, não devendo consagrar soluções demasiado avançadas para o seu tempo.

Ora, não podíamos estar em maior desacordo nesta concreta problemática. Se tivessem as *instituições* de aguardar por um determinado estado de evolução da sociedade para agir, viveríamos ainda numa sociedade primitiva. Não se poderá perder de vista que “As funções do Direito não se circunscrevem, porém, a ordenar a liberdade e a criar a segurança e a certeza jurídicas (...), mas ao Direito cabe ainda o papel complementar de desempenhar uma função educativa” ao abrigo da qual “o Direito visa o homem antes como julga que ele deve ser”<sup>2503</sup>.

Por assim ser, ao Direito incumbe não apenas uma função reguladora, mas cumulativamente uma função conformadora, ao abrigo da qual este deverá impor a proibição de comportamentos que considere desajustados com a ordem jurídica vigente e a imposição de outros que tenha por adequados.

A matéria dos crimes contra animais de companhia não é exceção, antes pelo contrário, por contender diretamente com o bem-estar e a vida de seres vivos em tanto semelhantes aos seres humanos, aos quais tanto devemos e que diariamente nos ensinam como ser mais humanos.

A sociedade estará preparada para aquilo que o legislador impuser e verter em Lei. Perfilhar um entendimento diferente é votar a um nível absurdamente baixo as capacidades de adaptação do ser humano.

---

<sup>2502</sup> Sentença proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, de 31/10/2018, condenou a 16 meses de pena de prisão efetiva um homem que esventrou uma cadela grávida. Notícia integral disponível em: <https://www.publico.pt/2018/10/31/local/noticia/condenado-pena-prisao-efectiva-esventrar-cadela-1849483>.

<sup>2503</sup> Hörster, 2013, pp. 16-17.

## Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, P.S. & LIMA, P.M. (2016). Sete vidas: A difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais. *Julgar*, n.º 28.
- ALBUQUERQUE, P.P. (2015). Anotação ao artigo 387.º do CP. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição atualizada. Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, F.C.M. (2019). Crimes contra animais de companhia. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In *Crimes contra animais de companhia*. Trabalhos do 2.º ciclo do 32.º curso. Centro de Estudos Judiciários.
- ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.T. (2014). *Direito penal: Parte geral – Questões fundamentais teoria geral do crime*, 2.ª Edição. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- CHIESA, L. E. (2008). *Why is it a crime to stomp on a goldfish? Harm, victimhood and the structure of anti-cruelty offenses*. Pace Law Faculty Publications.
- DAMÁSIO, A. (2003). *Looking for Spinoza*. London: Random House.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, M.L. (2014). Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: Uma grande ilusão? In *Animais: Deveres e Direitos*, Conferência promovida pelo ICPJ em 11 de dezembro de 2014.
- FARIAS, R. (2014). *Dos crimes contra animais de companhia – Breves notas*. In *Animais: Deveres e Direitos – Conferência Promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014*.
- FREITAS, P.M. (2018). O estatuto jurídico dos animais no ordenamento jurídico português: Um passo (em) falso? *FIDES*, vol. 9, n.º 1, jan./jun.
- HORSTER, H.E. (2013). *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*. 7.ª Reimpressão da Edição de 1992. Coimbra, Edições Almedina.
- JORGE, S.F.S. (2018). *Dos crimes contra animais de companhia: Uma análise crítica*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MACHADO, J.B. (2013). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 21.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, A.R. (2014). Perspetivas quanto à aplicação da nova legislação. In *Animais: Deveres e Direitos – Conferência promovida pelo ICPJ em 11 de dezembro de 2014*.
- PEREIRA, A.C.B. (2019). Crimes contra animais de companhia. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In *Crimes contra animais de companhia*, Trabalhos do 2.º ciclo do 32.º curso. Centro de Estudos Judiciários.
- PEREIRA, A.G.D. (2005). O bem-estar animal no direito civil e na investigação científica. In Neves, M.C.P. (org.). *Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades*. Coimbra.
- REIS, M.Q. (2014). *Direito animal – Origens e desenvolvimentos sob uma perspetiva comparatista*, Conferência promovida pelo ICJP em 11/12/2014.

ROXIN, C. (2006). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: C.H. Beck.

SEPÚLVEDA, P. & VILHENA, F. (2018). *Investigação dos crimes contra animais de companhia na perspectiva do Ministério Público*. Petrony Editora.

TORRES, A.J.M. (2016). *A (in)dignidade jurídica do animal no ordenamento jurídico português*. Trabalho apresentado no âmbito do mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

VALDÁGUA, M.C. (2017). Algumas questões controversas em torno da interpretação do tipo legal de crime de maus-tratos a animais de companhia. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 3, n.º 6.

**Os danos não patrimoniais nas sociedades comerciais:**

**A controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesas**

Joana Fontinhas da Silva Aguiar

Sob a orientação da Professora Doutora  
Maria Isabel Helbling Menéres Campos

À minha Mãe,  
por me permitir sonhar.

À minha Irmã,  
por me fazer acreditar.

À minha Avó,  
por me guiar eternamente.

“O fim de uma viagem é apenas o começo de outra.  
É preciso ver o que não foi visto, ver outra vez o que  
já se viu, ver na primavera o que se vira no verão,  
ver de dia o que se viu de noite (...).

É preciso voltar aos passos que foram dados, para  
repetir e para traçar caminhos novos ao lado deles.

É preciso recomeçar a viagem. Sempre”.

José Saramago

## Resumo

Na presente dissertação interrogamo-nos acerca da viabilidade de as sociedades comerciais serem titulares de eventuais danos não patrimoniais, na ânsia que a nossa perspectiva seja capaz de trilhar caminho em torno de uma solução unânime. De facto, a evolução da *praxis* jurídica no sentido de reconhecer as entidades mercantis como pessoas jurídicas potencia discussões acerca da adaptabilidade de regimes geneticamente pensados para o Ser Humano – a titularidade e respetiva compensação por danos não patrimoniais é um deles. Nesta senda, num primeiro momento são explanados diversos pontos tidos como chave acerca do dano não patrimonial e, posteriormente, as matérias relevantes relacionadas com as sociedades comerciais, nomeadamente a sua personalidade e capacidade jurídica de gozo. Do entrelaçar das duas exposições surge a temática sobre a qual nos debruçamos, onde, por fim, debatemos os argumentos aduzidos em prol da negação da titularidade destes danos nos referidos entes.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; danos não patrimoniais; sociedades comerciais; personalidade jurídica; capacidade jurídica de gozo; escopo lucrativo.

## Abstract

The present dissertation delves into the feasibility of commercial societies being holders of non-patrimonial damages, aiming to achieve a standpoint that reaches consensus. In fact, the evolution of legal praxis towards recognizing the legal persona of merchant entities promotes discussions about the adaptability of regimes genetically designed for the Human Being – ownership and the respective compensation for non-patrimonial damages is one of them. This dissertation starts by clarifying the key-points on non-patrimonial damage, subsequently expounding relevant matters related to commercial societies, namely their personality and legal capacity of enjoyment. The interweaving of the two gives rise to the main question, as we finally debate the arguments in favour of denying this ownership to the aforementioned entities.

**Keywords:** Civil liability; non-patrimonial damages; commercial societies; legal person; enjoyment of the right to legal capacity; profitable scope.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|         |                                        |
|---------|----------------------------------------|
| Ac(s).  | Acórdão(s)                             |
| al.     | Alínea                                 |
| art(s). | Artigo(s)                              |
| CC      | Código Civil                           |
| CCom    | Código Comercial                       |
| CRCom   | Código Registo Comercial               |
| Cfr.    | Confrontar                             |
| CP      | Código Penal                           |
| CRP     | Constituição da República Portuguesa   |
| CSC     | Código das Sociedades Comerciais       |
| Proc.   | Processo                               |
| ss.     | Seguintes                              |
| STJ     | Supremo Tribunal de Justiça            |
| TEDH    | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem |
| TRC     | Tribunal da Relação de Coimbra         |
| TRE     | Tribunal da Relação de Évora           |
| TRL     | Tribunal da Relação de Lisboa          |
| TRP     | Tribunal da Relação do Porto           |

---



# Índice

Introdução

Capítulo I – Noções introdutórias

1. O conceito jurídico de dano
2. O dano não patrimonial. A relutância à sua consagração

Capítulo II – Os danos não patrimoniais e respetivo regime jurídico

1. O regime do art. 496.º CC e os critérios do art. 494.º CC
2. A vertente preventivo-punitiva
3. A (im)possibilidade de ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na responsabilidade obrigacional

Capítulo III – Das sociedades comerciais

1. A personificação jurídica das sociedades comerciais
2. A capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais
3. O conteúdo da capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais

Capítulo IV – Os danos não patrimoniais nas sociedades comerciais

Conclusão

Bibliografia

---

## Introdução

Muito embora ainda não se tenha alcançado uma uniformização quanto ao conceito jurídico de *dano*, é comum distinguir-se entre danos patrimoniais e não patrimoniais. Se é certo que a existência de danos patrimoniais e respetiva ressarcibilidade nunca ofereceu grande resistência, o mesmo não se pode testemunhar quanto aos danos não patrimoniais. Apesar de, hodiernamente, já se afigurar enquadramento legal para a problemática no art. 496.º CC, será a admissão destes danos não patrimoniais assim tão linear?

Por contraposição ao Ser Humano, juridicamente qualificado como pessoa singular, surgem as pessoas coletivas, sobre as quais frequentemente se debate se correspondem a uma pura ficção do Direito e qual a justificação para a sua existência. Facto é que estes entes são capazes de assumir diversos tipos, entre os quais realçamos as sociedades comerciais.

Apesar de ser consentâneo as entidades mercantis fruírem de personalidade jurídica, o conteúdo da sua capacidade jurídica de gozo é controverso, uma vez que é discutível não só quais os direitos de que são titulares, mas também a natureza desses, isto é, se se configuram como verdadeiros direitos de personalidade ou não. Estas são questões extremamente debatidas a nível doutrinal e que estão intimamente ligadas à ora principal: será que os danos não patrimoniais, geneticamente pensados para as pessoas singulares, são compagináveis com a natureza específica das sociedades comerciais?

---

A resposta ao presente impasse não é unívoca, revelando-se até complexa. Destarte, não podemos olvidar a sua pertinência, não só devido à proliferação dos *media* e dos vários veículos de informação, o que facilita a propagação de ofensas principalmente ao bom nome e ao crédito, mas também pela maior exigência e escrutínio a que estão sujeitas as entidades comerciais por parte da sociedade, fruto dos vários ambientes de crise em tempos vividos.

São vários os argumentos avançados em desfavor da titularidade destes danos por entes mercantis, mas constituirão esses efetivos entraves?

## Capítulo I – Noções introdutórias

### 1. O conceito jurídico de dano

O conceito de *dano* é rotineiramente empregue no quotidiano, sendo-lhe comumente atribuída uma conotação negativa, ou seja, é vulgarmente associado a “um mal, um evento nocivo, uma consequência desagradável, um sacrifício, com ou sem conteúdo económico”<sup>2504</sup>. Não obstante esta familiarização, a verdade é que o seu amplo sentido naturalístico não coincide totalmente com a sua essência jurídica, embora este não lhe seja irrelevante. Assim, o que os diferencia é a “sua relevância jurídica”<sup>2505</sup>.

Interessa-nos, pois bem, a aceção jurídica do conceito, apesar da unanimidade quanto ao seu alcance técnico-jurídico estar longe de ser conseguida<sup>2506</sup>. Acresce ainda o facto de, nas palavras de Pessoa Jorge, a “terminologia da lei, da doutrina e da prática [ser] infixa”<sup>2507</sup>, utilizando-se indistintamente vários conceitos como seus sinónimos<sup>2508</sup>.

Diversos são os Autores que se debruçam em busca de uma noção operativa<sup>2509</sup> e, ainda que não nos pareça despicienda a sua análise, não nos é possível fazê-la com a devida profundidade.

Destacamos Gomes da Silva<sup>2510</sup>, ao constatar que *dano* se traduz na frustração de um ou mais benefícios, provocada pela inutilidade do bem, através do qual era lícito ao lesado obtê-los. Já Rui de Alarcão<sup>2511</sup> encerra a sua definição como o prejuízo causado a um bem ou interesse juridicamente tutelado, frisando que não se trata da lesão em si, mas da repercussão desta no ofendido. Inversamente, Sinde Monteiro<sup>2512</sup> descreve-o como a lesão a um bem ou a um interesse juridicamente protegido. Na esteira deste último, mas sublinhando o facto de os bens jurídicos legalmente tutelados poderem revestir carácter patrimonial ou não, posiciona-se Ribeiro Faria<sup>2513</sup>.

Apesar de breve, a alusão a este gladiar doutrinal mostra-se fundamental. Como sabemos, o dano é um dos pressupostos tradicionais vigentes para que se desencadeie o instituto da responsabilidade civil<sup>2514</sup>, uma vez que vigora, entre nós, o velho brocardo

---

<sup>2504</sup> Dias, 2001.

<sup>2505</sup> Mendes, 1953, p. 9. Independentemente de o dano ser uma realidade natural, prévia e externa ao Direito, é a ordem jurídica que circunscreve aquele que tem como relevante para os seus efeitos, delineando os seus limites, conforme Pinto, 2009, p. 545.

<sup>2506</sup> Aliás, há quem defenda a impossibilidade de se fixar um conceito unitário capaz de exprimir a diversidade de valorações a que assistimos em sede de responsabilidade civil. Cfr. Pinto, 2009, p. 547.

<sup>2507</sup> Jorge, 1995, p. 372, parêntesis nossos.

<sup>2508</sup> No atual CC já só encontramos o termo *prejuízo* e, apesar de na sua origem não deterem o mesmo significado, hoje é aceitável terem-se como expressões equivalentes, segundo Pereira, 2009, p. 43.

<sup>2509</sup> Embora seja uma definição debatida há séculos, no nosso país o seu estudo não foi tão aprofundado como noutras latitudes, designadamente no direito alemão.

<sup>2510</sup> Silva, 1944, p. 126.

<sup>2511</sup> Alarcão, 1983, p. 270.

<sup>2512</sup> Monteiro, 2005, p. 377.

<sup>2513</sup> Faria, 1990, pp. 480 e ss.

<sup>2514</sup> Dada a sua centralidade nos vários ordenamentos, Silva, 2015, p. 333, chega mesmo a afirmar que “Sem que se estabeleça a noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil num determinado país”.

jurídico-latino *casum sentit dominus*<sup>2515</sup>. Assim sendo, quando preenchidos certos quesitos, o dano transfere-se para o lesante, por via da constituição de uma obrigação de indenizar. A imputação pode basear-se não só na culpa, como no risco e no sacrifício, mas implica que estejamos sempre perante situações danosas não contempladas pelo risco do dia-a-dia.

Porém, ressalvemos que do dano enquanto condição essencial ao fenómeno indemnizatório distingue-se o dano reparável, seu posterior, o qual depende das circunstâncias juridicamente atendíveis em que a lesão ocorreu ou lhe tenham sucedido e que condicionam o *quantum*.

Isto posto, não concordamos com uma definição geral de *dano* alicerçada num ideal de diferença<sup>2516</sup>, uma vez que, além de não mostrar prevalência pelo princípio da reconstituição natural<sup>2517</sup> espelhado no escopo da responsabilidade civil, o seu conceito deve ser solidificado *ex ante*. Somos da opinião que a noção de *dano* não se reporta ao bem ou interesse juridicamente protegido em si, mas à lesão, patrimonial ou não, efetivamente sofrida por estes – seja sob a forma de destruição, deterioração, ofensa, diminuição ou privação de uma vantagem ou até subtração –, que é merecedora da tutela do direito por causar uma perturbação relevante e indesejada. Todavia, notamos que esta é uma noção manifestamente insuficiente ao nível prático, por carecer sempre da determinação de qual o critério de relevância jurídica.

## 2. O dano não patrimonial. A relutância à sua consagração

Enquadrados no conceito de *dano*, é usual destringir-se entre danos patrimoniais e não patrimoniais<sup>2518</sup>, consoante estes sejam ou não suscetíveis de avaliação pecuniária. Todavia, em determinadas ofensas, a fronteira delineada é de difícil concretização, como é o caso da diminuição de clientela fruto de uma ofensa ao bom nome. Soares Pereira<sup>2519</sup> dá conta desta realidade quando afirma que “É decerto possível fornecer intuitivamente uma noção de dano não patrimonial. Mas, na prática, os limites entre o dano patrimonial

---

<sup>2515</sup> Em princípio, o dano é suportado pelo lesado, salvo se verificados determinados requisitos – facto, dano, ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre o facto e o dano – que, por razões de justiça, façam recair uma indemnização sobre o autor. Porém, como denota Monteiro, 2005, p. 355, com o atual fenómeno da industrialização e com as dificuldades de prova e de culpa que lhe são subjacentes, assistimos a uma modificação do acento tónico da responsabilidade civil da culpa para a reparação do dano, através de instrumentos como a responsabilidade objetiva e os seguros obrigatórios.

<sup>2516</sup> Fórmula prevista no art. 566.º, n.º 2 CC, ainda que Proença, 2018, p. 86 alerte para a sua insuficiência relativamente a certos danos. Ainda, como bem denota Telles, 2010, p. 389, este artigo não preceitua uma verdadeira noção de dano, aludindo apenas à medida da indemnização. Quando muito, podemos dizer que esta disposição pressupõe uma noção de dano ressarcível.

<sup>2517</sup> Cfr. com os arts. 562.º e 566.º, n.º 1 CC.

<sup>2518</sup> Outrora, a designação *dano moral* era a corrente quanto a este tipo de danos. Porém, em termos rigorosos, não é possível harmonizar no seu seio, por exemplo, os sofrimentos físicos ou o dano estético. Assim sendo, é inegável que se trata uma expressão imprecisa, pouco rigorosa e heterogénea e, como tal, não se têm como termos de perfeita equivalência.

<sup>2519</sup> Pereira, 2009, p. 15.

e o dano não patrimonial não são suficientemente visíveis”. Nestes casos, corroboramos a opinião de Pinto Monteiro<sup>2520</sup> de que “o que conta, no que diz respeito à indemnização dos danos não patrimoniais, é a natureza (não patrimonial) do próprio *dano* – não a natureza do *bem* ou *interesse* lesado”.

Porém, a ressarcibilidade por danos não patrimoniais foi objeto de larga controvérsia<sup>2521</sup> e, embora a polémica se tenha como finalmente superada por já se consagrar na lei a sua solução, os argumentos em volta da negação de uma indemnização preservam a sua utilidade, na medida em que restringem a incidência da figura<sup>2522</sup>. Senão, vejamos.

A premissa chave assenta na arbitrariedade do valor a atribuir, a par do enriquecimento injustificado que este inevitavelmente acarreta, já que a vítima não viu o seu património sofrer qualquer diminuição. Mais sustentam que esta indemnização, na hipótese remota de ser praticável, é imoral<sup>2523</sup> e insuficiente por corresponder a uma perspetiva “‘grosseiramente materialista’ da vida”<sup>2524</sup>, cujo objetivo é a comercialização do sentimento. A somar a isto, a prova do dano é de difícil concretização, pois a dor tem uma conotação pessoal e até pode ser fingida<sup>2525</sup>. Terminam, acrescentando que a pretensa reparação se enquadraria na aplicação de uma pena privada e não nos trâmites da responsabilidade civil.

Hoje, este raciocínio é facilmente rebatível, todavia expõe as fragilidades sentidas – nomeadamente, a heterogeneidade do modelo de responsabilidade a que tais danos estão associados – e posteriormente ultrapassadas pelos vários ordenamentos jurídicos, a fim de acolherem legalmente a sua compensação.

Apesar de, em rigor, os danos não patrimoniais não serem suscetíveis de indemnização dada a inviabilidade de mensuração exata, a realidade é que podem ser compensados. De facto, nenhuma quantia pecuniária tem a virtualidade de apagar o mal consumado, mas também qualquer outra reação, como por exemplo a retratação pública das ofensas produzidas ou a publicação de sentenças condenatórias, se revela insuficiente para reparar todos os prejuízos<sup>2526</sup>. Logo, o dinheiro apresenta-se como um meio idóneo a contrabalançar o dano sofrido, através de uma soma capaz de proporcionar satisfações de vária ordem, designadamente espiritual e intelectual, que de

---

<sup>2520</sup> Monteiro, 1992, p. 18, sublinhado do Autor.

<sup>2521</sup> Vide Sousa, 2003, p. 602 e ss.; Leitão, 2018: 334 e ss.

<sup>2522</sup> O art. 496.º do CC implica uma singular prudência, uma vez que só são compensáveis os danos que, pela sua *gravidade*, mereçam a tutela do Direito.

<sup>2523</sup> Reflete Monteiro, 1992, p. 20, “Não repugnará à consciência ético-jurídica o enriquecimento da vítima, a pretexto de uma dor ou transtorno que, em todo o caso, o dinheiro não afastará?”.

<sup>2524</sup> Alarcão, 1983, p. 275.

<sup>2525</sup> Serra, 1989, p. 79.

<sup>2526</sup> Matos, 2011, p. 597.

algum modo compensem o ofendido. Com efeito, o seu propósito não é *summo rigore* tornar o lesado indemne<sup>2527</sup>.

Ademais, se não fosse imputável ao lesante qualquer custo, o dano só redundaria em seu benefício e, por seu turno, a vítima sofreria definitivamente o prejuízo. Não se trata de uma visão utilitarista, mas de não deixar ao acaso danos tão importantes. Aliás, estes não são menos dignos do que os patrimoniais, e parece mais justo possibilitar a sua reparação quer quando se verifiquem apenas esses, quer quando surjam com maior intensidade que os restantes. Além disso, as dificuldades de cálculo não são exclusivas deste tipo de danos, sendo igualmente sentidas quanto a danos patrimoniais, nomeadamente lucros cessantes.

Por fim, em razão dos progressivos desenvolvimentos, foi gradualmente superado o pensamento de associar esta prestação pecuniária a uma pena de origem privada. Todavia, assistimos à crescente multiplicação daqueles que entendem que a compensação, além da dimensão reparatória, se afeiçoa a uma medida de caráter preventivo-punitiva.

Concluimos, então, que a principal causa de resistência se enraizava sobretudo no conteúdo da sua reparação e não com o género de dano *per se*<sup>2528</sup>.

---

---

<sup>2527</sup> Jorge, 1995, p. 375.

<sup>2528</sup> Aliás, a par e passo, (fomos e) vamos assistindo a uma proliferação dos danos tidos como não patrimoniais. Este é um fenómeno natural, tal como confirma Serra, 1989, p. 89: “as ideias variam com os tempos, um dano não patrimonial, que a consciência jurídica de hoje não considere digno de compensação, pode amanhã vir a ser merecedor dela”. Porém, concordamos com Veloso, 2007, p. 508 que, apesar disso, não se pode alimentar a admissão de todo e qualquer dano, nem o perene reconhecimento de outros que socioculturalmente já não se justifiquem.

## Capítulo II – Os danos não patrimoniais e respetivo regime jurídico

### 1. O regime do art. 496.º CC<sup>2529</sup> e os critérios do art. 494.º CC

Em 1966, o nosso CC aceitou expressamente e em termos gerais a tese favorável à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, embora tal veredito não se tenha traduzido num corte com a *praxis* jurídica antecedente. Contudo, o legislador limita-se a estatuir três impasses específicos deste tipo de danos – nomeadamente, o requisito à sua compensação e os critérios da sua avaliação –, não os definindo conceitualmente em momento algum.

Certo é que, ao admitir a sua compensação, o fez com especial cautela, uma vez que a limitou àqueles que pela sua gravidade sejam merecedores de tutela. Apesar da última parte do artigo nos parecer dispensável<sup>2530</sup>, esta demonstra a preocupação tida pelo legislador em reforçar “a imperiosidade de se não aceitarem de ânimo leve, como compensáveis, prejuízos de pequeno relevo ou de anómala motivação”<sup>2531</sup>. Desta feita, a gravidade apresenta-se para nós como a única condição para a sua ressarcibilidade.

Trata-se então de uma cláusula indeterminada censurada por alguns Autores<sup>2532</sup>. No entanto, é precisamente este carácter não taxativo que, ao abrir portas para uma ampla margem de apreciação, permite, juntamente “com a participação criadora da jurisprudência, encarar a solução legal portuguesa como *generosa*”<sup>2533</sup>. Desta forma, o julgador poder-se-á basear não só em fatores objetivos, como defendem Antunes Varela e Pires de Lima<sup>2534</sup>, mas também em padrões subjetivos, imbuídos na especial sensibilidade do lesado<sup>2535</sup>. Contudo, evidentemente que a objetividade e o bom senso prevalecerão face à perspetiva do ofendido, que tende a sobrevalorizar os danos.

Sustentamos por isso o entendimento de Maria Veloso quando afirma que a posição dos últimos Autores deve ser “alvo de [uma] certa contemporização”<sup>2536</sup>, uma vez que o juiz, quando confrontado com estes danos, prefere atender a todos os fatores que compõem o circunstancialismo da lesão. Desta feita, possibilita-se uma ponderação baseada no valor intrínseco do bem ou interesse jurídico, apesar de não ser exata a correlação entre este e a gravidade do dano.

---

<sup>2529</sup> Apenas serão por nós analisados os números que interessem à questão *sub judice*.

<sup>2530</sup> Diferentemente, Costa, 2018, pp. 602 e ss.

<sup>2531</sup> Lucena, 2006, pp. 19 e ss.

<sup>2532</sup> Cordeiro, 1997, p. 478.

<sup>2533</sup> Veloso, 2007, p. 501, sublinhado da Autora. Contudo, esta amplitude não deixa de suscitar receios, cfr. Jorge, 1995, pp. 376 e ss.

<sup>2534</sup> Varela & Lima, 2010, p. 499.

<sup>2535</sup> É inquestionável a centralidade que os danos decorrentes de lesões a direitos de personalidade ocupam hoje no sistema jurídico. Quando destas ofensas resultem danos não patrimoniais, estes são, quando possível, avaliáveis à luz de fatores atinentes à condição do lesado como, por exemplo, a idade. Todavia, desta consideração não resulta um tratamento instintivamente mais favorável.

<sup>2536</sup> Veloso, 2007, p. 505, parêntesis nossos.

Quanto ao montante compensatório, raros são os sistemas jurídicos que preceituam legalmente os critérios para a sua fixação, mas o legislador português optou por fazê-lo através de uma remissão do art. 496.º, n.º 4 CC – que estatui a equidade como *modus operandi* – para o art. 494.º do mesmo diploma. Nas palavras de Galvão Telles<sup>2537</sup>, esta articulação implica que a compensação seja sempre fixada equitativamente “independentemente de haver motivo para atenuação da responsabilidade”.

Como *in casu* a reconstituição natural não é exequível atendendo à natureza dos bens em causa, o legislador atalha caminho e, no art. 494.º CC, delimita três fatores gerais, aplicáveis a todos os danos não patrimoniais independentemente da sua fonte de obrigação, de que o julgador se deve socorrer para a composição *quantum*. Parâmetros estes que devem ser conjugados, sob pena de isoladamente originarem injustiças ou tratamentos discriminatórios.

Quanto ao primeiro referenciado, grau de culpabilidade do agente, faremos menção no subcapítulo seguinte.

No que diz respeito à condição económica do lesado e lesante, observa Vaz Serra<sup>2538</sup> que:

(...) se não se atendesse também à situação patrimonial do lesante, poderia este ser obrigado, pelo facto de o lesado estar habituado e em situação de satisfazer necessidades muito caras, a dar-lhe uma quantia muito mais elevada do que a que daria a um lesado menos exigente<sup>2539</sup>.

No fundo, só perante uma situação de desigualdade pura – ofendido com boa situação financeira e lesante com conjuntura económica precária, mas já não o inverso – é que se justifica a atenção a este padrão. Tem como escopo primordial o de alcançar uma solução equilibrada entre as esferas jurídico-patrimoniais dos sujeitos, sem que se deixe de ter em conta o prejuízo concretamente sofrido<sup>2540</sup>. Como tal, não se afigura como um desvio ao princípio da reparação integral.

Porém, são várias as dúvidas levantadas quanto a este critério, abalado, desde logo, por uma decisão do STJ<sup>2541</sup>, datada de 11/01/2007, que o considera inconstitucional por violação do princípio da igualdade. Primeiro, é bastante o recurso à equidade para moderar a pretensão da vítima. Além disso, denota-se uma intenção jurisprudencial de o subtrair, acrescida de uma incerteza relativamente aos elementos integrantes deste acervo patrimonial, nomeadamente quanto aos seguros de responsabilidade civil do lesante.

---

<sup>2537</sup> Telles, 2010, pp. 383 e ss.

<sup>2538</sup> Serra, 1989, p. 84.

<sup>2539</sup> Se não fosse este critério, poderia a compensação conduzir a condutas oportunistas do lesado.

<sup>2540</sup> Matos, 2014, p. 196.

<sup>2541</sup> Proc. 06B4433.



Já nas “demais circunstâncias do caso que o justifiquem”<sup>2542</sup> incluem-se todas as que se considerem merecedoras de atenção, como a inflação, a culpa do lesado, a intensidade e a natureza da lesão. Relativamente às duas últimas, questiona-se se a norma não lhes deveria fazer expressa referência por ocuparem uma posição sobranceira face aos restantes critérios.

Em suma, na fixação do valor<sup>2543</sup>, embora o decidente disponha de alguns elementos de carácter objetivo, este é um terreno movediço que se rege pelo zeloso apelo às regras de bom senso e de ponderação das realidades da vida.

## 2. A vertente preventivo-punitiva

É entendimento praticamente unânime na doutrina e jurisprudência que o nosso ordenamento, quanto à *vexata quaestio* dos danos não patrimoniais, reveste, a título principal, natureza ressarcitória<sup>2544</sup>. Também grande parte dos seus seguidores defende que, a par desta atribuição e sem seu prejuízo<sup>2545</sup>, legitima-se uma outra, ainda que complementar – a preventivo-punitiva<sup>2546</sup>. Extraem tal entendimento não só da opção adotada pelo legislador em definir a equidade como critério orientador aquando da composição do montante, mas sobretudo do especial relevo assumido pela culpa do lesante nesta sede<sup>2547</sup>.

Desta forma, de acordo com a disposição de carácter geral do art. 494.º CC, é possível ao julgador fixar a compensação em valor tendencialmente inferior ao dos prejuízos quando a conduta do agente se consubstanciar num comportamento não doloso<sup>2548</sup>. Então, nos casos em que a conduta não se revela particularmente censurável do ponto de vista ético-jurídico, verifica-se uma derrogação do princípio da reparação integral.

---

<sup>2542</sup> Parte final do art. 494.º CC.

<sup>2543</sup> Realce-se que a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais não invalida que, pelo mesmo facto ilícito, o ofendido seja também indemnizado a título de danos patrimoniais. Atento este cenário, o nosso sistema juspositivo destacou-se pelo seu cunho inovador, conforme Dias, 2001, p. 23. Mas uma vez verificada uma situação de pluralidade de danos, alertam Varela & Lima, 2010, p. 501 que deve ser indicado separadamente o montante correspondente a cada um.

<sup>2544</sup> Isto é, em termos breves, visa colocar o lesado na situação em que estava se o evento lesivo não tivesse ocorrido. Porém, para Barbosa, 2017, p. 62, a vertente reparadora “deixa de ser o pólo central” quanto a estes danos e assume relevo uma finalidade punitiva em sentido estrito, cujo desígnio é o apaziguamento total do lesado. Não subscrevemos a opinião da Autora, uma vez que o pressuposto central dos artigos continua a ser a existência de dano e a respetiva reparação, não obstante desta não ser possível com a mesma eficácia que nos danos patrimoniais.

<sup>2545</sup> Varela, 1972, p. 80.

<sup>2546</sup> Seguimos as pisadas de Gomes, 1989, p. 106, quando afirma que “prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha”.

<sup>2547</sup> Por exemplo, Coelho, 1968, pp. 346 e ss.; Monteiro, 2003, pp. 82 e ss. e Lourenço, 2006, pp. 245 e ss., que garante que a previsão do grau de culpa como critério de cálculo abalou inquestionavelmente o dogma da função meramente reparatória. Já em sentido oposto, Proença, 1997, pp. 162 e ss., encara a solução legal como uma norma de proteção do lesante que atuou negligentemente. No entanto, admite que se se perspetivar o artigo como uma autorização para o juiz fixar uma compensação mais avultada nos casos em que existe seguro obrigatório, então o preceito aponta num sentido punitivo.

<sup>2548</sup> Telles, 2010, p. 357. Ainda assim, não se elimina por completo a pretensão de compensação.

Embora este critério não tenha como fito determinar o responsável, mas tão só resolver o problema do *quantum* a impor, a sua inclusão visa reforçar a tutela destes danos, tida como naturalmente imprecisa e insuficiente. Até se pode questionar a bondade deste tratamento legal, mas apoiamos Sinde Monteiro<sup>2549</sup> ao afirmar que, hoje, o pensamento jurídico intima a um tratamento diferenciado e privilegiado das pessoas em sentido jurídico relativamente às coisas. A este propósito, frisa Menezes Cordeiro<sup>2550</sup> que “Quando estejam em causa valores morais (...) a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo ofensas”, inferindo que deve haver uma simplificação dos pressupostos da imputação aquiliana – por exemplo, dispensando-se o ofendido de fazer prova exaustiva da extensão dos danos<sup>2551</sup>. Remata Pais de Vasconcelos<sup>2552</sup> que o êxito desta vertente depende dos montantes compensatórios, pelo que quanto mais elevado for o seu valor, maior será o efeito de retorsão. Nesta senda, são várias as vozes que se insurgem contra as somas concedidas pelos tribunais portugueses, por as considerarem manifestamente irrisórias<sup>2553</sup>.

Apesar de reconhecermos a presença desta vertente sancionatória na responsabilidade civil, convém realçar que a mesma, da forma como está positivada, se trata de uma função preventivo-punitiva mitigada<sup>2554</sup>. Não obstante o montante compensatório estar indelevelmente ligado ao grau de censurabilidade do comportamento do lesante, o facto é que este *quantum* tem sempre como seu limite o dano real<sup>2555</sup>, para além dos vários pressupostos que a par deste devem ser atendidos pelo decidente, “sem uma necessária primazia da culpa”<sup>2556</sup>. Porém, discordamos de Brandão Proença quando alega que não lhe parece que “o legislador tenha pretendido instituir um meio de intimidação tendente a prevenir a prática do ilícito, e, de algum modo, visando castigar o lesante”<sup>2557</sup>. Em nossa opinião, uma vez feito o apelo à culpa do agente, este não é despido de significado e assume sempre um efeito dissuasor<sup>2558</sup>.

---

<sup>2549</sup> Monteiro, 1986, p. 11.

<sup>2550</sup> Cordeiro, 1997, p. 482.

<sup>2551</sup> Não se quer com isto dizer que se prescinde totalmente da existência e prova dos danos, uma vez que são elementos fulcrais à imputação. Trata-se somente de uma corrente disposta a desagravar a vítima.

<sup>2552</sup> Vasconcelos, 2017, p. 147.

<sup>2553</sup> Cordeiro, 1997, p. 550, denuncia esta opção jurisprudencial ao apelidá-la de “página negra”. Já Lourenço, 2006, p. 386, serve-se da expressão “miopia”. Como estamos perante ofensas a bens de natureza eminentemente pessoal cujos danos não são objetivamente mensuráveis, somos tentados a defender o agravamento das compensações. Não obstante, as dificuldades de cálculo não podem conduzir a um modelo que não encontre correspondência nos parâmetros legalmente previstos.

<sup>2554</sup> Matos, 2014, p. 199.

<sup>2555</sup> O acolhimento de uma autêntica função punitiva conduziria necessariamente à emergência de situações de enriquecimento injustificado. O nosso CC, nos seus arts. 473.º e ss., dispõe de meios adequados para fazer face a estes desequilíbrios patrimoniais.

<sup>2556</sup> Proença, 1997, p. 168. Aliás, todos os critérios e circunstâncias que se possam ter como relevantes no caso concreto devem ser sopesados, prudente e equilibradamente.

<sup>2557</sup> Proença, 1997, p. 162.

<sup>2558</sup> Lourenço, 2006, p. 254.

Ainda que a solução perfilhada pelo legislador seja prudente, muitos são aqueles que se mostram céticos quanto ao modelo de compensação de danos não patrimoniais vigente, precisamente por recearem que esta disciplina conduza a uma “subversão dos objetivos da responsabilidade civil, passando este instituto a estar dominado por uma função punitiva”<sup>2559</sup>.

### **3. A (im)possibilidade de ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na responsabilidade obrigacional**

Ao nível do direito pátrio, o instituto da responsabilidade civil fomenta grandes divergências, sendo uma das suas habituais querelas alusiva à unidade ou dualidade das suas modalidades. A perspetiva tradicional e maioritária acolhe um sistema dual<sup>2560</sup>.

Sucintamente, a responsabilidade negocial, ao tutelar ofensas provenientes de relações jurídicas creditícias precedentemente instituídas pelas partes, pauta pelo interesse no cumprimento das obrigações assumidas. O montante indemnizatório atribuído é resultado do desrespeito pelo plano obrigacional traçado, nas mais das vezes gerado por uma conduta de carácter omissivo. Já a responsabilidade delitual não tutela qualquer situação obrigacional pré-existente, nascendo sobretudo do incumprimento de deveres gerais de conduta impostos a todos os sujeitos. Tem então como desiderato permitir a proteção de direitos absolutos contra interferências danosas de terceiros<sup>2561</sup>. Mas há que ter cautela, pois “não se pode expandir desmesuradamente o âmbito [desta] responsabilidade sob pena de comprimir, para além do razoável, as áreas de ação isentas do risco da suportação de danos”<sup>2562</sup> e também a liberdade de agir, daí que o art. 483.º CC tenha orientado, ainda que genericamente, a jurisprudência.

Assim sendo, o que as distingue geneticamente é a existência de uma relação prévia, o que se tem aceite como suficiente para justificar, pelo menos em alguns campos, um regime mais favorável ao lesado no domínio negocial.

A maior parte dos apoiantes da dualidade do sistema respalda a sua opinião na organização sistemática da nossa codificação. Porém, somos capazes de reconhecer, tal

---

<sup>2559</sup> Matos, 2014, p. 196. A este propósito, não será de aceitar no nosso ordenamento jurídico a figura dos *punitive damages*, oriunda do sistema norte-americano, já que estes se abstêm sempre de uma avaliação da repercussão que o comportamento do lesante teve na esfera jurídica do ofendido. O seu objetivo primordial não passa pela reparação integral do prejuízo sofrido, mas antes pela sanção do agente, tendo em conta a sua conduta ilícita e particularmente reprovável. Assim sendo, o montante atribuído ao lesado está intimamente ligado ao grau de censurabilidade do comportamento, pelo que pode ascender a valor superior ao do dano verificado. Como tal, é manifesto o seu propósito dissuasor quer para o agente, quer para terceiro. Ao apresentar-se com esta vertente comunitária, para além da individual, proporciona um locupletamento injustificado. Para mais, consultar Barbosa, 2005, pp. 570 e ss.

<sup>2560</sup> Coelho, 1951, pp. 98 e ss. e Costa, 2018, pp. 517 e ss.

<sup>2561</sup> Monteiro, 2005, p. 350 e Barbosa, 2017, p. 13.

<sup>2562</sup> Frada, 1997, p. 32, parêntesis nossos. No domínio da responsabilidade obrigacional, esta questão não se coloca porque são as partes que, ao abrigo da autonomia privada, definem os espaços de risco.

como Miranda Barbosa<sup>2563</sup>, a fragilidade desse argumento. Posto isto, podem socorrer-se de uma premissa mais resistente: o legislador pretendeu evidenciar que a responsabilidade obrigacional tem como fonte a autonomia privada, ao passo que a aquiliana provém da lei, motivo pelo qual não se devem agregar as duas realidades. Desta forma, quando a prestação devida por fonte negocial não é cumprida, há uma transformação desta obrigação em sentido técnico num dever de indemnizar.

Em sentido diverso, encontramos principalmente Gomes da Silva<sup>2564</sup> e Pessoa Jorge<sup>2565</sup>. Proclamam o fim da divisão do instituto, quer pela falta de justificação, quer pela aproximação de ambos os regimes facultada pela lei<sup>2566</sup>.

Apesar de estas dissemelhanças serem tendencialmente desvalorizadas e até se terem vindo a esbater<sup>2567</sup>, defendemos que foi adotado um sistema dual<sup>2568</sup> de responsabilidade civil, atendendo (não só) à autonomização consagrada entre os dois tipos. É precisamente fruto desta sistematização que surgem algumas dificuldades, nomeadamente quanto à compensação por danos não patrimoniais em sede obrigacional, já depois de pacificada a admissibilidade destes danos em geral.

O princípio da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais encontra-se plasmado no art. 496.º, n.º 1 CC, norma situada no âmbito da responsabilidade delitual. Tal justifica a hesitação em tempos sentida quanto à sua aplicação quando confrontados com uma situação em que, para além de estarem preenchidos os pressupostos do inadimplemento negocial, são verificados danos não patrimoniais. Apesar de não nos ser possível tratar com maior fôlego a problemática, foram essencialmente três as posições defendidas.

Os responsáveis por um posicionamento desfavorável são Antunes Varela e Pires de Lima<sup>2569</sup>. Apresentam como principal argumento a sistematização do CC, que acreditam ser um fator impeditivo da extensão desta norma por via analógica ao domínio obrigacional. Contudo, em momento algum invocam as razões justificativas dessa insuscetibilidade, defendendo apenas uma compartimentação estanque derivada do sistema dualista e da interpretação do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 CC. Parece-lhes seguro afirmar

---

<sup>2563</sup> Barbosa, 2006, p. 43.

<sup>2564</sup> Silva, 1944, pp. 351 e ss.

<sup>2565</sup> Jorge, 1995, pp. 37 e ss.

<sup>2566</sup> Realçam que há vários preceitos localizados na secção da responsabilidade delitual que se aplicam *ipsis verbis* à responsabilidade negocial e, aliás, por vezes até se socorrem de outros para a integração de lacunas. Mais, as disposições que regem os efeitos da responsabilidade (arts. 562.º e ss. CC) são comuns, pelo que não há qualquer distinção entre a violação de uma obrigação e a violação de um outro dever.

<sup>2567</sup> Até Monteiro, 1989, p. 191 e ss., seguidor da visão tradicional, é capaz de o admitir; Proença, 2018, p. 68.

<sup>2568</sup> Contudo, assistimos hoje ao reconhecimento de uma terceira e quarta vias da responsabilidade civil. Isto é possível porque, como refere Frada, 2007, p. 306, o nosso CC não preceituou um *numerus clausus* relativamente aos fundamentos e modalidades da responsabilidade civil. Assim, à terceira via são reconduzidas as situações de *culpa in contrahendo*, de violação de deveres de proteção e de contratos com eficácia e proteção de terceiros. Mais recentemente, surge a quarta via, conhecida como responsabilidade pela confiança, associada a todos os casos de violação de expectativas. Cfr. Barbosa, 2006, pp. 9 e ss.

<sup>2569</sup> Varela & Lima, 2010, pp. 501 e ss.

que se fosse pretensão da lei uma aplicação geral daquela disposição, tê-la-ia incluído no rol de disposições comuns relativas à indemnização. Sustentados ainda por uma premissa de ordem substancial, alegam que seriam vastíssimos os interesses de tal natureza que as partes pretenderiam invocar aquando da violação de uma situação jurídica creditícia, o que iria ter como consequência “um aumento inglório da litigiosidade dos tribunais”<sup>2570</sup>, causada pela tentação de converter esses incómodos, na maioria das vezes insignificantes, mas exagerados pelos mesmos, em somas pecuniárias.

Por seu turno, os apoiantes de uma posição intermédia, apesar de alertarem *a priori* que, em princípio, a compensação destes prejuízos só pode ter lugar em terreno delitual, acabam por abrir portas à sua reparação em determinados cenários de incumprimento negocial. Assumem, por isso, uma posição menos radical Teixeira de Sousa<sup>2571</sup>, ao admitir a sua ressarcibilidade quando verificada uma situação de concurso de imputações, e também Rui de Alarcão<sup>2572</sup>, ainda que este não especifique qualquer caso excecional passível de tal. Ainda neste sentido, encontramos Ribeiro de Faria<sup>2573</sup> e Sinde Monteiro, que embora se mostrem mais reticentes dado o argumento sistemático avançado<sup>2574</sup>, acabam por aceitar a sua compensação em contadas circunstâncias, designadamente no exercício da profissão médica.

Por fim, a orientação dominante, que admite a reparação dos danos não patrimoniais no campo obrigacional, avança com vários argumentos para sustentar a razão desta solução. Desde logo, Maria Veloso<sup>2575</sup> realça que o argumento formal, para além de não ser intransponível, também não é suficiente para amparar uma solução. Aliás, mesmo o Autor dos trabalhos preparatórios do CC, Vaz Serra<sup>2576</sup>, admite a extensão do art. 496.º, n.º 1 CC a outras ordens de responsabilidade mediante analogia. Em sua defesa, Pinto Monteiro<sup>2577</sup> frisa que, ainda que não se concorde com esta aplicação por via analógica do preceito, deve sempre reconhecer-se que o art. 496.º, n.º 1 CC preconiza um princípio de alcance geral. Sublinha este último inclusive que os textos normativos (arts. 798.º, 801.º e 804.º CC), ao responsabilizarem o devedor pelo prejuízo causado ao credor, não diferenciam entre danos patrimoniais e não patrimoniais, nem prescrevem qualquer indício de que a indemnização se deve limitar aos primeiros.

Acolhemos o entendimento maioritário abraçado quer em termos doutriniais, quer em termos jurisprudenciais<sup>2578</sup>, visto que deve ser sempre adotada uma posição crítica e

---

<sup>2570</sup> Varela & Lima, 2010, p. 502.

<sup>2571</sup> Sousa, 1988, pp. 272 e ss.

<sup>2572</sup> Alarcão, 1983, pp. 209-214.

<sup>2573</sup> Faria, 1990, p. 493.

<sup>2574</sup> Monteiro, 2005, p. 352, confessa que não lhe parece “metodologicamente aconselhável desprezar completamente um argumento sistemático tão evidente”.

<sup>2575</sup> Veloso, 1998, pp. 126 e ss.

<sup>2576</sup> Serra, 1976, p. 222.

<sup>2577</sup> Monteiro, 2015, pp. 108 e ss.

<sup>2578</sup> Proença, 2018, p. 78, onde especifica alguns arestos.

corretiva quanto à sistematização e interpretação legais. Salvo melhor opinião, o art. 496.º CC deve ser perspectivado como um princípio geral de ressarcibilidade do dano não patrimonial, aplicável às diversas ramificações da responsabilidade civil. É-lhe, portanto, indiferente a natureza da fonte do dano<sup>2579</sup>, pois o tratamento dado aos lesados neste campo dever ser o mesmo, independentemente de existir ou não uma relação negocial prévia. Assim, uma vez preenchidos os seus pressupostos normativos, deve ser atribuída uma compensação, por forma a garantir “para o lesado e lesante (...) [uma] certa segurança jurídica quanto às consequências do ato deste [último]”<sup>2580</sup>.

---

<sup>2579</sup> Frisemos que, regra geral, os danos não patrimoniais em sede de responsabilidade obrigacional são menos frequentes e de menor intensidade.

<sup>2580</sup> Veloso, 1998, p. 128, parêntesis nossos.

### Capítulo III – Das sociedades comerciais

Uma vez analisado o regime dos danos não patrimoniais, cumpre-nos fazer uma incursão pelo arsenal normativo relativo às sociedades comerciais, nomeadamente pelos conceitos tidos como chave ao *thema decidendum*.

Importa salientar que o CSC, embora nos defina quando uma sociedade é comercial no seu art. 1.º, n.º 2, não nos esclarece sobre o que se deve entender por sociedade. Devemo-nos por isso socorrer da definição de contrato de sociedade avançada pelo art. 980.º CC, ainda que com cautela, visto que atualmente é admitida a unipessoalidade<sup>2581</sup>. Em termos breves, sociedade é a entidade cujo objetivo é, em regra, a obtenção de lucros e a sua posterior distribuição pelo(s) sócio(s), sendo que, para o exercício da sua atividade económica, é composta por um ou mais sócios e dotada de um património autónomo<sup>2582</sup>.

Quanto a estes entes, o legislador, ao reproduzir no CSC a sistematização tradicional do CC, apresenta a personalidade e a capacidade como conceitos dissemelhantes e normativamente autónomos<sup>2583</sup>.

---

#### 1. A personificação jurídica das sociedades comerciais

Hoje, para o nosso sistema jurídico, *pessoa* é um centro de imputação autónomo de normas ou efeitos jurídicos. Como tal, *pessoa* em termos legais pode coincidir ou não com *pessoa* em sentido biológico<sup>2584</sup>. Aliás, é a prossecução de interesses humanos coletivos e duradouros<sup>2585</sup> que, ao exigir uma união de esforços, designadamente sujeitos e bens, conduz ao aparecimento de verdadeiros institutos que se subjazem a organizações relativamente complexas, configuradas como modelos de decisão típicos e capazes de serem titulares de relações jurídicas<sup>2586</sup> – é o caso das sociedades comerciais.

Desta forma, os fins humanos, quando comuns, podem emancipar-se dos seus titulares, eximindo-se da instabilidade e precariedade inerentes à sua conduta. A sua institucionalização repercute-se na cooperação e eficácia na prossecução destes. Esta

---

<sup>2581</sup> Cordeiro, 2011, pp. 291 e ss.

<sup>2582</sup> Abreu, 2019, p. 23.

<sup>2583</sup> Como sabemos, a personalidade jurídica é tida como um conceito qualitativo e, consequentemente, como um denominador comum a todos os sujeitos jurídicos, ao passo que a capacidade jurídica é associada a um conceito quantitativo. Apesar de esta ser uma distinção consolidada, merece ser revista porque, quando aplicada a sociedades comerciais, acarreta algumas hesitações. Não daremos conta das mesmas por exiguidade de espaço, mas, por exemplo, ao falar-se em sociedades comerciais rudimentares, acaba por se fazer uma quantificação do conceito definido sempre como inquantificável. Para mais, ler Gonçalves, 2015, pp. 121 e ss.

<sup>2584</sup> Sousa, 2003, p. 931.

<sup>2585</sup> Pinto 2012, p. 139.

<sup>2586</sup> Andrade, 1992, p. 30.

realidade é transposta pelo ordenamento jurídico português através da personalidade coletiva<sup>2587</sup>.

Ergue-se, assim, o célebre binómio pessoa singular e pessoa coletiva. No entanto, a maioria das doutrinas ditas modernas sobre a natureza das pessoas coletivas sugere a incongruência desta perfeita dicotomia do ponto de vista linguístico, pois, para além de esta distinção não pretender sugerir uma fragmentação total entre o mundo físico e o jurídico, tampouco aspira sustentar que ambos “os conceitos se apresentam como géneros da mesma espécie – a pessoa enquanto conceito filosófico – e que dela comungam as características principais”<sup>2588</sup>.

Embora a construção da personalidade coletiva tenha sido baseada em torno da personalidade singular, esta não pode ser confundida, nem colocada no mesmo plano que aquela última, até porque assume uma posição instrumental e hierarquicamente inferior. Isto acontece porque a personalidade coletiva, ao invés da singular que é fruto de um reconhecimento normativo, é atribuída pelo Direito, por se tratar de entidades que não têm qualidade nem dignidade humanas<sup>2589</sup>.

Como tal, socorremo-nos de uma via intermédia que, apesar de admitir as diferenças existentes, é igualmente capaz de reconhecer as semelhanças “enquanto unidades autónomas de produção e imputação jurídica”<sup>2590</sup>.

Não descuremos, contudo, o facto de na origem das pessoas coletivas se encontrarem sempre pessoas humanas<sup>2591</sup>, que aliás justificam legalmente a sua existência. Daí que se possa afirmar inclusive que “As pessoas coletivas são sempre de certa maneira o prolongamento de pessoas humanas”<sup>2592</sup>, já que são estas que, enquanto titulares dos seus órgãos e dotadas de consciência, formam e exprimem a vontade do ente coletivo, que responde pelos efeitos da sua atuação. Ainda assim, apesar do Ser Humano ser naturalmente o único destinatário do Direito<sup>2593</sup>, concordamos com

---

<sup>2587</sup> O seu conceito não deve ser absolutizado, pois como se trata de uma construção fundada em critérios de oportunidade, é suscetível de ser “mais ou menos estendida, limitada ou fracionada”. Abreu, 2019, pp. 166 e ss.

<sup>2588</sup> Correia, 2009, p. 76.

<sup>2589</sup> Carvalho, 2012, pp. 190 e ss., refere que não se observam as garantias de essencialidade, indissolubilidade e ilimitabilidade, visto tratar-se de uma personificação guiada por ideias de instrumentalidade e analogia, onde está ausente um substrato ontológico humano que as imponha.

<sup>2590</sup> Correia, 2009, p. 110.

<sup>2591</sup> Apesar de os titulares dos seus órgãos poderem ser outras pessoas coletivas, existem invariavelmente na sua génese e fundamento, direta ou indiretamente, interesses e fins humanos.

<sup>2592</sup> Vasconcelos, 2015, p. 120.

<sup>2593</sup> Facto é que o pode ser através de normas escritas em torno da ideia de pessoa coletiva. Não obstante estas fórmulas indiretas, o Homem é o único capaz de assimilar comandos exteriores e de, perante estes, optar pela sua observância ou não. Ao fazer tal juízo de valor é, em última instância, somente ele que pode ser visado pelas sanções prescritas. Apesar de o fenómeno da personalidade coletiva permitir imputar, se for caso disso, esses comportamentos e respetivas cominações aos entes coletivos que integram, a verdade é que, através de esquemas internos, as consequências do que hajam perpetrado acabam por se traduzir a nível individual. Cordeiro, 2000, pp. 9, 10, 71 e ss.



Menezes Cordeiro quando afirma que “a personalidade coletiva permite que (...) os direitos e deveres daí resultantes sejam exercidos e acatados através de uma organização própria”<sup>2594</sup>.

Em suma, o reconhecimento da personalidade coletiva permite a legalização de fenómenos que, apesar de não serem seres humanos, são tratados pelo Direito como tal em aspetos juridicamente pertinentes. Mas, como a

(...) personalidade coletiva corresponde a uma abstração sem o suporte da existência física (...), a sua entrada no mundo do Direito não se dá tão imediata nem necessariamente como o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa física<sup>2595</sup>.

Assim, impõe-se a existência de um substrato mínimo, composto essencialmente por três elementos integrados entre si – teleológico, pessoal e patrimonial –<sup>2596</sup>, para a constituição de pessoas coletivas, embora a lei, salvo em determinados casos, não seja particularmente exigente. A componente teleológica assume uma posição dominante, por ser um critério orientador da atividade da pessoa coletiva<sup>2597</sup>. Apesar de os restantes elementos desempenharem um papel instrumental à realização destes fins sociais, realce-se o facto de o elemento patrimonial permitir uma limitação e controlo dos riscos económicos<sup>2598</sup>.

Posto isto, reunido o substrato e observadas as diligências requeridas, as pessoas coletivas são reconhecidas como tal.

---

<sup>2594</sup> Cordeiro, 2014, p. 6. Daí a redução destes entes às pessoas humanas que os integram nos parecer exagerado, pois tal ficcionismo acaba por desvalorizar a sua personalidade e o facto de serem um todo superior à pura soma dos elementos que a compõem.

<sup>2595</sup> Correia, 2009, p. 72.

<sup>2596</sup> Cordeiro, 2011, p. 299 e ss., acrescenta um quarto: o formal. Já Abreu, 2019, p. 161, encerra-o como outros requisitos a serem observados. Independentemente da posição defendida, certo é que vigora um regime de tipicidade fechada, pelo que não se admite a constituição de pessoas coletivas atípicas ou mistas. Dentro dos entes coletivos, encontramos as sociedades, que se podem assumir como comerciais. Uma vez comerciais, podem acolher um de quatro tipos e, a estes, ao abrigo da autonomia privada, é dada alguma liberdade no que respeita à decisão de constituição e de elaboração de estatutos. Apesar de estes tipos estarem sujeitos a graus de sofisticação e densidade diferentes entre si, implicam sempre uma estrutura interna composta por órgãos diferenciados e esquemas de representação, conforme Vasconcelos, 2015, p. 111. Além disso, particularmente nas sociedades comerciais, deve proceder-se ao registo definitivo do ato constituinte.

<sup>2597</sup> Para a obtenção de lucros, seu fim mediato, as sociedades comerciais desenvolvem uma ou mais atividades económicas específicas, que se traduzem na prática de atos de comércio e não de mera fruição. O objeto social é, nas palavras de Martins, 2010, p. 111, o “fim-meio”.

<sup>2598</sup> A responsabilidade das pessoas coletivas limita-se em princípio ao seu património, o que reflete uma das grandes vantagens potenciadas por este fenómeno. Contudo, refira-se que, no caso das sociedades em nome coletivo e das sociedades em comandita, não se observa uma perfeita autonomia patrimonial. Ainda assim, mesmo nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas pode acontecer que, em determinadas circunstâncias ponderosas, não haja lugar ao benefício da limitação da responsabilidade, por força do mecanismo de origem jurisprudencial intitulado desconsideração da personalidade jurídica, que põe em causa a clara fronteira e independência entre a personalidade singular e coletiva. Para mais, Cordeiro, 2000.

Nesta senda, o CSC confere, no seu art. 5.º, personalidade jurídica às sociedades comerciais, independentemente do seu tipo<sup>2599</sup>, a partir da data do registo definitivo<sup>2600</sup> do contrato<sup>2601</sup> pelo qual se constituem<sup>2602</sup>. Trata-se de um reconhecimento por atribuição normativa<sup>2603</sup>, isto é, consagra-se legal e previamente uma série de condições gerais e abstratas, cujo cumprimento implica a personificação. Tal opção legislativa baseia-se não só em razões de segurança e certeza no tráfego jurídico, mas também em motivos de tutela de terceiros e controlo da legalidade do ato constitutivo da sociedade<sup>2604</sup>.

Uma vez constituídas e em atividade, as pessoas coletivas autonomizam-se dos sujeitos que as fundaram. Com a interposição de uma nova subjetividade sociojurídica, surgem igualmente direitos e interesses próprios, distintos e por vezes até conflituantes com os dos seus membros.

---

## 2. A capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais

Em virtude da personificação, surge uma questão diversa, relacionada com a medida concreta dos direitos e obrigações que podem ser imputados às sociedades comerciais. Aqui somos remetidos para a sua instrumentalidade e, por isso, o elemento teleológico assume grande relevância, a par do objeto social, seu intrínseco.

Vejamos então o art. 6.º, n.º 1 do CSC<sup>2605</sup>, onde se prescreve o afamado princípio da especialidade. A orientação doutrinal e jurisprudencial tradicional interpreta-o como uma mitigação à sua capacidade de gozo, para além de julgar que o fim referido corresponde ao seu legal-tipológico, isto é, à repartição de lucros, enquanto *essentialia*

---

<sup>2599</sup> Contudo, frisa Cordeiro, 2014, p. 3, que este não é o regime regra seguido noutros ordenamentos, mais especificamente no italiano e alemão, em que a personificação é exclusiva das apelidadas sociedades de capitais. Tal opção ancora-se, desde logo, na génese das sociedades comerciais, pois o ser considerada pessoa surgiu única e exclusivamente com o intuito de justificar o benefício da limitação da responsabilidade dos sócios. Daí que, nestes termos, a expressão desconconsideração da personalidade jurídica faça sentido, pois personalidade jurídica é sinónimo de limitação de responsabilidade e, por conseguinte, se a desconsiderarmos, jamais se aplica esse benefício. Compreende-se, assim, por que motivo em Portugal a expressão desconconsideração da personalidade jurídica, apesar de se ter disseminado, se revela desadequada, pois o que se pretende *in casu* desconsiderar não é a personalidade, mas sim o privilégio concedido aos sócios.

<sup>2600</sup> Cfr arts. 3.º, n.º 1, al. a) e 15.º, n.º 1 CRCom. Costuma-se dizer que é a partir do registo do contrato que são imputáveis situações jurídicas às sociedades comerciais, isto é, é a partir deste momento que o ente adquire personalidade jurídica. Porém, Gonçalves, 2019, p. 31, ao contrapor os regimes das sociedades regulares e irregulares, discorda por considerar que a personalidade jurídica já existe muito antes do registo definitivo, não sendo este seu constitutivo.

<sup>2601</sup> Arts. 7.º e ss. CSC.

<sup>2602</sup> Para uma análise mais aprofundada da sua constituição, Ramos, 2010, pp. 41 e ss.

<sup>2603</sup> Por contraposição ao sistema de concessão, em que a atribuição de personalidade é feita caso a caso mediante autorização por parte do Estado, o que possibilita um controlo direto.

<sup>2604</sup> Gonçalves, 2019, p. 11.

<sup>2605</sup> A redação é de Raúl Ventura e, apesar de já ter sido proposto o seu abandono, alguns Autores acabam por o acolher, ainda que de forma generosa.

*negotii*<sup>2606</sup>. Para esta aceção contribuíram os restantes números do preceito, nomeadamente o facto de as liberalidades e prestação de garantias a terceiros serem, em princípio, contrárias ao seu escopo e, ainda, o facto de o objeto social não limitar a capacidade das sociedades. Todavia, são confrontados com dificuldades.

O impasse diz respeito à impossibilidade de se formular um conceito operacional de *lucro* para efeitos de limitação da capacidade. Embora sejam inúmeras as referências ao termo *lucro* ao longo do CSC, estas não asseguram uma uniformidade semântica. Aliás, até o significado atribuído pelos vários Autores<sup>2607</sup> defensores da visão tradicional denota a inexistência de um consenso dogmático. Dada a assistemática do vocábulo, todas as tentativas acabam por redundar em ideias vagas de proveito económico.

Porém, ainda que tal fosse possível, a identificação do fim da sociedade com escopo lucrativo para efeitos da presente disposição revela-se “dogmaticamente inoperante”<sup>2608</sup>. A capacidade é um juízo *ex ante*, contrastando por isso com qualquer noção de lucro real calculável *ex post*, isto é, “não é possível ajuizar acerca da capacidade jurídica para a prática de um ato à luz de um critério só verificável depois do ato praticado”<sup>2609</sup>.

Estas adversidades, a par do desaparecimento dos pilares históricos em que o princípio se fundava<sup>2610</sup>, carregaram para a sua superação – seja ela por que via: pragmática, dogmática ou pura.

Por um lado, são vários os Autores<sup>2611</sup> que, apesar de manterem o seu enquadramento dogmático, acabam por esvaziar o seu alcance limitativo ao sufragar que atos necessários ou convenientes à prossecução do fim podem ser quase todos. Por outro, há quem<sup>2612</sup> advogue que o núcleo problemático aqui em causa é o da legitimidade – possibilidade de levar a cabo um ato em concreto – e não o da capacidade – referente a uma viabilidade genérica para a prática de uma certa categoria de atos. Esta interpretação permite uma reanálise do preceito, em que o fim é entendido como uma referência aos atos concretamente praticados. Ao enquadrarem este cânone num novo universo dogmático, confirmam a capacidade tendencialmente plena das sociedades comerciais.

Dúvidas não nos restam que atualmente, o princípio da especialidade não tem qualquer alcance dogmático e jamais se afigura como uma restrição à capacidade de gozo

---

<sup>2606</sup> Cfr. art. 980.º CC. No entanto, já existem posições que salvaguardam a possibilidade de a repartição de lucros não consistir em indício tipológico do contrato de sociedade ou, pelo menos, de todos os contratos de sociedade – é o caso de Furtado, 2004, p. 139.

<sup>2607</sup> A título exemplificativo, Correia, 1994, pp. 337 e ss. e Ventura, 2007, pp. 326 e ss.

<sup>2608</sup> Gonçalves, 2019, p. 61.

<sup>2609</sup> Gonçalves, 2019, p. 61. Idem quanto à inutilidade de uma ampla noção de lucro potencial, pois em todas as atividades é sempre possível alegar que a sua prática foi em ordem a um lucro.

<sup>2610</sup> Cordeiro, 2011, pp. 376 e ss.

<sup>2611</sup> Dos defensores da via pragmática vejam-se Pinto, 2012, pp. 318 e ss. e Fernandes, 2012, pp. 605 e ss.

<sup>2612</sup> Na esteira da superação por via dogmática encontramos Vasconcelos, 2015, pp. 383 e ss.

das sociedades comerciais. Nas palavras de Menezes Cordeiro<sup>2613</sup>, acérrimo defensor de que a consagração legal desta regra se traduz meramente num resquício histórico, o artigo “diz-nos, no fundo, que todos os direitos e obrigações são, salvo exceções (...), acessíveis às pessoas coletivas”.

Todavia, desta conclusão não se deve extrair que a capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais é idêntica à das pessoas singulares, visto que a mesma ainda pode ser alvo de certas limitações<sup>2614</sup>. Isto posto, não podemos ignorar a segunda parte da disposição em apreço, parte dela também enfatizada pelo art. 12.º, n.º 2 CRP<sup>2615</sup>. Apesar de as sociedades comerciais serem genericamente capazes de todos os direitos e obrigações por não ser possível refrear a sua capacidade de gozo com base na sua natureza instrumental, excecionam-se deste leque os direitos que pela sua natureza são inseparáveis da personalidade singular e que reclamam a condição humana do sujeito – *ex rerum natura*<sup>2616</sup>.

Além desta, a atuação das sociedades comerciais conhece, outrossim, limitações legais (*ab extra*), frequentes sobretudo em legislação avulsa. Contudo, estas delimitações não se apresentam rigorosamente como um problema de (in)capacidade, uma vez que não está em causa uma inviabilidade genética das sociedades para a sua titularidade, mas sim um crivo minucioso e crítico do legislador, possivelmente mutável<sup>2617</sup>, que decide vedar-lhes taxativamente a prática de certas categorias de atos ou a titularidade de determinadas situações jurídicas.

Quanto às limitações estatutárias e deliberativas, estas representam regras de conduta meramente interna, pelo que só restringem a capacidade dos definidos órgãos da sociedade comercial, mantendo-se intacta a capacidade jurídica de gozo da sociedade comercial.

Em suma, constatamos que a verdadeira e única limitação<sup>2618</sup> à capacidade de gozo das sociedades comerciais decorre somente da natureza das coisas, ou seja, apenas se excetua do seu âmbito de imputabilidade abstrata os direitos e obrigações próprios e inerentes à figura humana. Trata-se de um preceito, portanto, de carácter confirmatório da tendencial e plena capacidade das sociedades, que clarifica igualmente que as

---

<sup>2613</sup> Cordeiro, 2017, p. 679, que segue a superação pura do princípio.

<sup>2614</sup> Ascensão, 2000, p. 60.

<sup>2615</sup> Segundo esse normativo, os direitos e obrigações das entidades coletivas são limitados aos compatíveis com a sua natureza.

<sup>2616</sup> É o caso, por exemplo, do direito à vida, do direito à saúde e do direito ao voto.

<sup>2617</sup> O direito não seria uma ciência estável se a capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais se alterasse a cada modificação legislativa.

<sup>2618</sup> Discordamos de Azevedo, 2010, p. 127, que opta por confirmar a existência de três ordens de limitações à capacidade jurídica das sociedades comerciais: o princípio da especialidade, as imposições legais e ainda as decorrentes da própria natureza das situações jurídicas. Ascensão, 2000, p. 233 defende inclusive um quarto grupo, a que apelida de restrições autónomas. Entende que são as estabelecidas pela própria sociedade comercial, quer nos seus estatutos e cláusulas contratuais, quer através de deliberações sociais.

limitações legais não correspondem a situações de incapacidade, mas sim a limitações extrínsecas à sua atuação no comércio jurídico.

### **3. O conteúdo da capacidade jurídica de gozo das sociedades comerciais**

Como vimos, a atribuição de personalidade jurídica às sociedades comerciais e demais pessoas coletivas confere-lhes a qualidade de pessoa para o Direito e, por conseguinte, a possibilidade de, em termos dogmáticos, serem titulares de direitos e estarem adstritas a obrigações. O modo como vão ser exercidos esses direitos e efetivadas essas obrigações já não nos é esclarecido pela atribuição sumária de personalidade, visto que dependerá de outras normas jurídicas.

Inerente à personalidade e à sua existência como pessoas jurídicas, encontramos a capacidade jurídica, nomeadamente a de gozo. Certo é que, apesar de, quanto a esta última, se encontrar praticamente pacificado entre nós o seu carácter tendencialmente pleno, somos confrontados por uma questão conexa e de resposta não tão unânime: serão as pessoas coletivas titulares de verdadeiros direitos de personalidade? Em caso afirmativo, gozarão de uma tutela geral de personalidade? Ou, pelo contrário, serão casos contados estes direitos?

A atribuição de direitos de personalidade às pessoas coletivas é alvo de uma enorme celeuma doutrinal. A discórdia é fundada sobretudo na interpretação de algumas normas jurídico-civis, onde se discute se por elas estão abrangidos os entes coletivos. Em caso afirmativo, segue-se o debate quanto à natureza jurídica dos direitos atribuídos: deverão ser considerados como verdadeiros direitos de personalidade ou antes como meros direitos subjetivos seus análogos?

Subscrevemos Menezes Cordeiro<sup>2619</sup> quanto ao facto de o nosso CC não ter evidenciado como devia determinados direitos de personalidade, especialmente o direito à honra nas suas várias dimensões<sup>2620</sup>. A proteção dos tantos outros direitos de personalidade não especificados é conseguida através da tutela geral, prevista pelo art. 70.º CC<sup>2621</sup>.

Ora, Oliveira Ascensão, ancorado no art. 70.º, n.º 1 CC, rejeita liminarmente o reconhecimento de direitos de personalidade às pessoas coletivas, por acreditar que a expressa referência a *indivíduos* na sua redação não é em vão, excluindo por isso todos os entes coletivos do seu âmbito de aplicação. Advoga não existir “na lei o menor traço

---

<sup>2619</sup> Cordeiro, 2017, pp. 551 e ss.

<sup>2620</sup> Já o CP prevê nos seus arts. 180.º e ss. os crimes contra a honra.

<sup>2621</sup> Aplaudimos esta fórmula geral, dotada de elasticidade bastante para sobreviver ao passar dos anos e ao aparecimento de novas ameaças e lesões à personalidade.

donde possa resultar o reconhecimento destes”<sup>2622</sup> em sede de pessoas coletivas, além de defender que a sua extensão nem por via analógica será possível, por se tratar de direitos indissociáveis do Homem. Ainda assim, assegura que as pessoas coletivas “têm direitos que se afiguram da mesma natureza que os de personalidade”<sup>2623</sup>, de entre os quais destaca o direito ao nome, à reputação e sigilo da correspondência, e que, em sua opinião, emanam, porventura, por analogia dos direitos fundamentais. Como tal, aplicam-se a estes entes as normas gerais de tutela de situações jurídicas, e não as regras de proteção dos direitos de personalidade.

Porém, nota que o n.º 2 do art. 70.º CC trata de um problema de diferente ordem, relacionado com as providências de tutela da personalidade, e, quanto a este, não exclui desde logo a possibilidade de uma aplicação por analogia às pessoas coletivas. Ainda assim, paira alguma incerteza na sua opinião, já que relembra que se pode sempre alegar que o privilégio deste regime tem como pano de fundo a defesa da personalidade ética.

Afim desta linha de pensamento, ainda que não na sua completude, encontramos Pais de Vasconcelos, que argumenta que “os direitos de personalidade estão indissoluvelmente ligados à dignidade humana”<sup>2624</sup>, logo, apresentam-se como seus inseparáveis. Contudo, quando confrontado com situações cuja similitude justifique a aplicação do regime jurídico dos direitos de personalidade às pessoas coletivas, entende que esta pode ser feita por analogia e jamais por via direta, mas sempre com uma adaptação ao caso concreto. Na sua opinião, estes entes são titulares de meros direitos subjetivos análogos aos de personalidade, apesar de no art. 484.º CC, a propósito da tutela da responsabilidade civil, se incluir expressamente a ofensa ao crédito e bom nome das pessoas coletivas.

Por seu turno, Capelo de Sousa encerra uma posição mais benevolente. Embora seja igualmente adepto da tese de que o direito geral de personalidade plasmado no art. 70.º, n.º 1 CC não se aplica aos entes coletivos por ser “insofismavelmente ligado às pessoas singulares, ao seu ser e ao seu devir”<sup>2625</sup>, é capaz de deslindar duas grandes categorias dentro desta tutela geral: uma relacionada com os direitos tidos como exclusivos da figura humana<sup>2626</sup>; outra composta pelos “atinentes à esfera social, como certas manifestações de liberdade, a identidade, o bom nome, a reputação, a esfera de sigilo e a iniciativa”<sup>2627</sup>. Quanto ao último grupo, admite a sua inserção no âmbito da

---

<sup>2622</sup> Ascensão, 2000a, p. 230.

<sup>2623</sup> Ascensão, 2000a, p. 230.

<sup>2624</sup> Vasconcelos, 2017, p. 123.

<sup>2625</sup> Sousa, 2011, p. 601.

<sup>2626</sup> Onde inclui o direito moral de autor.

<sup>2627</sup> Sousa, 2011, p. 601.

capacidade jurídica de gozo das pessoas coletivas<sup>2628</sup>, concluindo que se pode falar num direito geral de personalidade dos entes coletivos *strictu sensu*.

Maria Veloso discorda e afirma ser problemático “aderir à tese de um direito geral das pessoas coletivas”<sup>2629</sup>, mas salvaguarda que, apesar dos direitos de personalidade terem sido inicialmente destinados ao Ser Humano, estes foram posterior e progressivamente alargados por forma a proteger também as pessoas coletivas. Contudo, e ainda que não os especifique, alerta que não pode ser atribuído um amplo sentido à capacidade jurídica destes entes, sob pena de se admitirem direitos que transcendem o essencial<sup>2630</sup>.

No mesmo sentido, Carvalho Fernandes admite que, num plano formal, a atribuição de direitos de personalidade faça sentido quanto às pessoas coletivas<sup>2631</sup>, embora devam sempre adotar um regime e configuração adequados à natureza destas. Assim, não se justifica, em sua opinião, um direito geral de personalidade quanto a estes entes e, como tal, evidencia alguns dos direitos que lhe podem ser atribuídos, como é o caso do “direito a uma denominação e, mesmo, o direito ao bom nome e à reputação”<sup>2632</sup>.

Também Manuel de Andrade<sup>2633</sup> acredita que as pessoas coletivas são titulares de certos direitos de personalidade, como é o caso do direito ao nome – firma, no que diz respeito às sociedades comerciais, conforme art. 10.º CSC – ou a distinções honoríficas, do direito à honra e dos direitos atinentes ao domicílio.

Finalmente, Mota Pinto apoia a titularidade de alguns direitos de personalidade por parte das pessoas coletivas, embora entenda que, à primeira vista, lhes possa ser negada. Para além do direito ao nome previsto no art. 72.º CC, reconhece-lhes um direito à honra e à liberdade desentranhados do “direito conferido pelo artigo 70.º [do CC] para tutela geral da personalidade moral”<sup>2634</sup>.

Em sede jurisprudencial, a incerteza não se faz sentir e, por isso, apenas encontramos Arestos no sentido dominante. A título de exemplo, veja-se o Ac. TRL 23/09/2007, onde admite que estes entes coletivos “gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza, não se encontrando excluídos da sua

---

<sup>2628</sup> Fortemente influenciado pelo princípio da especialidade, aceita que devam ser reconhecidos direitos de personalidade que se ajustem às suas características e atividades específicas. Desta feita, reconhece especificamente às sociedades comerciais o direito à atividade comercial e o direito a uma não concorrência desleal.

<sup>2629</sup> Veloso, 2007a, p. 36.

<sup>2630</sup> É o que faz Moncada, 1995, p. 362, ao admitir que as pessoas coletivas possam ser titulares, de certo modo, de um direito à existência e à vida. Ora, esta é uma postura demasiado ampla e, a nosso ver, perigosa, pois desrespeita o quadro legal traçado: os entes coletivos não podem ser titulares de direitos inseparáveis da personalidade singular.

<sup>2631</sup> Para o Autor, os direitos de personalidade constituem o conteúdo mínimo da noção de personalidade.

<sup>2632</sup> Fernandes, 2012, p. 221.

<sup>2633</sup> Andrade, 1992, pp. 122 e ss.

<sup>2634</sup> Pinto, 2017, p. 319, parêntesis nossos.

capacidade de gozo alguns direitos de personalidade”. Também em defesa destes direitos nas sociedades comerciais, vejam-se os Acs. TRL 08/05/2012<sup>2635</sup> e STJ 12/09/2013<sup>2636</sup>.

Não podemos olvidar o facto de as pessoas coletivas serem, quer quanto à sua natureza, quer quanto ao seu fundamento, profundamente distintas do Homem, e é indubitável que “os direitos de personalidade foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano”<sup>2637</sup>. Nesse seguimento, Pais de Vasconcelos defende que o alargamento desses direitos às pessoas coletivas corresponde a um “equivoco positivista”<sup>2638</sup>, fruto de uma equiparação ou de uma confusão de realidades incomparáveis. Todavia, não bebemos deste entendimento, uma vez que somos capazes de reconhecer a estes entes alguns direitos de personalidade.

Destarte, as pessoas coletivas surgem tão somente para servirem fins humanos e, por isso mesmo, o Direito deve encarregar-se da sua tutela. Fá-lo optando pela atribuição expressa de personalidade jurídica e, ainda que legalmente não sejam estatuídas grandes diferenciações, somos capazes de reconhecer a menor densidade desta quando comparada com a personalidade singular. Contudo, acreditamos que essa personificação seria despojada de sentido se não fosse acompanhada pelo reconhecimento de determinados direitos de personalidade, funcionalizados aos desideratos que norteiam a sua constituição. Primeiramente, porque nem todos os direitos de personalidade são inseparáveis da personalidade humana, existindo vários atinentes a dimensões incorpóreas passíveis de serem aplicados aos entes coletivos. Além disso, embora as disposições normativas não lhes atribuam explícita e diretamente esses direitos, também em momento algum negam essa possibilidade. Por fim, são esses direitos que permitem uma tutela eficaz da personalidade e do fim visado dada a sua oponibilidade *erga omnes*, ou seja, viabilizam a estadia das pessoas coletivas no comércio jurídico nas melhores condições.

Essa titularidade não conduz, porém, a uma pretensa equiparação e/ou confusão destas realidades incomparáveis, até porque os direitos atribuídos não podem ser colocados no mesmo plano em que estão quando titulados por pessoas singulares. Ademais, só lhes são reconhecidos aqueles que pela sua natureza se mostrem adequados – adequação essa que depende sempre de uma análise casuística, embora abstratamente se possam apontar alguns dos direitos mais comuns.

Quanto às sociedades comerciais, identificamos, desde logo, o direito à firma e a outros sinais jurídicos recognitivos, o direito à inviolabilidade da sede e suas filiais, o direito a uma esfera de sigilo – onde incluímos a correspondência, o *know-how* e

---

<sup>2635</sup> Proc. 115/07.4TBVPT.L2-7.

<sup>2636</sup> Proc. 372/08.9TBBCL.G1.S1.

<sup>2637</sup> Cordeiro, 2012, p. 103.

<sup>2638</sup> Vasconcelos, 2017, p. 123.



também outras especificidades respeitantes à sua organização e funcionamento – e o direito ao bom nome e ao crédito.

Não lhes reconhecemos um amplo direito à honra, já que, quanto a este bem jurídico complexo, acompanhamos a doutrina majoritária e adotamos uma conceção dual composta por duas vertentes, independentes entre si: do valor pessoal interior e da consideração exterior. Assim, a subjetiva, que diz respeito à autoestima e à forma como o indivíduo se vê a si próprio, não tem lugar nas sociedades comerciais. Já a faceta objetiva, também apelidada de bom nome, “reporta-se ao prestígio e à consideração social que um determinado sujeito goza no meio onde se move”<sup>2639</sup>. Prestígio esse que engloba também o plano da lisura, “isto é, o prestígio (...) emergente da sua gestão em termos de exatidão, prudência e diligência, geradoras de confiança financeira, de convicção social de solvabilidade e de atração de capitais”, nas palavras do douto Ac. TRL 09/03/2006<sup>2640</sup>. É, portanto, unânime que esta autonomia permite a extensão do direito ao bom nome e ao crédito às sociedades comerciais, sendo que, aliás, o ordenamento jurídico disponibiliza diversificados mecanismos para a sua tutela.

Concluimos que as pessoas coletivas têm uma natureza, justificação e limites de personalidade distintos das pessoas singulares, e tal reflete-se no conteúdo da sua capacidade jurídica de gozo. Mas uma vez reconhecidos direitos de personalidade, as pessoas coletivas, incluindo as sociedades comerciais, devem ter inevitavelmente ao seu dispor mecanismos de tutela capazes de proteger eficazmente estes seus bens jurídicos. A responsabilidade civil é um dos institutos que ocupa substancialmente essa proteção, ainda que não seja o único e nem sempre o mais adequado. A este propósito, surge a questão de saber se uma sociedade comercial pode lançar mão de uma compensação por danos não patrimoniais quando seja ilicitamente ofendida em algum dos seus direitos.

---

<sup>2639</sup> Tornada, 2018, p. 135.

<sup>2640</sup> Proc. 774/2005-6.

## Capítulo IV – Os danos não patrimoniais nas sociedades comerciais

As ofensas ao bom nome e crédito são as mais frequentes no domínio das sociedades comerciais<sup>2641</sup> e, desta sorte, as mais debatidas a nível jurisprudencial. É indiscutível que constituem prejuízos importantes, mas será que alguns dos danos daí resultantes poderão ser qualificáveis como não patrimoniais? O nosso regime jurídico não nos faculta uma resposta objetiva, uma vez que o elemento literal do art. 484.º CC não se afigura determinante. Muito embora não deixe de ser uma disposição abrangente por não diferenciar o tipo de dano, é sempre possível defender a sua limitação a uma indemnização por danos patrimoniais se se considerar que outros tipos de consequências se revelam mais adequadas do que a compensação – como por exemplo, a retratação pública do lesante.

Ainda assim, não desprezemos o facto de as sociedades comerciais poderem ser ofendidas quanto a outros direitos, de resto tantas vezes esquecidos pelos poucos Autores que debatem a problemática. Por exemplo, ao longo do seu estudo, Carneiro da Frada só se interroga acerca do dano resultante de uma ofensa ao bom nome, por este intitulado de reputacional.

Não obstante, apreciemos as diversas razões que sustentam a negação da compensação por danos não patrimoniais às sociedades comerciais, ponderando se de facto constituem um óbice<sup>2642</sup>.

Começamos pelo argumento defendido sobretudo por Pinto Monteiro<sup>2643</sup> e que está intimamente relacionado com uma noção clássica de dano moral. Perfilhando uma visão tradicional, o Autor diz-nos que, apesar da letra do art. 496.º CC ser omissa quanto a este aspeto e nela não se prescrever qualquer restrição à sua titularidade por sociedades comerciais<sup>2644</sup>, a razão de ser e a finalidade da compensação pressupõem sempre a personalidade humana. Na sua perspetiva, resulta da própria índole do dano não patrimonial que “a vítima possa sofrer, ter dores, ter sentimentos e emoções; e o dinheiro com que se visa compensar esse dano pressupõe, igualmente, esses sentimentos, ou seja, (...) pressupõe a capacidade de chorar e de rir”<sup>2645</sup>. Ao associar estes danos à afetação do

---

<sup>2641</sup> Geralmente, nestes casos, assiste-se a uma colisão entre o direito ao bom nome e ao crédito e os direitos de liberdade de informação e expressão. Estes últimos, apesar de gozarem de assento constitucional e de terem como fim último garantir o funcionamento e plenitude da democracia, são passíveis de restrição, principalmente aquando do conflito com direitos de personalidade. Cfr. Ac. TRL 23/09/2007 (proc. 8509/2006-7).

<sup>2642</sup> Seguimos a exposição de Veloso, 2007a, pp. 34 e ss.

<sup>2643</sup> Monteiro, 2015, pp. 112 e ss.

<sup>2644</sup> Também os artigos inseridos na secção obrigação de indemnização não particularizam qualquer regime para as sociedades comerciais.

<sup>2645</sup> Monteiro, 2015, p. 118. Ainda que comece este seu trabalho por fazer a distinção entre dano moral e dano não patrimonial, a nosso ver acaba por esbater a fronteira delineada e diluí-los como sinónimos, esquecendo o carácter mais abrangente deste último.

espírito e de valores morais do lesado decorrentes do ato ilícito, materializando-os em sofrimentos de índole humana<sup>2646</sup>, constrói um conceito incindivelmente ligado à personalidade singular que não se coaduna com o regime das sociedades comerciais. Esta é uma interpretação que colhe adeptos também a nível jurisprudencial, e exemplo disso são os Acs. TRL de 20/11/2008<sup>2647</sup> e de 18/02/2014<sup>2648</sup>.

Aliás, o Autor acrescenta que é “a própria dignidade da pessoa humana [que] reclama [estas] diferenciações”<sup>2649</sup>. Independentemente disso, salvaguarda que qualquer ofensa que contenda com os direitos de personalidade de uma sociedade comercial<sup>2650</sup> acarreta sempre uma reação do ordenamento jurídico, ainda que não seja a título de compensação por danos não patrimoniais.

Todavia, Carneiro da Frada, muito embora julgue que as sociedades comerciais não podem, em sentido próprio, sofrer este tipo de danos por não terem um substrato ético-jurídico comparável ao das pessoas singulares, é capaz de reconhecer que este raciocínio é excessivo<sup>2651</sup>, pois caso contrário também não poderiam ser vítimas de danos patrimoniais.

De todo o modo, cremos que este é um fundamento histórico e obsoleto que não sobrevive a um juízo atual assente num conceito amplo e maioritário de dano não patrimonial, já que este inclui no seu seio qualquer lesão a um interesse juridicamente tutelado que seja insuscetível de avaliação pecuniária<sup>2652</sup>. Contempla então, no seu âmago, realidades alheias ao estrito mundo axiológico do Ser Humano<sup>2653</sup> que não dependem única e exclusivamente do sofrimento e da dor. Daqui se infere a importância da definição de dano não patrimonial para a problemática<sup>2654</sup>, que, em nossa opinião, deve ser finalmente dissociada dos conceitos de vítima, de dor e de sofrimento.

---

<sup>2646</sup> As tão apelidadas *dores de alma*.

<sup>2647</sup> Proc. 8676/2008-6, em que se afirma que, como as sociedades comerciais não são possuidoras de “faculdades sensoriais, afetivas e intelectuais, não podem sofrer danos que se projetem no âmbito destas faculdades”.

<sup>2648</sup> Proc. 366/12.0TVLSB.L1-7, onde se lê: “a essência do dano não patrimonial está na repercussão que a ofensa recebida tem no espírito do lesado, traduzindo-se no sofrimento, físico ou moral, nele infligido. Ora, as pessoas coletivas (...) são destituídas de personalidade física e moral”.

<sup>2649</sup> Monteiro, 2015, p. 118, parêntesis nossos.

<sup>2650</sup> Frise-se que o Autor entende que estes entes são titulares de alguns direitos de personalidade, conforme Monteiro, 2015, p. 116.

<sup>2651</sup> Frada, 2012, p. 43.

<sup>2652</sup> Ainda assim, devemos ser cautelosos, visto que as dificuldades de avaliação de um determinado dano de natureza patrimonial não podem fluir inconscientemente na sua qualificação como não patrimonial. Daí que nas suas decisões, os Tribunais devam também distinguir os valores afetos a cada parâmetro.

<sup>2653</sup> Sob este ponto de vista, veja-se o sumário Ac. STJ 21/05/2009 (proc. 09A0643): “Embora não tenham capacidade de sofrimento, padecendo dores físicas ou morais, (...), as sociedades comerciais podem ver ofendido o seu bom nome e reputação (...). Nessa medida, (...) serão de reconhecer (...) às sociedades comerciais (...) o direito à compensação por danos de natureza não patrimonial”.

<sup>2654</sup> Não podemos, por isso, ignorar a *condição sine qua non* de gravidade vertida no art. 496.º, n.º 1 CC. Um outro quesito, mas derivado da coerência interna do sistema jurídico, é o ónus da prova do dano que, em virtude da menor densidade ética das sociedades comerciais, é de maior exigência, como advoga

Outra das premissas avançada, e de cuja veracidade duvidamos, funda-se na perspectiva de que a (não) titularidade de direitos de personalidade<sup>2655</sup> por parte das sociedades comerciais (im)possibilita impreterivelmente a titularidade e, por conseguinte, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais. Contudo, cruzamo-nos com Pinto Monteiro<sup>2656</sup> quanto a este aspeto e não conseguimos descortinar a ligação que se encontra entre a suscetibilidade de ser titular de direitos de personalidade e a possibilidade de ser alvo de danos não patrimoniais, uma vez que a qualificação dos danos como não patrimoniais deriva do dano em si e não da natureza do bem ou interesse lesado.

Ainda neste âmbito, parece-nos incongruente a posição assumida por Carneiro da Frada, uma vez que inicialmente proclama que a resposta à questão não deve pender reflexa e imediatamente da posição que se assuma quanto à titularidade de direitos de personalidade pelas sociedades comerciais, mas logo em seguida diz-nos que o seu não reconhecimento “ajuda efetivamente a explicar a irrelevância do dano reputacional como dano não patrimonial”<sup>2657</sup>. Ora, pela justificação já avançada, não conseguimos acompanhar este pensamento.

Salvo melhor opinião, para além dos diversos meios existentes, da lesão de direitos de personalidade podem resultar apenas danos patrimoniais. Desta forma, a violação de um direito de personalidade não implica *ipso facto* um dano não patrimonial e, por conseguinte, uma resposta afirmativa à questão da sua titularidade por sociedades comerciais<sup>2658</sup>.

Porém, cumpre salientar que Maria Veloso, apoiante da titularidade destes danos por sociedades mercantis, radica sobretudo o seu pensamento na atribuição e reconhecimento de certos direitos de personalidade a estes entes e na inerente possibilidade de agressão a que os mesmos estão sujeitos. Acrescenta que a favor desta ressarcibilidade está também o nosso CP, ao admitir no seu art. 187.º que as pessoas coletivas são sujeitos passivos de crimes contra a honra<sup>2659</sup>. Todavia, não abraçamos este entendimento, pois a tutela penal distingue-se da civil quanto ao seu âmbito de

---

Veloso, 2007a, p. 44. À luz destas exigências, é possível a recusa de compensação, como se constata na decisão do Ac. STJ 09/07/2014 (proc. 366/12.OTVLSB.L1.S1), nos seus pontos 10 e 9, respetivamente.

<sup>2655</sup> Atualmente, em Portugal, é entendimento maioritário que as sociedades comerciais podem ser titulares de verdadeiros direitos de personalidade.

<sup>2656</sup> Monteiro, 2015, p. 116.

<sup>2657</sup> Frada, 2012, p. 44.

<sup>2658</sup> Aliás, Azevedo, 2010, p. 19, não obstante de reconhecer verdadeiros direitos de personalidade a estes entes, não aceita que possam ser compensados a título de danos não patrimoniais.

<sup>2659</sup> Entendimento corroborado pelo Ac. TRC 12/05/2010 (proc. 88/08.6TATBU.C1): “E, não vislumbramos fundamento nenhum para que se considere que as pessoas coletivas não são passíveis de sofrerem danos morais. Se até podem ser sujeitos passivos de um crime, porque não se hão de repercutir as ofensas em danos morais?”.

proteção<sup>2660</sup>. Por outras palavras, como a norma penal intervém num plano diferente, para se fazer aplicar não é necessário fazer prova dos danos sofridos, mormente dos não patrimoniais.

Além dos fundamentos já abordados, a dificuldade na identificação do bem ou interesse lesado<sup>2661</sup> é outro dos entraves tipicamente apontados. Por exemplo, por vezes, a violação do direito ao bom nome e ao crédito<sup>2662</sup> apresenta como casos fronteira a violação do direito à identidade, do direito à esfera do sigilo<sup>2663</sup>, entre outros. Isto acontece porque, em algumas ocasiões, os contornos delineados entre os vários direitos não se encontram muito definidos, o que inevitavelmente conduz a dificuldades práticas. A despeito disso, são ultrapassáveis quando analisados os factos com a devida cautela.

Passemos agora aos dois argumentos que, em nosso entendimento, são de suma importância no domínio das sociedades comerciais por revestirem um maior peso a nível dogmático.

Assim, outro dos pretextos baseia-se no receio de confusão ou duplicação subjetiva de danos, dada as autonomias pessoal e patrimonial que inequivocamente surgem a par da personificação coletiva e que determinam a inconfundibilidade da esfera de imputação das sociedades mercantis com a das pessoas singulares, com ela envolvidas numa relação duradoura e de componente pessoal<sup>2664</sup>.

Desta feita, estes danos devem ser ressarcíveis em termos muito estritos para que a proteção do lesante seja assegurada, a par da obediência pelos princípios gerais da responsabilidade civil. Não deve ser concedida qualquer compensação sem que seja feito um controlo prévio do respeito pelo princípio da separação das esferas pessoal e societária.

Este é um juízo que se pode revelar muito complexo, já que, não raras vezes, as ofensas perpetradas são encobertas, isto é, utilizam a pessoa singular ou a sociedade

---

<sup>2660</sup> A tutela civilística, ao contrário da penal, sanciona também condutas meramente negligentes e, como tal, é necessariamente mais abrangente, conforme o Ac. TRL 09/09/2008 (proc. 3541/2008-7). Porém, por muito que a conduta seja censurável, se esta não acarretar danos, então o agente não fica sujeito à responsabilidade civil, conforme Leitão, 2018, p. 329.

<sup>2661</sup> Identificação necessária em ações de responsabilidade civil extracontratual.

<sup>2662</sup> Não há um elenco típico quanto aos modos de violação deste direito, o que significa que todas as ofensas públicas ou privadas, feitas através de qualquer meio (verbal, escrito, gestual, imagético ou outro), relevam. O Ac. TRL 08/05/2012 infere ainda que estas ofensas englobam “não só as declarações baseadas em factos verdadeiros, ou falsos que sejam suscetíveis de gerar um movimento negativo relativamente ao visado, (...) mas também os comentários e as opiniões informativas sempre que o juízo de valor neles contidos seja apresentado como um facto desonroso”.

<sup>2663</sup> Aquando da publicidade de correspondência ou da divulgação do incumprimento de obrigações pecuniárias.

<sup>2664</sup> Apesar desta relação próxima, em termos dogmáticos não é correto sustentar que quem nestes casos é verdadeiramente ofendido e, por conseguinte, sofre os respetivos danos não patrimoniais são apenas as pessoas singulares. A propósito, leia-se o Ac. TRL 20/11/2008 (proc. 8676/2008-6): “os eventuais danos morais padecidos pelas pessoas singulares, ligadas a determinada pessoa coletiva (...) não são bastantes para se imputarem tais danos à própria pessoa coletiva, nem se podem confundir com os danos que a esta pudessem respeitar, por se estar em presença de personalidades jurídicas distintas”.

comercial como um “mero instrumento para atingir o verdadeiro alvo”<sup>2665</sup> – *in casu*, sociedade comercial ou determinada pessoa singular, respetivamente.

Ainda assim, não o vemos como um entrave significativo, desde que seja adotada uma atitude prudente capaz de evitar que a posição do lesante seja onerada, mesmo quando se aceita o carácter pluriofensivo do ato<sup>2666</sup>, por uma duplicação de danos devido à coincidência de pretensões em termos subjetivos. Nesse sentido, as sociedades comerciais são dotadas de capacidade e legitimidade judiciais ativas para defender não só a seriedade e honradez da atividade desenvolvida<sup>2667</sup>, mas também a integridade moral dos seus membros, em sua representação ou substituição processual.

Finalmente, como último obstáculo à titularidade de danos não patrimoniais temos o escopo lucrativo das sociedades comerciais. Baseadas nesta premissa, é aqui que as opiniões mais se dividem.

Maria Azevedo<sup>2668</sup> levanta desde cedo essa questão, embora o faça de forma mais encoberta. Muito embora reconheça a titularidade de direitos de personalidade por parte das sociedades comerciais, interroga-se se, para uma efetiva tutela destes direitos, é necessário que o dano tenha repercussão sobre o seu património, ou se basta a lesão efetiva de tais direitos, independentemente do impacto patrimonial.

Carneiro da Frada não tem dúvidas de que a resposta a esta problemática nunca poderia ser indiferente à função desempenhada pelos entes coletivos, à finalidade da sua personificação. Coloca assim em evidência uma diferenciação de tratamento prática entre os tipos de pessoa coletiva, uma vez que cada um goza dos direitos e está sujeito às obrigações convenientes à prossecução dos seus fins<sup>2669</sup>. Todavia, não abraçamos este entendimento, porque ainda que as disparidades de carácter funcional, legal e ontológico sejam visíveis, não nos parecem absolutamente determinantes para a matéria em

---

<sup>2665</sup> Monteiro, 2015, p. 120.

<sup>2666</sup> As ofensas que tenham gerado a perda de credibilidade e de prestígio de determinada sociedade comercial podem ser suscetíveis de causar simultaneamente um dano aos seus membros – nomeadamente, o sentimento de inutilidade e de frustração atendendo ao seu esforço e trabalho –, quando estejam em causa direitos societários paralelos ou dependentes de direitos individuais. O Ac. TRC 12/05/2010 dá conta disso mesmo ao afirmar que “Mais se deu como provado que também os administradores da demandante se sentiram ofendidos”. Ainda assim, só é atribuível compensação àqueles que tenham sido mediatamente atingidos.

Contudo, frisemos que, em determinados casos, este risco de confusão/ duplicação não se verifica, porque o ato só é claramente capaz de atingir uma das pessoas – a coletiva, concretamente a sociedade comercial, ou a singular.

<sup>2667</sup> O interesse dos membros da sociedade na sua credibilidade é considerado difuso, não divisível, nem apropriável individualmente.

<sup>2668</sup> Azevedo, 2010, p. 137.

<sup>2669</sup> Nesse seguimento, diz também que os meios de tutela de que dispõem e respetivos alcances podem ser diferenciados. Tanto que “A reparação que a responsabilidade civil possibilita e oferece molda-se, portanto, pelos bens e interesses jurídicos de que as pessoas coletivas são titulares, em função dos seus fins”, nas palavras de Frada, 2012, p. 45.

questão. Na verdade, a atribuição e a extensão dos direitos de personalidade, pelo menos no seu núcleo essencial, não varia de forma tão abrupta entre as várias pessoas coletivas. Assim sendo, uma disparidade de tratamento neste campo parece-nos ferir o princípio da proporcionalidade, por não ser plausível que se faça aqui uma distinção entre as pessoas coletivas consoante o seu fim, já que todos estes são considerados dignos e aceites.

Para o Autor, a consideração exterior das sociedades comerciais tem caráter instrumental, no sentido em que apenas lhes interessa por facilitar a realização do seu escopo<sup>2670</sup>. Desta feita, qualquer dano ao bom nome e ao crédito representa apenas um dano patrimonial indireto. O seu impacto é meramente económico, traduzindo-se, ainda que não de forma exclusiva, em lucros cessantes<sup>2671</sup>. “O que se indemniza, por outras palavras, é a projeção económica da reputação”<sup>2672</sup>.

Este é um raciocínio alicerçado sobretudo no entendimento de que as várias ofensas às sociedades comerciais, nomeadamente ao seu bom nome e crédito, se repercutem somente na sua esfera económica, ou seja, traduzem-se sempre, por exemplo, numa perda de clientela e fornecedores e, conseqüentemente, numa diminuição de lucros, ou na dificuldade em contrair empréstimos ou ajudas de outro foro. Desta perspetiva partilha o Ac. TRE 28/09/2017<sup>2673</sup>.

O mesmo não se poderá dizer quanto às pessoas coletivas de fins não económicos, na perspetiva de Carneiro da Frada, onde reconhece sem grandes controvérsias a compensação a título de danos não patrimoniais pelo facto, desde logo, de os seus interesses e essência não serem *ab initio* de natureza patrimonial<sup>2674</sup>, mas antes visarem a prossecução de interesses altruístas. Logo, a perda de prestígio e reputação, embora possa afetar a sua aptidão para serem bem sucedidas nos fins a que se propõem, nunca se situa num plano económico<sup>2675</sup>.

Argumenta que, apesar da ilicitude dos atentados à reputação, designadamente em caso de falsidade dos factos retratados, a sua tutela não é forçosamente garantida por força da titularidade de danos não patrimoniais e conseqüente compensação. Existe

---

<sup>2670</sup> Vide o Ac. STJ 09/06/2005 (proc. 05B1616): “Ora, as sociedades comerciais operam no mundo dos negócios com o objetivo do lucro. É próprio da sua natureza que o bom nome, a reputação e a imagem comercial lhes interessam na justa medida da vantagem económica que deles podem tirar”. No mesmo sentido, o Ac. TRC 24/02/2015 (proc. 7825/08.7TBOER.C2): “A ofensa do bom nome (...) de uma sociedade comercial apenas pode produzir um dano patrimonial indireto refletido na diminuição da potencialidade de lucro”.

<sup>2671</sup> Apesar de, por vezes, serem dificilmente quantificáveis, o art. 566.º, n.º 3 CC permite uma indemnização equitativa.

<sup>2672</sup> Frada, 2012, p. 44.

<sup>2673</sup> Proc. 772/12.0TBMMN.E1.

<sup>2674</sup> Cfr. Ac. STJ 27/11/2003 (proc. 03B3064): “Os prejuízos estritamente morais implicados nas ofensas no bom nome e reputação apenas calham aos indivíduos e às pessoas morais, para os quais a dimensão ética é importante, independentemente do dinheiro que poderá valer”.

<sup>2675</sup> Sustenta esta posição ainda que, em resultado dessas ofensas, o ente não consiga obter os meios económicos necessários à prossecução dos seus fins.

outrossim uma panóplia de meios ao dispor das pessoas coletivas que, consoante o seu tipo, podem ser bastantes. É o caso, por exemplo, das ações declarativas de condenação à retificação pública de notícias ou informações falsas difundidas, ou ainda dos meios compulsórios, nos termos do art. 829.º-A CC.

Todavia, o seu discurso peca, em nosso parecer, por se centrar essencialmente nos atentados à credibilidade de um ente mercantil e, mais, quando perpetrados pelo seu gerente/administrador, frisando inúmeras vezes que estes agentes podem ser condenados a reverter, no que esteja ao seu alcance e por suas expensas, essa descrédibilização.

Por seu turno, Maria Veloso<sup>2676</sup>, não obstante de identificar as diferenças evidentes entre os vários tipos de pessoas coletivas, defende que não é a mera identificação do escopo principal das sociedades comerciais como lucrativo que justifica este particular regime de serem insuscetíveis de danos não patrimoniais. Para a Autora, o que conduz a este pensamento é o não se reconhecer uma esfera de imaterialidade às referidas entidades e, mais significativamente, o receio que há numa duplicação de danos ou numa absorção dos danos patrimoniais pelos considerados não patrimoniais.

Mais, a Autora faz uma abordagem que nos parece importante: os interesses económicos também têm lugar noutros entes coletivos, embora não tão notoriamente. Posto isto, será que de facto se justifica este regime *sui generis*? Acreditamos que não. Os fins das pessoas coletivas pouco interessam na qualificação dos seus danos porque, repita-se, na nossa opinião, essa classificação é feita consoante a natureza do dano e não por referência a qualquer outro fator, seja a natureza do bem ou do fim lesado.

Ainda, quando muitos avançam com a justificação de que as sociedades comerciais não podem ser titulares deste tipo de danos porque não têm um substrato ético-jurídico suficiente ou equivalente ao das pessoas singulares, não conseguimos perceber o que aqui divide estes entes mercantis das restantes pessoas coletivas. Se as sociedades comerciais são insuscetíveis de sofrer desgostos ou dores, também as outras pessoas coletivas o são. O que fundamenta uma maior densidade ética dos tantos tipos de pessoas coletivas em relação às sociedades comerciais? O não terem um escopo principalmente lucrativo? Não encontramos nenhuma base jurídico-legal que sustente este entendimento.

Além disso, é indiscutível que o direito ao bom nome e ao crédito se afigura como essencial às sociedades mercantis para que prosperem no mundo negocial, mas não será inconsequente pensar que todos os danos resultantes da sua violação se traduzem nos

---

<sup>2676</sup> Veloso, 2007a, p. 40.



chamados danos patrimoniais indiretos<sup>2677</sup>? Como comprovam vários Arestos, nem sempre das ofensas reputacionais advém uma diminuição dos lucros<sup>2678</sup>, pelo que, para além de não seguirmos esse pensamento, alertamos para a importância de uma análise casuística e não dedutiva. Veja-se, a título de exemplo, o descrédito que as ofensas perpetradas podem gerar, por exemplo, nos seus trabalhadores perante a sociedade comercial, o que não implica uma necessária diminuição de lucros nem uma maior dificuldade em obter ajudas de crédito.

Mais, embora a violação do direito ao bom nome e ao crédito seja a mais recorrente em sede de juízo dos Tribunais, não nos esqueçamos de que as sociedades comerciais podem ver ofendidos outros direitos como, por exemplo, o direito à identidade ou à esfera de sigilo, de resto mencionados no Ac. STJ 21/05/2009. Terão essas ofensas consequências apenas a nível patrimonial? Não vemos motivos para o afirmar *a priori*.

Aliás, é entendimento unânime em sede jurisprudencial do TEDH<sup>2679</sup> o reconhecimento de danos não patrimoniais às sociedades comerciais, designadamente aquando da violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.

Em suma, todos os argumentos avançados, quando analisados com a devida profundidade, acabam por fracassar. É importante que a leitura do Direito seja sempre atualista e nunca aprisionada por dogmas passados.

---

---

<sup>2677</sup> Importa não confundir estes com danos não patrimoniais, como, na nossa opinião, o faz o Ac. STJ 12/02/2008 (proc. 07A4618): “fator de relevância para fixação do quantum compensatório, em caso de dano não patrimonial é a repercussão que a imputação maléfica tem na vida empresarial, o que, desde logo, é aferível pela sua situação no mercado antes e depois dos factos”.

<sup>2678</sup> Vejam-se os Acs. TRP 07/07/2016 (proc. 12/15.0GAMCN.P1) e TRC 12/05/2010.

<sup>2679</sup> Ac. TEDH 06/04/2000 (proc. 35382/97) e Ac. TEDH 31/07/2003 (proc. 55340/00).

## Conclusão

Chegados à etapa final, constatamos que é indiscutível o reconhecimento das sociedades comerciais como uma realidade sociojurídica, capaz de auxiliar o Ser Humano na prossecução dos seus interesses, designadamente os comuns e duradouros.

A maior controvérsia quanto aos entes comerciais surge quando analisada a sua capacidade jurídica de gozo. Uma vez superado o princípio da especialidade, somos confrontados com uma questão paralela atinente à natureza dos direitos que lhes são atribuídos. Assumimos uma posição ao defender que correspondem a verdadeiros direitos de personalidade.

Desta feita, debruçámo-nos sobre a problemática de os entes mercantis poderem ser alvo de danos não patrimoniais, dado que a imaterialidade do dano sempre potencia a incerteza e o seu regime legal foi esquematizado a pensar no Homem. Se é certo que a ressarcibilidade do sistema português quanto a estes danos pode ser encarada como generosa, tal não implica necessariamente uma aceitação da sua compensação sem mais. Contudo, apoiamos que o conceito fundacional já se encontra ultrapassado e que, hoje, a expressão dano não patrimonial é capaz de englobar na sua essência circunstâncias alheias a um foro ético-afetivo. Mais, o reconhecimento de verdadeiros direitos de personalidade não implica uma necessária titularidade destes danos.

Além disso, outros dos dois motivos avançados prende-se com receios – dificuldade na identificação do bem ou interesse lesado e confusão ou duplicação subjetiva de danos –, na nossa perspetiva, injustificados, pois podem ser ultrapassados através de uma análise casuística e prudente dos factos.

Por fim, resta-nos o argumento mais debatido, inclusive em vários Arestos, relativo ao escopo lucrativo destas sociedades. Todavia, defendemos não ser impeditivo, pois, salvo melhor opinião, nem sempre das ofensas perpetradas e violadoras dos seus direitos resultam somente danos patrimoniais ou patrimoniais indiretos – relacionados com uma diminuição dos lucros ou com uma dificuldade em obtenção de crédito.

Para nós, a qualificação de um dano como não patrimonial deriva apenas da natureza do prejuízo e não de outros fatores, como a natureza do direito, interesse ou fim lesado. Assim, analisados os principais entraves à sua compensação em sede de sociedades comerciais, julgamos ser admissível a titularidade destes nos referidos entes, se a justiça do caso concreto assim o sentenciar e sem prejuízo de que se, no futuro, for colocada em causa a divisão clássica de dano patrimonial e não patrimonial, a visão se possa alterar.

## Bibliografia

- ABREU, C. (2019). *Curso de direito comercial, Volume II – Das sociedades*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- ALARCÃO, R., SOUSA RIBEIRO, J., SINDE MONTEIRO, J. SÁ, A. & BRANDÃO PROENÇA, J.C. (1983). *Direito das obrigações*, policopiado. Coimbra: João Abrantes.
- ANDRADE, M. (1992). *Teoria da relação jurídica, Volume I – Sujeitos e objetos*, Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, O. (2000). *Direito comercial, Volume IV – Sociedades comerciais: Parte geral*, 2.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Dislivro.
- ASCENSÃO, O. (2000a). *Direito Civil Teoria Geral, Volume I – Introdução, as pessoas, os bens*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- AZEVEDO, M. (2010). A problemática dos direitos de personalidade às pessoas coletivas, *maxime*, às sociedades comerciais. *Revista Direito das Sociedades*, n.º 1-2, pp. 123-144.
- BARBOSA, M. (2005). Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, pp. 511-599.
- BARBOSA, M. (2006). *Liberdade vs. responsabilidade, a precaução como fundamento da imputação delitual? – Considerações a propósito dos cable cases*. Coimbra: Almedina.
- BARBOSA, M. (2017). *Lições de responsabilidade*. Lisboa: Principia.
- CARVALHO, O., LIBERAL FERNANDES, F., GUIMARÃES, R. & REDINHA, R. (coords.) (2012). *Teoria geral do direito civil*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, P. (1968). O enriquecimento e o dano. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 4.
- CORDEIRO, M. (1997). *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.
- CORDEIRO, M. (2000). *O levantamento da personalidade coletiva: No direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. (2011). *Direito das sociedades*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. (2014). *Código das sociedades comerciais anotado – Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação de entidades comerciais*, Reimpressão da 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. (2012). *Tratado direito civil português, Volume I – Parte geral*, Tomo III, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. (2017). *Tratado de direito civil português*, vol. IV, 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, F. (1994). *Lições de direito comercial*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.
- CORREIA, M. (2009). *Transformação de sociedades comerciais: Delimitação do âmbito de aplicação no direito privado português*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, A. (2018). *Direito das obrigações*, 12.<sup>a</sup> Edição, 5.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Almedina.

- DIAS, F. (2001). *O dano moral na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina.
- FARIA, R. (1990). *Direito das obrigações*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, C. (2012). *Teoria geral do direito civil, Volume I – Introdução, pressupostos da relação jurídica*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- FRADA, C. (1997). *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? – O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- FRADA, C. (2007). Responsabilidade pela confiança. In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, pp. 285-307. Coimbra: Coimbra Editora.
- FURTADO, P. (2004). *Curso de direito das sociedades*, 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. (1989). Uma função punitiva para a responsabilidade civil é uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Revista de Direito e Economia*, pp. 105-144.
- GONÇALVES, C. (2015). Personalidade vs. capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 121-150.
- GONÇALVES, C. (2019). *Personalidade e capacidade das sociedades comerciais*. Cascais: Principia.
- JORGE, P. (1995). *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, M. (2018). *Direito das obrigações, Volume I – Da constituição das obrigações*, 15.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- LOURENÇO, M. (2006). *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LUCENA, M. (2006). *Danos não patrimoniais – O dano da morte*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2010). Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais. In Coutinho de Abreu, J. (coord.). *Estudos de direitos das sociedades*, 10.<sup>a</sup> Edição, pp. 95-128. Coimbra: Almedina.
- MATOS, A. (2011). *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito e ao bom nome*. Coimbra: Almedina.
- MATOS, A. (2014). Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado. *Revista Legislação e Jurisprudência*, n.º 3984, pp. 194-219.
- MENDES, C. (1953). *Do conceito jurídico de prejuízo*. Lisboa: Jornal do Foro.
- MONCADA, C. (1995). *Lições de direito civil*, 4.<sup>a</sup> Edição Revista. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, P. (1992). Sobre a reparação dos danos morais. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 1, pp. 17-25.
- MONTEIRO, P. (2015). A indemnização por danos não patrimoniais em debate: Também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 5, n.º 3, pp. 102-120.
- MONTEIRO, S. (1986). Reparação dos danos pessoais em Portugal – A lei e o futuro (considerações de *lege ferenda* a propósito da discussão da “alternativa sueca”). *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo IV, pp. 5-13.

- MONTEIRO, S. (1989). *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, S. (2005). Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. II, pp. 349-390.
- PEREIRA, S. (2009). *A responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, M. (2009). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- PROENÇA, B. (1997). *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, B. (2018). *Estudos de direito das obrigações*. Porto: Universidade Católica Editora.
- RAMOS, E. (2010). Constituição das sociedades comerciais. In Coutinho de Abreu, J. (coord.). *Estudos de direitos das sociedades*, 10.<sup>a</sup> Edição, pp. 42-94. Coimbra: Almedina.
- SERRA, V. (1976). Anotação ao acórdão do STJ de 4 de junho de 1974. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, pp. 217-270.
- SERRA, V. (1989). Reparação do dano não patrimonial. *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 83, pp. 69-109.
- SILVA, C. (2015). O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2, pp. 333-348.
- SILVA, G. (1944). *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, vol. I. Lisboa: Tipografia Ramos.
- SOUSA, C. (2003). *Teoria geral do direito civil*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, C. (2011). *O direito geral de personalidade*, Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, T. (1988). *O concurso de títulos de aquisição da prestação, estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de títulos de aquisição da prestação*. Coimbra: Almedina.
- TELLES, G. (2010). *Direito das obrigações*, Reimpressão da 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- TORNADA, J. (2018). Liberdade de expressão ou “liberdade de ofender”? – O conflito entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação e o direito à honra e ao bom nome. *O Direito*, pp. 119-155.
- VARELA, A. & LIMA, P. (2010). *Código Civil anotado*, vol. I, Reimpressão da 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- VARELA, A. (1972). Rasgos inovadores do código civil português de 1966 em matéria de responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, pp. 77-106.
- VASCONCELOS, P. (2015). *Teoria geral do direito civil*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P. (2017). *Direito de personalidade*, Reimpressão da Edição de 2006. Coimbra: Almedina.

VELOSO, M. (1998). *A compensação do dano contatual não patrimonial (em especial no direito de autor)*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

VELOSO, M. (2007). Danos não patrimoniais. In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, pp. 495-559. Coimbra: Coimbra Editora.

VELOSO, M. (2007a). Danos não patrimoniais a sociedade comercial? – Ac. do TRC de 20.04.2004, apelação n.º 430/04. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18, pp. 29-45.

VENTURA, R. (2007). *Sociedades por quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, 2.ª Edição, 4.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina.

---

## **Jurisprudência citada**

Ac. STJ, de 27/11/2003, proc. n.º 03B3064, relator Ferreira Girão, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ, de 09/06/2005, proc. n.º 05B1616, relator Araújo Barros, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ, de 12/02/2008, proc. n.º 07A4618, relator Fonte Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ, de 21/05/2009, proc. n.º 09A0643, relator Alves Velho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ, de 12/09/2013, proc. n.º 372/08.9TBBCL.G1.S1, relator Oliveira Vasconcelos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ, de 09/07/2014, proc. n.º 366/12.OTVLSB.L1.S1, relator João Bernardo, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TEDH, de 06/04/2000, proc. n.º 35382/97, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Ac. TEDH, de 31/07/2003, proc. n.º 55340/00, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Ac. TRC, de 12/05/2010, proc. n.º 88/08.6TATBU.C1, relator Jorge Dias, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRC, de 24/02/2015, proc. n.º 7825/08.7TBOER.C2, relator Fonte Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRE, de 28/09/2017, proc. n.º 772/12.0TBMMN.E1, relator Paulo Amaral, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRL, de 09/03/2006, proc. n.º 774/2005-6, relatora Fernanda Isabel Pereira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRL, de 23/09/2007, proc. n.º 8509/2006-7, relatora Graça Amaral, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRL, de 09/09/2008, proc. n.º 3541/2008-7, relatora Graça Amaral, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRL, de 20/11/2008, proc. n.º 8676/2008-6, relator Pereira Rodrigues, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRL, de 08/05/2012, proc. n.º 115/07.4TBVPT.L2-7, relatora Ana Resende, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRP, de 07/07/2016, proc. n.º 12/15.0GAMCN.P1, relatora Maria Luísa Arantes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**O investimento em capital de risco**  
**e as cláusulas de *drag along***

---

Joana Isabel Dâmaso

Sob orientação da Professora  
Doutora Maria de Fátima Ribeiro



## **Agradecimentos**

Aos meus Pais, os pilares de tudo e a quem devo todas as minhas conquistas.

À minha Irmã, o meu porto seguro e a pessoa mais paciente que já conheci.

Aos meus Amigos, pelo equilíbrio tão bonito que dão à minha vida.

À minha Orientadora, Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pelo apoio, disponibilidade e orientação.

---

## Resumo

O fenómeno de *corporate governance*, resultante do velho dilema circundante entre os conceitos de propriedade e controlo, procurou, durante muito tempo, dar resposta aos desafios relacionais emergentes em contexto de sociedades comerciais cuja administração fosse entregue a uma entidade exterior. No entanto, encontrando-se alguns destes mecanismos ultrapassados, novas tendências surgiram para colmatar estas falhas e para maximizar a *performance* societária, nomeadamente ao nível dos investidores institucionais. Para além disso, a inevitabilidade de recurso, em algum momento da vida societária, a meios financeiros externos para garantir a sua continuidade sustentável conferiu grande visibilidade ao investimento em capital de risco, opção de financiamento apelativa no âmbito de pequenas e médias empresas por se dedicar ao desenvolvimento e valorização do negócio, salvaguardando-se, ainda assim, o controlo do mesmo.

Apesar da repercussão académica deste tema nos últimos anos, a verdade é que se vislumbra ainda um relativo vazio no âmbito jurídico. Por esta razão, decidimos debruçar-nos sobre o regime do investimento em capital de risco e consequentes efeitos do vínculo entre as duas partes, conferindo especial atenção ao momento do desinvestimento e às cláusulas de *drag along* enquanto estipulação contratual típica para alinhamento – ou desalinhamento – de interesses.

---

**Palavras-chave:** Capital de risco; desinvestimento; problemas de agência; conflito de interesses; cláusulas de *drag along*.

## **Abstract**

The corporate governance phenomenon, resulting from the old dilemma surrounding the concepts of ownership and control, sought, for a long time, to respond to the relational challenges emerging in the context of commercial companies whose management was handed to an outside entity. However, with some of these mechanisms being outdated, new tendencies have emerged to fill these gaps and to maximize corporate performance, particularly among institutional investors. Furthermore, the inevitability to resort, at some point in the corporate life, to external financial means to ensure companies' sustainable continuity, has brought high visibility to venture capital investments, an attractive financing option in the context of small and medium sized companies due to its focus in the development and valorisation of the business, while safeguarding its control.

Despite the academic repercussion of this theme in the more recent years, the truth is that there is still a relative void among the legal scope. For this reason, we have decided to discuss the regime of venture capital investment and the consequent effects of the bond created between the two parties, providing special attention to the moment of divestment and to the drag along clauses as a typical contractual stipulation for alignment – or misalignment – of interests.

**Keywords:** Venture capital; exit; agency problems; conflict of interests; drag along clauses.

---

## Lista de siglas e abreviaturas

|          |                                             |
|----------|---------------------------------------------|
| al.      | alínea                                      |
| art.     | artigo                                      |
| CC       | Código Civil                                |
| cfr.     | conforme                                    |
| CMVM     | Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários |
| CR       | Capital de Risco                            |
| CSC      | Código das Sociedades Comerciais            |
| ed.      | edição                                      |
| IPO      | <i>Initial Public Offering</i>              |
| n.º      | número                                      |
| ob. cit. | obra citada                                 |
| p.       | página                                      |
| PME      | Pequenas e Médias Empresas                  |
| pp.      | páginas                                     |
| proc.    | processo                                    |
| RJCR     | Regime Jurídico do Capital de Risco         |
| ss.      | seguintes                                   |
| STJ      | Supremo Tribunal de Justiça                 |
| TRC      | Tribunal da Relação de Coimbra              |
| TRG      | Tribunal da Relação de Guimarães            |
| TRL      | Tribunal da Relação de Lisboa               |
| TRP      | Tribunal da Relação do Porto                |
| vol.     | Volume                                      |

---

## Índice

1. Introdução
  2. Os investidores institucionais
  - 2.1. O acionista minoritário e o acionista empresário
  - 2.2. O acionista investidor
  3. O investimento em capital de risco
  - 3.1. O capital de risco – enquadramento geral e delimitações preliminares
  - 3.2. As entidades de capital de risco
  - 3.3. Tipos de investimento em capital de risco
  - 3.4. O processo de investimento em capital de risco
  - 3.4.1. O desinvestimento em capital de risco
  4. Os conflitos de interesses entre o acionista fundador e o investidor
  5. As cláusulas de *drag along*
  - 5.1. Os acordos parassociais
  - 5.1.1. Tipos de acordos parassociais – os acordos de bloqueio
  - 5.2. As cláusulas de *drag along* – definição e enquadramento geral
  - 5.3. As cláusulas de *drag along* e o seu papel no investimento em capital de risco – as operações de *trade sale*
  - 5.4. O incumprimento da obrigação de transmissão forçada
  - 5.4.1. A oponibilidade a terceiros
  6. Conclusão
  - Bibliografia
-

## 1. Introdução

Os estudos mais recentes demonstram que o tecido empresarial português é constituído, na sua esmagadora maioria, por pequenas e médias empresas, representando, no ano de 2018, 99.9% do total de empresas em Portugal<sup>2680</sup>. Por sua vez, um dos maiores desafios que este tipo de empresas enfrenta relaciona-se com a dificuldade de acesso a um financiamento adequado ao seu projeto empresarial, tornando-se praticamente inevitável o recurso a meios externos que garantam a sua continuidade. É neste âmbito que surge a atividade do capital de risco, especialmente direcionada para este setor, afirmando-se cada vez mais como uma alternativa ao financiamento bancário tradicional<sup>2681</sup> por assegurar as necessidades básicas do negócio, bem como a sua valorização, acompanhamento e desenvolvimento a médio/longo prazo.

Todavia, esta forma de investimento, que se concretiza através da participação de entidades próprias para o efeito no capital social das referidas empresas, suscita ainda delicadas questões, designadamente ao nível dos “deveres de lealdade envolvidos na teia de interesses, por vezes contrários e conflituais entre o investidor e o financiado”<sup>2682</sup>. Isto porque, aos interesses focados, por um lado, na subsistência e desenvolvimento a longo prazo, se opõem expectativas de vantagens económico-financeiras de curto prazo, acentuando o binómio entre “propriedade”, do acionista fundador da empresa participada, e “controlo”, exercido pela entidade de investimento em capital de risco, potencialmente condicionador do êxito do investimento.

Por esta razão, a presente dissertação tem por objetivo escrutinar esta matéria com sério afínco, começando por traçar as linhas caracterizadoras gerais do regime em questão, com particular ênfase no momento do desinvestimento enquanto principal fonte de discórdia e de conflito. Posteriormente, e por se tratar de um tema parcamente tratado no nosso país, optámos por voltar a nossa atenção para a perspetiva do investidor<sup>2683</sup>, destacando e problematizando as cláusulas de *drag along* enquanto solução possível – e provável – por revestirem um dos mecanismos mais eficientes no que à tutela de direitos no desinvestimento diz respeito.

---

<sup>2680</sup> Dados disponíveis em: <https://www.pordata.pt/Portugal>.

<sup>2681</sup> O investimento em capital de risco mantém a tendência de crescimento dos últimos anos, com uma representação de €4.8 mil milhões no ano de 2018. Cfr. CMVM, 2018, p. 6.

<sup>2682</sup> Vasconcelos, 2012, p. 164.

<sup>2683</sup> Note-se que, devido a restrições de espaço, determinadas matérias, embora de suma importância, não serão tratadas na presente dissertação ou, sendo-o, pecarão pela brevidade.

## 2. Os investidores institucionais

### 2.1. O acionista minoritário e o acionista empresário

As sociedades comerciais são, tradicionalmente, constituídas por pessoas, singulares ou coletivas, que, focadas em prosseguir determinada atividade económica que não seja de mera fruição, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o seu exercício, pretendendo, posteriormente, a repartição dos lucros dele resultantes<sup>2684</sup>. No entanto, consoante o tipo societário adotado nos termos do artigo 1.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, “CSC”<sup>2685</sup>), é-nos possível constatar uma maior ou menor predominância do elemento pessoal, isto é, do substrato humano que compõe a sociedade em questão, ou do elemento patrimonial, relacionado com o capital social, o que nos permite distinguir entre sociedades de pessoas e, por outro lado, sociedades de capitais<sup>2686</sup>.

É no seio das sociedades de capitais, caracterizadas pela fungibilidade do elemento humano, que surge a realidade do acionista minoritário<sup>2687</sup>, geralmente associada a uma participação social e titularidade de ações menos significativa que acaba por influenciar a tutela dos seus interesses e garantia efetiva dos seus direitos. Isto verifica-se porque, aquando da constituição da sociedade comercial, as participações de cada sócio são atribuídas em função dos montantes das respetivas contribuições para o capital social<sup>2688</sup>. Assim, se a figura do acionista minoritário se relaciona com uma intervenção diluída no capital social por força da participação de que é titular, tal reflete-se, consequentemente, numa desvantagem inicial aparente no poder decisório e de gestão face aos acionistas majoritários, controladores ou empresários.

Oriunda do direito anglo-saxónico, a teoria da agência (*agency theory*) reconduz-se à tradicional querela entre propriedade (*ownership*) e gestão (*management*), expondo a dicotomia entre os acionistas de uma sociedade comercial, considerados os seus proprietários, e os seus administradores, enquanto terceiros nomeados para administrar

---

<sup>2684</sup> Vide art. 980.º do CC.

<sup>2685</sup> As eventuais referências a preceitos legais sem menção da respetiva fonte devem considerar-se relativas ao CSC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, com sucessivas alterações.

<sup>2686</sup> Englobando, via de regra, as sociedades em nome coletivo e em comandita, por um lado, e as sociedades por quotas e anónimas, por outro.

<sup>2687</sup> Optámos por explorar este fenómeno relativamente às sociedades anónimas, sociedades de capitais por excelência, uma vez que “apesar de comumente classificada como sociedade de capitais, a doutrina tem destacado que a sociedade por quotas tem um ‘caráter (tendencialmente) personalista’”. Sequeira, 2018, p. 785.

<sup>2688</sup> Por participação social entenda-se o conjunto unitário de direitos e obrigações atuais e potenciais de um sócio, enquanto tal, perante uma determinada sociedade e na sua relação com esta, do qual se torna titular ao deter essa mesma participação. Esta figura acaba por ser concretizada pela ação social, que, por seu turno, representa a parcela do capital social (cifra representativa, constante dos estatutos da sociedade e necessariamente expressa em euros, que representa não o valor das entradas dos sócios, mas a soma do valor nominal das participações que não correspondam a entradas em serviços) possuída pelo sócio na sociedade. Para um maior desenvolvimento, veja-se: Abreu, 2011, p. 209; Domingues, em AAVV. (coord. de Jorge Manuel Coutinho de Abreu), 2007, p. 176; Cordeiro, 2011, pp. 511 e 512.

o exercício da sua atividade. Daqui resultam os chamados problemas ou custos de agência, relacionados com assimetrias de informação, potenciadoras de comportamentos abusivos, nomeadamente ao nível da prossecução de interesses alheios ao projeto societário por parte dos administradores<sup>2689</sup>, e com dificuldades de monitorização da atuação desenvolvida por estes, vendo-se os acionistas incapazes de garantir o cumprimento integral das funções de administração<sup>2690</sup>. Deste fenómeno de agência vertical podemos inferir uma espécie de *problema de agência horizontal* entre os próprios acionistas da sociedade, colocando em confronto os acionistas minoritários e os acionistas controladores.

Na tentativa de colmatar este desalinhamento de interesses entre acionistas foi previsto um conjunto de mecanismos específicos destinados à proteção do acionista minoritário e inerentes à sua participação no capital social, normalmente designados de *direitos de minoria qualificada*<sup>2691</sup>. Neste âmbito, salientamos o princípio da igualdade de tratamento enquanto uma espécie de equidade societária e que assume particular relevância em matéria de sociedades de capitais, onde a identidade dos acionistas acaba por ser absorvida pela força do capital social. Pretende-se, desta forma, alcançar um equilíbrio entre a governabilidade da sociedade, da competência da maioria, e a salvaguarda dos interesses dos acionistas minoritários, devendo-lhes ser reconhecido, quando possível, o direito de intervenção ativa na vida societária.

## 2.2. O acionista investidor

Foi o estabelecimento de preceitos legais específicos para tutela das minorias, bem como a entrada de fundos de investimento e outro tipo de investidores institucionais nas sociedades anónimas, como forma de suprir as falhas tradicionais de *corporate governance* ao nível do equilíbrio de interesses e da maximização da *performance*, que contribuiu, em grande parte, para a evolução da posição do acionista minoritário.

Tradicionalmente entendido como uma mera minoria, sem qualquer interesse de intervenção na atividade societária e assumindo uma posição passiva face ao poder

---

<sup>2689</sup> Relembramos que a atuação dos gerentes ou administradores de uma sociedade se pauta, ou deveria pautar, pela prossecução das atividades sociais nos termos do projeto societário querido pelos sócios ou acionistas, devendo o órgão de administração, segundo o art. 259.º do CSC, “praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social”. Sobre esta temática, veja-se Abreu, 2010, pp. 39-44.

<sup>2690</sup> Note-se que o *corporate governance* surgiu, precisamente, como forma de combater o distanciamento dos acionistas face à vida societária, que culminou numa crise financeira e num reforço das exigências de fiscalização das sociedades anónimas.

<sup>2691</sup> Entre outros, englobam o direito de participação no lucro gerado pela sociedade, o direito de convocar assembleias gerais e de participar nas respetivas deliberações, o direito à informação e o direito geral de participação nos órgãos societários. A título exemplificativo, veja-se o art. 77.º, n.º 1, do CSC, que prevê a possibilidade de interposição de ações de responsabilidade por sócios representativos da minoria do capital social. No entanto, a nosso ver, a tutela do acionista minoritário não se pode cingir a previsões legais específicas para quando a sua posição é objetivamente posta em causa, devendo ser genericamente consagrada. Veja-se, neste sentido, Triunfante, 2004, pp. 45 e ss.



decisório, a figura do acionista minoritário assistiu, então, a uma mudança de paradigma. O alheamento a si intrínseco foi progressivamente substituído por uma atitude ativa e uma maior diligência junto dos acionistas controladores e administradores por si nomeados, traduzindo-se num esforço de contornar a desigualdade natural que o caracteriza por força de uma participação menos significativa no capital social<sup>2692</sup>.

Surge, assim, a figura do acionista investidor – ou ativista –, geralmente sob a forma de fundos de investimento que adquirem participações minoritárias em sociedades comerciais e que intervêm no monitoramento dos administradores, podendo assumir concretizações distintas consoante a finalidade pretendida. O nosso estudo visa, por sua vez, aprofundar o regime e correlações de um tipo de investidor institucional em específico – o investimento em capital de risco.

### **3. O investimento em capital de risco**

#### **3.1. O capital de risco – enquadramento geral e delimitações preliminares**

Remontando a sua origem aos tempos da Roma Antiga, e tendo sido intensificada a sua prática em meados do século XV aquando das primeiras expedições marítimas que envolviam um grande risco de perda do investimento<sup>2693</sup>, a definição de capital de risco parece ainda não reunir consenso. A tradição americana defende duas formas distintas de investimento em capital de risco: o *private equity*, por um lado, designa o fenómeno de investimento através da aquisição de participações em empresas já estabelecidas, independentemente da sua dimensão, e sem qualquer intenção de intervir no seu órgão de gestão e administração, visando apenas a valorização da respetiva participação; por outro lado, o *venture capital* é associado a pequenas empresas ou empresas em fase inicial (*start-ups*), sendo a sua gestão vigiada pelo investidor<sup>2694</sup>. No entanto, a opção europeia, devendo muito à influência anglo-saxónica, subsume a figura do *venture capital* à conceção de *private equity*, que abrange, portanto, toda a realidade do capital de risco.

Independentemente da divisão adotada, o capital de risco pode ser entendido como o “conjunto de operações que consistem na aquisição, por parte do investidor, por um período de tempo limitado, de participações sociais na sociedade financiada, envolvendo

---

<sup>2692</sup> Na verdade, embora os acionistas minoritários – ditos investidores –, não participem, em regra, na vida societária, é de suma importância que sintam que, assim o querendo, têm a possibilidade de o fazer. Cfr. Ribeiro, 2015, p. 519.

<sup>2693</sup> Para um maior aprofundamento da história e surgimento do capital de risco, confira-se Vasconcelos, 2012, p. 159.

<sup>2694</sup> IAPMEI, APCRI, 2018, p. 6. Esta divisão é também defendida por Oliveira, 2015, pp. 71-83. Ainda sobre a definição de capital de risco, veja-se Vasconcelos, 2012, pp. 157 e 158.

um *apport* ao nível da gestão e a assunção do risco da empresa financiada”, com o objetivo de “valorização da sociedade financiada para a posterior alienação das participações sociais do investidor, que virá a ser remunerado pelo ganho da mais valia alcançada no desinvestimento”<sup>2695</sup>. Assim, encontrando regulação na Lei n.º 18/2015, de 4 de março, relativa ao Regime Jurídico do Capital de Risco, Empreendedorismo Social e Investimento Especializado (doravante, “RJCR”)<sup>2696</sup>, podemos concluir por alguns aspetos que serão genéricos a qualquer definição.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que o capital de risco se assume como uma alternativa altamente viável face aos empréstimos bancários tradicionais<sup>2697</sup>, uma vez que, contrariamente a estes, assume integralmente os desafios do mercado, estando dependente do sucesso do investimento e da empresa financiada e não dos juros do capital investido. Consequentemente, daqui podemos inferir aquela que é, provavelmente, a característica mais óbvia, mas também fundamental, desta opção de financiamento – a sua relação com o risco. Desta feita, ainda que podendo ser descritos como entidades que investem em projetos com elevadas expectativas de retorno, os investidores em capital de risco terão sempre inerentes à sua atividade o próprio risco e as oscilações do mercado<sup>2698</sup>. Tal facto traduzir-se-á na diferença entre o resultado previsto e o resultado efetivamente conseguido, o qual, por sua vez, poderá ser positivo, mas também negativo, possivelmente culminando na perda total do capital investido. Assim, esta forma de investimento “é a única que assume o sucesso do negócio como o sucesso do seu próprio investimento”<sup>2699</sup>, tendo em conta a aferição concreta dos projetos e do seu potencial de crescimento, bem como a relação direta com o risco, e financiando e auxiliando a gestão com propósitos de crescimento e valorização da empresa.

Por outro lado, o investimento em capital de risco não se cinge à disponibilização de capital, pretendendo acrescentar valor à sociedade financiada. Tal finalidade é conseguida mediante contributos que vão para além do financeiro, nomeadamente a nível de *know-how* e de *show-how* e da disposição de uma vasta rede de contactos de outros potenciais investidores, consumidores e fornecedores. Ademais, confere ainda apoios no contexto legal, contabilístico, bancário, de *marketing*, entre outros, fundamentais para uma empresa em fase embrionária e seu consequente desenvolvimento<sup>2700</sup> e para o acesso a oportunidades de negócio mais vantajosas. Por

---

<sup>2695</sup> Teixeira, 2018, p. 560.

<sup>2696</sup> Lei que transpõe as Diretivas n.º 2011/61/UE e 2013/14/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho e 21 de maio, respetivamente, assegurando a execução dos Regulamentos (UE) n.º 345/2013 e 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril, na ordem jurídica interna. Sobre a definição de capital de risco, veja-se o seu art. 3.º.

<sup>2697</sup> Na verdade, “a importância actual do capital de risco deve-se, em grande parte, à inviabilidade de financiamento das empresas por parte das instituições bancárias.” Serra, 2016, p. 326.

<sup>2698</sup> Lovas, Pereczes & Rába, 2015, p. 106.

<sup>2699</sup> IAPMEI, APCRI, 2018, p. 5.

<sup>2700</sup> Cumming & MacIntosh, 2003, p. 6.

esta razão se entende que o capital de risco não é um mero “prestamista”<sup>2701</sup>, mas sim um autêntico parceiro da empresa, partilhando o risco dos negócios e contribuindo para a sua gestão e valorização.

Por último, ressalva-se o âmbito temporal deste tipo de investimento. Nos termos do artigo 3.º do RJCR, o capital de risco consubstancia-se na aquisição de participações sociais por período de tempo limitado, não podendo ultrapassar, via de regra, os 10 anos de investimento<sup>2702</sup>. Como já mencionado, o financiamento de capital de risco ocorre por via de participação direta no capital social de uma empresa através da aquisição de participações sociais e decorrente partilha do risco. É esta partilha do risco que faz com que o objetivo do investidor seja a maximização do eventual retorno e valorização da empresa participada e não propriamente a alienação definitiva da empresa, “porque a sua fonte de lucro não está no dividendo que a empresa visada possa dar, mas antes na mais valia que prevê fazer na saída, com a venda da sua participação”<sup>2703</sup>. Por isso é que a atuação do capital de risco incide maioritariamente em pequenas empresas, em início de atividade e com elevado potencial de crescimento<sup>2704</sup>, implicando uma taxa de rendibilidade mínima associada ao risco assumido. Ora, a rendibilidade do investimento é aferida aquando do respetivo desinvestimento e tendo em conta a estratégia adotada, como mais à frente veremos.

### **3.2. As entidades de capital de risco**

Sujeito ao controlo por parte da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante, “CMVM”), o artigo 1.º do RJCR prevê o leque de entidades suscetíveis de investir em capital de risco. Para a presente dissertação importa apenas referir os investidores de capital de risco (doravante, “ICR”) e, por outro lado, os organismos de investimento coletivo (“OICs”)<sup>2705</sup>, dentro dos quais podemos encontrar as sociedades de capital de risco (“SCR”) e os fundos de capital de risco (“FCR”), todos sujeitos a registo prévio junto da CMVM.

Os ICR, ou *business angels*, são investidores individuais de capital de risco, normalmente movidos por razões de índole financeira, mas também pessoal. Agindo, via de regra, por conta própria, constituem uma parte fundamental desta indústria pelo facto

---

<sup>2701</sup> IAPMEI, APCRI, 2018, p. 6.

<sup>2702</sup> Embora tal limite estivesse previsto nos termos do art. 10.º, n.º 1, al. c), então revogada, do RJCR, o n.º 5 do mesmo preceito prevê uma exceção ao regime legal, mediante requerimento fundamentado e deferido pela CMVM.

<sup>2703</sup> Vasconcelos, 2012, p. 160.

<sup>2704</sup> Nas palavras de Oliveira, 2015, p.71, “empresas que apresentam um projeto com potencialidades de sucesso mas às quais faltam condições iniciais para o seu desenvolvimento”.

<sup>2705</sup> Por organismos de investimento coletivo entenda-se o conjunto de patrimónios autónomos constituídos com o objetivo de se permitir o aforro coletivo mediante um princípio de divisão de risco. Cfr. Câmara, 2016, p. 795. Veja-se, ainda, o art. 3.º, n.º 2, do RJCR.

de se reconduzirem a entidades particulares com grande poder aquisitivo, dispostos a investir fundos próprios em empresas em desenvolvimento. Assim, disponibilizam quantias menores de capital numa fase mais precoce do investimento, nomeadamente em projetos de *seed capital* e *start-ups*, como adiante constataremos. Nos termos do artigo 14.º do diploma supramencionado, os ICR reconduzem-se a sociedades de capital de risco específicas, obedecendo imperativamente ao tipo societário unipessoal por quotas e podendo ter como sócios apenas pessoas singulares.

Por seu turno, as SCR, tratando-se obrigatoriamente de sociedades anónimas com um capital social mínimo de €125.000,00, encontram-se reguladas no artigo 11.º do RJCR e têm por objeto o incentivo ao investimento e à inovação tecnológica por meio da participação temporária no capital social de empresas já estabelecidas<sup>2706</sup>, com expectativa de obter determinadas mais-valias com a alienação futura da participação então adquirida. Acessoriamente, podem ainda auxiliar a gestão das sociedades participadas ou efetuar estudos de mercado relativos à viabilidade de novos projetos de investimento com vista à entrada de capital de risco no seu capital social.

Podendo as SCR investir de forma direta, através de fundos próprios – artigo 12.º do RJCR –, poderão, também, fazê-lo indiretamente. É neste contexto que surgem os FCR, definidos como “patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, mas dotados de personalidade judiciária, pertencentes ao conjunto dos titulares das respetivas unidades de participação”<sup>2707</sup>, “tendo por finalidade serem investidos em sociedades com potencial elevado de crescimento e valorização, por períodos de tempo limitados”<sup>2708</sup>. Por seu turno, a sua administração é atribuída a uma entidade gestora que, independentemente da sua natureza, atua por conta e no interesse exclusivo dos participantes do fundo, praticando os atos necessários ou convenientes a uma boa administração<sup>2709</sup>. Considerando-se constituídos a partir do momento em que se efetua a primeira subscrição para realização do seu capital, os FCR são, portanto, classificados como fundos fechados, sendo o seu capital obrigatoriamente fixado aquando da sua criação.

### **3.3. Tipos de investimento em capital de risco**

A estrutura de um investimento em capital de risco aparenta ser extremamente flexível, dependendo das partes intervenientes no processo e da sua vontade, do estado da empresa que se visa financiar e da própria adaptabilidade às características do mercado. Não obstante, e apesar de estar amplamente associado a pequenas empresas

---

<sup>2706</sup> IAPMEI, APCRI, 2018, p. 14.

<sup>2707</sup> Cfr. art. 15.º, n.º 1, do RJCR.

<sup>2708</sup> IAPMEI, APCRI, 2018, p. 19.

<sup>2709</sup> Cfr. art. 17.º, n.º 2 e 4, do RJCR.

com prósperas expectativas de crescimento, um fator nuclear para a caracterização deste tipo de investimento é o estágio de desenvolvimento da empresa participada, podendo, portanto, surgir também no âmbito de empresas já estabelecidas e que procuram a sua desenvolvimento, expansão ou até recuperação. No entanto, sendo inúmeros os possíveis modos de entrada do capital de risco, escolhemos apenas expor o investimento em *seed capital* e o *start-up*<sup>2710</sup>.

O *seed capital*, que prima pela popularidade no seio desta forma de financiamento, é utilizado como instrumento de desenvolvimento de uma ideia de negócio, concretizando-se, por exemplo, no apoio a estudos de mercado que visem determinar a viabilidade de um produto ou serviço ou na sua promoção a partir de ideias meramente projetadas – ou seja, na elaboração de um plano e potenciais pesquisas adicionais, procurando criar as condições necessárias para uma produção economicamente frutífera. Contudo, e por se direcionar, essencialmente, a empresas em fase pioneira ou em desenvolvimento, este investimento acarreta consideráveis desafios associados ao facto de carecer, não raras vezes, de suporte financeiro e de gestão para permitir o crescimento pretendido. Por esta razão o *seed capital* é, via de regra, encetado por entidades particulares, maiormente por *business angels*.

Já o *start-up* comporta o investimento em empresas que, tal como o nome indica, necessitam de um determinado impulso para a execução dos projetos por si já prosseguidos, mais precisamente a nível de capital e de experiência de gestão. Assim, visa apoiar o desenvolvimento de determinado produto ou serviço e suportar os esforços iniciais de penetração no mercado, tendo como objetivo conferir visibilidade inicial à empresa e ao seu produto através de estratégias de *marketing*, do seu lançamento e consequente comercialização, independentemente de o negócio se encontrar já em funcionamento ou em processo final de instalação. Isto comprova o papel fulcral de uma boa gestão na evolução e no alcance de todo o potencial de uma empresa. Ademais, apesar de incidirem, tradicionalmente, sobre pequenas empresas, tem-se verificado uma alteração desta tendência para projetos suportados por grandes conglomerados empresariais, nomeadamente de automóveis ou telecomunicações.

### **3.4. O processo de investimento em capital de risco**

O fenómeno do investimento em capital de risco materializa-se numa espécie de parceria entre o investidor e a empresa financiada, imperando a partilha dos riscos decorrentes do negócio cuja rentabilidade depende da *performance* registada. No

---

<sup>2710</sup> Note-se que ambas as definições tomaram como ponto de partida o estabelecido no IAPMEI, APCRI, 2018, pp. 10 e 11, podendo as restantes formas de investimento ser consultadas na mesma fonte.

entanto, o processo de investimento é precedido por uma série de atos concatenados que acreditamos merecer a nossa atenção.

À semelhança de inúmeros negócios jurídicos, o investimento em capital de risco tem início com a apresentação de uma proposta negocial por parte da empresa que anseia obter financiamento. Esta proposta, ou o denominado *business plan*, consiste num plano de negócios formalizado num documento que contém os objetivos e a estratégia de gestão visados<sup>2711</sup> e que assume um papel fundamental no processo de investimento enquanto primeiro contacto entre o empreendedor e o investidor<sup>2712</sup>. Consequentemente, este projeto é submetido a um escrutínio minucioso pelo investidor por forma a recolher toda a informação que considere pertinente para a tomada de decisão final. Esta análise dá origem ao chamado processo de *due diligence*, que, *in casu*, “serve para que a sociedade de *private equity* conheça a sociedade *target* de modo a poder tomar uma decisão bem fundada sobre se e como deve ou não deve investir nela”<sup>2713</sup>. Noutras palavras, tem por objetivo mitigar, dentro do possível, os riscos associados ao investimento mediante pesquisas relativas a todas as componentes do negócio<sup>2714</sup>, avaliando-se o potencial de crescimento e desenvolvimento da empresa, bem como a viabilidade e possibilidade de sucesso do investimento associado à avaliação do risco a este inerente<sup>2715</sup>.

Para além da tradicional abordagem financeira, esta etapa de prospeção e sequente avaliação obedece a critérios de índole qualitativa. Ou seja, o investidor efetua uma espécie de filtragem, discriminando os planos que melhor se adequam ao seu portefólio de investimento e, inversamente, excluindo os que não são do seu interesse, mormente por razões de localização geográfica, setor de atividade ou até por força de riscos que entenda não serem controláveis. Para isso, recorre a uma análise técnica e económica concreta e pormenorizada, mas parte também de critérios genéricos e da sua própria experiência<sup>2716</sup>. Note-se que a decisão de investimento se revela sempre difícil devido ao grau de incerteza que o negócio comporta, pretendendo-se que a opção final seja a mais adequada possível aos interesses da entidade investidora.

---

<sup>2711</sup> Vasconcelos, 2012, p. 169, nota n.º 18.

<sup>2712</sup> É, por isso, fulcral que seja rigoroso e objetivo, uma vez que revela a competência e a viabilidade do projeto: por um lado, permite ao empreendedor atingir o seu grande objetivo – a angariação do capital necessário para o seu negócio –, e, por outro, funciona como uma ferramenta de análise para os investidores. Cfr. Banha, 2000, p. 103.

<sup>2713</sup> Vasconcelos, 2012, p. 169, nota n.º 17.

<sup>2714</sup> Eyler, 2007, p. 1.

<sup>2715</sup> De notar que esta delimitação do chamado “risco aceitável” não pode ser absoluta. Por exemplo, se uma empresa se dedica ao desenvolvimento de uma nova tecnologia, correrá o risco de esta malograr ou não ser finalizada a tempo. No entanto, excluir todos os negócios que apresentem este tipo de risco implicaria a desconsideração de projetos que se poderiam revelar extremamente frutíferos. Portanto, devem os investidores determinar de antemão os aspetos que se afirmarão como *deal breakers* do negócio face à impossibilidade de uma análise profunda quanto aos mesmos. Eyler, 2007, pp. 3 e 4.

<sup>2716</sup> Banha, 2000, pp. 108 e 109.

Por último, sendo a sua decisão favorável, o investidor informa a empresa nesse sentido, dando-se a aprovação preliminar do investimento com base na qualidade da equipa de gestão, bem como do próprio produto, no seu posicionamento no mercado, na sua capacidade competitiva e tecnológica e no próprio modelo de negócio<sup>2717</sup>. Iniciar-se-ão, portanto, uma série de negociações entre ambas as partes, podendo ser requeridas informações adicionais com vista a acordar as condições finais do pacto, o qual irá sintetizar os interesses e ambições envolvidos. Posteriormente, a decisão de investimento concretiza-se e, conseqüentemente, materializa-se num contrato, geralmente designado de contrato de investimento ou de *private equity*, regulando os termos do negócio.

Relativamente ao processo de investimento em capital de risco, e sem detrimento de todo o acompanhamento ao longo da sua existência, resta-nos apenas referir uma fase, para nós, talvez a mais importante – o desinvestimento.

### **3.4.1. O desinvestimento em capital de risco**

Como já sabemos, uma das características nucleares do investimento em capital de risco é o seu caráter temporário, sendo a sua rentabilidade calculada não com base em encargos financeiros ou contrapartidas prestadas, mas na probabilidade do sucesso da empresa financiada. Assim, todo o investimento é realizado já com expectativas da sua retirada, dado não existirem, na verdade, pretensões em adquirir a empresa financiada, reconduzindo-se a fonte remuneratória da entidade de *private equity* ao ganho alcançado com a mais-valia no momento do desinvestimento<sup>2718</sup>, ou seja, com a liquidação da participação social anteriormente alienada, aquando da sua valorização máxima.

Mas porque será tão importante para os investidores terem, *ab initio*, uma estratégia de saída ponderadamente delineada? Ora, e seguindo o raciocínio de D. Gordon Smith<sup>2719</sup>, o desinvestimento permite, por um lado, uma espécie de reciclagem do portefólio das sociedades de capital de risco, operando uma renovação e conseqüente substituição das empresas já maduras e saturadas, que já alcançaram todo o potencial a que se propunham, por novas empresas – *early stage companies* –, com grande capacidade de evolução e eventuais retornos. Ademais, possibilita uma avaliação qualitativa geral por parte dos fundos de investimento, que, com base na competência e resultados obtidos pelos investidores, podem decidir realocar determinado capital a outra empresa mais promissora, conseguindo, de certa forma, gerir a rentabilidade dos

---

<sup>2717</sup> Gompers, Gornall, Kaplan & Strebulaev, 2016, pp. 17-22.

<sup>2718</sup> Vasconcelos, 2012, p. 158.

<sup>2719</sup> Smith, 2005, p. 2.

investimentos operados. Posto isto, o objetivo máximo da retirada do investimento será, então, a canalização do retorno obtido para novos investimentos<sup>2720</sup>.

Estando dependente de inúmeras variáveis, nomeadamente do grau de desenvolvimento da empresa financiada, da envolvente económico-financeira externa e da *performance* da gestão, o desinvestimento pode dar-se por algumas razões de ordem. Em primeiro lugar, e para além da aproximação do limite temporal legalmente previsto, que obriga, inevitavelmente, à liquidação da participação social adquirida, a situação mais comum será a saída da entidade investidora quando já se tenha extraído do investimento todos os contributos possíveis por força da valorização e desenvolvimento máximos do seu potencial. Inversamente, pode suceder que o investimento não obtenha os resultados esperados, verificando-se um decréscimo no valor do mesmo em virtude de determinada vicissitude externa, como o surgimento de uma entidade concorrente e com maior força no mercado, ou interna, como uma falha no sistema tecnológico da empresa<sup>2721</sup>. Por último, cabe-nos ressaltar os casos em que o desinvestimento opera quando o valor marginal projetado, decorrente dos esforços, diretos e indiretos, encetados pela entidade de capital de risco, é manifestamente inferior aos custos associados a esse mesmo esforço<sup>2722</sup>. Desta forma, quando o valor adicional do investimento começa a diminuir e, paralelamente, os custos inerentes à sua manutenção aumentam, o investidor começará a ponderar a sua retirada.

Esta temática leva-nos a questionar sobre qual será o melhor momento para pôr em prática o desinvestimento. Se normalmente impera uma lógica de racionalidade económica de recursos, associada à máxima satisfação e obtenção do maior lucro e benefício possíveis com o mínimo de esforço e custos associados, tendo em conta as melhores soluções para o cliente<sup>2723</sup>, a verdade é que, não raras vezes, os investidores tomam a decisão de desinvestir prematuramente. A este fenómeno dá-se o nome de *grandstanding*, que traduz, então, um desinvestimento em momento precoce, geralmente levado a cabo por entidades de investimento em capital de risco recém-criadas<sup>2724</sup>. Tal acontece, essencialmente, devido a pretensões de construir um relatório de investimento mais ou menos imaculado, de modo a facilitar a angariação futura de fundos<sup>2725</sup>. Assim, e embora possa ter como consequências assimetrias de informação<sup>2726</sup> e a desvalorização financeira da transação para todas as partes envolvidas<sup>2727</sup>, o

---

<sup>2720</sup> Processo denominado de *fundraising*. Neste sentido, veja-se Gompers & Lerner, 2002, pp. 17 e ss.

<sup>2721</sup> Cumming & MacIntosh, 2003, p. 7.

<sup>2722</sup> Cumming & MacIntosh, 2003, pp. 6 e 7.

<sup>2723</sup> Princípio designado como *best execution rule*, que determina que o investidor deve, segundo uma análise criteriosa e uma lógica de diligência razoável, executar as decisões que se revelem mais vantajosas para os seus clientes, tendo em conta a conjuntura económica do mercado.

<sup>2724</sup> Gompers, 1996, pp. 133-156.

<sup>2725</sup> Cumming & MacIntosh, 2004, pp. 8-9.

<sup>2726</sup> Cumming & MacIntosh, 2004, p. 8.

<sup>2727</sup> Smith, 2005, p. 351.



*grandstanding* resulta em inúmeros benefícios privados para o investidor, nomeadamente o impulso reputacional que acompanha o estatuto de empresas investidoras bem-sucedidas.

Feito o enquadramento geral e esclarecidos todos os conceitos base que consideramos necessários para um melhor entendimento do procedimento sob escrutínio, abordaremos, no capítulo subsequente, um problema específico que decorre do (des)investimento e que pode comprometer a fruição das mais-valias enquanto fruto do esforço encetado durante o período compreendido.

#### **4. Os conflitos de interesses entre o acionista fundador e o investidor**

Os problemas de agência já previamente mencionados não se verificam somente em âmbito de relações societárias. Também o vínculo estabelecido por força do investimento em capital de risco origina uma inevitável *relação de agência* entre as partes envolvidas, verificando-se, no fundo, o controlo e a condução da atividade de uma sob orientações da outra. Como nos é já possível deduzir, esta intervenção de figuras estranhas à sociedade investida, aliada à limitação temporal que caracteriza esta forma de investimento, pode gerar inúmeros desafios ao nível do equilíbrio de forças entre o acionista fundador da empresa participada e a entidade que nela se compromete a investir<sup>2728</sup>, contrapondo interesses focados na sustentabilidade e desenvolvimento a longo prazo e em vantagens económico-financeiras de curto prazo, respetivamente.

A posição adotada pelos investidores de capital de risco deve-se, essencialmente, ao facto de prosseguirem o seu próprio negócio<sup>2729</sup>, direcionando a sua atenção para a valorização e extração do maior lucro possível num curto espaço temporal, numa ótica de *short-termism*<sup>2730</sup>, de modo a maximizar a rendibilidade dos seus investimentos a favor dos beneficiários finais dos fundos que administram. Assim, embora o investidor assuma uma posição ativa no governo da sociedade, contribuindo para minimizar os custos de agência e para salvaguardar, de certa forma, os interesses sociais<sup>2731</sup>, a necessidade “de manter liberdade de desinvestir em qualquer momento”<sup>2732</sup> colide

---

<sup>2728</sup> Também se podem verificar conflitos de interesses no seio da própria estrutura organizacional de capital de risco, mormente entre a entidade gestora e os participantes do fundo de investimento. Para um maior desenvolvimento deste tema, veja-se Teixeira, 2018, *in fine*.

<sup>2729</sup> “Num contexto em que o grupo financeiro tem outras actividades, a salvaguarda dos interesses dos seus próprios accionistas poderá colidir com a defesa dos interesses dos accionistas de uma outra sociedade, incluindo-se nestes últimos os titulares de poupanças fiduciariamente geridas pelo grupo”. Alves, 2005, p. 75.

<sup>2730</sup> Termo utilizado por Serra, 2016, p. 333, e que remete para o âmbito temporal limitado associado ao investimento em capital de risco.

<sup>2731</sup> Note-se que aos fundos de capital de risco é atribuída, como contrapartida do seu investimento, uma participação social com direitos especiais a esta inerentes, nomeadamente ações preferenciais e o direito de designar membros da administração, passando, assim, a ter controlo sobre a sociedade participada.

<sup>2732</sup> Alves, 2005, ob. cit., p. 55.

diretamente com o papel do acionista fundador, comprometido com o futuro da sua sociedade.

A este receio de uma decisão de desinvestimento prematura ou movida por interesses egoísticos somam-se os problemas resultantes de uma provável incompletude contratual. Se a prática geral tem já vindo a demonstrar a dificuldade de se conseguir redigir um contrato completo<sup>2733</sup>, o contrato de investimento não será exceção, por muito que a sua estratégia – principalmente de desinvestimento – seja cuidadosamente delineada<sup>2734</sup>. Associado a uma natural assimetria de informação, este facto pode desencadear custos de agência relacionados, na sua génese, com abusos de poder que podem ser categorizados em três grandes setores<sup>2735</sup>. Desta feita, seguindo o estudo realizado por Stefan Duffner<sup>2736</sup>, podemos, por um lado, deparar-nos com um conflito de *moral hazard*, que descreve as situações em que a sociedade financiada age em seu favor e em detrimento do interesse do investidor, fazendo-se valer de informação ou ações não observáveis pelo segundo, ainda que o sucesso final do investimento o seja. Por outro lado, pode observar-se um fenómeno de *holdup* subjacente a lacunas contratuais intencionalmente previstas e utilizadas pelo acionista fundador em seu proveito, mediante a sua invocação em momento ulterior e obrigando, consequentemente, a uma revisão do contrato de investimento. Por último, o problema de *adverse selection* verifica-se quando uma das partes esconde determinadas características – encontrando-se, por isso, em posição vantajosa –, podendo conduzir a uma interpretação errónea da realidade e causadora de uma possível quebra de mercado.

Um alinhamento absoluto de todos os interesses envolvidos no âmbito de um investimento em capital de risco parece, portanto, uma ideia meramente utópica. Não obstante, o contrato de investimento não pretende apenas regular as circunstâncias em que este se vai realizar, consoante o previamente acordado pelas partes, mas assumir-se como uma autêntica tentativa de minimizar potenciais problemas de agência, através da diluição de desacordos e de discrepâncias a nível de informação<sup>2737</sup>. É neste contexto que

---

<sup>2733</sup> A completude contratual encontra regulação legal no art. 232.º do CC, que afirma que o contrato não se conclui enquanto as partes, após um período de negociações com vista à harmonização e compatibilização dos seus interesses, não tiverem acordado sobre todas as cláusulas por si pretendidas.

<sup>2734</sup> Bienz & Walz, 2006, p. 13, onde afirmam “with a perfect alignment of interest between the VC and the other owners of the portfolio firm with respect to exit timing and exit channel any covenants regarding control and decision rights would be superfluous. The same holds true if it were possible to write complete contracts laying down ex ante any decision in any future state of nature”.

<sup>2735</sup> Optámos por explorar os abusos de poder que poderão ser preconizados pela sociedade financiada, na pessoa do acionista fundador, contra a entidade investidora, relevando o seu conhecimento de causa e acesso a informação relativa à sociedade de que faz parte, o que faz com que procure qualquer tipo de vantagem sobre a entidade investidora por forma a assegurar a prossecução dos seus interesses. Para uma análise da situação inversa, consulte-se Vasconcelos, 2012, pp. 165-168, onde enumera um conjunto de situações geradoras de conflito e de possível violação dos deveres gerais de cuidado e de lealdade estipulados no art. 64.º do CSC.

<sup>2736</sup> Duffner, 2003, mais especificamente o conteúdo compreendido entre as pp. 27 e 50.

<sup>2737</sup> Salientamos que os contratos de investimento permanecem vinculados às regras previstas nos diferentes diplomas legais, nomeadamente no CC, CCm e CSC.

surge a realidade dos acordos parassociais e dos mecanismos de defesa da posição e interesses do investidor no próprio contrato de investimento, valorizando a sua participação ativa na gestão e no desenvolvimento da atividade da sociedade participada, bem como o seu papel decisório a nível de estratégias negociais a adotar, *maxime* no que ao desinvestimento diz respeito.

Assim, será de uma importância crucial a previsão de instrumentos que garantam o mínimo de poder e controlo ao investidor no momento da decisão de desinvestimento, por forma a assegurar a liquidez e o retorno esperados. Ora, tal encontra concretização em cláusulas específicas para o efeito que se destinam à mediação dos conflitos de interesses apresentados<sup>2738</sup>. É por esta razão que o próximo e último capítulo da presente dissertação se dedica por completo a abordar uma das formas mais comuns e, diga-se, eficiente, no que concerne à salvaguarda de direitos no desinvestimento – as cláusulas de *drag along*.

## **5. As cláusulas de *drag along***

### **5.1. Os acordos parassociais**

Do processo de negociações entre a sociedade financiada e o investidor em capital de risco previamente analisado, e que tem em vista a concretização, formal e material, do contrato de investimento, resultam, na esmagadora maioria dos casos, os acordos parassociais, enquanto conformadores das relações futuras entre as partes intervenientes.

Remontando aos primórdios da constituição de uma sociedade comercial, mais precisamente ao momento da celebração do contrato societário<sup>2739</sup>, temos, certamente, consciência de que este ato constitutivo não será efetivado, à partida, sem antes se ter verificado um conjunto de negociações entre as partes envolvidas, com vista à harmonização de vontades e consequente realização do acordo definitivo. Por outro lado, enquanto negócio jurídico, o contrato social caracteriza-se pela liberdade de celebração e estipulação, bem como pelo carácter maioritariamente supletivo das regras que o circunscrevem, podendo, na generalidade, ser afastadas por simples vontade das partes. No entender de António Menezes Cordeiro<sup>2740</sup>, as partes terão, portanto, plena discricionariedade quanto à celebração, ou não, do contrato de sociedade, bem como quanto à inclusão de cláusulas que entendam necessárias.

É neste contexto que surgem os acordos parassociais – não sendo a sociedade considerada um contrato comum, será facto inegável que os seus membros podem não

---

<sup>2738</sup> Lovas, Pereczes & Rába, 2015, p. 109.

<sup>2739</sup> Vejam-se os arts. 7.º e 18.º do CSC e o art. 980.º do CC.

<sup>2740</sup> Cordeiro, 2007, pp. 425 e ss.

dispensar da necessidade de conformar e harmonizar a vivência societária através de regras específicas quanto ao seu funcionamento. Esta matéria é, então, um dos pontos nucleares no que ao Direito Societário moderno diz respeito, constituindo uma emancipação do direito à autonomia e iniciativa privadas, designadamente na sua vertente de modelação do conteúdo contratual, ainda que adstrita aos imperativos legais e estatutários. Haverá, *inclusive*, quem defenda a impossibilidade de uma sociedade exercer a sua atividade comum sem recurso a tais contratos à margem do esquema societário, conhecendo da inquestionável afluência que atualmente se verifica a esta regulação “extra-social” das relações dos sócios entre si ou com terceiros.

Segundo Giorgio Oppo, o grande pioneiro da definição de acordos parassociais, “por contratos ou pactos ou convenções parassociais entendemos os acordos celebrados pelos sócios (...) para regular *inter se* ou ainda nas relações com a sociedade, com os órgãos sociais ou com terceiros, um certo interesse ou uma certa conduta social”<sup>2741</sup>. Entre nós, a expressão terá sido inaugurada por Fernando Galvão Teles<sup>2742</sup>, expondo-a como um conjunto de estipulações independentes, com existência própria – embora acessórias do acordo fundador –, através das quais os sócios regem ou alteram as relações sociais<sup>2743</sup>. Independentemente do sentido teórico atribuído, estes acordos, regulados no artigo 17.º do CSC, parecem obedecer a duas características capitais: a autonomia e independência face ao pacto de sociedade e, paralelamente, um vínculo acessório e funcional com o mesmo. Veja-se: embora diferenciando-se do pacto social em si próprio considerado por revestirem negócios jurídicos com autonomia própria, regidos por normas específicas e reportados tão só aos sócios que os celebrem<sup>2744</sup>, não influenciando a figura coletiva, o seu objeto não deixa de se transportar a verdadeiras relações societárias, resultando da “particular conexão que decorre entre o contrato parassocial e o pacto social”<sup>2745</sup>.

### 5.1.1. Tipos de acordos parassociais – os acordos de bloqueio

Conforme enunciado por Fernando Galvão Teles, o progresso da vida económica e social culminou na proliferação da procura das “mais justas soluções para a regulamentação dos seus interesses legítimos”<sup>2746</sup>. No entanto, e conjugando tal

---

<sup>2741</sup> *Apud* Trigo, 1998, p. 16.

<sup>2742</sup> Teles, 1951, pp. 37 e ss.

<sup>2743</sup> Ainda sobre a definição de acordo parassocial, veja-se Cordeiro, 2007, p. 637, parecendo partir da definição prevista no art. 17.º, n.º 1, do CSC, quando afirma tratar-se de pactos celebrados pelos sócios, enquanto tal, de uma determinada sociedade, com a finalidade de regular as relações societárias a ela inerentes.

<sup>2744</sup> Note-se que, nos termos dos art. 17.º, n.º 1, do CSC, e 406.º, n.º 2, do CC, os acordos parassociais possuem uma eficácia meramente relativa ou obrigacional, produzindo unicamente efeitos na esfera jurídica dos seus intervenientes e diferenciando-se, assim, do pacto social, dotado de eficácia absoluta.

<sup>2745</sup> Teles, 1951, p. 75.

<sup>2746</sup> Teles, 1951, p. 38.

fenómeno com a heterogeneidade das necessidades e objetivos visados pelas partes interessadas e, acima de tudo, com o princípio da liberdade de forma a que os acordos sob escrutínio estão sujeitos<sup>2747</sup>, bem como com o caráter meramente supletivo das regras atinentes ao próprio pacto social, tornou-se necessária uma forma de classificação mais ou menos intensiva, com base em critérios distintos e segundo a matéria sobre a qual se pretende incidir.

Assim, defende-se uma categorização tripartida destes acordos<sup>2748</sup>, permitindo a sua arrumação, simplificação e sistematização: *acordos relativos ao exercício do direito de voto*<sup>2749</sup>, *acordos relativos à organização da sociedade*<sup>2750</sup> e *acordos relativos ao regime das participações sociais*. Encontrando maior pertinência para o tópico alvo de estudo, analisaremos apenas o regime relativo ao último grupo mencionado.

Desta feita, podem as partes interessadas recorrer a acordos atinentes ao sistema das participações sociais, mais concretamente das ações sociais. Ora, e paralelamente às convenções de voto, têm alcançado grande relevância prática, pela sua utilização frequente, as convenções parassociais que estabelecem limites à transmissibilidade das participações dos sócios, geralmente designadas por convenções de bloqueio. Caracterizando-se por cláusulas que incidem, por exemplo, sobre proibições de alienação, direitos de preferência mútuos, direitos de opção na compra ou venda de participações ou encargos de subscrição de aumentos de capital social<sup>2751</sup>, estes acordos surgem, não raras vezes, como um meio de as partes contornarem a impossibilidade legal de prever este tipo de restrições no próprio contrato de sociedade ou, pelo contrário, de reforçarem restrições já previstas no pacto societário. Neste sentido, e conforme enunciado por Manuel Sequeira<sup>2752</sup>, os acordos de bloqueio permitem às partes apor cláusulas de intransmissibilidade para além do regime supletivo previsto na lei, como de seguida constataremos.

---

<sup>2747</sup> Os acordos parassociais não se encontram adstritos a qualquer tipo de requisito formal, imperando, na generalidade, o princípio de liberdade de forma previsto no art. 219.º do CC, por oposição às regras relativas ao pacto social.

<sup>2748</sup> Classificação adotada pela maioria da doutrina, como Cordeiro, 2007, p. 652, e Trigo, 2002, pp. 169-171.

<sup>2749</sup> Acordos que visam determinar o sentido de voto, independentemente de o fazerem de modo concreto, através de uma concertação futura (e unânime) entre as partes, ou em momento anterior a qualquer assembleia geral para aprovação de determinada matéria. De notar que é ainda neste tipo de acordos que surgem os sindicatos de voto, mediante os quais os sócios de uma sociedade se comprometem a “exercer concertadamente o direito de voto correspondente às participações sociais de que são titulares”, almejando uma influência na formação da vontade social que, de outra forma, não seria possível. Cfr. Trigo, 1998, pp. 23-28.

<sup>2750</sup> Sobre estes importa referir o seu teor essencialmente financeiro e comercial, a partir dos quais as partes podem, a título meramente exemplificativo, regular as possíveis ações de investimento, adotar planos empresariais com vista à sua aplicação prática e, no geral, encetar esforços para um desenvolvimento concertado da vida societária, nomeadamente através da atribuição da competência de um órgão a determinado indivíduo que considerem indicado. Cfr. Cordeiro, 2007, p. 654.

<sup>2751</sup> Cordeiro, 2007, p. 653.

<sup>2752</sup> Sequeira, 2018, pp. 783-785.

## 5.2. As cláusulas de *drag along* – definição e enquadramento geral

Cabe-nos, agora, retomar o tema que nos propomos explorar. Podendo prosseguir diversas finalidades, os acordos parassociais ganham acrescida relevância prática nas sociedades anónimas, nomeadamente em contexto de investimento em capital de risco, onde, não raras vezes, se torna necessária a criação de condições para harmonização dos vários interesses envolvidos, em benefício do interesse social<sup>2753</sup>.

Assim, o investidor de capital de risco conjuga a aquisição de participações sociais com a celebração deste tipo de acordos. Todavia, surge a questão de saber o que neles pode, ou não, ser incluído<sup>2754</sup>. A verdade é que a razão primordial para a popularidade deste tipo de pactos é, precisamente, permitirem às partes, dentro das limitações legais e da autonomia privada, estabelecer e regular os princípios que assim entenderem, podendo incidir, à partida, sobre qualquer matéria, desde que não proibida por lei.

Dada esta liberdade legislativa, diversas cláusulas podem surgir em contexto de acordos parassociais realizados entre o investidor e os acionistas da sociedade financiada, especialmente em âmbito de convenções de bloqueio e sob a forma de mecanismos indiretos de controlo<sup>2755|2756</sup>. É o caso das cláusulas de *tag along* e *drag along*, das cláusulas de *call option*<sup>2757</sup> e *put option*<sup>2758</sup> e *piggy-back rights*<sup>2759</sup>, por exemplo, que estabelecem “obrigações de conduta que não vinculam diretamente os órgãos da sociedade (nomeadamente de gestão da sociedade), mas sim os seus sócios (...)”<sup>2760</sup>.

Encontrando-se paralelamente relacionadas, iremos definir, primeiramente, o conceito de cláusulas de *tag along*, as quais consubstanciam um direito de venda conjunta que faz com que, face a uma situação de potencial alienação das participações

---

<sup>2753</sup> Kaplan & Stromberg, 2009, pp. 130-132.

<sup>2754</sup> Note-se que a nossa lei se arroga como não enunciativa relativamente aos próprios direitos especiais no geral considerados, apenas regulando expressamente o regime das ações preferenciais sem voto e das ações remissivas enquanto direitos especiais, nos art. 341.º e ss. e 346.º e ss., respetivamente, ambos do CSC.

<sup>2755</sup> Banha, 2000, p. 117, entende que os contratos de investimento são constituídos, essencialmente, por cláusulas atinentes à permanência ou retirada de investimento, distribuição de lucros e estatuição das linhas mestras a observar durante o período de investimento.

<sup>2756</sup> Por mecanismos indiretos de controlo entenda-se o conjunto de poderes jurídicos previstos nos acordos parassociais e que se revelam apropriados a combater comportamentos indesejados, bem como o aproveitamento não ambicionado de oportunidades de negócio – em suma, a impor a vontade do investidor em capital de risco sobre a empresa financiada. Sequeira, 2018, p. 771.

<sup>2757</sup> As cláusulas de *call option* constituem uma opção de compra que permite que um sócio, mediante simples manifestação de vontade, exerça o direito de adquirir participações sociais de outro sócio signatário, o qual, por sua vez, se obriga a vender nos termos pré-estabelecidos no acordo.

<sup>2758</sup> Paralelamente às cláusulas de *call option*, as cláusulas de *put option* ocorrem quando os seus signatários estabelecem determinadas condições para que possam alienar as suas participações sociais. Ou seja, caso o sócio pretenda exercer o direito de venda das suas ações, os restantes obrigam-se a aceitar a sua retirada, sendo-lhes imposto um tempo limite para elaborarem as respetivas propostas de compra.

<sup>2759</sup> Os *piggy-back rights*, por seu turno, permitem que cada signatário inclua proporcionalmente as suas participações sociais numa IPO.

<sup>2760</sup> Sequeira, 2018, p. 778.

sociais pelos acionistas majoritários, o acionista minoritário possa acompanhar e vender a sua participação nos mesmos termos e condições estabelecidos. Ora, se as cláusulas de *tag along* se subsumem, de certa forma, a cláusulas de proteção do sócio minoritário, as cláusulas de *drag along*, pelo contrário, preveem o direito de o seu beneficiário – *in casu*, o acionista investidor –, em situação de potencial aquisição por terceiro, forçar os restantes sócios a vender as suas participações sociais pelo mesmo preço e nos mesmos termos<sup>2761|2762</sup>. Nas palavras de Paulo Olavo Cunha, as cláusulas de *drag along* reservam ao acionista majoritário o direito de impor a venda das posições minoritárias, facilitando a total alienação da sociedade<sup>2763</sup>. Assim, trata-se de uma modalidade de cláusulas de transmissão forçada, dado o acionista majoritário se ver na possibilidade de se constituir titular de um direito potestativo, podendo exercê-lo sem necessitar do consentimento dos demais, ou, por outro lado, de uma obrigação de efetivar um contrato com pessoa indeterminada<sup>2764</sup>.

Posto isto, verificando-se uma proposta de compra de ações representativas da totalidade do capital social da empresa financiada, os acionistas majoritários poderão, então, exigir dos restantes a venda conjunta das suas ações ao terceiro investidor, nos termos e condições por si estabelecidos, mais precisamente a nível de preço, forma de pagamento e garantias exigidas. Pode, contudo, verificar-se o efeito oposto do pretendido – entenda-se, o aumento da liquidez –, quando a aquisição seja feita por um preço inferior e, por isso, compensada por contrapartidas laterais (*kickbacks*) oferecidas pelo terceiro<sup>2765</sup>.

### **5.3. As cláusulas de *drag along* e o seu papel no investimento em capital de risco – as operações de *trade sale***

As cláusulas de *drag along*, também denominadas por cláusulas de *take along* ou, na gíria nacional, “de arraste”, fazendo jus à sua concretização prática, reconduzem-

---

<sup>2761</sup> Bienz & Walz, 2006, p. 14. No entanto, e conforme explicitado por estes autores, ainda que o acionista investidor detenha este poder, evitando a estagnação da venda da totalidade do capital social da sociedade a um terceiro investidor, o acionamento destas cláusulas depende, à partida, de uma maioria qualificada de 50% ou 70% nesse sentido.

<sup>2762</sup> De notar que, embora distintas, ambas as possibilidades são altamente frutíferas na resolução prática de posições divergentes entre os sócios da sociedade financiada, dado tratar-se de mecanismos previamente acordados entre as partes.

<sup>2763</sup> Cunha, 2016, p. 412.

<sup>2764</sup> Sequeira, 2018, pp. 800 e 801.

<sup>2765</sup> Sequeira, 2018, pp. 801 e 802. Note-se que uma forma frequente de evitar estes eventuais abusos é prever cláusulas de direitos de primeira oferta (*right of first offer*) no acordo de bloqueio, paralelamente às cláusulas de *drag along*, permitindo que os acionistas minoritários formem uma proposta preliminar de aquisição das respetivas participações sociais do titular do *drag*, que apenas as poderá transmitir a terceiro por um preço superior.

se, portanto, a aquisições totalitárias, tipicamente utilizadas em contratos de investimento de capital de risco e integradas na tipologia de *trade sales rights*<sup>2766</sup>.

Conforme já previamente enunciado, a atuação dos investidores institucionais tem em vista a máxima exploração económico-financeira da empresa financiada, procurando retirar do investimento o maior lucro possível. Tal objetivo é conseguido através de estratégias temporalmente limitadas, obrigando, consequentemente, ao desinvestimento aquando do alcance do nível máximo de maturidade que poderia ser atingido pela sociedade em questão<sup>2767</sup>. Não nos querendo alongar relativamente às inúmeras estratégias de desinvestimento que poderiam ser adotadas, importa referir no presente ponto um procedimento em específico, cujo método de atuação de eleição é, precisamente, através das cláusulas de *drag along* – as operações de *trade sale*.

Postuladas como uma das cinco grandes estratégias de desinvestimento<sup>2768</sup>, as negociações de *trade sale*, também conhecidas como *acquisition exits*, consistem na aquisição total da empresa financiada por um terceiro adquirente estratégico, normalmente uma entidade de maior dimensão do mesmo setor, que, por sua vez, pretende fundir o produto ou a tecnologia da empresa alienada com as suas próprias empresas, verificando-se, na maioria das vezes, um vínculo contratual anterior<sup>2769</sup>. A existência de um adquirente estratégico pode revelar-se, portanto, como uma outra razão que pode desencadear o processo de desinvestimento, a par das já enunciadas no capítulo 3.º, assumindo-se como um incentivo inegável para a entidade investidora, visto que irá receber a respetiva contrapartida pecuniária pela venda da empresa que até então financiou. Para além disso, relembramos que o investimento em capital de risco opera, essencialmente, em empresas ainda em fase inicial e com grandes potencialidades de crescimento, mediante a aquisição de participações sociais cujo valor acompanha o estado embrionário da empresa. Assim, ainda que alienadas por preços manifestamente baixos, as participações são valorizadas ao expoente do seu potencial e, por último, vendidas ao tal adquirente estratégico<sup>2770</sup>, que se reconduz, geralmente, a empresas bem cotadas no mercado, alcançando-se o retorno prospetivado pelo investimento. Por estas e outras razões, a retirada do capital de risco através de

---

<sup>2766</sup> Bienz & Walz, 2006, pp. 24 e ss. Neste artigo, estes autores consideram as cláusulas de *drag along*, juntamente com as cláusulas de *tag along*, o mecanismo de desinvestimento mais importante.

<sup>2767</sup> Nas palavras de Smith, 2005, p. 316.

<sup>2768</sup> Cumming & MacIntosh, 2003, pp. 3 e 4. Para além do desinvestimento em *trade sale*, estes autores indicam a retirada através de uma IPO, de uma venda ou aquisição secundária, de *buyback* ou ainda de *write-off*.

<sup>2769</sup> Cumming & MacIntosh, 2003, p. 3.

<sup>2770</sup> Note-se que todo este processo de venda da empresa financiada a terceiro obedece, claro, a uma análise ponderada e criteriosa (o chamado processo de *due diligence* já mencionado, que tem lugar na fase de negociações) de todas as envolventes, nomeadamente a nível financeiro, legal e organizacional. Cfr. Sunde & Ekas, 2012, pp. 10-15.



venda a terceiros reveste a forma de desinvestimento com maior expressão em Portugal<sup>2771</sup>.

A ação de *trade sale* envolve, então, a venda da totalidade da empresa financiada, obrigando tanto os acionistas fundadores como o próprio investidor<sup>2772</sup>. Logicamente, e por forma a garantir a concretização desta estratégia de retirada do investimento, um dos métodos mais eficazes será a celebração de acordos parassociais que prevejam uma obrigação de transmissão forçada em caso de alienação a terceiro. Vejamos: pretendendo assegurar o sucesso integral do investimento, o investidor terá, certamente, interesse na inclusão de cláusulas que salvaguardem o posterior desinvestimento – *exit rights*<sup>2773</sup> –, acautelando, para si, determinadas garantias e impedindo a tomada de decisão de desinvestimento unilateral pelo acionista fundador<sup>2774</sup>, nomeadamente quando em causa esteja a possibilidade de uma *trade sale*.

É neste sentido que emergem, não raras vezes, conflitos entre as partes envolvidas, podendo dar origem àquilo que se designa de problema de *hold-up*. Isto acontece quando, perante um terceiro com interesse em adquirir a totalidade da empresa financiada, uma das partes (geralmente o acionista fundador) se recusa a realizar essa venda, tornando-a impossível<sup>2775</sup>. Como nos é já possível deduzir, esta situação de impasse é habilmente colmatada através das cláusulas de arraste, obstando a potenciais abusos por parte dos acionistas<sup>2776</sup>. É por isso que a previsão de cláusulas de *drag along* se assume como um contributo importantíssimo no que a este tópico concerne, impedindo que “uma saída do capital de uma sociedade seja atrasada ou impedida exclusivamente por algum outro accionista estar indisponível para vender em situações em que o terceiro só esteja interessado em adquirir uma participação superior àquela detida pelo titular do direito de arrastamento”<sup>2777</sup> e obrigando à venda das participações retidas nos mesmos termos e condições<sup>2778</sup>. Ainda que se encontre prevista uma cláusula de *right of first refusal* a favor do acionista fundador, conferindo-lhe prioridade face ao terceiro adquirente em caso de acionamento da cláusula de *drag*

---

<sup>2771</sup> CMVM, 2018, pp. 27 e 28.

<sup>2772</sup> Será clara a pretensão do terceiro em adquirir a totalidade da empresa, ao invés de apenas uma parte, pelo facto de, desta forma, não se encontrar subordinado a possíveis imposições dos acionistas fundadores. Para além disso, o próprio investidor terá preferência por esta opção, visto ser a que melhor valoriza a empresa financiada. Cfr. Cumming & MacIntosh, 2004, pp. 4 e 5.

<sup>2773</sup> Sobre este tema, veja-se o artigo de Bienz & Walz, 2006, no qual analisam a estrutura e a evolução dos mecanismos de controlo em âmbito de investimentos em capital de risco. Sobre *exit rights* em particular, remetemos para as pp. 13-15.

<sup>2774</sup> Lovas, Pereczes & Rába, 2015, pp. 106 e 107.

<sup>2775</sup> Chemla, Habib & Ljungqvist, 2004, pp. 1-4. Veja-se também Bienz & Walz, 2006, p. 14.

<sup>2776</sup> Lovas, Pereczes & Rába, 2015, pp. 117 e 118.

<sup>2777</sup> Câmara & Bastos, 2011, p. 52.

<sup>2778</sup> A previsão deste tipo de cláusulas é a justificação primordial para o facto de ser praticamente insignificante para o investidor deter apenas uma minoria das participações sociais da empresa financiada, visto que consegue assegurar determinados direitos e garantias através deste tipo de mecanismos de controlo indiretos, funcionando como uma alternativa fortíssima ao poder da maioria.

*along*<sup>2779</sup>, o que lhe permite obstar a venda a este terceiro através da compra da participação do investidor, tal só será possível se o valor por si oferecido for, pelo menos, igual ao valor que o terceiro se encontre disposto a pagar<sup>2780</sup>.

Assim, independentemente da situação conflitual que se verifique na prática, as cláusulas de *drag along* assumem um carácter quase imprescindível em âmbito de investimento em capital de risco, assegurando, na grande maioria dos casos, a liquidez pretendida no momento do desinvestimento.

#### **5.4. O incumprimento da obrigação de transmissão forçada**

Independentemente de todas as finalidades que, em abstrato, lhes são atribuídas, “os mecanismos indiretos de controlo só poderão ser aptos a complementar os mecanismos diretos do controlo da sociedade se forem suscetíveis de aplicação efetiva”<sup>2781</sup>, a qual depende da sua eficácia, oponibilidade da obrigação em concreto, redação da cláusula em questão e sua suscetibilidade de execução específica. Nesta senda, e atendendo à natureza da obrigação de transmissão forçada que temos vindo a desenvolver, parece impor-se a ponderação das consequências decorrentes de uma situação de incumprimento<sup>2782</sup>.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a preterição desta obrigação pode dever-se ao acionista obrigado ao *drag*, que não transmite a sua participação social ao beneficiário da cláusula ou, alternativamente, a vende a terceiro, em violação do acordo parassocial, ou ao acionista beneficiário deste, por recusar a aquisição das participações nos moldes parassocialmente previstos. Não obstante, independentemente da parte responsável, tem a doutrina entendido que este incumprimento reveste a forma de inadimplemento da obrigação de contratar<sup>2783</sup>, por se ter verificado um compromisso assumido nesse sentido no acordo de bloqueio, aquando do acionamento da referida cláusula.

Verificando-se este incumprimento, certamente haverá interesse em garantir a imediata execução da obrigação, por forma a evitar a frustração definitiva do negócio de investimento. Desta feita, parece-nos ser de adotar a doutrina que admite a possibilidade de recorrer à execução específica<sup>2784</sup> dos acordos parassociais que versem

---

<sup>2779</sup> Cfr., por todos, Chemla, Habib & Ljungqvist, 2004, pp. 3 e 4; Lovas, Pereczes & Rába, 2015, pp. 117 e 118; Caselli, Garcia-Appendini & Ippolito, 2012, p. 28.

<sup>2780</sup> Chemla, Habib & Ljungqvist, 2004, p. 26.

<sup>2781</sup> Sequeira, 2018, pp. 807.

<sup>2782</sup> Atente-se que ao incumprimento do acordo parassocial se aplicam os instrumentos jurídicos de Direito Civil aplicáveis ao não cumprimento de contratos, em detrimento das sanções próprias das relações societárias, tendo em conta a “natureza individual do vínculo, que assim impõe a aplicação de regras gerais sobre o não cumprimento dos contratos”. Teles, 1951, p. 91.

<sup>2783</sup> Sequeira, 2018, pp. 813-820.

<sup>2784</sup> Nos termos do art. 830.º do CC, a execução específica consiste no poder de o promitente fiel (*in casu*, o investidor) obter uma sentença judicial para suprir a inércia do promitente faltoso (*in casu*, o acionista

sobre a transmissibilidade das participações sociais, nos termos do artigo 830.º do CC, assumindo que o devedor possa ser substituído em caso de atraso ou recusa da transmissão da sua posição<sup>2785</sup> e que o incumprimento não é definitivo, sendo, portanto, reconduzível à mera mora na prestação.

Porém, tal apenas se afigura como possível quando, por um lado, não se preveja convenção em sentido contrário<sup>2786</sup> e, por outro, quando a natureza da obrigação a tal não se oponha, isto é, quando o acordo parassocial em questão, devido à natureza dos interesses em jogo, não se coaduna com a concretização coativa da prestação por parte do tribunal. É neste âmbito que emerge uma outra esteira de pensamento, divergente à já enunciada, que se assume contra a execução específica dos acordos parassociais. No entanto, parece-nos que esta posição é apenas vincada quando o acordo parassocial respeita ao exercício do direito de voto<sup>2787/2788</sup>, apoiada numa interpretação restritiva do artigo 830.º do CC, que leva, por sua vez, ao seu afastamento pelo facto de a natureza da obrigação em causa – o exercício do direito de voto num determinado sentido – não ser compatível com a execução específica. Conquanto, e apesar de se realçar ainda o carácter infungível da obrigação e a sua aparente inseparabilidade da figura do acionista<sup>2789</sup>, o argumento que parece efetivamente justificar a recusa da substituição da declaração de voto por sentença judicial será o da impossibilidade da prestação. Ora, se o mecanismo da execução específica pressupõe que a prestação ainda seja possível, subsistindo interesse objetivo por parte do credor na sua concretização, então o recurso a este será afastado se o acionista não cumprir com a prestação a que se havia adstrito e não votar conforme o estipulado, uma vez que o artigo 17.º, n.º 1, *in fine*, do CSC faz com que a respetiva deliberação seja inimpugnável<sup>2790</sup>.

Ainda que se concluindo, portanto, pela efetiva possibilidade de recorrer à execução específica em caso de incumprimento da obrigação de transmissão forçada, os inúmeros obstáculos que se podem verificar<sup>2791</sup> fazem com que a solução para melhor

---

fundador), produzindo-se, desta forma, os mesmos efeitos visados pelo cumprimento pontual do acordo parassocial.

<sup>2785</sup> Neste sentido, Trigo, 2002, p. 181, e Leal, 2009, p. 179.

<sup>2786</sup> Conferindo carácter supletivo à norma estabelecida no art. 830.º do CC, a execução específica terá apenas lugar quando não seja afastada por vontade das partes, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito. Note-se que esta demonstração de vontade não necessita de ser expressa, podendo reconduzir-se à estipulação de sinal ou de cláusula penal, que funciona como uma presunção, ainda que ilidível, de que se pretendeu excluir o recurso à execução específica. Cfr. Falcão, 2014, pp. 904-906.

<sup>2787</sup> Nomeadamente, Cordeiro, 2007, p. 651, quando afirma que “admitir uma acção de cumprimento (que teria, aqui, de ser uma execução específica, já que o voto é uma declaração de vontade que, não sendo emitida pelo próprio, teria de o ser pelo tribunal) seria conferir, ao acordo parassocial, uma eficácia *supra partes*”.

<sup>2788</sup> Remetemos para a nota n.º 70.

<sup>2789</sup> Sobre este ponto, veja-se Leal, 2009, p. 182, onde a autora questiona a conceção da indissociabilidade da declaração de voto da pessoa do seu titular com recurso à realidade da votação através de representantes voluntários.

<sup>2790</sup> Cfr. Leal, 2009, pp. 178-183.

<sup>2791</sup> A título exemplificativo, realça-se a situação em que o acionista vende as participações sociais a terceiro, em detrimento do estipulado no acordo de bloqueio, deixando, portanto, de se encontrar reunidas as condições para a execução específica. Neste caso, e verificando-se os seus requisitos, a solução poderá passar

salvaguardar os interesses das partes deva passar pela previsão de mecanismos de controlo específicos aquando da celebração do acordo de bloqueio e da previsão da cláusula de *drag along*, garantindo a sua eficácia plena.

#### 5.4.1. A oponibilidade a terceiros

Não obstante tudo o que tem vindo a ser dito em matéria de incumprimento em âmbito de cláusulas de *drag along*, a verdade é que será sempre necessário averiguar as especificidades das obrigações nelas estabelecidas, uma vez que, dependendo da redação da cláusula, “poder-se-á vir a concluir que existe um verdadeiro direito do sócio à venda das ações (...) pelo sócio obrigado a um terceiro ou, em alternativa, um direito do terceiro à aquisição das ações deste”<sup>2792</sup>. É neste contexto que surge a questão dos efeitos produzidos na esfera jurídica do terceiro adquirente em caso de incumprimento de acordos que versem a transmissibilidade de participações sociais, fenómeno com um peso cada vez maior no seio da nossa realidade jurídica devido à pujança da liberdade contratual que caracteriza a nossa vida económica.

As cláusulas de *drag along*, por se reconduzirem a obrigações de transmissão forçada de participações sociais, acabam por fazer surgir no domínio dos seus contraentes direitos de crédito às respectivas prestações. Por sua vez, o direito de crédito, definido como o comportamento que o devedor deve adotar em benefício do respetivo credor<sup>2793</sup>, é comumente caracterizado como um direito relativo a nível estrutural, por oposição ao direito real, por apenas poder ser exercido pelo seu titular – a pessoa do credor – contra a pessoa, determinada e individualizada, sobre a qual impende o dever de prestar – o devedor –, assentando, então, numa relação jurídica constituída entre dois sujeitos. No entanto, esta definição tradicional não é pacífica, havendo quem defenda que o direito de crédito, embora estruturalmente relativo, por se reportar apenas à relação jurídica emergida entre o credor e o devedor, será, à partida, oponível a terceiros, em virtude do dever geral de respeito previsto no artigo 483.º do CC<sup>2794</sup>. Nesta ótica, o direito de crédito constitui uma espécie de direito subjetivo que beneficia unicamente o seu titular, traduzindo-se esta exclusividade na oponibilidade do direito creditório a terceiros<sup>2795</sup>.

---

pela proposição de uma ação de responsabilidade por incumprimento contra a parte faltosa, nos termos dos art. 798.º e 801.º, ambos do CC.

<sup>2792</sup> Sequeira, 2018, p. 815.

<sup>2793</sup> Leitão, 2018, p. 65.

<sup>2794</sup> Note-se que o conceito de relatividade e oponibilidade não se confundem. Enquanto a relatividade se subsume à própria relação jurídica, a oponibilidade reporta-se à projeção do crédito em relação a terceiros, independentemente da sua projeção nas esferas jurídicas do titular e do devedor. Por isso, “a eficácia dos direitos subjetivos de crédito, constituídos pelos mecanismos indiretos de controlo em APs deve (...) ser analisada na ótica da estrutura (para aferir da relatividade) e da eficácia (para a distinguir da oponibilidade)”. Sequeira, 2018, pp. 824 e 825. Veja-se ainda Júnior, 2003, p. 467.

<sup>2795</sup> Cfr. Sequeira, 2018, pp. 824-820, e Júnior, 2003, pp. 447-510.

É esta dissensão de posições que levanta quesitos extremamente pertinentes no que à eficácia dos direitos subjetivos de crédito diz respeito, mormente quando previstos em mecanismos indiretos de controlo em âmbito de acordos parassociais por força da sua eficácia meramente relativa, repercutindo-se os seus efeitos apenas nos seus subscritores. Surge, portanto, a questão de saber se o incumprimento de cláusulas de *drag along* beneficia de uma efetiva oponibilidade perante terceiros que tenham adquirido as participações sociais de forma inválida e que não façam parte quer do acordo parassocial, quer do contrato societário<sup>2796</sup>, dependendo a resposta de “conforme o que se decida acerca do discutido problema da eficácia externa das obrigações”<sup>2797</sup>. Passamos a explicar.

A teoria da eficácia interna das obrigações funda-se no princípio clássico da relatividade dos contratos<sup>2798</sup>, segundo o qual os efeitos emergentes destes atingem unicamente as partes vinculadas, com exceção dos casos especialmente previstos na lei<sup>2799</sup>. A oponibilidade a terceiros do direito de crédito estaria, então, vedada por se considerar que apenas os direitos reais, enquanto direitos absolutos, gozam de eficácia *erga omnes*, sendo, por isso, oponíveis a todos. Por isso, esta corrente defende que não será de invocar o dever de respeito com base no artigo 483.º, n.º 1, do CC, quando em causa esteja a violação de um direito de crédito, cingindo-se tal dever de abstenção de perturbação do exercício da prestação – a chamada *obrigação passiva universal* – a direitos absolutos<sup>2800</sup>. Assim, nega-se a possibilidade de responsabilizar o terceiro por este não constituir parte do contrato e, portanto, não imperar sobre si o dever de efetuar a prestação, mas sim sobre o devedor. Consequentemente, apenas este poderia incorrer numa situação de incumprimento<sup>2801</sup>, não se limitando, desta forma, a liberdade contratual de terceiros de forma excessiva e infundada<sup>2802</sup>.

---

<sup>2796</sup> Esta menção ao contrato societário surge pelo facto de o princípio da eficácia relativa que caracteriza os acordos parassociais ser frequentemente contraposto à eficácia absoluta subjacente ao contrato de sociedade, distinguindo-se, por isso, o conceito de parassociedade do de socialidade.

<sup>2797</sup> Leal, 2009, p. 177.

<sup>2798</sup> Vide art. 406.º, n.º 2, do CC.

<sup>2799</sup> Veja-se o art. 495.º, n.º 3, do CC, que parece reconhecer a eficácia externa da obrigação ao conferir ao credor da prestação de alimentos o direito a ser indemnizado por quem tenha perpetrado lesão corporal ao devedor. No entanto, os defensores da teoria clássica da eficácia interna argumentam que tal exceção apenas foi prevista por envolver uma prestação vital e particular. Cfr. Pinto, 1971, pp. 160 e 161.

<sup>2800</sup> Note-se que o cerne da discórdia entre as doutrinas da eficácia interna e da eficácia externa das obrigações é, precisamente, a subsunção, ou não, dos direitos de crédito aos “direitos de outrem” estatuídos no art. 483.º, n.º 1, do CC. A teoria clássica perpetra uma interpretação restritiva deste preceito, considerando que a sua aplicação a direitos de crédito recairia numa interpretação *contra legem*, sendo apenas extensível a direitos absolutos. Cfr. Varela, 2017, p. 533.

<sup>2801</sup> Tão pouco se defende a responsabilização do terceiro nos casos em que haja cooperação entre este e o devedor, por se considerar que tal apenas levantaria limitações à atividade de terceiro em virtude da sua vinculação a um contrato do qual nem sequer é parte. Alguns autores preveem a responsabilidade de terceiro apenas nos casos em que, por sua culpa, o devedor não cumpra a prestação a que se encontra adstrito, sendo acionado o instituto de responsabilidade aquiliana. No entanto, o terceiro responderia apenas perante o devedor e não perante o credor, estando a indemnização deste último dependente do aproveitamento indireto da indemnização do terceiro ao devedor, nos termos do art. 794.º do CC. Cfr. Alarcão, 1983, p. 81.

<sup>2802</sup> No entender de Adriano Vaz Serra, a eficácia externa das obrigações compromete tanto a vida económica como a atividade individual, por força do número prestes infinito de créditos passíveis de violação e que não

Em contrapartida, este entendimento tem sido refutado pelos apoiantes da doutrina da eficácia externa das obrigações, defendendo uma justiça material plena através do temperamento do princípio da relatividade dos direitos de crédito. Contrariamente ao que sucede na teoria tradicional, estes autores encontram justificação na ideia de que o direito creditório tem a si inerente um duplo efeito no comércio jurídico: a par dos efeitos produzidos contra o devedor, enquanto parte determinada e individualizada, originando um dever especial compreendido na prestação, o direito de crédito produziria ainda efeitos perante um conjunto de pessoas generalizado e não determinado<sup>2803</sup>. Esta projeção externa justificaria, portanto, a inclusão dos direitos de crédito no âmbito de aplicação do tal dever geral de respeito previsto no artigo 483.º, n.º 1, do CC, tornando-se, em caso de perturbação, oponíveis a terceiros<sup>2804</sup>. Ademais, os direitos de crédito, embora estruturalmente relativos, tornar-se-iam, *a priori*, oponíveis pela sua mera existência por consubstanciarem uma espécie de direitos subjetivos, carecendo apenas de uma condição concretizadora desta oponibilidade – o conhecimento *efetivo*<sup>2805|2806</sup> por parte do terceiro do facto que atrasou ou tornou o cumprimento da obrigação impossível.

É com base nesta argumentação, e considerando que a desresponsabilização do terceiro que, intencionalmente<sup>2807</sup>, agride o direito de crédito é “axiologicamente inaceitável e socialmente convidativa a novas violações”<sup>2808</sup>, que esta teoria defende a aplicação direta do artigo 562.º ou, não sendo possível a reconstituição natural, do

---

gozam da respetiva publicidade, podendo a sua existência não ser conhecida por terceiros. Serra, 1959, pp. 344 e 345.

<sup>2803</sup> Eduardo Santos Júnior distingue entre oponibilidade *in potentia*, que se traduz numa espécie de dever geral de respeito que impende sobre todos, e oponibilidade *in actu*, que se concretiza num dever especial que incide apenas sobre certos terceiros. Por outras palavras, os direitos de crédito, enquanto direitos subjetivos, são potencialmente oponíveis a terceiros, desenvolvendo-se esta oponibilidade *in potentia* para uma oponibilidade *in actu* aquando do conhecimento do direito em concreto. Júnior, 2003, p. 500.

<sup>2804</sup> “A característica atribuída aos direitos de crédito não significa que para estes não exista também um dever geral negativo de os perturbar”. Tavares, 1929, p. 262.

<sup>2805</sup> Porque desprovidos de um sistema de publicidade, contrariamente aos direitos reais, verifica-se uma desoneração do dever ou do ónus de o terceiro conhecer da existência do direito de crédito. Por isso, a concretização prática depende do conhecimento efetivo, não bastando a mera cognoscibilidade, originando-se uma presunção de má-fé na atuação baseada numa razão de ordem social. Dado a previsão de cláusulas de *drag along*, ou de qualquer outro mecanismo de controlo indireto, não formar este ónus de conhecimento de forma imediata, será necessária a divulgação concreta da existência do direito de arraste para que possa conformar a sua atuação nesses termos, evitando comportamentos que recaiam no seu incumprimento. Assim, impera uma ponderação adequada face a uma possível violação dos deveres de confidencialidade típicos dos acordos parassociais.

<sup>2806</sup> Cfr. Leal, 2009, pp. 177 e 178; Júnior, 2003, p. 486, nota n.º 1680.

<sup>2807</sup> Eduardo Santos Júnior defende que apenas uma atuação dolosa por parte do terceiro pode gerar responsabilidade, uma vez que só o dolo pressupõe o conhecimento do direito de crédito – condição de efetivação da oponibilidade – e demonstra a intencionalidade da ação. Júnior, 2003, pp. 509 e 510.

<sup>2808</sup> Vasconcelos, 1983, pp. 103 e 104.

artigo 566.º, ambos do CC, incorrendo o terceiro, verificados os seus pressupostos, em responsabilidade delitual<sup>2809</sup> perante o credor porque violado o tal dever de respeito<sup>2810</sup>.

Parecendo-nos não ser possível deduzir dos argumentos apresentados por ambas as correntes uma fundamentação suficientemente crível e firme<sup>2811</sup>, somos obrigados a concordar que o legislador certamente teria consagrado, de forma concreta e irrefutável, uma solução cujo objetivo fosse dissipar o entendimento tradicional<sup>2812</sup>. Por isso, tem a nossa jurisprudência acolhido uma posição intermédia, admitindo-se a responsabilização de terceiro por via do instituto do abuso do direito<sup>2813</sup>. Assim, se o exercício de um direito, à partida legítimo, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou fim social ou económico desse mesmo direito, será essa conduta considerada ilícita pelo artigo 334.º do CC, podendo conduzir a responsabilidade extracontratual, se verificados os seus pressupostos, nos termos do artigo 483.º do CC<sup>2814</sup>.

Relevando essencialmente o critério dos bons costumes, enquanto conjunto de regras morais aceite pela consciência social dominante, consideramos que o conhecimento efetivo do crédito pelo terceiro não basta para a sua responsabilização, sendo requisito tratar-se de uma ação particularmente censurável. Com isto, garante-se uma tutela razoável da liberdade contratual, imperando a alegação e prova do conhecimento prévio, bem como das circunstâncias tidas como agravantes e desrespeitadoras dos bons costumes, tendo sempre em conta o caso concretamente considerado.

---

<sup>2809</sup> Nas palavras de Júnior, 2003, p. 223, “a responsabilidade de terceiro por lesão de crédito ou será aquiliana ou não existirá”. Veja-se: tendo conhecimento do direito aquando da aquisição das participações sociais, forma-se a tal oponibilidade no ato em concreto; por isso, haverá responsabilidade civil - *in casu*, extracontratual -, porque violado o dever geral de respeito que sobre si impera.

<sup>2810</sup> Em caso de colaboração entre o devedor e o terceiro, defende esta teoria que será de aplicar o art. 490.º do CC, uma vez que abrange na responsabilidade aquiliana os instigadores, coautores e auxiliares do ato ilícito, sendo ambos solidariamente responsáveis nos termos do art. 497.º do CC.

<sup>2811</sup> Por um lado, a teoria da eficácia interna das obrigações malogra, entre outros motivos, pelo facto de se basear no princípio da relatividade dos contratos previsto no art. 406.º, n.º 2, do CC. No entanto, tal preceito refere-se aos efeitos emergentes dos contratos, isto é, ao conceito de relatividade, que, como visto, em nada se confunde com o de oponibilidade (veja-se a nota n.º 115). Por outro lado, admitir-se a subsunção dos direitos de crédito aos “direitos de outrem” do art. 483.º, n.º 1, do CC, poderia traduzir-se num alargamento exagerado da proteção aquiliana e, inversamente, numa compressão excessiva da liberdade económica, de concorrência e de agir do terceiro.

<sup>2812</sup> Quanto à teoria da eficácia externa, “esta doutrina carece, porém, de fundamento material a partir do momento em que o sistema jurídico não admite o chamado efeito externo das obrigações a que esta concepção conduz”. Cfr. Pinto, 1971, pp. 160 e 161.

<sup>2813</sup> A título exemplificativo, consulte-se a seguinte jurisprudência: Ac. do TRP de 01-10-1998 (proc. n.º 9830815), relatado por Alves Velho; Ac. do STJ de 21-20-2003 (proc. n.º 03A2822), relatado por Ribeiro de Almeida; Ac. do TRC de 13-03-2007 (proc. n.º 1795/05), relatado por Jacinto Meca; Ac. do STJ de 11-12-2012 (proc. n.º 165/1995.L1.S1), relatado por Távora Victor; Ac. do TRG de 11-07-2017 (proc. n.º 2603/16.2TBGMR-A.G1), relatado por Maria de Fátima Andrade.

<sup>2814</sup> Por outras palavras, haverá abuso do direito quando o seu exercício constitua uma ofensa berrante e particularmente censurável ao sistema jurídico socialmente dominante, ou seja, quando se verifique um exercício inadmissível da liberdade de contratar.

Desta forma, tempera-se a rigidez da posição clássica e admite-se, no fundo, a eficácia externa das obrigações, ainda que por outra via<sup>2815</sup>, conciliando-se a tutela dos direitos de crédito com a fluidez do tráfico jurídico e da liberdade contratual. Porém, e embora não negando que esta solução, conforme com a nossa tradição jurídica e promotora de todos os interesses em escrutínio, funciona como “válvula de escape a situações que os limites apertados da lei não contemplam”<sup>2816</sup>, somos obrigados a apelar a uma revisão legislativa que permita uma maior adaptação do nosso sistema jurídico à evolução da vida económica e social ou, pelo menos, que forneça uma resposta concreta, direta e efetiva para os casos de perturbação de crédito alheio.

---

<sup>2815</sup> Cfr. Costa, 2000, p. 526.

<sup>2816</sup> Ac. do STJ de 18-12-2008 (proc. n.º 08B2688), relatado por Santos Bernardino.



## 6. Conclusão

Toda a nossa dissertação assenta na premissa de que o capital de risco reveste, cada vez mais, uma alternativa benéfica ao financiamento bancário tradicional. Se, por um lado, obriga a um acompanhamento ativo do investidor, considerado um verdadeiro parceiro da empresa com interesse direto na sua valorização, por outro, confere um inegável apoio técnico especializado, ativando a componente reputacional e competitiva do negócio e reforçando o papel da concorrência na minimização dos custos de agência.

Sabemos, também, que a delimitação temporal desta forma de investimento é uma realidade impreterível, sendo a liquidez e retorno dele resultantes aferidos no momento do desinvestimento. Por isso, e não sendo possível alcançar a sintonia ideal entre todas as pretensões, é à pessoa do investidor, dotado de conhecimento e experiência prévios, que compete decidir a estratégia de retirada a adotar e o momento mais oportuno para a executar, de modo a assegurar o sucesso do investimento. Surge, portanto, a necessidade de prever mecanismos aptos a garantir certos direitos aquando do desinvestimento. As cláusulas de *drag along*, enquanto um dos meios de eleição de defesa do investidor, surtem, precisamente, esse efeito, ao evitar potenciais abusos por parte do acionista fundador, nomeadamente em operações de *trade sale* com vista à venda total da empresa participada. Estas cláusulas são, por todas as razões por nós já exaustivamente enumeradas, o mecanismo de controlo indireto com maior relevância no âmbito de capital de risco, inserido na esmagadora maioria dos contratos de investimento.

---

No entanto, se para a entidade financiadora tal é sinónimo de salvaguarda da sua posição e de obtenção do retorno tão almejado, para o sócio fundador pode traduzir-se em consequências fatais, culminando na perda da titularidade do seu negócio, muitas vezes de tradição familiar, e sem qualquer possibilidade de o impedir. É este desequilíbrio manifesto na balança de interesses que nos leva a concluir que a legislação existente não só é insuficiente como altamente precária no que diz respeito ao desinvestimento e à tutela da parte empreendedora. É, portanto, imperiosa uma reformulação do regime jurídico aplicável, bem como a elaboração de normas específicas para o desinvestimento, de modo a evitar, no futuro, a inevitabilidade atual de uma relação negocial potencialmente abusiva e dominante.

## Bibliografia

- ABREU, J. M. C. (2011). *Curso de direito comercial – Das sociedades*, vol. II, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J. M. C. (2010). *Governança das sociedades comerciais*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- ALARCÃO, R. (1983). *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J.C. Brandão Proença, com base nas lições), Edição policopiada. Coimbra.
- ALMEIDA, A. P. (2013). *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados – As sociedades comerciais*, vol. I, 7.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALVES, F. (2005). *Os investidores institucionais e o governo das sociedades: Disponibilidade, condicionantes e implicações*. Coimbra: Almedina.
- BAIROS, R. P. (2010). Os acordos parassociais – breve caracterização. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. II.
- BANHA, F. (2000). *Capital de risco – Os tempos estão a mudar*. Bertrand Editora.
- BIENZ, C. & WALZ, U. (2006). Evolution of decision and control rights in venture capital contracts: An empirical analysis. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.
- BIENZ, C. & WALZ, U. (2010). Venture capital exit rights. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.
- CÂMARA, P. (2016). *Manual de direito dos valores mobiliários*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina
- CÂMARA, P. & BASTOS, M. B. (2011). *O direito da aquisição de empresas: Uma introdução*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CASELLI, S., GARCIA-APPENDINI, E. & IPPOLITO, F. (2012). Contracts and returns in private equity investments. *Journal of Financial Intermediation*. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.
- CHEMLA, G., HABIB, M. & LJUNGQVIST, A. (2004). An analysis of shareholder agreements. *Law and Business Research Paper no. 02-01*, NYU. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.
- CMVM. (2018). *Relatório sobre a atividade de capital de risco*. CMVM.
- CORDEIRO, A. M. (2011). *Direito das sociedades, vol. I – Parte geral*, 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2007). *Manual de direito das sociedades, vol. I – Das sociedades em geral*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. A. (2000). A eficácia externa das obrigações: entendimento da doutrina clássica. In *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I. *Studia Iuridica*, n.º 95. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUMMING, D. & MACINTOSH, J. (2003). A cross-country comparison of full and partial venture capital exits strategies. *Journal of Banking and Finance*, vol. 27, no. 3. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

CUMMING, D. & MACINTOSH, J. (2004). The extent of venture capital exits: Evidence from Canada and the United States. *Legal Studies Research Paper no. 01-03*, U Toronto. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

CUNHA, P. O. (2016). *Direito das sociedades comerciais*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

DIAS, C. (2015). *Os direitos especiais dos sócios*. Coimbra: Almedina.

DOMINGUES, P. T. (2007). In Coutinho de Abreu (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 8.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

DUFFNER, S. (2003). Principal-agent problems in venture capital finance. Working Paper no. 11/03, University of Basel, Department of Finance. Disponível em: [https://www.econbiz.de/archiv1/2008/59468\\_principal\\_agent\\_problems.pdf](https://www.econbiz.de/archiv1/2008/59468_principal_agent_problems.pdf).

EYLER, D. (2007). Best practice guidance for angels groups – Due diligence. Columbia University. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

FALCÃO, J. (2014). Súmula sobre o incumprimento do contrato-promessa. *Revista da Ordem dos Advogados*.

GOMES, J. F. (2017). O novo Código de Governo das Sociedades do IPCG e a subscrição do Código CMVM. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4.

GOMPERS, P. (1996). Grandstanding in the venture capital industry. *Journal of Financial Economics*, vol. 42, n.º 1. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/>.

GOMPERS, P., GORNALL, W., KAPLAN, S. & STREBULAIEV, I. (2016). How do venture capitalists make decisions? Finance Working Paper no. 477/2016, European Corporate Governance Institute. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

GOMPERS, P. & LERNER, J. (2002). *The venture capital cycle*. The MIT Press.

IAPMEI, APCRI. (2018). *Guia prático do capital de risco*. IAPMEI, APCRI.

JÚNIOR, E. S. (2003). *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina.

KAPLAN, S. & STROMBERG, P. (2009). Leveraged buyouts and private equity. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, n.º 1. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

LEAL, A. F. (2009). Algumas notas sobre a parassocialidade no direito português. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. I.

LEITÃO, L. T. M. (2018). *Direito das obrigações*, vol. I, 15.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

LOVAS, A., PERECZES, J. & RÁBA, V. (2015). Incentives and restrictions in venture capital contracts. *Financial and Economic Review*, vol. 14, n.º 3. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

MARTINS, A. S. & RAMOS, M. E. (2007). In Coutinho de Abreu (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 8.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, A. P. (2015). *Manual de corporate finance*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

PINTO, C. M. (1971). *Direitos reais*. Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, M. F. (2015). O papel do accionista empresário no governo societário. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. *Revista Direito e Justiça*, vol. II.

SEQUEIRA, M. (2018). Acordos parassociais e mecanismos indiretos de controlo. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. X.

SERRA, C. (2016). Investimentos em capital de risco na reestruturação de empresas. In *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.

SMITH, D. G. (2005). Control and exit in venture capital relationships. *Legal Studies Research Paper Series*, no. 1005, UC Berkeley. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a800/858b4c48def290e1b67cc231e3d34081af5f.pdf>.

SMITH, D. G. (2005). The exit structure of venture capital. *UCLA Law Review*, vol. 315, no. 53. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

SUNDE, T. & EKAS, R. (2012). Venture capital trade sales – Introducing the acquirer’s perspective on venture capitalists’ non-financial value-added. NTNU School of Entrepreneurship. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

TAVARES, J. (1929). *Os princípios fundamentais de direito civil*, vol. I, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

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. X.

TELES, F. G. (1951). União de contratos e contratos para-sociais. *Revista da Ordem dos Advogados*.

TRIGO, M. G. (2002). Acordos parassociais – Síntese das questões jurídicas mais relevantes. In *Problemas do direito das sociedades*. IDET. Coimbra: Almedina.

TRIGO, M. G. (1998). *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

TRIUNFANTE, A. M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas: Direitos de minoria qualificada; abuso de direito*. Coimbra: Coimbra Editora.

VARELA, J. A. (2017). *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P. P. (1983). O efeito externo da obrigação no contrato-promessa. *Scientia Juridica*, vol. XXXII.

VASCONCELOS, P. P. (2012). O acionista de capital de risco – dever de gestão. In *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*.

VASCONCELOS, P. P. (2006). *A participação social nas sociedades comerciais*. 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

## **Jurisprudência consultada:**

Acórdão do STJ, de 11-12-2012, Proc.º 165/1995.L1.S1, relatado por Távora Victor (disponível em <http://www.dgsi.pt/>).

Acórdão do STJ, de 18-12-2008, Proc.º 08B2688, relatado por Santos Bernardino (disponível em: <http://www.dgsi.pt/>).

Acórdão do STJ, de 21-20-2003, Proc.º 03A2822, relatado por Ribeiro de Almeida (disponível em <http://www.dgsi.pt/>).

Acórdão do TRC, de 13-03-2007, Proc.º 1795/05, relatado por Jacinto Meca (disponível em: <http://www.dgsi.pt/>).

Acórdão do TRG, de 11-07-2017, Proc.º 2603/16.2TBGMR-A.G1, relatado por Maria de Fátima Andrade (disponível em: <http://www.dgsi.pt/>).

Acórdão do TRP, de 01-10-1998, Proc.º 9830815, relatado por Alves Velho (disponível em: <http://www.dgsi.pt/>).

---

**Pessoas coletivas no órgão de administração: Especificidades  
(Des)vantagens da sua designação no modelo clássico de  
governança das sociedades anónimas**

---

João Marcelo Gomes Brandão

Sob a orientação da Professora Doutora  
Maria Daniela Farto Baptista Passos

## **Agradecimentos**

À família, à namorada, aos amigos e aos colegas, aos que foram e aos que ficaram, a todos os que fizeram de mim, de algum modo, aquilo que sou hoje, o meu mais sincero obrigado. Cada um sabe a influência que teve em mim e este sucesso é parte de vós também.

Cumpre-me ainda agradecer a todos os docentes que fizeram parte do meu percurso académico e, por fim, deixar um especial agradecimento à Professora Doutora Maria Daniela Farto Baptista Passos, por toda a disponibilidade e acompanhamento prestados no âmbito desta dissertação.

---

## Resumo

Naquele que é, enquanto pilar do direito comunitário, um mercado concorrencial, há já algum tempo se vem comprovando que a união de forças entre diferentes empresas pode mostrar-se frutífera e facilitar um êxito partilhado. Este facto motivara, aliás, a profunda regulação de quaisquer acordos, práticas concertadas ou concentrações de empresas, por forma a garantir, tanto quanto possível, a manutenção da concorrência.

Assim, reveste-se de pertinência a determinação da existência de mecanismos que facilitem a cooperação entre pessoas coletivas sem que, no entanto, se mantenha o risco de proibição de tal prática por questões legais, concorrenciais ou não.

Um dos expedientes que aqui se enquadra é, precisamente, a designação de pessoas coletivas para o órgão de administração de uma sociedade, o que ganha relevo ao considerar que a administração das pessoas coletivas é, com efeito, aquilo que melhor determinará o rumo das mesmas. Quanto mais adequadamente for essa levada a cabo, mais provável será a melhoria dos resultados a apresentar.

Porém, considerando que o regime a aplicar a essa designação varia de forma significativa conforme o ordenamento jurídico em causa, bem como o facto de que, dentro do próprio ordenamento nacional, esse não será, de todo, uma *carbon copy* do regime aplicável às pessoas singulares em idêntico contexto, visa a presente dissertação analisar as diferenças existentes entre as várias realidades e, tanto nessas como nas semelhanças, verificar a sua adequabilidade à realidade jurídica atual, o que terá lugar, essencialmente, através da definição das vantagens e desvantagens de cada regime.

---

**Palavras-chave:** Pessoas coletivas; pessoas singulares; sociedades anónimas; órgão de administração; vantagens; desvantagens; designação.



## **Abstract**

In a competitive market, it has been shown that joining forces may be fruitful and facilitate shared success between different companies. This has motivated an intense regulation of agreements, concerted practices and concentrations of companies in order to guarantee, as much as possible, that competition is upheld.

Thus, it is crucial to determine the existence of mechanisms which facilitate cooperation between legal persons without, however, allowing the risk of prohibiting such practice for legal reasons, whether competitive or not.

One instrument is the appointment of legal persons as company directors, which is even more prominent when considering that the management of a legal person is what will best determine said company's course. The more appropriate the management, the more likely the improvement in the results displayed.

However, considering that the applicable regime shall vary according to the legal system in question – and that, within our own national system, such regime will not, at all, be a carbon copy of the one applicable to natural persons in a similar context – this dissertation seeks to go through the existing differences and similarities between the various realities to ascertain its suitability to the current legal reality, namely by defining the numerous advantages and disadvantages of each regime.

---

**Keywords:** Legal persons; natural persons; public limited companies; board of directors; advantages; disadvantages; appointment.

## **Advertência**

O estudo das vantagens e desvantagens da designação de pessoas coletivas para o órgão de administração a realizar ao longo do presente trabalho incidirá exclusivamente sobre o modelo clássico das sociedades anónimas, uma vez que, dentro dos tipos mercantis fixados pelo Código das Sociedades Comerciais, são as sociedades anónimas dotadas de maior complexidade, o que as torna um mais adequado e completo objeto de estudo. Por sua vez, de entre as várias possibilidades de estruturação de uma sociedade anónima, versaremos sobre a estrutura clássica, prevista na alínea a) do artigo 278.º do Código das Sociedades Comerciais, visto ser esta a mais comum das três neste preceito plasmadas.

Cumpramos também referir que, aquando da citação de textos estrangeiros, se optou por manter a versão original (não traduzida) dos mesmos, atenta a relevância da precisão das palavras na ciência do Direito, assim garantindo a não desvirtuação das mesmas.

Adverte-se, finalmente, para o facto de que toda a legislação cuja origem não seja expressamente identificada deverá entender-se como referente ao Código das Sociedades Comerciais.

---

## Lista de siglas e abreviaturas

|           |                                                                                                                 |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.       | Acórdão                                                                                                         |
| al.       | alínea                                                                                                          |
| art.      | artigo                                                                                                          |
| arts.     | artigos                                                                                                         |
| AT        | Autoridade Tributária                                                                                           |
| CA2006    | Companies Act 2006                                                                                              |
| CC        | Código Civil                                                                                                    |
| CCom      | Código Comercial                                                                                                |
| CCF       | Code de Commerce                                                                                                |
| CD        | Chancery Division                                                                                               |
| cf.       | confrontar                                                                                                      |
| CHR       | Companies House Register                                                                                        |
| CIVA      | Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado                                                                    |
| CRC       | Código do Registo Comercial                                                                                     |
| CSA       | Code des Sociétés et des Associations                                                                           |
| CTDGRN    | Conselho Técnico da Direção Geral dos Registos e Notariado                                                      |
| DBIS      | Department for Business Innovation and Skills                                                                   |
| DL        | Decreto-Lei                                                                                                     |
| e.g.      | <i>exempli gratia</i>                                                                                           |
| EUA       | Estados Unidos da América                                                                                       |
| HCJ       | High Court of Justice                                                                                           |
| i.e.      | <i>id est</i>                                                                                                   |
| IVA       | Imposto sobre o Valor Acrescentado                                                                              |
| LSC       | Ley de Sociedades de Capital                                                                                    |
| n.º       | número                                                                                                          |
| n.os      | números                                                                                                         |
| p.        | página                                                                                                          |
| PMEs      | Pequenas e Médias Empresas                                                                                      |
| pp.       | páginas                                                                                                         |
| Proc.     | Processo                                                                                                        |
| s.d.      | <i>sine data</i>                                                                                                |
| SBEEA2015 | Small Business, Enterprise and Employment Act 2015                                                              |
| SEE       | S cretariat d’état chargé de l’égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations |
| SGPS      | Sociedade Gestora de Participa  es Sociais                                                                      |
| ss.       | seguintes                                                                                                       |

|      |                                       |
|------|---------------------------------------|
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TRC  | Tribunal da Relação de Coimbra        |
| TRG  | Tribunal da Relação de Guimarães      |
| TLR  | Times Law Reports                     |
| v.   | <i>vide</i>                           |

---

## Índice

1. Introdução
  2. Estabilidade
    - 2.1. A relação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada
    - 2.2. Qualificação da relação
  3. Disponibilidade
  4. Redução dos custos administrativos
  5. *Network* e *know-how*
  - 5.1. Incompatibilidades
  6. Responsabilidade
    - 6.1. O regime aplicável
    - 6.2. Alternativas propostas
  7. Conclusão
  8. Bibliografia
  9. Jurisprudência
-

## 1. Introdução

Mais do que o estudo do regime legal aplicável às pessoas coletivas designadas para o órgão de administração, é imprescindível aferir acerca das vantagens e desvantagens que a sua presença no mesmo comporta por forma a esclarecer a adequabilidade do instituto.

Para tal, recorreremos de forma regular ao direito comparado, dado que a doutrina nacional incide sobretudo na vertente analítica, ao que acresce a ausência de jurisprudência nacional relevante na matéria<sup>2817</sup>.

Porém, vários aspetos dificultam esta tarefa. Desde logo, note-se que a sua admissibilidade está longe de um consenso: gorada a proposta de harmonização do direito societário a nível europeu<sup>2818</sup>, a regulamentação deste mecanismo cabe a cada país individualmente considerado, o que faz com que esta prática seja estritamente proibida na Alemanha, antes se consentindo em Espanha ou França. Em Itália, atenta a incapacidade de resposta clara, nem sequer há previsão específica neste âmbito<sup>2819</sup>.

Ademais, os prós e contras a discutir ao longo deste trabalho têm por base o ordenamento britânico. Assim, o objeto do presente estudo passará por determinar se esses se mantêm no sistema português ou se, contrariamente, são obstruídos pelas díspares imposições legais.

No âmbito daquele ordenamento, um dos principais ganhos apontados é a maior estabilidade do órgão, obtida pelo facto de as pessoas coletivas não sofrerem com circunstancialismos pessoais, como doença grave ou reforma<sup>2820</sup>. Numa vertente mais quotidiana, alude-se à redução de custos administrativos, bem como à maior disponibilidade de pessoas singulares representantes da pessoa coletiva designada que, por sua vez, representará aquela que a designou<sup>2821</sup>.

Mais robusto ainda é o argumento da verificação de um maior e mais variado leque de contactos e *know-how*<sup>2822</sup>, com reporte às funções do órgão de administração, responsável pela gestão da sociedade<sup>2823</sup> (entre nós, no art. 405.º), fazendo notar a importância da diversidade no seu seio.

Com efeito, a designação de uma pessoa coletiva implica que, por trás da vaga que essa ocupa, existirá em regra uma pluralidade (apesar da admissibilidade de um

---

<sup>2817</sup> Malaquias, Basto & Choon, 2014, estendendo-se a referência às sociedades anónimas.

<sup>2818</sup> *Amended proposal for a fifth directive founded on article 54(3)(G) of the Treaty concerning the structure of public limited companies and the powers and obligations of their organs*, da autoria da Comissão Europeia, publicada no dia 12 de agosto de 1983 no Jornal Oficial da União Europeia com a referência JOC\_1983\_240\_R\_0002\_01.

<sup>2819</sup> Talens, 2017a; Masi & Portolano, 2007.

<sup>2820</sup> Talens, 2017a.

<sup>2821</sup> Cf. publicação da Osborne Clarke (2015), in [www.osborneclarke.com](http://www.osborneclarke.com).

<sup>2822</sup> *Ibidem*.

<sup>2823</sup> Bainbridge, 2017.

administrador único, sem que por isso haja problemas de autocontratação<sup>2824</sup>) de pessoas singulares – os membros do respetivo órgão de administração – capazes de, em conjunto, melhor guiar o comportamento daquela, justificando a sua designação pelo facto de possuir características que “abram portas” àquela, desde uma melhor discussão dos vários temas a um mais fácil acesso a financiamento<sup>2825</sup>.

Louváveis as vantagens apontadas, é, contudo, tão ou mais ponderoso o exame dos aspetos geradores de hesitação neste domínio, prendendo-se a questão maior com a responsabilidade: qualificando-se, no ordenamento inglês, a pessoa coletiva designada como administradora, teme-se que as pessoas singulares que por trás dessa agem estejam numa posição de absoluta isenção, precarizando injustamente a posição da sociedade designante e de terceiros<sup>2826</sup>.

Posto isto, questionamos: será necessária a designação de pessoas coletivas por forma a obter as referidas vantagens<sup>2827</sup>? Obstará a dissimilitude dos regimes legais à sua verificação no ordenamento português? De que forma podemos precaver ou combater estas desvantagens?

O objetivo do presente trabalho prende-se, essencialmente, com a resposta a estas questões, concluindo com a determinação de qual, dentro dos vários ordenamentos estudados, o mais proficiente.

## 2. Estabilidade

Iniciando o debate pela análise das vantagens e lembrando que qualquer delas poderá estar dependente do enquadramento jurídico respetivo, há que atentar à letra do n.º 4 do art. 390.º, pela qual é inegável a admissibilidade da designação de pessoas coletivas para o conselho de administração.

Todavia, será que a obrigatoriedade de nomeação de uma pessoa singular para exercício do cargo em nome próprio implica que os circunstancialismos pessoais possam afetar essa estabilidade? Facto é que, em caso de, por exemplo, doença, será necessário proceder à sua substituição.

Adiantamos desde já defender uma resposta no sentido negativo, dada a existência de vários mecanismos igualmente aptos a garantir essa estabilidade, não nos parecendo verosímil fazer desta imposição uma barreira intransponível. Em conexão com as

---

<sup>2824</sup> Santos, 2014; Ramos, 2018.

<sup>2825</sup> Bainbridge, 2017.

<sup>2826</sup> Talens, 2017a.

<sup>2827</sup> Quanto a esta, note-se que (1), ao contrário do que defende Serens (1998), o conceito de designação terá um sentido amplo, englobando não só a designação no contrato social, como a eleição e a nomeação (Labareda, 1998; Santos, 2014); e que (2) o conceito de pessoas coletivas abrange não só as sociedades comerciais, mas qualquer pessoa coletiva a que se reconheça personalidade jurídica (Ramos, 2018; Malaquias, Basto & Choon, 2014).

questões relativas à disponibilidade, concluímos que o regime legal português previu e precaveu essa possibilidade, adequadamente tutelando as partes interessadas<sup>2828</sup>.

Para melhor perceber a razão por trás desta posição, há que voltar à origem: o ordenamento britânico. Alega-se, no seu domínio, uma maior estabilidade pelo facto de a designação de uma pessoa coletiva implicar que o exercício do cargo será levado a cabo não por uma pessoa singular nomeada, mas antes por todos os membros integrantes do seu órgão de administração (*mediate managers*), na medida da qualificação daquela como administradora<sup>2829</sup>.

Assim, assumindo a colegialidade desse órgão, caso tenha lugar algum evento que impeça determinado membro de eficazmente exercer as suas funções, estarão outros tantos prontamente disponíveis para o fazer, o que obsta à necessidade de substituição ou nova nomeação.

Levanta-se então uma importante questão: sobre quem recai, no ordenamento português, a qualificação como administradora?

A resposta não é simples. Com efeito, este tema foi, durante vários anos, alvo de acérrima discussão doutrinal, sendo ainda hoje difícil afirmar a existência de um consenso absoluto, para o que contribui a aludida parcimónia jurisprudencial.

Esta controvérsia prende-se essencialmente com a dificuldade em distinguir a qualificação como administradora da titularidade do cargo de administração.

De um lado, temos autores que perfilham a qualificação da pessoa coletiva como titular do cargo, sustentando que a lei “admite expressamente a possibilidade das pessoas colectivas serem designadas titulares de cargos sociais” (Cunha, 2009, p. 196)<sup>2830</sup>.

Do outro, temos os que vão contra a atribuição da qualidade de administradora à pessoa coletiva, realçando que “a designação de uma pessoa colectiva para o órgão de administração de uma sociedade anónima com estrutura clássica não implica a atribuição da qualidade de administrador à pessoa colectiva em causa” (Serens, 1994, p. 90), dada a proibição, pelo n.º 4 do art. 390.º, de que os administradores sejam pessoas coletivas<sup>2831</sup>.

Pois bem: se, inicialmente, estas parecem posições antagónicas, há que tomar particular cuidado às palavras escolhidas pelos autores, pois somente assim compreenderemos a importância de que não se confunda a titularidade do cargo com a qualificação como administradora. De facto, ainda que, conforme a posição adotada, se

---

<sup>2828</sup> Cf. 3.

<sup>2829</sup> Talens, 2017a.

<sup>2830</sup> Cf. Abreu, 2010a.

<sup>2831</sup> Cunha, 1993.



possa ou não assumir a pessoa coletiva como titular do cargo de administração<sup>2832</sup>, é hoje incontestável que apenas a pessoa singular nomeada poderá qualificar-se como administradora, uma vez que só esta poderá proceder ao exercício de funções.

Na nossa ótica, a qualificação como administrador dependerá inteiramente da capacidade para exercer as funções próprias dos membros integrantes de um órgão de administração. É, aliás, por isso que no sistema britânico se qualifica a pessoa coletiva como administradora, pois é essa quem, através dos seus administradores (que agem não em nome próprio, mas em nome dessa), leva a cabo a gestão, representação e vinculação da sociedade designante.

Uma vez feita esta breve análise, temos, ao invés de um assertivo desfecho, o desenovelar de uma série de questões conexas às quais não podemos deixar de dar resposta, prendendo-se a primeira com o motivo subjacente à proibição de nomeação, pela pessoa coletiva designada, de outra pessoa coletiva.

Esta previsão tem por base aquilo a que, na língua francesa, se chama de “interdiction des cascades” (Evrard, 2019). Isto é, intendeu-se impedir que a designação de uma pessoa coletiva resultasse na nomeação de outra, fazendo essa o mesmo, assim se criando camadas potencialmente infinitas de pessoas coletivas (as “cascatas”) sem que se conhecessem as pessoas singulares responsáveis pela administração da primeira.

Ainda, mesmo na remota hipótese de que, no meio de tal complexidade, a identidade dessas não se tornasse oculta, certamente a inscrição na certidão de registo comercial causaria problemas, visto que tanto a pessoa coletiva designada como a pessoa singular nomeada constarão dela<sup>2833</sup>.

Esta nomeação, forçosamente recaída sobre uma pessoa singular e tida como “condição de eficácia da designação da pessoa colectiva como titular do órgão” (Cunha, 2009, p. 206), levanta ainda outras questões: sendo vista como um ato de gestão da pessoa coletiva designada e, por isso, levada a cabo pelo órgão de administração da mesma<sup>2834</sup>, cumpre questionar a hipótese de não aceitação da nomeação pelos acionistas da sociedade designante, pela qual, salvo obtenção de um acordo entre esta e a pessoa coletiva designada, é alternativa única a destituição, a qual pode titular a pessoa singular a indemnização por falta de justa causa<sup>2835</sup>.

Lembrando que entre os sócios – incumbidos da escolha dos membros a integrar o órgão de administração nos termos do n.º 1 do art. 391.º – e os administradores haverá

---

<sup>2832</sup> Numa posição vanguardista e assumindo a pessoa coletiva designada como titular do cargo, surge a qualificação dessa como “administradora meramente formal, porquanto o exercício material do cargo caberá à pessoa singular por si nomeada” (Campos, 2015, p. 110).

<sup>2833</sup> Labareda, 1998. Atualmente, o registo comercial não qualifica, como criticado pelo autor, a nomeação da pessoa singular como representação da pessoa coletiva designada, antes aludindo apenas à nomeação, sem mais.

<sup>2834</sup> Rodrigues, 1990; Ventura, 1994, ressaltando-se a “hipótese de tal nomeação ocorrer na assembleia geral da sociedade designante, competindo depois à respetiva administração formalizá-la junto da sociedade alvo” (Campos, 2015, p. 109).

<sup>2835</sup> Campos, 2015. Em sentido contrário, ainda que à luz da legislação então em vigor, Labareda, 1998.

uma relação de confiança, reforçada pelos deveres de lealdade e cuidado (art. 64.º) e que não se pode olvidar quanto ao exercício das respetivas funções<sup>2836</sup>, esta oposição à nomeação parece colocá-la em causa, esvaziando o conteúdo da atuação da pessoa coletiva designada.

Todavia, há que considerar que a nomeação de uma pessoa coletiva implica dificuldades acrescidas quanto a aferir acerca das aptidões para o desempenho do cargo<sup>2837</sup>, o que, aliado ao facto das alternativas apresentadas se revelarem repletas de deficiências<sup>2838</sup> e à certeza de que o interesse a seguir pela pessoa singular é o da sociedade designante e não outro (cf. 2.1), parece-nos que este expediente é, ainda que controverso, adequado.

Outrossim, também o tempo e modo da nomeação suscitará alguns quesitos. Quanto ao regime legal aplicável, não se encontra relevante discordância doutrinal, apesar da falta de pronúncia legal expressa. Tudo se passará, quanto à pessoa coletiva designada, como se de uma pessoa singular se tratasse, havendo lugar à aceitação nos termos do n.º 5 do art. 391.º<sup>2839</sup>, sendo hoje consensual que “fundamental é que o modo de designação seja compatível com um adequado exercício de funções, de forma a proporcionar ao órgão social uma estabilidade adequada ao seu funcionamento” (Cunha, 2009, p. 199)<sup>2840</sup>.

O que, por outro lado, coloca algumas interrogações é a faculdade de recusa, pela pessoa coletiva, da designação que sobre ela incidiu. Com efeito, há quem sugira existir um dever geral de aceitação por parte dos sócios, argumentando que estes, ao constituir uma sociedade, se obrigam a dotá-la dos “meios e órgãos adequados ao fim a que se destina, aceitando, se para tal forem escolhidos, ser eles próprios os encarregados de prosseguir e desenvolver a actividade social” (Labareda, 1998, p. 23)<sup>2841</sup>.

No entanto, teremos de nos opor a esta opção. Considerando a inexistência de disposição equivalente ao revogado – pelo DL n.º 262/86 - n.º 3 do art. 118.º CCom, em conjunto com a faculdade de renúncia do administrador (art. 404.º), não nos parece razoável sustentar a existência de um dever de aceitação recaído sobre os sócios<sup>2842</sup>, os quais podem, simplesmente, não ter interesse em exercer o cargo.

---

2836 Ac. TRC, 28-11-2018 (Barateiro Martins), Proc. n.º 4039/17.9T8LRA-A.C1.

2837 Rodrigues, 1990. Estas aptidões são tão mais importantes quanto a complexidade das funções de administração, crescente com a passagem do tempo (Cunha, 1985) e exigindo uma particular qualificação. **destacando** habilitações técnicas e profissionais (Costa, 2019).

2838 Uma das hipóteses seria o licenciamento das pessoas coletivas designadas, pelo qual estariam autorizadas a nomear qualquer pessoa singular sem que a sociedade designante o pudesse evitar (salvo violação de disposições legais ou estatutárias). Porém, tal não só refletiria um elevado gasto, impedindo a (vantagem da) redução de custos administrativos, como levantaria questões até hoje sem resposta, desde a determinação dos requisitos para obtenção de licença às consequências da alteração da composição dos respetivos órgãos sociais (DBIS, 2014a).

2839 Malaquias, Basto & Choon, 2014.

2840 Cf. Campos, 2015, com particular nota para os cenários em que haja um administrador único ou em que a totalidade dos membros do órgão sejam nomeados por pessoas coletivas (Santos, 2014).

2841 Cf. Labareda, 1998, pp. 38-39.

2842 Correia, 1993; Costa, 2019.

Feitas estas alusões, as quais envolvem e comparam a pessoa singular nomeada e a pessoa coletiva designada, surge a questão: qual é, afinal, a relação entre elas?

## **2.1. A relação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada**

A imposição de nomeação de uma pessoa singular para exercício do cargo de administração nos casos em que haja interposição, via designação, de uma pessoa coletiva gerou várias dificuldades com um elevado grau de complexidade.

Desde logo, a determinação das consequências da nomeação. Qualificando-se a pessoa singular como administradora, esgota-se o papel da pessoa coletiva num dever de a nomear?<sup>2843</sup> Em caso afirmativo, não seria irrazoável recair uma responsabilidade solidária sobre a pessoa coletiva quanto aos atos praticados pela pessoa singular que nomeia? Que interesse teria a pessoa coletiva em aceitar a designação? Pode esta exercer, ao longo do mandato da pessoa singular, algum tipo de influência sobre ela? Que relação se mantém entre as duas? De que forma se garante a estabilidade do órgão de administração?

Quanto à primeira, há que delimitar de forma clara a atuação da pessoa coletiva designada, considerando que inúmeros autores defendem a restrição desta à nomeação da pessoa singular nos termos do n.º 4 do art.º 390.<sup>2844</sup>

No entanto, tanto estes como outros autores sublinham o facto de que, apesar da nomeação de uma pessoa singular, a pessoa coletiva continua a ser titular do cargo e, como tal, pode isso contrariar a ideia de que aí se verifique um esvaziamento da sua atuação, ainda que essa não possa, garantidamente, proceder ao exercício do mesmo.

Com efeito, se a pessoa coletiva se encontrasse “pela sua designação, investida no poder-dever de nomear uma pessoa física para o exercício do cargo” (Ventura, 1994, p. 180), tornar-se-ia laboriosa a distinção da designação de pessoas coletivas face à constituição de um direito especial de designação<sup>2845</sup>.

A isto acrescentando a nota de que a responsabilidade solidária que sobre essa recai relativamente aos atos praticados pela pessoa singular nomeada indica a manutenção de uma ligação daquela às funções em causa<sup>2846</sup>, parece-nos justo que a atuação da pessoa coletiva não se esgote na nomeação de uma pessoa singular.

Concluindo-se pela manutenção do papel da pessoa coletiva ao longo de todo o mandato da pessoa singular nomeada, resta esclarecer aquilo em que consiste, na

---

<sup>2843</sup> Labareda, 1998.

<sup>2844</sup> Labareda, 1998; Rodrigues, 1990.

<sup>2845</sup> Cunha, 2009, adaptado para as sociedades anónimas.

<sup>2846</sup> Campos, 2015.

prática, esse papel, o que faremos, inicialmente, com base na definição dos interesses a seguir.

Este aspeto reúne hoje consenso geral, indo a doutrina no sentido de que a pessoa singular segue ou visa satisfazer, única e exclusivamente, os interesses da sociedade designante, só a essa devendo a lealdade e o cuidado impostos enquanto deveres de um administrador. Caso assim não fosse, a pessoa singular não seria mais que uma *longa manus* da pessoa coletiva que a nomeou, pautando-se pela sua vontade e interesses, pelo que não se qualificaria como administradora da primeira<sup>2847</sup>.

Aliás, considerando que a pessoa singular exerce o cargo em nome próprio, seria insustentável que o fizesse com base no interesse da pessoa coletiva nomeada<sup>2848</sup>, ao que acresce a suprarreferida hipótese de não aceitação, pelos acionistas da sociedade designante, da nomeação da pessoa singular, a qual demonstra também, notoriamente, qual o interesse a seguir.

Ligada ao interesse a seguir está a questão de se saber se a pessoa coletiva designada pode emitir instruções ou diretivas à pessoa singular, ficando esta vinculada ao seu cumprimento – particularmente se tivermos em conta que é comum que, antes da nomeação da pessoa singular, essas celebrem um acordo que garanta a aceitação por parte desta, no qual são fixadas as condições em que a nomeação terá lugar, dado que sem a aceitação, a pessoa singular não poderá integrar o órgão de administração<sup>2849</sup>.

Pelo mesmo raciocínio aplicado quanto aos interesses a seguir, não poderá a pessoa coletiva controlar a forma de atuar da pessoa singular: se o legislador expressamente refere que esta exerce o cargo em nome próprio, a intenção terá sido, precisamente, a de obviar a tal hipótese<sup>2850</sup>.

Mesmo que, neste acordo – assumindo a sua forma escrita –, haja alguma cláusula pela qual a pessoa singular se compromete a obedecer a determinada instrução, essa não será oponível à sociedade designante, sendo tão inválida quanto qualquer instrução levada a cabo fora dele. O paradigma não se altera pelo facto de essa constar de um documento escrito, dado que “não são lícitas as cláusulas que descaracterizem o exercício, em nome próprio, do cargo pela pessoa singular”, esclarecendo-se também que “a pessoa singular não poderá, em geral, informar a pessoa colectiva do modo como procede ao exercício do cargo” (Labareda, 1998, p. 54).

Contudo, há que atender ao facto de que a vida quotidiana de uma sociedade não é tão simples quanto estas intervenções o fazem parecer. Ainda que, em teoria, a pessoa singular nomeada deva lealdade apenas à sociedade designante, rejeitando quaisquer

---

<sup>2847</sup> Serens, 1994.

<sup>2848</sup> Labareda, 1998.

<sup>2849</sup> Labareda, 1998. Sobre a imprescindibilidade da aceitação da nomeação por parte da pessoa singular, v. Correia, 1993.

<sup>2850</sup> Malaquias, Basto & Choon, 2014.

instruções e diretivas da pessoa coletiva que a nomeou, a verdade é que, na prática, nem sempre isso acontece: se, por um lado, é consensual que em caso de desacordo entre a pessoa singular e a pessoa coletiva, subsistirá a vontade da primeira<sup>2851</sup>, é também factual alguma dificuldade em garantir, com total certeza, que tal aconteça.

Com efeito, é virtualmente impossível garantir que a pessoa singular se consiga “demarcar totalmente dos interesses da pessoa coletiva que a nomeou” (Campos, 2015, p. 123), conclusão esta possível, aliás, se atentas as regras especiais de eleição plasmadas no art. 392.º, nomeadamente no que se refere ao “direito de minoria qualificada”. Como?

Esta previsão, visando a proteção daqueles que detenham apenas uma mínima percentagem do capital social<sup>2852</sup> e, por isso, reduzido impacto na assembleia geral de acionistas – a qual procede, por sua vez, à designação dos administradores (n.º 1 do art. 391.º) –, considera a maior probabilidade de que os interesses a seguir pelos administradores eleitos sejam não o da totalidade dos sócios – os quais, na sua multitude, irão muitas vezes em sentidos opostos –, mas antes (apenas) os dos acionistas que detenham a maioria do capital (o denominado “grupo de controlo”)<sup>2853</sup>, os quais, pelo seu poder de voto, determinam sobre quem recairá a designação.

Aplicando a mesma *ratio* à designação de uma pessoa coletiva, consideremos o seguinte cenário: chegado o fim do mandato de administração, por isso havendo novas eleições, teremos que caso a pessoa singular tenha entrado em regular conflito com a pessoa coletiva quanto às decisões a tomar, dificilmente esta, sendo reeleita, voltará a nomear aquela, sabendo que essa não se pautará pela sua vontade e interesses.

É em consideração de tais hipóteses – e, em concreto, dos vários interesses em jogo para lá do grupo de controlo – que o legislador procura garantir a independência da administração face aos demais órgãos sociais (mormente, a assembleia geral), motivo pelo qual, aliás, se alargara a integração desse órgão a não acionistas (n.º 3 do art. 390.º) desde o DL n.º 389/77<sup>2854</sup>.

A independência no seio do órgão de administração comporta uma boa prática de *corporate governance*, pois facilita uma “perspetiva crítica e imparcial” por parte dos seus membros. Porém, ainda que pontos como a letra da lei no âmbito do n.º 5 do art. 414.º – por referência à “isenção de análise ou de decisão” – o auxiliem, a delimitação deste conceito é ainda revestida de dificuldades<sup>2855</sup>.

---

<sup>2851</sup> Se, no sistema legal belga, onde vigora o regime da representação permanente, se afirma que “en cas de désaccord entre le représentant permanent et le conseil d’administration qui l’a désigné, seul compte la voix du représentant permanent” (Corbeel, 2015), mais evidente o será no ordenamento português, dado que a pessoa singular age em nome próprio.

<sup>2852</sup> Triunfante, 2004. Sobre a representação de minorias acionistas no conselho de administração e o “especial aceno” para a sua proteção, v. Silvério, 2016.

<sup>2853</sup> O grupo de controlo é “o conjunto de sócios em cujas mãos repousa na prática a eleição (ou a própria integração) dos administradores (ou a sua maioria) e/ou o exercício de pressão que influencia a sua eleição e a indução das políticas a seguir” (Costa, 2017, p. 372).

<sup>2854</sup> Serens, 1994.

<sup>2855</sup> Campos, 2015.

A tal não ajuda o facto de que o mesmo terá linhas diferentes conforme o contexto em que seja inserido: independência, para efeitos de *corporate governance*, não será o mesmo quando referida no âmbito de tributação do IVA, dificultando ainda mais a resposta à presente questão<sup>2856</sup>.

Findas estas considerações (e porque necessárias para tal), podemos finalmente qualificar a relação existente entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada.

## 2.2. Qualificação da relação

A qualificação da relação vigente entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada fora, ao longo dos tempos, alvo de grave mutação. Numa fase inicial, vários autores defendiam a existência de uma relação de representação, com base na aplicação analógica do DL n.º 648/70 – surgido para regulação do conselho fiscal – ao conselho de administração, assim permitindo a designação de pessoas coletivas para o mesmo<sup>2857</sup>.

Esta doutrina seria liminarmente rejeitada pouco depois<sup>2858</sup>. Porém, mais do que a mera constatação de factos, há que perceber as razões por trás desses, a começar pela entrega (obrigatória) do exercício do cargo de administração a uma pessoa singular.

Esta traz, inegavelmente, inúmeras simplificações a nível regulatório, desde a facilitação do controlo e supervisão ao aumento da transparência. Ademais, a presença de uma pessoa singular que, na plenitude das suas competências, se assume capaz de representar a sociedade designante garantirá, à partida, uma maior segurança aos terceiros que com essa visem negociar.

Aquela, tida como a “cara da sociedade” (DBIS, 2014a, p. 44), estará apta a nutrir maior confiança no terceiro em causa, pois a comparência da mesma pessoa ao longo das várias reuniões e contactos fará com que esse creia que, de facto, o seu assunto será adequadamente resolvido, o que facilita o relacionamento entre as partes.

Naturalmente, a comparência, de forma regular, de uma pessoa diferente da anterior levantaria questões quanto ao enquadramento e competência para a adequada conclusão do negócio, assim se criando desnecessários entraves.

---

<sup>2856</sup> No âmbito do IVA, o conceito de independência atende, entre outros aspetos, à inexistência de um vínculo de subordinação com a entidade patronal. Aliás, o Ac. Ayuntamiento de Sevilla, C-202/90, TJUE sugere que “a prática de meros actos de gestão ou de representação de sociedades configura um indício da falta de independência”. Também o Ac. Van der Steen, C-355/06, TJUE releva neste âmbito, na medida em que o facto de se haver agido em nome e por conta própria – assim como a determinação de sob quem recaiu a assunção do risco económico – muito contribui para a tomada de decisão quanto à (in)existência de independência (Leite, 2016).

<sup>2857</sup> Cunha, 1985.

<sup>2858</sup> Ventura, 1994. Mesmo Pitta e Cunha, que numa fase inicial seguia a corrente da representação (1985), viria posteriormente a alterar a sua posição, referindo que “qualquer que seja a qualificação desta figura (...) parece próxima de um mandato não representativo” (1993, p. 221).

O mesmo poderá, diga-se, ter lugar nas reuniões do órgão de administração, em que a presença de diferentes pessoas pode complicar o alinhamento geral, em particular quanto a matérias discutidas em reuniões anteriores. Este foi, aliás, o ponto que levou à implementação do regime da representação permanente em França, o qual aí vigora até hoje<sup>2859</sup>.

Ainda, há que respeitar o carácter pessoal das funções de um administrador<sup>2860</sup>: para lá da crescente complexidade que lhes é inerente, exige-se o adequado conhecimento da sociedade cujo órgão de administração se integra – a nível estrutural, organizacional e funcional –, sendo este um “requisito indispensável da coerência dos atos a praticar” (Cunha, 1985, p. 9) que contribui para a garantia da continuidade e estabilidade procuradas, alcançadas pelo combate à frequente modificação da “cara da sociedade”.

Posto isto, note-se que as vantagens apresentadas se devem tão-somente ao facto de se nomear apenas uma pessoa singular para exercício do cargo, o que é insuficiente para qualificar a relação entre a pessoa singular e a pessoa coletiva designada, bem como, em concreto, para justificar a referida rejeição da doutrina da representação permanente, particularmente considerando que é esse o regime em vigor em alguns dos países que nos são próximos, como é o caso da França ou da Espanha<sup>2861</sup>.

Desde logo, esta qualificação opor-se-ia inevitavelmente a aspetos já clarificados em sentido oposto. Com efeito, a representação permanente implicaria a qualificação da pessoa coletiva como administradora, o que, estando intimamente ligado à capacidade de exercício das funções de administração, é de rejeitar. De igual modo, seria necessário que a pessoa singular exercesse o cargo em nome e por conta da pessoa coletiva designada, o que é igualmente excluído pelo n.º 4 do art. 390.º.

Além disso, a representação implicaria que a pessoa coletiva designada estivesse em posição de emitir instruções e diretivas, subjugando a pessoa singular nomeada ao seu interesse, restando hoje clara a sua impossibilidade. Sobre essa questão, afirma a doutrina francesa que “le représentant permanent doit suivre les instructions de la personne morale qui l’a désignée sur les positions qu’il doit prendre au conseil où il siège” (SEE, *s.d.*), posição por nós já rejeitada.

Considerando estes pontos e cumulando-os com a questão da independência da pessoa singular, bem como com o facto de os administradores estarem impedidos de se fazer representar no exercício do cargo (n.º 6 do art. 391.º) ou, ainda, com a imposição

---

<sup>2859</sup> Talens, 2017a.

<sup>2860</sup> Cunha, 1985.

<sup>2861</sup> “Dans la société anonyme à conseil d’administration, toute personne physique ou morale peut devenir un administrateur. La personne morale devra alors procéder à la nomination d’un représentant légal pour occuper le poste” (Mosi, 2018). “El artículo 236.5 LSC: equiparación a la condición de administrador de la persona física representante de la persona jurídica administradora” (García-Villarrubia, 2018).

de responsabilidade solidária nos termos do n.º 4 do art. 390.º, não se tem como razoável outra opção que não a recusa liminar desta doutrina.

Assim sendo, que outras posições devemos considerar ao dia de hoje? Haverá alguma que reúna consenso geral?

A resposta é também aqui negativa. A par da representação permanente, as alternativas ao longo do tempo propostas foram parcial ou totalmente rejeitadas, como se verificou quanto à relação de comissão<sup>2862</sup>, rejeitada na medida em que implicaria que a pessoa singular se pautasse pelos interesses e agisse por conta da pessoa coletiva designada que a nomeia<sup>2863</sup>.

Uma das discussões mais recentes no painel societário nacional é a qualificação desta relação como *sui generis*<sup>2864</sup>. Porém, na linha da imprecisão do conceito, não se têm como claras as linhas delineadoras desta, com a doutrina limitada a referir aspetos como a necessidade de um adequado desempenho de funções ou, concretamente, a apontar a possibilidade de a pessoa coletiva proceder à substituição da pessoa singular nomeada como real motivo da aceitação da sua designação e, ademais, elemento caracterizador da corrente<sup>2865</sup>.

Nem esta corrente, mesmo beneficiando de uma superior contemporaneidade face às demais, se encontra isenta de críticas. Múltiplos autores alegam inexistir qualquer relação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular: esgotando-se, segundo esses, o papel daquela num poder-dever de nomear, a única coisa que se mantém é um interesse da pessoa coletiva relativamente à nomeação da pessoa singular, “este sim duradouro enquanto perdurar o mandato que envolve as duas” (Campos, 2015, p. 115).

Com isto, é evidente que a qualificação da relação existente entre ambas foi e continuará a ser alvo de tenaz controvérsia. Contudo, mais do que um qualquer título a atribuir, o que realmente releva é a clarificação dos aspetos prático-legais em torno do presente contexto, como a impossibilidade de emissão de instruções ou diretivas pela pessoa coletiva ou os interesses a seguir, o que oportunamente teve lugar.

Fechando o presente capítulo e, para tal, voltando à questão com que o mesmo foi aberto, reforçamos a opinião de que o ordenamento português garante plenamente a estabilidade do órgão de administração, de forma alguma perdendo para as demais opções no seio do direito comparado, o que, em conexão com tudo quanto até aqui refletido, complementaremos com o ponto que se segue.

---

<sup>2862</sup> Cunha, 1993.

<sup>2863</sup> Cunha, 2009.

<sup>2864</sup> Campos, 2015.

<sup>2865</sup> Cunha, 2009; Campos, 2015.



### 3. Disponibilidade

No seguimento da matéria até aqui vertida, é inegável que os circunstancialismos suscetíveis de afetar a estabilidade do órgão o são por conta de uma menor disponibilidade do administrador em causa.

O diferente *background* dos administradores será, à partida, sinónimo de desigualdade. Suponhamos que uma sociedade portuguesa designa uma pessoa coletiva russa para o seu órgão de administração, ao abrigo de uma *covenant* emergente de um contrato de financiamento com esta celebrado, o que a leva a nomear uma pessoa singular da sua confiança para integração do órgão.

Esta não terá, atenta a distância geográfica, a mesma disponibilidade que os restantes administradores. Não obstante, a sua presença no órgão é relevante para a salvaguarda do investidor. O que fazer?

Uma hipótese é a assunção da posição de administrador não executivo, pela qual o acompanhamento da vida da sociedade se restringiria, *grosso modo*, à participação em reuniões do órgão, à vigilância e à supervisão dos restantes administradores<sup>2866</sup>.

Esta assegura a pretendida proteção graças ao poder de obtenção de informação, pelo qual podem os não executivos solicitar toda a informação de que careçam para desempenhar as suas funções sem qualquer obstáculo, nomeadamente quanto ao controlo da atuação dos demais<sup>2867</sup>.

Também a forma de obrigar da sociedade poderá ser tida em conta. Neste cenário, deverão os estatutos permitir a vinculação da sociedade sem necessidade da assinatura de todos os administradores (ou da pessoa singular nomeada).

Ambas as opções garantem disponibilidade a um grau bastante, não sendo por esta via que o ordenamento britânico se superioriza. Porém, apenas o conseguem numa vertente preventiva, carecendo de atuação apriorística. E quando não hajam sido previstas estas questões? Por exemplo, na eventualidade de uma reunião importante à qual o administrador não possa comparecer?

Neste caso, pode a procuração constituir uma solução provisória<sup>2868</sup>, é um facto. Mas o revés mantém-se em caso de falta não pontual, mas definitiva (a qual pode ter por base um impedimento, excesso de faltas, renúncia ou destituição<sup>2869</sup>), o que levanta algumas questões.

Desde logo, especificamente quanto à hipótese de renúncia, qual das pessoas coletivas envolvidas deverá a pessoa singular notificar?

---

<sup>2866</sup> O administrador não executivo é aquele que, num primeiro momento, fiscalizará a atividade da empresa, como se retira do n.º 8 do art. 407.º, pela referência a “outros administradores”. Sobre o tema, v. Marreiros, 2018; Matos, Evans & Tomás, 2018.

<sup>2867</sup> Marreiros, 2018.

<sup>2868</sup> Pelo n.º 5 do art. 410.º (*ex vi* n.º 6 do art. 391.º), pode o administrador fazer-se representar em reuniões do conselho de administração (Campos, 2015).

<sup>2869</sup> Cunha, 2009.

A falta de menção expressa à pessoa coletiva designada no âmbito do art. 404.º reencaminha-nos para a qualificação da relação entre essa e a pessoa singular.

Vigorasse entre ambas uma relação de representação, o mais razoável seria a notificação da pessoa coletiva designada que, até renunciar, a pessoa singular representava<sup>2870</sup>. Aquela reencaminharia a respetiva renúncia à sociedade designante e, nos termos dos arts. R225-16 e L225-20 CCF (no caso do sistema francês), procederia à sua substituição.

Ora, qualificando-se, em Portugal, não a pessoa coletiva, mas a singular como administradora, parece-nos que a notificação deverá ser dirigida ao órgão de administração da sociedade designante.

Contudo, a renúncia deverá sempre ser fundamentada, evitando-se que a haja apenas porque solicitada pela pessoa coletiva designada com vista a desencadear o mecanismo de substituição da pessoa singular, convertendo-a indiretamente numa *longa manus*, sendo este efeito agravado pela instabilidade que recorrentes substituições causariam ao órgão<sup>2871</sup>.

Posto isto, o que muda quando a iniciativa da cessação de funções não parta da pessoa singular? Isto é, em que moldes terá lugar uma destituição?

À imagem da primeira, também aqui releva a relação entre as partes. Em ordenamentos onde vigore a representação permanente, cabe a faculdade à *corporate director*<sup>2872</sup>, dada a sujeição da pessoa singular aos seus interesses e instruções. Essa destituição é, aliás, *ad nutum* (discricionária), sem que haja, em regra, direito à indemnização do destituído<sup>2873</sup>.

Já no domínio português, de novo obstando à conversão da pessoa singular num mero executor de ordens da pessoa coletiva designada<sup>2874</sup>, só a assembleia geral da sociedade designante a pode destituir (art. 403.º), ainda que a todo o tempo e independentemente de justa causa.

A opção gaulesa subverteria os deveres do administrador (mormente, o de lealdade) para com a sociedade designante por conta do receio de ser destituído<sup>2875</sup>, o que não faria sequer sentido ao considerar que a pessoa coletiva designada apenas será responsável por culpa na escolha e não objetivamente. Só em caso contrário se aceitaria

---

2870 Como “le représentant permanent est un (nouvel) organe de l’administrateur-personne morale” (Ghilain & Vandriessche, 2011, p. 23), é ao conselho de administração dessa que se deverá dirigir.

2871 Preocupa a dificuldade na distinção entre renúncias justificadas e não justificadas (Cunha, 2009). Não obstante, em caso de cessação injustificada de funções, essa estender-se-á à pessoa coletiva designada, não podendo esta proceder a nova nomeação.

2872 Talens, 2017a. *Corporate director* é o termo para referência às pessoas coletivas designadas para um órgão de administração, por oposição às pessoas singulares (Clifton, 2018).

2873 Facon, 2019.

2874 Caso em que a pessoa singular seria responsável perante a sociedade, credores ou terceiros, nos termos dos arts. 72.º, 78.º e 79.º (Serens, 1994).

2875 Malaquias, Basto & Choon, 2014.

que tal faculdade recaísse sobre a última, “como única forma de evitar a sua responsabilização” (Santos, 2014, p. 49)<sup>2876</sup>.

Esclarecido também este modo de cessação de funções, cumpre agora clarificar aquilo que se lhe segue: a substituição.

Como vimos, é a *corporate director* quem, no ordenamento francês, nomeia nova pessoa singular, substituindo a primeira (arts. R225-16 e L225-20 CCF) – o que se aceita se atenta a relação existente entre ambas<sup>2877</sup>.

Em Portugal, rejeitando-se a representação permanente<sup>2878</sup>, seria expectável que, pela lógica aplicada quanto à destituição, tivesse lugar a opção contrária e se legitimasse a sociedade designante para tal.

Porém, a resposta não é, desta feita, tão simples<sup>2879</sup>. Se, para alguns autores, seria a pessoa coletiva designada a proceder à substituição, para outros teria de o ser a sociedade designante nos termos gerais.

Julgar-se-ia, obviando à instrumentalização da pessoa singular, mais razoável a segunda opção, com a falta definitiva a contagiar a pessoa coletiva que a nomeia, no sentido em que “a admitir a possibilidade de substituição do nomeado pelo nomeante, só formalmente se poderia defender (...) que o nomeado exerce o cargo em nome próprio” (Labareda, 1998, p. 43)<sup>2880</sup>. Porém, particularmente considerando o dissenso ainda hoje existente<sup>2881</sup>, a resposta não pode bastar-se com uma análise tão superficial.

Antes, porém, cumpre sublinhar que a matriz pela qual se rege, em regra, a substituição de administradores consta do art. 393.º. Pelo n.º 3, depreendemos haver essencialmente duas opções: a chamada de suplentes nos termos da al. a); ou os demais meios subsidiários, pela respetiva ordem.

Há, contudo, alguns reparos a fazer, como a carência da primeira alternativa pela indicação de pessoa(s) singular(es) com essa qualidade no pacto social, o que confere uma maior previsibilidade e segurança, além de configurar uma faculdade dos sócios da sociedade designante. Optando esses por não a exercer, não poderá ter lugar este meio de suprimimento da falta definitiva<sup>2882</sup>.

---

<sup>2876</sup> Cf. Santos, 2014, p. 50; Labareda, 1993; Ventura, 1994. Em sentido oposto, Pitta e Cunha, 1993.

<sup>2877</sup> Labareda, 1998.

<sup>2878</sup> Desde a contestação do parecer do CTDGRN de 26 de junho de 1987 (Ventura, 1994).

<sup>2879</sup> Em sentido oposto à hipótese referida, Ventura, 1994, p. 186, com base no facto de ser a pessoa coletiva, pelo menos numa primeira fase, a designada administradora, ao que acresce a genérica aplicação do regime dos administradores suspensos (n.º 2 do art. 400.º).

<sup>2880</sup> Cf. Labareda, 1998, pp. 42-46. Neste sentido, também Costa, 2019.

<sup>2881</sup> O tema é tão controverso que a *newsletter* da Cuatrecasas (2015), in [www.cuatrecasas.com](http://www.cuatrecasas.com), refere que a maioria dos autores sustenta competir à sociedade designante a substituição; porém, o artigo de Malaquias, Basto & Choon indica precisamente o contrário.

<sup>2882</sup> Costa, 2019, também destacando a aplicação do regime dos administradores suspensos, o qual, em conjunto com os deveres de lealdade e disponibilidade (o último, particular dos administradores suplentes), implica o não exercício de atividade concorrente ou aproveitamento de oportunidades de negócios, com nota ainda para a desnecessidade de inscrição desses na certidão de registo comercial. No ordenamento francês, há já algum tempo se defendera faculdade semelhante (Lhuillier & Dalion, 2007), sendo que na Bélgica, ainda que com um regime similar, apenas em 2019, pela reforma ao CSA, passara a permitir-se a designação de um representante permanente suplente (Evrard, 2019).

No último caso, terão os respectivos administradores 60 dias para a cooptação de novo administrador segundo a al. b) do n.º 3 e o n.º 4. À imagem do n.º 4 do art. 390.º, também este expediente recai necessariamente sobre uma pessoa singular, pois visa solucionar com urgência a cessação antecipada de funções. Fazendo-o com base no “conhecimento que os demais administradores têm do cooptado”, pouco sentido faria a “interferência de um elemento estranho ao conselho” (Cunha, 2009, pp. 193-194).

Findo o referido prazo sem que haja lugar à cooptação, pode o conselho fiscal designar um substituto (al. c)), prevendo-se por último, na al. d), a eleição *ad hoc*, pelos acionistas, de novo administrador.

Uma vez claros os moldes pelos quais se opera, em regra, a substituição de administradores, cumpre perceber se a interposição de uma pessoa coletiva entre esse(s) e a sociedade designante implica alguma especificidade ou desvio.

Relembrando as duas grandes (o)posições: de um lado, os que defendem ser a substituição levada a cabo pela sociedade designante nos termos gerais; do outro, os que sugerem que a designação de pessoa coletiva constituirá necessariamente um desvio à regra e que, como tal, prever-se-á um regime diferente, sendo a substituição responsabilidade da pessoa coletiva designada.

Os primeiros visam evitar a instrumentalização da pessoa singular, considerando a falta de especificação na letra da lei e, em particular, o circunstancialismo verificado à data da designação da pessoa coletiva. Sendo este passível de mutação com o tempo, seria prejudicial àquela não poder levar a cabo a substituição. Até porque, se assim o entendesse, poderia sempre cometer de novo à pessoa coletiva inicialmente designada a nomeação de nova pessoa singular<sup>2883</sup>.

Ora, ainda que a instrumentalização mereça assaz ponderação, não nos parece que o dito circunstancialismo seja fundamento bastante, pelo menos se isoladamente considerado. Referem-se, como exemplo, as hipóteses de a pessoa coletiva deixar de ser sócia ou passar a ser concorrente da sociedade designante<sup>2884</sup>.

Quanto à primeira, consideramos não ser necessária a qualidade de sócia para que haja um interesse da pessoa coletiva na designação, servindo de exemplo as *covenants*<sup>2885</sup>. Quanto à segunda, veremos também, no âmbito das incompatibilidades, que o exercício de atividade concorrente direta estaria sujeito a expressa autorização da assembleia geral da sociedade designante, com devida aplicação do regime dos administradores suspensos. Assim, julgando frágeis os presentes argumentos, mais releva o contraponto com as demais opiniões.

---

<sup>2883</sup> Labareda, 1998.

<sup>2884</sup> *Ibidem*.

<sup>2885</sup> Cf. 6.

Pela segunda posição, além dos pontos sublinhados por Ventura, é também sustentado que a faculdade de proceder à substituição da pessoa singular é uma das principais razões para que a pessoa coletiva aceite a designação e a consequente responsabilidade solidária<sup>2886</sup>.

Vistas as duas correntes, temos que a mais adequada é... nenhuma. Pelo menos de forma absoluta. Assentes os vários argumentos, parece-nos que a real questão se prende com o agrupamento indiscriminado das ocasiões motivadoras de falta definitiva. Não julgamos razoável que a destituição da pessoa singular, levada a cabo com justa causa, seja equiparada a uma renúncia motivada por questões pessoais.

Do mesmo modo e por referência à culpa *in eligendo*, não faria sentido privar a pessoa coletiva designada de proceder a nova nomeação quando a cessação de funções não lhe seja imputável.

A atribuição do poder de nomear a pessoa singular implica um voto de confiança da sociedade designante quanto à capacidade para escolha de alguém adequado às funções<sup>2887</sup>. Estando essa confiança associada a todo o mandato, só quando essa se quebre se justifica que seja a sociedade designante a proceder à substituição.

Assim, será (salva a quebra de confiança) a pessoa coletiva designada a operar a substituição da pessoa singular, ainda que não possa essa ter lugar *ad nutum*: essa é uma prerrogativa da assembleia geral da sociedade designante, de acordo com o art. 403.<sup>o</sup><sup>2888</sup>, cabendo o eventual direito a indemnização nos termos do n.º 5<sup>2889</sup>.

Posto isto, e tal como no capítulo anterior, a disponibilidade tida como vantagem inerente à designação de pessoas coletivas não é colocada em causa pela nomeação de uma pessoa singular, revestindo-se o regime português de plena adequabilidade.

#### 4. Redução dos custos administrativos

Recaindo agora sobre um tema intimamente ligado à vida prática das sociedades, temos que a alegada vantagem, pela designação de pessoas coletivas, de uma redução de custos administrativos é apontada maioritariamente no âmbito dos grupos de sociedades, especialmente regulados pelos arts. 488.<sup>o</sup> e ss.<sup>2890</sup>.

Lembrando que a classificação deste aspeto como vantagem teve por base um regime em que estão presentes, no órgão de administração da sociedade designante, todos os *mediate managers*, é assente que, para determinar se a mesma se verifica no

---

<sup>2886</sup> Cunha, 2009; Campos, 2015.

<sup>2887</sup> Malaquias, Basto & Choon, 2014.

<sup>2888</sup> Campos, 2015.

<sup>2889</sup> Esteves, 2017.

<sup>2890</sup> Cf. publicação da Geldards (2016), in [www.geldards.com](http://www.geldards.com).

ordenamento nacional, atentas as diferenças regulatórias – ou se a imposição constante do n.º 4 do art. 390.º a extingue –, o primeiro passo será perceber em que medida se verifica essa redução.

Um dos pontos em que as *corporate directors* beneficiam as demais entidades é a redução dos custos por via de um menor número de alterações no registo comercial<sup>2891</sup>: ao constar da certidão apenas a pessoa coletiva, uma eventual alteração na composição do órgão não obrigaria à respetiva e consequente correção.

Efetivamente, o sistema britânico estabelece que em caso de designação de pessoa coletiva para o órgão de administração de outra, do respetivo registo deverá constar apenas, quanto à primeira, o nome completo (ou firma), sede e referência ao próprio registo comercial, nomeadamente o local onde foi efetuado e qual o número atribuído ao respetivo CHR<sup>2892</sup>, ficando apenas esses dados publicamente acessíveis.

Assim, no caso das *corporate directors*, o registo só carece de atualização quando haja alteração ao nome/firma ou sede da pessoa coletiva, pelo que uma eventual destituição, substituição ou renúncia não a demandará<sup>2893</sup>.

Será que no regime português, dada a necessidade de nomeação de uma pessoa singular, deixa de se verificar este préstimo?

Vejamos: os custos administrativos seriam uma preocupação apenas se o regime legal impusesse que, com a designação de uma pessoa coletiva, essa se qualificasse como administradora e, com isso, todos os *mediate managers* tivessem de constar da certidão de registo comercial. Aí sim, qualquer alteração à composição do órgão implicaria a correção da certidão, podendo, consequentemente, uma fase de instabilidade fazer-se acompanhar por um acréscimo de custos administrativos.

Não sendo o caso, parece-nos que a nomeação de uma pessoa singular não será sinónimo de um aumento de custos, dado que apenas essa constará da certidão de registo comercial enquanto (efetivamente) administradora<sup>2894</sup>.

As hipóteses de destituição, substituição e afins são tão (des)preocupantes no caso de nomeação de pessoa singular como no caso de designação de *corporate directors*, pelo que se conclui que, considerando-se esta uma vantagem no sistema britânico, não será no panorama nacional verificado prejuízo algum.

Para finalizar, remetemos para o primeiro parágrafo deste capítulo: poderá ainda ter lugar uma redução de custos se considerarmos que, como nos vem mostrando a prática, é relativamente comum que a pessoa singular nomeada administradora no seio

---

<sup>2891</sup> DBIS, 2014b, acrescentando a redução de custos na execução de documentos ou na comparência em reuniões.

<sup>2892</sup> Publicado no *website* oficial do governo britânico, [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>2893</sup> Korchak, 2017.

<sup>2894</sup> A designação de administradores está, quanto às sociedades comerciais, sujeita a registo nos termos da al. m) do n.º 1 do art. 3.º CRC. Tanto a pessoa coletiva designada como a pessoa singular nomeada constam da certidão. Porém, tal deve-se à relação mantida entre ambas após a nomeação, lembrando que é apenas sobre a pessoa singular que recai a qualificação como administradora.

de um grupo renuncie a, pelo menos, parte da remuneração a que teria direito pelo exercício de funções (art. 399.º).

Pense-se, para o efeito, numa SGPS (ou *holding*)<sup>2895</sup>. Esta integrará, naturalmente, um leque mais ou menos extenso de pessoas singulares no seu órgão de administração.

Assumamos, como exemplo, que esta detém a totalidade das participações sociais de três outras pessoas coletivas (as “sociedades-filhas”), com essas estabelecendo uma relação de grupo.

Constituindo os grupos de sociedades<sup>2896</sup> um instrumento jurídico pelo qual se opera uma concentração económica – ou, melhor dizendo, uma “unidade de ação económico-empresarial onde se combinam, simultaneamente, a manutenção da personalidade jurídica das empresas societárias componentes e a respetiva sujeição a um centro de decisão comum e a um interesse económico de conjunto” (Antunes, 2002, p. 50)<sup>2897</sup> –, esse interesse económico de conjunto significará, regularmente, que uma (ou várias) dessas pessoas singulares será escolhida para integrar o órgão de administração das sociedades-filhas, sendo habitual que, nesse caso, haja um acordo das partes no sentido da renúncia expressa à remuneração pelas funções a exercer nessas, ficando o mesmo vertido em ata da assembleia geral – se não houver sido antecipadamente plasmado no pacto social – em que se procede à eleição dos administradores, uma vez que as suas funções são já devidamente remuneradas no seio da sociedade-mãe.

Ultimando assim este ponto, defendemos não ser pelos custos administrativos ou demais questões burocráticas que apontamos uma falha grave ao sistema português, o qual se tem revelado, até aqui, atento às várias contingências e tutelando os vários interesses envolvidos.

## 5. *Network e know-how*

Recordando as palavras de Bainbridge na introdução, temos que “a diverse board can expand the company’s network by providing interlocks with potential suppliers, customers”, sugerindo também o autor que estas teriam “a valuable role in ‘opening doors’ for firms through the use of contacts” (Bainbridge, 2017, pp. 72-73).

---

<sup>2895</sup> Referimos a *holding* como sociedade cujo objeto social visa não a mera rentabilização dos capitais investidos, mas antes o controlo das sociedades participadas. Sobre o tema, v. Antunes, 2002.

<sup>2896</sup> Consideramos aqui, para simplificação, apenas os grupos de direito (Antunes, 2002). Para uma mais completa delimitação conceitual, v. Martins, 2015.

<sup>2897</sup> Ainda quanto ao tema, note-se que o facto de não existir uma previsão legal, para as sociedades por quotas, idêntica ao n.º 4 do art. 390.º (a que acresce um dissenso quanto à respetiva aplicabilidade analógica) pode dificultar a resolução de um tema sensível: “the treatment of liability issues of parent-subsidiary relationships” (Antunes, 1999, p.207), tanto mais se considerarmos que os grupos foram indicados como uma das possíveis exceções à regra no âmbito da sugestão para proibição das *corporate directors* (DBIS, 2014b). Sobre a impossibilidade da designação de pessoas coletivas para a gerência das sociedades por quotas, v. Malaquias, Basto & Choon, 2014; Santos, 2014; Ventura, 1996; Cunha, 2009.

É inegável que a troca de informação, partilha de contactos e competências serão as principais valências e a razão maior para a designação<sup>2898</sup>. Aliás, vários estudos associam esta interligação à melhoria de desempenho corporativo – como o ensaio “Director Networks and UK Corporate Performance”, de Cronin e Popov, de 2004.

Este, embora focado no *interlocking* – conceito utilizado para os casos em que um mesmo administrador (pessoa singular) ocupa esse cargo em várias pessoas coletivas em simultâneo –, aplica-se também à designação de pessoas coletivas: diferentes entidades poderão, por exemplo, atuar em diferentes segmentos de mercado e, através das pessoas singulares que integram os respetivos órgãos de administração, aceder a um leque maior de informação que, além de competitivamente valioso, abrange questões desde o fornecimento de recursos à conjuntura do mercado, o que poderá, inclusive, influenciar a estratégia a adotar<sup>2899</sup>.

Com tamanhas benesses, cumpre verificar se idêntica conclusão é atingível no ordenamento português, para o que é necessário esclarecer alguns pontos, desde a possibilidade de acumulação de cargos sociais à verificação de incompatibilidades.

Quanto à primeira, recaindo a nomeação para o órgão de administração sobre uma pessoa singular, não haverá qualquer limitação absoluta, permitindo-se o exercício de funções similares em outras sociedades (salvo a existência de uma incompatibilidade, seja relativa ao cargo ou à pessoa coletiva em que pretende exercê-lo)<sup>2900</sup>, pelo que a acumulação de cargos sociais é, conforme o caso, perfeitamente viável.

Além disso, ditar a nomeação de uma pessoa singular não prejudica o *interlocking*, a rede de contactos ou o *know-how*, dado que se mantém, por trás dessa, a pluralidade de administradores da pessoa coletiva que a nomeou. Aquela servirá apenas, neste âmbito, de *human face* para efeitos de simplificação quanto a presenças em reuniões do conselho ou contacto com terceiros<sup>2901</sup>.

Nem se pense que a impossibilidade de emissão de instruções pela pessoa coletiva designada coloca em causa esta vantagem, visto que a pessoa singular é livre de trocar impressões ou de outra forma recorrer aos demais membros, desde que não se deixe minar pelos seus interesses e siga unicamente os da sociedade designante, cumprindo os seus deveres enquanto administrador (mormente, o de lealdade).

Contrariamente, a regulação da acumulação de cargos não se reveste de forma tão rudimentar no caso da França, cujo regime impede uma pessoa singular de exercer, em

---

<sup>2898</sup> Rathod, 2018.

<sup>2899</sup> Cronin & Popov, 2004.

<sup>2900</sup> Rodrigues, 1990. A referência a diretores de sociedades anónimas não tem hoje aplicação, fruto da sua desatualização face às alterações legislativas (mormente, a reforma societária de 2006).

<sup>2901</sup> Cf. 2.2.



simultâneo, mais de cinco mandatos de administração (salvo exceções, uma das quais atinente aos grupos de sociedades)<sup>2902</sup>.

A presente temática gera dificuldades agravadas quando tenha lugar a designação de uma pessoa coletiva, suscitando inúmeras particularidades, das quais se destacam as incompatibilidades, motivo pelo qual (além da tenaz conexão com a acumulação de cargos) as aclararemos no imediato.

## 5.1. Incompatibilidades

É mandatário distinguir estas de outros impedimentos ou limitações. Um desses casos respeita às incapacidades, cuja diferenciação tem por base o fundamento, âmbito e sanções aplicáveis.

As primeiras não se fundam, ao contrário destas, na limitação da capacidade natural da pessoa singular administradora<sup>2903</sup> (recaída sobre a capacidade de exercício, dado que a capacidade de gozo será, à partida, ilimitada – art. 67.º CC), bem se sabendo que a exigência de “capacidade jurídica plena” plasmada no n.º 3 do art. 390.º veda o acesso à administração por parte de menores de idade e maiores acompanhados.

Antes, alicerçam-se na “inaptidão para o exercício das funções de administração alicerçada numa concreta causa que afeta o sujeito considerado e que a lei reputa, por razões de ordem pública, incompatível com tal exercício” (Ferreira, 2015, p. 185).

Porém, apesar da distinção, as circunstâncias enquadráveis em qualquer das categorias constituirão igualmente impedimento ao exercício das funções de administração (*e.g.* art. 401.º).

Feita esta referência, mais do que elencar todo o leque de incompatibilidades verificáveis - como a impossibilidade de um administrador integrar o órgão de fiscalização da mesma sociedade (al. b) do n.º 1 do art. 414.º-A), que releva, inclusive, para a acumulação de cargos sociais –, importa sublinhar as que ganham maior ou exclusiva expressão quando se designe uma pessoa coletiva para o órgão de administração<sup>2904</sup>.

Hoje consensual em Portugal é a ilegitimidade da integração da pessoa singular se, aquando da sua nomeação pela pessoa coletiva designada, a mesma já constar do órgão de administração da sociedade designante<sup>2905</sup> (admitindo-se, porém, que seja, ao tempo

---

<sup>2902</sup> Facon, 2019.

<sup>2903</sup> Rodrigues, 1990.

<sup>2904</sup> Não exploraremos, por exemplo, a cumulação do mandato de administração com um contrato de trabalho, muito discutida tanto a nível nacional (Soares, 2014) como internacional (Facon, 2019).

<sup>2905</sup> Malaquias, Basto & Choon, 2014. É diferente, porém, o cenário em que as sociedades que a pessoa singular integra não têm qualquer ligação entre si, o que se permite por conta da rejeição da doutrina da representação permanente, de acordo com a qual uma pessoa singular não poderia ser representante permanente no órgão de administração de várias pessoas coletivas (Rodrigues, 1990).

da nomeação, administradora na pessoa coletiva designada), bem como o é a impossibilidade de que duas pessoas coletivas, uma vez designadas para um mesmo órgão, nomeiem a mesma pessoa singular<sup>2906</sup>.

Ao invés, tal consenso não é garantido além-fronteiras. Na Bélgica, por exemplo, fora inicialmente imposto que “une même personne physique ne peut agir en la double qualité de représentant direct et représentant permanent d’une personne morale” (Evrard, 2019).

Contudo, cedo se admitiram exceções: desde que garantida a colegialidade, poderia a mesma pessoa singular integrar um órgão de administração tanto na qualidade de representante permanente de uma pessoa coletiva designada, como diretamente nomeada pela sociedade administrada.

Ademais, também sob esta condição se permitiria que uma mesma pessoa singular integrasse o órgão de administração da sociedade designante enquanto nomeada por duas (ou mais) pessoas coletivas designadas<sup>2907</sup>.

Porém, aquela prerrogativa viria a ser anulada com a alteração legislativa de 2019, pela qual passou a proibir-se a presença de uma mesma pessoa singular nas duas qualidades, independentemente da colegialidade do órgão (à semelhança, aliás, do regime português)<sup>2908</sup>.

Isto permite-nos concluir pela multitude de questões que, pelo menos no ordenamento nacional – ao contrário de vários outros –, estão já doutamente esclarecidas e são pacificamente aceites na generalidade. No entanto, há também tantas outras que ainda carecem de alguma aquiescência e que, como tal, merecem tanto ou maior destaque.

Um exemplo é a aludida impossibilidade de ingresso no órgão de fiscalização da mesma sociedade. Se, *prima facie*, parece uma imposição simples e direta, pode a interposição de uma pessoa coletiva implicar alguma complexidade.

Imaginemos uma pessoa singular C, que é nomeada, pela pessoa coletiva B, para o órgão de administração da sociedade A, que a designou. Após aceitação e algum tempo depois de iniciar o exercício das respetivas funções, C é convidada a integrar o conselho fiscal da sociedade D, que se encontra em relação de grupo com A, pelo que haverá incompatibilidade nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 414.º-A.

---

<sup>2906</sup> Ventura, 1994.

<sup>2907</sup> Corbeel, 2015.

<sup>2908</sup> A este pandemónio legislativo (além da instabilidade gerada) agrava o facto de a prática corrente no mercado empresarial ser a de haver uma pessoa singular integrada num órgão de administração tanto na qualidade de representante da pessoa coletiva designada, como enquanto diretamente nomeada para o cargo (cf. publicação da KPMG & K Law (2019), in [www.companylawcode.be](http://www.companylawcode.be)). Contrapondo este regime com o português, temos no último uma clara vantagem neste âmbito.

Porém, essa só existirá se assumirmos que é a pessoa singular que se qualifica como administradora e não a pessoa coletiva (o que acontece no ordenamento português, mas não em ordenamentos como o francês ou o espanhol).

Ora, ainda que o papel da pessoa coletiva não se esgote na nomeação da pessoa singular, a verdade é que os contornos da sua atuação são desenhados em traços pouco claros. Retomando o anterior exemplo, em que posição estaria a pessoa coletiva, atenta a incompatibilidade? Seria a sua designação, por conta dessa, passível de contestação?

A resposta gera, invariavelmente, alguma discussão: se, de um lado, temos autores que defendem que, estando a pessoa singular obrigada à não verificação de qualquer incompatibilidade quanto ao exercício das funções de administração, também o estará a pessoa coletiva designada; temos, do outro, os que defendem que a avaliação das incompatibilidades se reporta única e exclusivamente à pessoa singular<sup>2909</sup>.

Outra questão quanto à posição da pessoa coletiva é: qualificando-se a pessoa singular como administradora e sendo responsável pelo exercício das funções de administração, será ela a titular do direito à remuneração, nos termos do art. 399.º e salvo estipulação em contrário<sup>2910</sup>? Será, pela mesma ordem de ideias, sobre esta que recai a obrigação de prestação de caução (art. 396.º)?

A maioria dos autores afirma que esta qualificação significa ser sobre a pessoa singular que impendem todos os benefícios e ónus inerentes ao cargo de administração, dentro dos quais encontraremos, nomeadamente, a obrigação de não concorrência<sup>2911</sup>. Porém, atenta a peculiaridade da posição da pessoa coletiva designada e o dissenso quanto à extensibilidade das incompatibilidades, urge um melhor esclarecimento.

O n.º 3 do art. 398.º, que impõe essa barreira concorrencial enquanto concretização do dever de lealdade<sup>2912</sup>, não faz referência expressa à designação de pessoa coletiva para o órgão de administração. Não se qualificando essa como administradora, quão obrigada estará a abster-se de uma atividade concorrente à da sociedade designante?

---

<sup>2909</sup> Santos, 2014.

<sup>2910</sup> Cunha, 1993. A questão remuneratória não é isenta de contingências. Além dos *agency problems*, dos modelos de remuneração ou da própria delimitação conceitual (Ribeiro, 2016), há um ponto a considerar por conta da interposição de uma pessoa coletiva no órgão de administração: a possibilidade de que o valor pago a esse título seja encarado pela AT não como tal, mas como o pagamento de uma prestação de serviços, passível de tributação de IVA nos termos dos arts. 2.º e 18.º CIVA e da independência da pessoa coletiva. Relativamente a esta, temos que a incidência subjetiva quanto à prestação de serviços implica que essa tenha lugar “de um modo independente e com carácter de habitualidade”, segundo a al. a) do n.º 1 do art. 2.º CIVA. Ora, considerando que um administrador, nessa qualidade, se encontra ao abrigo de uma relação jurídica com vínculo de subordinação face à sociedade cujo órgão integra, não parece verificar-se a independência necessária para a legítima tributação. Isso mesmo nos esclarece o art. 10.º da Diretiva n.º 2006/112/CE, sendo também especificamente clarificado nos Cadernos do IVA de 2016, onde se afirma que “Os membros do Conselho de Administração não prosseguem a sua actividade com liberdade organizativa própria (...) estão ligados à sociedade por vínculos de subordinação jurídica (...) Não podendo ser considerados independentes no exercício da sua actividade, fica excluída a qualificação de tais administradores como sujeitos passivos do IVA” (Leite, 2016, pp. 176\_177). Porém, estas conclusões não evitam que a AT proceda, pontualmente, à emissão de guias de liquidação de IVA por questões laterais, como verificar-se a emissão de faturas pela pessoa coletiva designada ao invés da emissão, pela sociedade designante, dos documentos comprovativos dos valores pagos pelo exercício de funções de administração (folhas de remuneração), assim baseando a cobrança de valores indevidos.

<sup>2911</sup> Malaquias, Basto & Choon, 2014.

<sup>2912</sup> Nunes, 2006.

À ausência de resposta na lei junta-se uma reduzida dedicação doutrinária. Ainda assim, é genericamente defendida a sujeição do exercício dessa a autorização pela assembleia geral da sociedade designante<sup>2913</sup>, como teria lugar na nomeação direta de uma pessoa singular.

Contudo, a dificuldade pode manter-se num cenário mais complexo: ainda que a necessidade de autorização prévia impeça a pessoa coletiva designada de oferecer concorrência direta, não há previsão que impeça, de forma clara, outras sociedades (com as quais essa ou a pessoa singular nomeada tenham próxima ligação) de o fazerem, impondo-se a consideração do risco de que estas beneficiem de informação privilegiada por conta da relação existente entre ambas.

Se é certo que a pessoa singular exerce o cargo em nome próprio, não estando sujeita a instruções ou diretivas pela pessoa coletiva que a nomeia, também se conclui não ser, na prática, tão fácil que aquela se demarque totalmente dos interesses desta.

Ainda que a pessoa singular deva manter sigilo absoluto sobre a informação relativa à sociedade designante que não seja pública (exceto casos em que a pessoa coletiva tenha direito a essa informação pela qualidade de sócia<sup>2914</sup>), há sempre o risco de que a partilhe com quem a nomeou, ficando essa em posição de a passar a uma sociedade concorrente da primeira a troco de um qualquer benefício.

Fora destas questões, mas ainda quanto às *director networks*, está também a preocupação de alguns autores quanto à “colaboração excessiva”, isto é, o medo de que as pessoas coletivas envolvidas deixem de concorrer, no mercado, entre si, incumprindo com as imposições comunitárias<sup>2915</sup>.

Outro dos aspetos de maior inquietação é o facto de que quanto maior a rede de envolvidos, maior a probabilidade de verificação de problemas de coordenação ou comunicação<sup>2916</sup>. Enquadramos aqui a “*Busyness Hypothesis*”, teoria segundo a qual aquele que integra vários órgãos de administração em simultâneo estará, por regra, demasiado ocupado para exercer as suas funções com a diligência e disponibilidade devidas, o que poderá tornar-se, ao invés do pretendido, uma desvantagem<sup>2917</sup>.

Seja como for, as vantagens facultadas por este regime suplantam largamente as eventuais desvantagens e questões sem resposta que neste âmbito se têm vindo a levantar. Dentro dessas, é regularmente invocado o risco de partilha de informação privilegiada para justificar a aplicação de um regime de responsabilidade solidária entre

---

<sup>2913</sup> Sobre esta, a já aludida *newsletter* da Cuatrecasas (2015) refere, quanto à remuneração, prestação de caução e demais direitos e deveres inerentes à qualidade de administrador, ser analogicamente aplicável à pessoa coletiva o regime dos administradores suspensos, determinando a ineficácia de todos os poderes, deveres e direitos, exceto os que não pressuponham o exercício efetivo de funções.

<sup>2914</sup> Santos, 2014.

<sup>2915</sup> Noam, 2001.

<sup>2916</sup> Rathod, 2018.

<sup>2917</sup> Pritchard, Ferris & Jagannathan, 2003.

a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada<sup>2918</sup>, o qual colmata adequadamente os obstáculos emergidos.

## 6. Responsabilidade

No seguimento desta última nota, cumpre finalmente abordar o regime da responsabilidade solidária (n.º 4 do art. 390.º). Sobre este, três questões: que motivos justificam a solidariedade; que razões levam a pessoa coletiva a sujeitar-se, atenta a limitação da sua atuação, a tamanha responsabilidade; quais os moldes em que o dito regime se opera.

Dentro das razões que suportam a imposição de solidariedade (a qual sustenta a qualificação da pessoa singular como administradora)<sup>2919</sup>, temos, além do referido acesso a informação privilegiada pela pessoa coletiva designada<sup>2920</sup>, a faculdade de essa nomear uma pessoa singular para o órgão de administração, nomeação essa que é, regra geral, um “acto da sociedade” (Serens, 1994, p. 86), cabendo à assembleia geral a sua efetivação nos termos do n.º 1 do art. 391.º.

É no poder da pessoa coletiva determinar a pessoa singular a integrar no órgão sem a pronúncia da sociedade designante<sup>2921</sup> que jaz uma das bases para a imposição de solidariedade, vista como “o correlato da *situação de favor* em que fica investida” (Serens, 1994, p. 87) a pessoa coletiva, ainda que a nomeação daquela seja necessariamente alvo de ponderação e critério, atentas as aptidões necessárias para o desempenho do cargo<sup>2922</sup>.

Um terceiro móbil para a solidariedade prende-se com a possibilidade de a pessoa coletiva proceder à substituição da pessoa singular (expediente tido como fundamento da qualificação da relação entre ambas como “*sui generis*”), o que, para alguns autores, não é uma vantagem, pois apenas reconduz a novas responsabilidades<sup>2923</sup>.

Justificada a imposição de responsabilidade solidária entre as partes, a questão premente é a de se saber quais as razões para que a pessoa coletiva aceite colocar-se nesta posição<sup>2924</sup>, tanto mais por parecerem parcas as vantagens, sendo a contrapartida, pelo contrário, considerável.

---

<sup>2918</sup> Campos, 2015; Cunha, 2009.

<sup>2919</sup> Costa, 2019.

<sup>2920</sup> Campos, 2015.

<sup>2921</sup> Labareda, 1998.

<sup>2922</sup> Costa, 2019.

<sup>2923</sup> Cunha, 2009.

<sup>2924</sup> Visto estarem em causa atos que a pessoa coletiva designada “não pratica, não controla nem pode sequer evitar (...) não tem sequer o poder de, relevantemente, instruir” (Labareda, 1998, p. 21).

Defende a doutrina serem essas razões as mesmas que justificam a imposição de solidariedade: o acesso a um leque maior de informação, a possibilidade de nomear uma pessoa singular e, ainda, a de proceder à sua substituição<sup>2925</sup>.

Porém, ao distinguir as pessoas coletivas sócias da sociedade designante daquelas que o não sejam, cedo se conclui pela existência de outros argumentos a favor dessa aceitação, bem como alguns que a questionem.

Um exemplo é a hipótese de as sócias sentirem mais segurança quanto à prossecução do interesse social quando do órgão de administração conste alguém a quem se “reconhece o valor, mérito e características necessários à boa gestão da sociedade e à prossecução dos seus interesses como sócios e que assim lhe permite uma maior ligação aos destinos da sociedade” (Campos, 2015, p. 118)<sup>2926</sup>, o que será melhor assegurado se forem essas a proceder à escolha da pessoa singular.

Assim, o benefício da pessoa coletiva está na nomeação de alguém da sua confiança, de cuja boa gestão poderá resultar a distribuição de dividendos (em caso de deliberação nesse sentido) ou a valorização das participações sociais<sup>2927</sup>.

Por outro lado, não podendo a pessoa coletiva emitir instruções, tampouco ter o seu interesse como objetivo a seguir nem beneficiar, diretamente (via dividendos ou valorização das participações sociais, caso não seja sócia da sociedade designante), da boa gestão da sociedade, qual a razão que levaria uma pessoa coletiva não sócia a aceitar a designação?

Uma das hipóteses recai sobre as *covenants*. Estas, genericamente definidas como cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento bancário, visam garantir que a instituição bancária consegue “controlar” a gestão da sociedade creditada e, assim, melhor determinar a probabilidade de *default*<sup>2928</sup>.

Cresce o relevo desta questão se atento o facto de que o financiamento externo é, na prática, a mais direta alternativa à injeção de capital próprio na sociedade<sup>2929</sup>, sendo altamente improvável a sobrevivência de uma sociedade sem a esse recorrer<sup>2930</sup>.

---

<sup>2925</sup> Campos, 2015; Malaquias, Basto & Choon, 2014.

<sup>2926</sup> A isto acresce a tenuidade da linha que separa a vontade de assegurar a adequada prossecução do interesse social da vontade de assegurar os interesses próprios da pessoa coletiva designada (Ventura, 1994).

<sup>2927</sup> O lucro é indissociável da vontade de constituir uma sociedade, sendo a repartição de lucros o fim do contrato de sociedade (980.º CC). No direito societário, o direito a quinhão nos lucros (al. a) do n.º 1 do art. 21.º) espelha claramente o escopo lucrativo. Assim, os atos praticados em sentido contrário deverão considerar-se nulos nos termos do n.º 1 do art. 6.º, do n.º 1 do art. 160.º CC e do art. 294.º CC, dado o caráter imperativo destas normas (Ac. TRG, 07-06-2018 (Maria Amália Santos), Proc. n.º 3804/11.5TBBCL.G1), havendo até quem se pronuncie no sentido de os acionistas poderem exigir que a gestão da sociedade seja orientada para o lucro (Couto & Ereio, 2011).

<sup>2928</sup> Favaro, 2018. A hipótese levantada pelo autor quanto ao exercício de influência, pelas instituições bancárias, sobre a gestão das sociedades terá de ser contrabalançada, no âmbito da designação das mesmas para um órgão de administração, com a impossibilidade de emissão de instruções: essa influência deverá limitar-se ao estatuído nas cláusulas constantes do contrato de financiamento, as quais, pela sua variedade, assegurarão o património da sociedade a um nível bastante para garantir o reembolso da quantia mutuada.

<sup>2929</sup> Brito, 2011.

<sup>2930</sup> É pertinente, neste âmbito, notar a comum dificuldade das PME's (que constituem a grande parte do tecido empresarial português) na obtenção de financiamento (Correia, 2018).

Assim, num cenário em que determinada entidade cede capital a outra, é verosímil que aquela procure a designação para o órgão de administração desta, garantindo que pelo menos uma das pessoas singulares aí integradas reúne as melhores qualidades de gestão, deste modo assegurando o reembolso do capital investido.

Como tal, qualquer pessoa coletiva, sócia ou não, terá um conjunto de razões que justifique sujeitar-se a uma responsabilidade solidária, faltando apenas determinar os moldes em que a sua responsabilização tem lugar.

## 6.1. O regime aplicável

Considerar exclusivamente o n.º 4 do art. 390.º faria crer que a pessoa coletiva seria “sempre solidariamente responsável pelos danos causados pelos actos praticados pela pessoa singular no exercício das funções para que foi por aquela nomeada” (Santos, 2014, p. 56)<sup>2931</sup>. Não devemos, porém, fazê-lo, em especial atenção à doutrina neste âmbito emergida.

Defendera-se, inicialmente, que a pessoa coletiva designada respondesse de forma objetiva (*i.e.* independente de culpa) pelos atos da pessoa singular, por forma a obstar à leviandade nessa escolha<sup>2932</sup>.

Contudo, o tempo viria a alterar o paradigma. Pelo mesmo nexos da recusa da representação permanente<sup>2933</sup>, gradualmente se passaria a admitir a aplicação dos n.ºs 1 e 2 do art. 83.º, com vários argumentos a motivar, no fim, a sua consensualidade.

Uma das razões é a necessidade de ponderação e critério na indicação da pessoa singular que vai exercer as funções de administrador<sup>2934</sup>. Por esta imposição, não se justificaria responsabilizar a pessoa coletiva por falhas não relacionadas com uma deficiência na nomeação, mas antes e tão-só quando haja, de facto, culpa na escolha (n.º 1 do art. 83.º *in fine*).

Tal será mais evidente ainda ao relembrar que a pessoa coletiva não pode emitir instruções, não tendo meio de controlar a atuação completamente autónoma da pessoa singular<sup>2935</sup>. Aliás, ter a pessoa coletiva a responder apenas quando haja culpa (sua) tem orientação simétrica no direito civil, nomeadamente nas cláusulas de limitação da

---

<sup>2931</sup> A pessoa singular, sendo administradora, será responsável a título principal pelos danos causados, pois é sobre si que impendem os direitos e deveres atinentes às funções de administração.

<sup>2932</sup> Serens, 1994; Ventura, 1994, com o último a justificar a solidariedade – sem consideração pela culpa na escolha – na medida em que a assembleia da sociedade designante não tem palavra quanto à nomeação e, assim, à pessoa coletiva designada bastaria, não querendo tal responsabilidade, não aceitar o cargo. Esta posição carece de razoabilidade: atentas as vantagens que a designação de pessoas coletivas pode implicar, não faria sentido que a resposta a um potencial entrave à mesma se reduzisse a um intransigente *take it or leave it*, antes devendo promover-se a melhoria constante.

<sup>2933</sup> Sobre a conexão com a responsabilidade solidária, v. Labareda, 1994, p. 26.

<sup>2934</sup> Costa, 2019; Labareda, 1998, com este acrescentando que a escolha deve recair sobre aquele de quem seja expectável uma atuação conforme aos interesses sociais. Apenas em caso contrário, comprovando-se uma escolha desacertada quando se verificam todas as condições (e a obrigação) para o fazer devidamente, deverá haver lugar às consequências da responsabilidade solidária.

<sup>2935</sup> Labareda, 1998.

responsabilidade, no seio das quais os danos indiretos são das primeiras categorias a excluir, visto que contraente algum aceitará ser responsável por eventualidades sob as quais não possa influir ou razoavelmente prever<sup>2936</sup>.

Assim, a norma da Parte Especial não deverá sobrepor-se de forma absoluta à da Parte Geral. Não há um regime especial que se traduza em responsabilidade objetiva. Ao invés, a pessoa coletiva responderá nos termos do art. 83.º, o que significa, aliás, que o n.º 4 do art. 390.º pressupõe a culpa *in eligendo*<sup>2937</sup>.

Ainda passível de discussão é o alcance desta responsabilidade. Também aqui se verificam duas correntes: os defensores da objetividade admitem que a pessoa coletiva seja responsável perante a sociedade designante, os sócios dessa e, ainda, terceiros e credores sociais<sup>2938</sup>; já aqueles que remetem para a culpa *in eligendo* argumentam que a responsabilidade concretizar-se-á somente perante a sociedade e os sócios – de encontro com o n.º 1 do art. 83.º *in fine* –, na medida em que por trás da designação da pessoa coletiva estavam apenas esses. É com esta que, de novo, teremos de nos alinhar.

Dado que só os últimos influíram na designação, seria um “privilégio injustificado” (Labareda, 1998, p. 58) colocar os terceiros sob a alçada da solidariedade, pois nem sequer teriam, as mais das vezes, noção da intervenção da pessoa coletiva designada, sendo a sua relação apenas para com a pessoa singular nomeada<sup>2939</sup>. Assim, mesmo que ambas constem da certidão de registo comercial, não parece razoável que terceiros aleguem ter sido encetado contacto apenas por conta da reputação da pessoa coletiva<sup>2940</sup>.

Contudo, isso não implica uma total desproteção dos terceiros: a não extensão da responsabilidade da pessoa coletiva a esses tem lugar apenas nos casos de responsabilidade direta. Isto é, quando haja recurso à ação autónoma, intentada pelos credores sociais (n.º 1 do art. 78.º)<sup>2941</sup>, não deixando aquela de responder, porém, de forma indireta.

---

<sup>2936</sup> Sendo os danos indiretos “consequências remotas ou mediatas do dano direto” (Carvalho, 2017, p. 5) cuja probabilidade é de impossível cálculo, é difícil que alguém aceite sujeitar-se a tal responsabilidade sem mais. Aliás, atenta a fragilidade da posição da pessoa coletiva, a solidariedade não implicará sequer que a responsabilidade seja proporcionalmente repartida, antes sendo instrumental, pelo que recai sobre a pessoa coletiva um direito de regresso face à pessoa singular que, efetivamente, agiu e causou danos (Labareda, 1998).

<sup>2937</sup> São aqui enquadráveis tanto as pessoas coletivas sócias como as não sócias, não devendo entender-se de forma restritiva a epígrafe do artigo (Labareda, 1998).

<sup>2938</sup> Serens, 1994; Ventura, 1994.

<sup>2939</sup> Campos, 2015.

<sup>2940</sup> A “*Reputation Hypothesis*” (Wang, 2012) releva também quanto à designação de pessoas coletivas neste âmbito: considerando a sua presença na certidão, seria possível que terceiros procurassem tal alegação por forma a proteger-se com a solidariedade. Para combater este cenário, poderia pensar-se estabelecer tetos máximos de responsabilidade relativamente à pessoa coletiva (assumindo, para o efeito, que essa respondesse solidariamente perante terceiros), à semelhança do que ocorre na Bélgica (Evrard, 2019; Art. 2:57 CSA). Isto é – adaptando –, com base na dimensão, volume de negócios, quota de mercado, reputação, etc., ser determinada pessoa coletiva, uma vez designada, responsável em proporção diferente de outra. Porém, julgamos esta hipótese facilmente desconstruída por conta de (1) uma discriminação injusta: punir o maior desenvolvimento de uma empresa com mais responsabilidade seria um desincentivo à sua presença nos órgãos de administração, anulando as vantagens dessa; (2) os referidos aspetos não refletem uma maior adequação à designação, sendo também difícil medir aspetos menos objetivos (e.g. reputação); e (3), voltando à reputação, não se consegue conceber de que modo conseguiria um terceiro demonstrar que a sua atuação havia dependido unicamente do conhecimento da presença da pessoa coletiva no órgão de administração.

<sup>2941</sup> Esta, ao contrário das ações sociais, exige que o terceiro lesado prove a existência de culpa dos administradores pelos danos sofridos (n.º 5 do art. 78.º), remetendo para o regime geral civil consagrado no n.º 1 do art. 483.º CC (Cordeiro, 1997) por tratar-se de uma responsabilidade extracontratual (atenta a inexistência de uma relação obrigacional entre os administradores e os credores) (Loureiro, 2017). Isto, claro, além da inobservância das disposições destinadas a



Voltando à Parte Geral, fixa o n.º 5 do art. 6.º que a sociedade responde pela atuação dos seus representantes legais nos mesmos moldes que o comitente por atos do comissário, de novo aludindo ao direito civil. Ora, pelo disposto no art. 500.º CC, a responsabilidade – *in casu*, da sociedade designante, pois é o órgão dessa que a pessoa singular integra – é não só solidária (art. 497.º CC, *ex vi* do art. 499.º CC), como objetiva, acrescentando o eventual direito de regresso nos termos do respetivo n.º 3.

Em conjugação com as disposições societárias, é seguro que em caso de designação de pessoa coletiva, essa responderá solidariamente pelos danos causados a terceiros com a atuação da pessoa singular, ainda que apenas perante a sociedade designante<sup>2942</sup>, estando aqueles, de uma forma ou de outra, salvaguardados.

## 6.2. Alternativas propostas

Pelo exposto, afirmamos ser o ordenamento nacional, na sua peculiaridade e inovação, bem-sucedido na salvaguarda dos vários interesses envolvidos.

Não obstante, para compreender devidamente esse sucesso, há que desconstruir as alternativas apresentadas por outros.

A mais sonante hipótese é a doutrina da administração de facto<sup>2943</sup>. Visto que quer no ordenamento espanhol, como no francês ou no inglês, se qualifica não a pessoa singular, mas a pessoa coletiva designada como administradora, há uma preocupação premente quanto à eventualidade de que pessoas singulares conduzam a atuação dessa usando-a como fachada por forma a isentar-se de responsabilidade<sup>2944</sup>.

Este expediente, sempre contestado, nunca fora visto como mais do que um remédio provisório. Nem nos casos em que, como no regime britânico, não se nomeia uma pessoa singular – tida como *human face* solidariamente responsável – se aceita sem reservas esta opção, dotada de considerável impacto jurisprudencial e doutrinário, como veremos *infra*.

---

proteção dos credores sociais, assim como do nexo de causalidade entre essa e a diminuição do património social, quando esta o torne insuficiente para a satisfação dos créditos (n.º 1 do art. 78.º; Pinto & Pereira, 2001).

2942 Santos, 2014.

2943 Relevante na medida em que “concerns about exposure to directorial liability should not be monopolized by properly appointed directors” (Carroll, 1997, p. 162). Administrador de facto é todo aquele que “sem título bastante, exerce, direta ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade” (Abreu, 2010b, p. 101) –, estando o conceito “ligado à existência de domínio da sociedade” apto a permitir que não administradores consigam “fazer com que a sociedade se vincule ou actue neste ou naquele sentido, de forma regular e esporádica” (Ribeiro, 2010, p. 121).

2944 Já antes da Ley 31/2014, pela qual passou a impor-se a nomeação de pessoa singular como representante permanente da pessoa coletiva designada, se reclamava esta opção na doutrina, atenta a necessidade de se recorrer à responsabilização de pessoas singulares por via da administração de facto, em particular quando “la persona moral se utilizaba como una mera pantalla para dificultar las demandas dirigidas contra el administrador” (Villarrubia, 2018; Ramos, 2018). O mesmo se verificava no ordenamento belga até idêntica alteração, em 2002, desde a qual “il est fini le ‘bon vieux temps’ où l’on pouvait se cacher ou se retrancher derrière une société administrateur” (Corbeel, 2015). Estas reformas resolveram o problema ao impor que a pessoa singular responda solidariamente com a pessoa coletiva designada (Artículo 236.5 LSC; Art. 2:55 CSA): “los sistemas de un solo representante permanente han logrado minimizar las reclamaciones de responsabilidad frente a los gestores mediatos” (Talens, 2017b, p. 162).

Aí, a designação de uma pessoa coletiva implica a presença dos *mediate managers* (que serão administradores de direito legalmente nomeados do órgão dessa), o que preocupa pela possibilidade de que esses atuem como administradores de facto ou de que haja, por trás desses, um ou mais *shadow directors*<sup>2945</sup>.

Na verdade, este tema mostra-se delicado até nos seus próprios conceitos: o CA2006 (S251) define *shadow directors* como “people in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act”. Se, *prima facie*, parece um conceito claro, a nota de habitualidade (“accustomed to”) gera dúvidas, com alguns autores a entender que as instruções ou diretivas deverão, para efeitos da qualificação, ser regularmente seguidas pelos administradores; e outros afirmando bastar que o sejam pontualmente<sup>2946</sup>, o que prova a insuficiência da previsão, realçando-se que “the scope of their obligations and liabilities has yet to be fully clarified” (Crowley, 2017, p. 86).

Além disso, ainda que a atuação independente dos *mediate managers* torne mais simples a identificação daqueles a responsabilizar, tal não significa que efetivamente a haja<sup>2947</sup>. Prova disso são os casos Hydrodan, Hall e Holland<sup>2948</sup>.

Não discutindo na íntegra as respetivas decisões, limitando-nos ao essencial, refira-se que, logo no primeiro caso, se gerou querela pelo facto de a CD recorrer ao *hat identification test* para justificar a decisão de isentar os *mediate managers* de responsabilidade pela sua atuação<sup>2949</sup>.

Volvidos mais de dez anos, manter-se-ia inalterado o paradigma: no caso Hall, igualmente decidido no HCJ, fixar-se-ia que “la condición formal de administrador de la gestora no basta para imputar la condición de administrador de hecho de la administrada” (Talens, 2017b, p. 225).

E se, segundo o dito popular, “third time’s a charm”, tal não se verificou. Também no caso Holland se sustentou que “it is difficult to differentiate between those of his acts done as director of Paycheck and whatever other acts he carried out in the business wearing other hats” (Bainbridge, 2017, p. 81); e que “so long as the relevant acts are done by the individual entirely within the ambit of the discharge of his duties and

---

2945 Afins (porém diferentes) aos administradores de facto, os *shadow directors* “escondem-se na sombra” dos administradores validamente nomeados, controlando a administração pelo exercício de influência sobre esses (não necessariamente em todos os campos – Crowley, 2017), assim obviando à qualificação como administrador e isentando-se de responsabilidade. Esta influência deverá ser exercida sobre todos ou, pelo menos, a maioria dos administradores necessária à gestão da sociedade (O’Donovan, 2005). Sobre a evolução conceptual, v. Chambel, 2014.

2946 Talens, 2017b.

2947 DBIS, 2014a.

2948 [1994] 2 BCLC 180 (in TLR (1994), disponível em app.justis.com), [2006] EWHC 1995 (Ch) e [2010] UKSC 51, respetivamente.

2949 Este teste visava determinar se os *mediate managers* eram, no caso concreto, administradores de facto ou *shadow directors*. Para tal, precisar-se-ia qual o “chapéu” que o administrador estava a usar naquele momento”. Isto é, se atuavam apenas enquanto administradores da pessoa coletiva designada ou se o faziam como membros do órgão da sociedade designante, ainda que através da pessoa coletiva (Talens, 2017a). No caso *sub judice*, determinou-se que “los gestores mediatos no deben ser calificados como administradores ocultos o de hecho” (Talens, 2017b, p. 223).

responsibilities as a director of the corporate director, it is to that capacity that his acts must be attributed” (Slaughter and May, 2011)<sup>2950</sup>.

Tão questionáveis decisões levar-nos-iam a avizinhar tempos difíceis, pairando o medo de que os administradores de facto ou *shadow directors* aproveitassem a fragilidade das previsões legais para se furtar a qualquer responsabilidade.

Porém, dois votos em sentido contrário à decisão do último caso – sugerindo que tal resultado seria um incentivo à interposição de pessoas coletivas com o propósito único de objetar à responsabilização das pessoas singulares<sup>2951</sup> – indicam que já aqui surgiam vozes no sentido da proposta de alternativas para a devida responsabilização das partes envolvidas.

O receio de tal cenário levava à sugestão da desconsideração da personalidade jurídica<sup>2952</sup>, procurando garantir a tutela dos credores sociais. Porém, a mesma se revelou desprovida de significância, uma vez rara a sua aplicação nos tribunais britânicos, com o que concordamos<sup>2953</sup>.

De facto, pouco há o que justifique uma medida tão drástica, tanto que se tem restringido a sua aplicação a “grupos de casos” (Ribeiro, 2015, p. 49)<sup>2954</sup>. Até na doutrina americana, onde tem comum aplicação este expediente, começa a equacionar-se a sua proibição, visto serem os critérios de aplicação vagos e promotores da discricionariedade do julgador, contrariando a certeza e previsibilidade pretendidas<sup>2955</sup>.

Com isto, temos a questão essencial: não sendo a responsabilização dos *mediate managers* ou *shadow directors* como administradores de facto plenamente alcançável, nem havendo, em regra, lugar à desconsideração da personalidade jurídica, como se tutelam as partes envolvidas?

A resposta está no subcapítulo anterior. O regime legal português, ao impor a nomeação de uma pessoa singular e a consequente responsabilidade solidária por culpa *in eligendo*, responde adequadamente aos problemas de responsabilização perante a sociedade e terceiros, além de se adequar perfeitamente às demais exigências (*e.g.* estabilidade) já discutidas.

---

<sup>2950</sup> *In* [www.slaughterandmay.com](http://www.slaughterandmay.com); Talens, 2017b. Inclui-se aqui o *something more requirement*, que visa esclarecer se o comportamento da pessoa singular vai para lá dos deveres e responsabilidades de administração da pessoa coletiva designada (Worthington, 2016). Porém, este conceito, pela sua imprecisão, pouco contribui para uma solução consensual. Tanto assim é que, no aludido caso Holland, verificara-se a existência de controlo total sobre as decisões das empresas, bem como iniciativa, de forma deliberada e independente, para proceder ao pagamento dos dividendos alegadamente indevidos e, apesar disso, foi pela maioria considerado não estarem reunidos os pressupostos necessários para a responsabilização.

<sup>2951</sup> Talens, 2017b.

<sup>2952</sup> Esta sugestão é consequência de uma conceção demasiado rígida de personalidade jurídica adotada pelos tribunais, sendo esta a (aparentemente) única alternativa à total proibição de *corporate directors* (Talens, 2017a), como se retira das intervenções de Lord Saville no caso Holland ([2010] UKSC 51, p. 41).

<sup>2953</sup> A limitação da responsabilidade, surgida com a criação da personalidade jurídica (a qual procurou justificar (Ribeiro, 2015)), impulsiona a assunção de risco por parte dos acionistas que, ao constituir uma sociedade, investem capital e proporcionam crescimento económico ao país (Bainbridge, 2017; Ribeiro, 2015). Sugerir essa desconsideração seria excessivamente oneroso e desprovido de justificação numa perspetiva macroeconómica.

<sup>2954</sup> Mesmo quando esta construção doutrinária é aplicada pela jurisprudência, “a sua utilização parece sobredimensionada (...) não exige, nem tão pouco justifica, um remédio tão poderoso e com consequências tão gravosas do ponto de vista da dogmática jurídica” (Triunfante & Triunfante, 2009, p. 134).

<sup>2955</sup> Bainbridge & Henderson, 2016.

Nem outra posição se poderia aceitar, dadas as dificuldades tidas com o *hat identification test*, o *something more requirement* ou a controvérsia das decisões aludidas, a que acresce a inaplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente no panorama nacional.

---

## 7. Conclusão

Por tudo quanto foi dito ao longo do presente trabalho e particularmente atentas as conclusões parciais que na extensão dos vários capítulos se foram retirando – não se visando uma repetição das mesmas no presente ponto –, estamos finalmente em posição de afirmar, com tanta assertividade quanto possível, que o regime societário português se demonstra atento às problemáticas e sugestões surgidas no âmbito da designação de pessoas coletivas para um órgão de administração.

Com efeito, não há vantagem ou desvantagem a que o mesmo não atenda, mostrando-se apto a dar resposta às solicitações das várias partes envolvidas sem que, por outro lado, tal implique o nascimento de um novo desafio. Aliás, as recentes propostas de alteração ao regime em vigor em vários dos ordenamentos jurídicos a que aludimos demonstram que, de facto, os mesmos não se adequam de forma plena à realidade dos dias de hoje.

Para lá da sugerida proibição da desconsideração de personalidade jurídica nos EUA, surgiu também, no Reino Unido (para o que muito contribuiu a controvérsia dos três casos mencionados), uma forte contestação ao regime em vigor, com a proposta de que as *corporate directors* passassem a ser, em regra, proibidas<sup>2956</sup>: o SBEEA2015 surgiria com o propósito de operar uma reforma legislativa pela qual a designação dessas deixaria de se admitir. Porém, por força dos benefícios que estas potencialmente importam, a data de implementação da proibição tem sido constantemente protelada<sup>2957</sup>, o que indicia alguma hesitação quanto a abdicar dos mesmos<sup>2958</sup>.

Também em Espanha, por outro lado, viria a Draft Bill de 24 de maio de 2019 sugerir que o conselho de administração das sociedades de capital aberto fosse exclusivamente composto por pessoas singulares, por forma a garantir uma melhor *corporate governance* e, ao mesmo tempo, assegurar uma maior transparência<sup>2959</sup>. No entanto, logo surgem dúvidas relativamente ao modo como esta proibição poderia contribuir nesse sentido, pelo que não se afigura a opção mais viável<sup>2960</sup>.

Parece-nos evidente que qualquer proposta de alteração surja apenas quando se vise uma melhoria face à conjuntura atual, o que implica, natural e consequentemente, a existência de espaço para o aperfeiçoamento. Assim, concluímos com a reiteração da defesa das opções tomadas pelo legislador português, as quais se revelam muito felizes no combate aos problemas atuais e potenciais, bem como na salvaguarda das vantagens às *corporate directors* apontadas.

---

<sup>2956</sup> Talens, 2017b.

<sup>2957</sup> Gibbon, Garston & Salaman, 2019.

<sup>2958</sup> Grant, 2019.

<sup>2959</sup> Laguna, 2019.

<sup>2960</sup> García & Cárdenas, 2019.

## Bibliografia

ABREU, J.M.C. (2010a). *Governança das sociedades comerciais*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

ABREU, J.M.C. (2010b). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.<sup>a</sup> Edição, col. Cadernos do IDET, n.º 5. Coimbra: Almedina.

ANTUNES, J.E. (1999). The liability of polycorporate enterprises. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 13, n.º 2, pp. 203-231.

ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.

BAINBRIDGE, S.M. (2017). Corporate directors in the United Kingdom. *William & Mary Law Review Online*, vol. 59, pp. 64-84.

BAINBRIDGE, S.M. & HENDERSON, M.T. (2016). *Limited liability: A legal and economic analysis*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

BRITO, R.C. (2011). *A ingerência do credor controlador no governo societário – Consequências e mecanismos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito e Gestão na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

CAMPOS, A.C. (2015). A designação de pessoa colectiva como administrador. In *A designação de administradores*, col. “Governance Lab”, pp. 107-124. Coimbra: Almedina.

CARROLL, R. (1997). Shadow director and other third-party liability for corporate activity. In *Corporate governance and the duties of company directors*, pp. 162-184. Melbourne: Centre for Corporate Law and Securities Regulation, University of Melbourne.

CARVALHO, A.M.S. (2017). *O dano consequencial – A questão da causalidade*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

CHAMBEL, I.I.D. (2014). *In all but name – O administrador de facto nas sociedades comerciais – Reflexões em torno da sua concretização*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

CLIFTON, A. (12 setembro 2018). Corporate directors – plan for the ban. BHW Solicitors. Retirado de [www.bhwsolicitors.com](http://www.bhwsolicitors.com).

CORBEEL, T. (1 outubro 2015). Le représentant permanent d’une personne morale, administrateur d’une société anonyme? – Questions pratiques. Solutio Lawyers & Mediators. Retirado de [www.solutio.law](http://www.solutio.law).

CORDEIRO, A.M. (1997). *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.

CORREIA, L.B. (1993). *Os administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina.

CORREIA, L.T.S. (2018). *Dificuldade das PME(s) obterem financiamento: Estudo de caso em Portugal*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Economia Monetária, Bancária e Financeira na Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho.

COSTA, R. (2017). A administração da sociedade PME e o sócio gestor. In *Congresso Internacional: As Pequenas e Médias Empresas e o Direito*, pp. 361-396. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Associação das Faculdades de Direito Latinas.

COSTA, R. (2019). Administração, fiscalização e secretário da sociedade – Conselho de administração. In *Código das sociedades comerciais em comentário*, vol. VI (artigos 373.º a 480.º), 2.ª Edição, pp. 200-225. Coimbra: Almedina.

COUTO, A.S. & EREIO, J.T. (2011). Transmissão do direito ao dividendo. *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 29, pp. 68-78.

CRONIN, B. & POPOV, V. (2004). Director networks and UK corporate performance. *International Journal of Knowledge, Culture and Change Management*, vol. 4, pp. 1195-1205.

CROWLEY, L. (2017). *Who is running the company? Secured lender influence over the board of debtor companies*. Thesis submitted for the award of M. Litt at Trinity College Dublin, School of Law.

CUATRECASAS (julho 2015). Estatuto da pessoa colectiva nomeada administradora de uma sociedade anónima. Retirado de [www.cuatrecasas.com](http://www.cuatrecasas.com).

CUNHA, P.P. (1985). As pessoas colectivas como administradores de sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 1, pp. 5-11.

CUNHA, P.P. (1993). Pessoas colectivas designadas administradores de sociedades anónimas. *O Direito*, pp. 221-227.

CUNHA, P.O. (2009). Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 1, pp. 165-213.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS (abril 2014a). Transparency & trust: Enhancing the transparency of UK company ownership and increasing trust in UK business – Government response. Retirado de [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS (novembro 2014b). Corporate directors: Scope of exceptions to the prohibition of corporate directors. Retirado de [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

ESTEVES, N.M.J. (2017). *A duração do mandato dos administradores*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

EVARD, M. (11 março 2019). Les changements apportés au statut des administrateurs et à la gouvernance par la loi du 28 février 2019. Fieldfisher. Retirado de [www.fieldfisher.com](http://www.fieldfisher.com).

FACON, P. (27 novembro 2019). La SA à conseil d'administration. Le coin des entrepreneurs. Retirado de [www.lecoindesentrepreneurs.fr](http://www.lecoindesentrepreneurs.fr).

FAVARO, L.M. (2018). Interferência na governação das micro e pequenas empresas gerada pela inserção de covenants nos contratos de mútuo bancário: Estudo de direito comparado luso-brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 4, pp. 1263-1284.

FERREIRA, R.C. (2015). Impedimentos na designação de administradores das sociedades comerciais. In *A designação de administradores*, col. Governance Lab, pp. 183-200. Coimbra: Almedina.

GARCÍA, L.M. & CÁRDENAS, B. (20 junho 2019). The directors of listed companies may only be individual persons. Lupicinio. Retirado de [www.lupicinio.com](http://www.lupicinio.com).

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (janeiro 2018). La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica. Uría Menéndez. Retirado de [www.uria.com](http://www.uria.com).

GELDARDS (31 outubro 2016). Corporate directors – An upcoming change in UK company law. Retirado de [www.geldards.com](http://www.geldards.com).

GHILAIN, S. & VANDRIESSCHE, K. (setembro 2011). Mandats sociaux et fonction de représentant permanent de sociétés commerciales: Le point de vue de l'IEC. *Revue Accountancy & Tax*, vol. 3, pp. 21-26.

GIBBON, N., GARSTON, C. & SALAMAN, B. (dezembro 2019). Corporate governance and directors' duties in the UK (England and Wales): Overview. Thomson Reuters Practical Law. Retirado de [www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com](http://www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com).

GOMES, J.F. (2015). *Da administração à fiscalização de sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, 1.<sup>a</sup> ed., col. Teses. Coimbra: Almedina.

GRANT, E. (16 janeiro 2019). Prohibition on corporate directors – What's the latest? Browne Jacobson. Retirado de [www.brownejacobson.com](http://www.brownejacobson.com).

KPMG; K Law (março 2019). Le représentant permanent d'un administrateur – Personne morale. KPMG & K Law. Retirado de [www.companylawcode.be](http://www.companylawcode.be).

KORCHAK, J. (3 setembro 2017). What is a company's register of directors? Inform Direct. Retirado de [www.informdirect.co.uk](http://www.informdirect.co.uk).

LABAREDA, J. (1998). Da designação de pessoas colectivas para cargos sociais em sociedades comerciais. In *Direito societário português – algumas questões*, pp. 9-59. Lisboa: Quid Iuris.

LAGUNA, R.P. (12 junho 2019). Draft Bill of 24 May 2019 adapting Spanish law to Directive (EU) 2017/828 as regards the encouragement of long-term shareholder engagement in listed companies. Gómez-Acebo & Pombo. Retirado de [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com).

LEITE, I.P. (2016). IVA e remunerações de membros de órgãos de administração e fiscalização das sociedades anónimas. *Cadernos IVA 2016*, col. Católica Tax, pp. 151-184. Coimbra: Almedina.

LHUILIER, G. & DALION, P. (2007). *Droit des sociétés – DCG, épreuve 2 – Manuel et applications*. Paris: Groupe Revue Fiduciaire.

LOUREIRO, M.P.S. (2017). *A responsabilidade do administrador nas sociedades desportivas*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito e Gestão na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

MALAQUIAS, P.F., BASTO, I.C.P. & CHOON, A. (2014). O papel das pessoas coletivas como administradores ou gerentes de uma sociedade comercial. *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 36, pp. 19-33.

MARREIROS, M.T. (2018). *A independência dos administradores não executivos*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



MARTINS, V.L.C.G. (2015). *A projecção dos diferentes tipos de grupos societários na governação das sociedades coligadas*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito e Gestão na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa e Católica – Lisbon School of Business and Economics.

MASI, P.; PORTOLANO, F. (17 dezembro 2007). Legal persons can be company directors. International Law Office. Retirado de [www.internationallawoffice.com](http://www.internationallawoffice.com).

MATOS, P.V., EVANS, A.M. & TOMÁS, T. B. (2018). O papel dos administradores não executivos das empresas cotadas na Euronext Lisbon – Uma abordagem empírica. *Revista Pretexto*, vol. 19, n.º 2, pp. 96-115.

MOSI, E.M. (3 dezembro 2018). La société anonyme à conseil d’administration: le modèle classique d’une société anonyme. LegalVision. Retirado de [www.blog.legalvision.fr](http://www.blog.legalvision.fr).

NOAM, E.M. (2001). *Interconnecting the network of networks*. Massachussets: The MIT Press.

NUNES, P.C. (2006). *Corporate governance*, col. Monografias. Coimbra: Almedina.

O'DONOVAN, J. (2005). *Lender liability*. Londres: Sweet & Maxwell.

OSBORNE CLARKE (14 abril 2015). Abolition of corporate directors: Companies can't have other companies as directors. Retirado de [www.osborneclarke.com](http://www.osborneclarke.com).

PINTO, F.V. & PEREIRA, M.K. (2001). A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais. *FDUNL*, Working Paper no. 5/01, pp. 2-32.

PRITCHARD, A.C., FERRIS, S.P. & JAGANNATHAN, M. (2003). Too busy to mind the business? Monitoring by directors with multiple board appointments. *Journal of Finance*, vol. 58, n.º 3, pp. 1087-1111.

RAMOS, L.P. (26 novembro 2018). El administrador persona jurídica. Retirado de [www.notarialuisprados.com](http://www.notarialuisprados.com).

RATHOD, L. (2 maio 2018). The importance of board of director networks. Diligent. Retirado de [www.diligent.com](http://www.diligent.com).

RIBEIRO, M.F. (2010 – I). A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial. *O Direito*, pp. 81-128.

RIBEIRO, M.F. (2015). *Sociedades comerciais (responsabilidade): Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, col. Biblioteca de Investigação – II Trabalhos Científicos. Porto: Universidade Católica Editora.

RIBEIRO, M.F. (2016). Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: O acórdão do STJ de 27 de Março de 2014. *Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, n.º 5, pp. 13-44.

RODRIGUES, I.D. (1990). *A administração das sociedades por quotas e anónimas: Organização e estatuto dos administradores*. Lisboa: Livraria Petrony.

SANTOS, T.J.P. (2014). *A designação de pessoas colectivas para o órgão de administração de sociedades comerciais*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SEE (s.d.). Le mandat d'administrateur en 21 questions. Ministère chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes, de la diversité et de l'égalité des chances. Retirado de [www.egalite-femmes-hommes-gouv.fr](http://www.egalite-femmes-hommes-gouv.fr).

SERENS, M.C.N (1994). Pessoas colectivas – Administradores de sociedades anónimas? *Revista da Banca*, n.º 30, pp. 75-91.

SILVÉRIO, P.M.P (2016). *A designação de administradores por acionistas minoritários*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito das Empresas – Especialização em Direito das Sociedades Comerciais no Instituto Universitário de Lisboa – Escola de Ciências Sociais e Humanas – Departamento de Economia Política.

SLAUGHTER AND MAY (abril 2011). Corporate directors and de facto directorship – The Supreme Court requires “something more”. Retirado de [www.slaughterandmay.com](http://www.slaughterandmay.com).

SOARES, C.P.J. (2014). *A designação de administradores com contrato de trabalho: Solução a (re)pensar?* Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

TALENS, P.V. (2017a). Corporate directors: In search of a European normative model for legal persons as board members. *European Company and Financial Law Review*, vol. 14, n.º 4, pp. 609-636.

TALENS, P.V. (2017b). *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*. Tesis doctoral, programa de doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología. València, Facultad de Derecho de la Universitat de València – Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”.

TRIUNFANTE, A.M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas: Direitos de minoria qualificada; abuso de direito*. Coimbra: Coimbra Editora.

TRIUNFANTE, A.M. & TRIUNFANTE, L.L. (2009). Desconsideração da personalidade jurídica – Sinopse doutrinária e jurisprudencial. *Revista Julgar*, n.º 9, pp. 131-146.

VENTURA, R. (1994). Nota sobre a pessoa colectiva designada administrador de sociedade anónima. In *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo: Comentário ao código das sociedades comerciais*, pp. 175-186. Coimbra: Almedina.

VENTURA, R. (1996). *Sociedades por quotas: Comentário ao código das sociedades comerciais*, vol. II. Coimbra: Almedina.

WANG, Y. (2012). *The influence of board of director networks and corporate governance on firm performance and CEO compensation*. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Stirling – Accounting and Finance Division.

WORTHINGTON, S. (2016). *Sealy & Worthington's text, cases and materials in company law*. Oxford: Oxford University Press.

# **Jurisprudência**

## **PORTUGAL**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 28 de novembro de 2018 (Barateiro Martins), Proc. n.º 4039/17.9T8LRA-A.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, 07 de junho de 2018 (Maria Amália Santos), Proc. n.º 3804/11.5TBBCL.G1.

## **REINO UNIDO**

Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another, [2010] UKSC 51, 24 de novembro de 2010, Supreme Court (Lord Hope, Lord Walker, Lord Collins, Lord Clarke, Lord Saville), in [www.supremecourt.uk](http://www.supremecourt.uk).

Re Hydrodan (Corby) Limited, [1994] 2 BCLC 180, 17 de dezembro de 1993, High Court of Justice (Mr. Justice Millett), in Times Law Reports, 8, 19 de fevereiro de 1994, in [app.justis.com](http://app.justis.com).

Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall and John Andrew Henry Nuttall, [2006] EWHC 1995 (Ch), 28 de julho de 2006, High Court of Justice (Mr. Justice Evans-Lombe), in [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

## **UNIÃO EUROPEIA**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 25 de julho de 1991, Ayuntamiento de Sevilla, C-202/90, EU:C:1991:237, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 18 de outubro de 2007, Van der Steen, C-355/06, EU:C:2007:615, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

---

**Refugiados climáticos:**

**A urgência de um reconhecimento legal**

---

Manuel de Sousa Falcão Crespo Cartaxo

Sob orientação da Professora  
Doutora Benedita Menezes Queiroz

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, que me concederam esta oportunidade, e que sem o seu amparo nunca poderia ter alcançado esta meta.

Aos meus amigos, pela presença e por serem fonte de alegria neste caminho.

À Senhora Professora Doutora Benedita Menezes Queiroz, pela orientação e cooperação valiosas e imprescindíveis.

---

---

“Aos meus olhos, as paredes que separam os saudáveis e os doentes são apenas uma expressão de cegueira em relação ao real valor de uma pessoa que é igual aqui e ali...”

Franz Kafka

## **Resumo**

O tema do presente trabalho visa abordar a situação legal inexistente dos refugiados climáticos no regime jurídico internacional, bem como no contexto da União Europeia. Neste sentido, tencionamos refletir acerca dos motivos que originam este facto, bem como acerca da necessidade de um reconhecimento legal dos mesmos, explorando o Direito Internacional dos Refugiados, assim como o panorama internacional e europeu a nível jurídico e político, de forma a abordar as possibilidades deste mesmo reconhecimento e da consequente proteção.

Iniciamos o estudo com uma abordagem do panorama social, político e jurídico dos refugiados a nível internacional e europeu, explorando a própria definição de refugiado e o cenário legal que lhes diz respeito. Segue-se a análise do conceito de refugiado climático, assim como da situação da inexistência legal que lhe concerne no Direito Internacional e no Direito Comunitário. Seguidamente, procedemos à investigação de certas abordagens alternativas de proteção dos mesmos. Por último, analisamos um caso recente relevante do Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos versando sobre a questão.

O estudo conclui com a ponderação do peso das abordagens de proteção, da decisão no caso apreciado, bem como das vontades políticas e institucionais na equação que é o alcance deste reconhecimento legal tão desejado.

---

**Palavras-chave:** Refugiados climáticos; refugiados; reconhecimento legal; direito internacional dos refugiados.

## **Abstract**

This study aims to address the non-existent legal situation of climate refugees in the international legal regime, as well as in the context of the European Union. In this sense, we intend to reflect upon the reasons underneath and stress the need for the legal recognition of these particular refugees. We will therefore address both International Refugee Law and the international and European panorama, at the legal and political level, in order to assess the possibilities of recognition and the resulting protection therefrom.

We will begin with an approach to the social, political and legal landscape of refugees at both international and European level, exploring the definition of refugee and the respective legal scenario. We will then proceed with an analysis of the concept of climate refugee and its legal nonexistence in both international and community law, and investigate certain alternative approaches to their protection. Lastly, we will analyse a recent relevant case of the United Nations Human Rights Committee dealing with the issue.

The study concludes with a consideration of the weight of the protection opportunities, of the decision in the considered case, and of the political and institutional wills in the achievement of this much-desired legal recognition.

---

**Keywords:** Climate refugees; refugees; legal recognition; international refugee law.



## **Lisita de siglas e abreviaturas**

|          |                                                        |
|----------|--------------------------------------------------------|
| ACNUR    | Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados |
| Art.     | Artigo                                                 |
| CE       | Conselho Europeu                                       |
| CG       | Convenção de Genebra de 1951                           |
| Consult. | Consultado                                             |
| EASO     | Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo          |
| Ed.      | Edição                                                 |
| Ibidem   | Da mesma obra                                          |
| NASA     | National Aeronautics and Space Administration          |
| n.º      | Número                                                 |
| OIM      | Organização Internacional para as Migrações            |
| ONU      | Organização das Nações Unidas                          |
| OUA      | Organização da Unidade Africana                        |
| p.       | Página                                                 |
| para.    | Parágrafo                                              |
| pp.      | Páginas                                                |
| p. ex.   | Por exemplo                                            |
| SECA     | Sistema Europeu Comum de Asilo                         |
| Ss.      | Seguintes                                              |
| TFUE     | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia        |
| UE       | União Europeia                                         |
| UNFCCC   | United Nations Framework on Climate Change             |
| Vol.     | Volume                                                 |

---

# Índice

## I. Introdução

### 1. Refugiados

1.1. Breves considerações acerca do contexto histórico, social e político do movimento dos refugiados

1.2. Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Relativo ao Estatuto de Refugiado de 1967

1.3. Definição de refugiado

1.4. Quadro da União Europeia

### 2. Refugiados climáticos

2.1. Alterações climáticas e causas

2.2. Definição de refugiado climático

2.3. Ausência de respostas jurídicas, políticas, sociais e institucionais

2.3.1. Direito internacional

2.3.2. Direito da União Europeia

2.4. Abordagens alternativas de proteção de refugiados climáticos

2.4.1. Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África

2.4.2. Declaração de Cartagena

2.4.3. A Nansen Initiative's Protection Agenda – Disaster Displacement

2.4.4. Project for a Convention on the International Status of Environmentally Displaced Persons

2.4.5. Conclusão

2.5. Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment

2.5.1. Factos

2.5.2. Decisão

2.5.3. Apreciação

Conclusão

Bibliografia

## **I. Introdução**

Como afirmou o Secretário-Geral das Organizações das Nações Unidas, António Guterres, no dia das comemorações do dia Internacional da Paz, a paz “não é apenas entre as pessoas, mas entre as pessoas e o planeta”<sup>2961</sup>, sendo que salienta que as alterações climáticas desalojam três vezes mais pessoas do que os conflitos.

Em que consiste a relevância deste tema? As alterações climáticas que ocorrem no mundo tornam este tópico de extrema pertinência, na medida em que o número de refugiados que hoje se desloca dos seus países compelido pela subida no nível das águas; pela aridez dos solos; pela poluição dos recursos naturais; pela falta de água; por condições climáticas adversas e por catástrofes naturais incrementa a cada dia que passa. A todas as pessoas que são obrigadas a movimentar-se e a quebrar fronteiras por força destas mesmas condições hostis, não lhes é garantida uma proteção jurídica, quer a nível internacional, quer no quadro europeu.

Assim, o presente trabalho visa reforçar a extrema relevância em abordar este assunto, de forma a explorar as possibilidades de: por um lado, contribuir positivamente para a atenuação destas mesmas calamidades que colocam tantas pessoas em risco de vida diariamente; e, por outro, explorar possíveis soluções legais, quer a nível internacional – no seio da Convenção de Genebra de 1951 (doravante, CG) relativa ao estatuto dos refugiados –, quer no âmbito europeu – no que concerne ao Sistema Comum Europeu de Asilo e, consequentemente, ao Regulamento Dublin –, que se podem conceber de forma a socorrer estas pessoas que tanto necessitam de auxílio.

---

<sup>2961</sup> Nações Unidas, A emergência climática é uma ameaça à paz, afirma Guterres, in <https://nacoesunidas.org/a-emergencia-climatica-e-uma-ameaca-a-paz-afirma-guterres/>.

## 1. Refugiados

Como base essencial, nesta secção vamos abordar o contexto histórico, social, político e legal dos refugiados. Numa abordagem relativa ao quadro normativo a nível do direito internacional, mas também a nível do direito da União Europeia, procedemos à definição de refugiado, bem como à sua inserção no mundo e sociedade de hoje.

### 1.1. Breves considerações acerca do contexto histórico, social e político do movimento dos refugiados

O fenómeno das migrações não é desta era, trata-se antes de um fenómeno que tem vindo a suceder ao longo da História da Humanidade. Se certo é que o ser humano sempre se movimentou além-fronteiras compelido por necessidades e interesses que nascem em virtude na desenvoltura da sociedade, da economia e dos transportes, mais certo é que essas mesmas necessidades sempre se revelaram mais prementes e evidentes no que tocou ao surgimento de conflitos entre povos e nações, e à circunstância de catástrofes naturais, potenciada, nos dias de hoje, pelo fenómeno das alterações climáticas.

Mencionar o passado é, a nosso ver, de extrema monta, pois a História estabelece as fundações para um futuro mais próspero e, neste caso, mais humano. Como Philip Marfleet<sup>2962</sup> menciona, há quem defenda que o termo “refugiado” é tão antigo como a História em si, assim como existe doutrina que é da opinião que esta mesma condição só surge com o aparecimento da CG<sup>2963</sup>. O autor ensina-nos que o conceito de refúgio/santuário é uma prática enraizada na sociedade mundial no decorrer dos séculos e cedo floresceu nas civilizações gregas, romanas ou mesmo na era medieval, dado que a ligação aos costumes religiosos – quer no Islão, quer na tradição judaico-cristã – é bastante preponderante neste uso; ou seja, os locais de refúgio mais comuns sempre foram templos, mosteiros, igrejas, mesquitas, entre outros.

É no seio da referida tradição judaico-cristã que na Antiguidade surge um acontecimento histórico que retrata bem um “*exodus*” – um movimento de refugiados que envolveu o povo judeu e o reino do Egipto. Séculos passaram até aos dias de hoje, e estes mesmos movimentos permanecem à medida que as sociedades se desenvolvem, numa relação que parece inversa. Muitos foram os casos em que vastos movimentos de refugiados marcaram o percurso da Humanidade, dado que no continente europeu muitos foram os povos que, ao longo da História, experienciaram (e experienciam) a dor

---

<sup>2962</sup> Marfleet, 2007, p. 138.

<sup>2963</sup> Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n.º 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série Tratados da ONU, n.º 2545, vol. 189, p. 137.

deste percurso: os Latinos; os Etruscos; os Saxões; Cumanos; Arménios; Tártaros; Sérvios; Judeus; Ucrânianos; entre tantos outros<sup>2964</sup>. As Grandes Guerras marcaram pelas deslocções que provocaram no espaço europeu (aproximadamente 10 milhões de pessoas durante a Primeira Guerra Mundial<sup>2965</sup> e sensivelmente 60 milhões durante e após a 2ª Guerra Mundial<sup>2966</sup>); porém, os maiores movimentos de refugiados concentram-se, curiosamente, no nosso tempo, tempo esse que, além de estar marcado por guerras sucessivas, também regista as alterações climáticas mais drásticas da nossa História: entre eles: Síria (assinalando 6,7 milhões de refugiados); Afeganistão (2,7 milhões); Sudão do Sul (2,3 milhões); Myanmar (1,1 milhões); Somália (0,9 milhões)<sup>2967</sup>. Em consequência, os maiores campos de refugiados são<sup>2968</sup>: Kuputalong, Bazaar Cox, Bangladesh (886,778 mil); Bidi Bidi, Uganda (285 mil); Dadaab, Quênia (235,269 mil); Kakuma, Quênia (184,550 mil); Nyarugusu, Kigoma, Tanzânia (139,630 mil); Jabalia, Faixa de Gaza (119,486 mil); Zaatari, Jordânia (80,140 mil); entre outros.

Peter Gatrell<sup>2969</sup> fala-nos da importância da História para os refugiados, visto que para o autor esta reside não só na informação de rotas que providencia a novos movimentos (como sucedeu no caso de refugiados da Guerra Civil Espanhola que seguiram os trilhos realizados pelas gerações anteriores de migrantes que se mudaram para a França ou que migraram para a Argentina), mas também no que concerne à memória e ao esquecimento; isto é, vários são os casos em que ex-refugiados tendem a reescrever a História, de forma a servir propósitos políticos e sociais presentes, como sucedeu no caso do tempo posterior às guerras dos Balcãs (de 1912 a 1913), ao genocídio arménio e à troca da população greco-turca em 1923, em que a convivência anterior entre residentes cristãos e muçulmanos nos Balcãs e na Anatólia foi reescrita como uma história de desdém mútuo.

Quanto às migrações forçadas por causas climáticas ou por catástrofes naturais, estas sempre sucederam, por consequência de erupções vulcânicas, terremotos, tempestades, entre outros. Um dos casos mais célebres remonta à erupção do monte Vesúvio no ano 79 d.C., destruindo as cidades de Pompeia e Herculano e forçando, naturalmente, a deslocção de milhares de refugiados<sup>2970</sup> para as comunidades de Cumae, Nápoles, Óstia e Puteoli, na costa sul da Itália<sup>2971</sup>. Porém, os fatores que

---

<sup>2964</sup> Harkai, 2016, p. 5.

<sup>2965</sup> International Encyclopaedia of the First World War, *Refugees*, <https://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/refugees>.

<sup>2966</sup> Harris & Wulker, 1953, pp. 10-25.

<sup>2967</sup> Mercy Corps, *The world's 5 biggest refugee crises*, <https://www.mercycorps.org/articles/worlds-5-biggest-refugee-crises>.

<sup>2968</sup> Raptim, *World's largest refugee camps in 2018*, <https://www.raptim.org/largest-refugee-camps-in-2018/>.

<sup>2969</sup> Gatrell, 2016, p. 183.

<sup>2970</sup> Nilsson, 2009, p. 83.

<sup>2971</sup> Live Science, *Mount Vesuvius didn't kill everyone in Pompeii. Where did the survivors go?*, <https://www.livescience.com/64854-where-pompeii-refugees-fled.html>.

distanciam essas mesmas ocorrências naturais das que sucedem nos tempos atuais são não só a intensidade, mas também a recorrência. Diz-nos o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) que, em 2018, necessidades humanitárias surgiram devido a eventos climáticos extremos, como a seca severa no Afeganistão, o Ciclone Tropical Gita em Samoa e as inundações nas Filipinas. Podemos constatar que, neste âmbito, a maioria dos deslocamentos regista-se a nível interno e, de acordo com o Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC), 2017 registou 18,8 milhões novos deslocamentos internos relacionados com desastres climáticos. Porém, o deslocamento através das fronteiras também ocorre, e pode estar relacionado com situações de conflito ou violência<sup>2972</sup>.

Os fluxos migratórios forçados são ocorrências históricas, culturais e sociais que, de certo modo, definem e redefinem o percurso e o conteúdo das sociedades. Posto isto, a nosso ver, analisar estes fenómenos nestas perspetivas ajuda-nos a entender muitos dos seus “porquês” e das suas necessidades.

## **1.2. Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Relativo ao Estatuto de Refugiado de 1967**

No quadro do direito internacional, a CG estabelece o termo jurídico de refugiado, sendo que 80% dos Estados do mundo optaram por se vincular, logo tornando-a o padrão no que toca a esta definição.

Assim, a ACNUR foi concebida em 1950 como parte de uma série de tentativas para ajudar e restabelecer os milhões de pessoas que fugiram ou perderam as suas casas no âmbito da Segunda Guerra Mundial. Desde aí, continua a ser uma agência-chave da ONU, sendo, como tal, agraciada com o Prémio Nobel da Paz em 1954 e novamente em 1981, pois continua a liderar o direito de asilo para aqueles que fogem da violência, guerra, perseguição ou desastres naturais.

A Convenção aplica-se independentemente de acordos ou tratados anteriores e, como referido anteriormente, estabelece uma definição individualista que se aplica aos sujeitos que já tenham fugido do seu país e cujos direitos civis e políticos estejam sob ameaça ou discriminação. Diz-nos James Hathaway que uma verdadeira força da CG reside no seu regime de direitos, pois garante direitos e princípios fundamentais como a não expulsão, a não penalização por entradas ilegais e o *non-refoulement*. Portanto, estes direitos, em conjugação com as normas de direito internacional humanitário, tornam-se um regime resiliente e de uma estrutura normativa clara<sup>2973</sup>.

---

<sup>2972</sup> Acnur, *Climate change and displacement*, <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>.

<sup>2973</sup> “A real strength of the Refugee Convention is its rights regime, which not only guarantees such critical rights as non-penalisation for illegal entry, non-expulsion and *non-refoulement*, but provides for the most far-reaching guarantees of socio-economic rights granted to any category of non-nationals under

Importa mencionar que o princípio do *non-refoulement*, estabelecido no art. 33.º da CG, se revela um princípio base do Direito Internacional dos Refugiados, instituindo que um Estado não deve obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar exposta a perseguição, tortura ou violação de um direito fundamental.

Segundo o nosso entendimento, o regime e a própria Convenção padecem de uma fraqueza no que toca à garantia do seu respeito e efetiva aplicação: a ACNUR apenas serve de orientador normativo e de ator no terreno nos países em desenvolvimento, pois quem controla de facto o sistema de proteção dos refugiados são os governos dos países<sup>2974</sup> – prova deste facto foi a decisão de Donald Trump de proibir a entrada de cidadãos do Iraque, Síria, Irão, Líbia, Somália, Sudão e Iémen por 90 dias, revelando-se uma resolução altamente questionável no que concerne ao respeito pelo direito internacional<sup>2975</sup>.

Assim, veja-se que o maior avanço deste conceito reside no tratamento individual do sujeito, dotado de características próprias (pese embora as restrições temporais e geográficas), pois revela uma maior humanização e preocupação de proteção dos direitos fundamentais consagrados internacionalmente; porém, também a consideração do receio enquanto requisito jurídico e a transposição de um conceito *ad hoc* para um de teor jurídico universal (ou seja, a proteção é concedida independentemente do grupo ou evento social ou político determinados) revelam grande inovação<sup>2976</sup>.

A classificação do termo “refugiado” é-nos concedida pelo ponto A, n.º 2 do art. 1.º da CG<sup>2977</sup>, que nos clarifica que se trata de qualquer pessoa que, “receando com razão de ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa, ou em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”.

David Weissbrodt<sup>2978</sup> desenvolve a definição jurídica de refugiado nos seus 4 requisitos:

---

international law. Read together with the subsequently enacted norms of international human rights law, the refugee rights regime is an extraordinarily resilient and comprehensive normative structure” (Hathaway, 2012, pp. 178-179).

<sup>2974</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>2975</sup> Ordem Executiva Presidencial 13769, de 27 de janeiro de 2017.

<sup>2976</sup> Carneiro, 2012, pp. 16-17.

<sup>2977</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*, [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf).

<sup>2978</sup> Weissbrodt, 2009, pp. 153 e ss.

- 1) Receio de perseguição fundamentado – para que um tratamento possa constituir perseguição, é necessário que cumpra os requisitos do art. 1º já enumerado e do art. 33º da CG<sup>2979</sup>; porém, a ACNUR<sup>2980</sup> estende esses requisitos e diz-nos que outras sérias violações a direitos humanos podem incluir-se nesta definição (nomeadamente tortura, detenção, morte, entre outros), bem como o facto existir uma falha sistemática ou sustentada da proteção do Estado em relação a um dos direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade internacional<sup>2981</sup> – ou seja, quando exista uma clara violação grave de qualquer direito consagrado na Declaração Universal ou Pactos de Direitos Humanos.

O receio é um fator que deve estar sempre interligado com outros elementos que o influenciam ou determinam, como é o caso do panorama pessoal e familiar; a raça; a religião; a visão política e, claro está, a interpretação da situação e a experiência<sup>2982</sup>. Na avaliação do requisito em questão, os Estados têm de considerar as violações cometidas contra direitos humanos e, além de terem em conta os elementos pessoais e familiares (sejam eles perseguições a familiares ou amigos, ou até perseguições passadas<sup>2983</sup>) que compõem o quadro do sujeito, também podem assumir outros elementos que digam respeito à desenvoltura do país<sup>2984</sup>.

- 2) Motivos de perseguição:

- a) Raça – segundo o entendimento de Goodwin-Gill<sup>2985</sup>, deve-se seguir a definição da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>2986</sup>, sendo aplicada assim à CG<sup>2987</sup>. A título de

---

<sup>2979</sup> Art. 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço: “1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

<sup>2980</sup> Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, ONU, parágrafo 51.

<sup>2981</sup> “(...) persecution is most appropriately defined as the sustained or systemic failure of state protection in relation to one of the core entitlements which has been recognised by the international community” (Hathaway & Foster, 2004, p. 112).

<sup>2982</sup> Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, ONU, parágrafo 38.

<sup>2983</sup> *Ibidem*, parágrafo 43.

<sup>2984</sup> *Ibidem*, parágrafo 42.

<sup>2985</sup> Goodwin-Gill, 1996, p. 67.

<sup>2986</sup> Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ONU, 1969, art. 1.º: “na presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

<sup>2987</sup> Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, ONU, parágrafo 69.



exemplo temos o caso *Yesus contra Minister for Immigration and Ethnic Affairs*<sup>2988</sup>.

- b) Religião – de acordo com o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado: “A perseguição ‘por motivos religiosos’ pode assumir várias formas, tais como a proibição de fazer parte de uma comunidade religiosa, de praticar o culto em privado ou em público, da educação religiosa ou a imposição de graves medidas discriminatórias sobre pessoas por praticarem a sua religião ou pertencerem a uma comunidade religiosa específica”<sup>2989</sup>. A título de exemplo temos o caso *Bahtiyar Fathi contra Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*<sup>2990</sup>.
  - c) Nacionalidade – relativo à inclusão de membros em comunidades étnicas, religiosas, culturais e linguísticas específicas<sup>2991</sup>. A título de exemplo temos o caso *Karakurt contra Áustria*<sup>2992</sup>.
  - d) Opiniões políticas – como o autor nos diz, trata-se do argumento mais utilizado de forma a obter o asilo necessário e pretendido. A título de exemplo temos o caso *Ali Shah contra Holder, Attorney General*<sup>2993</sup>.
  - e) Pertença a um determinado grupo social – sendo um conceito mais amplo, abrange um grupo de pessoas com determinados elementos culturais similares entre si<sup>2994</sup>. Assim, este argumento pode ser expandido de forma a que sejam abarcados outros casos onde não exista uma causa de participação política, mas antes um elo de ligação cultural<sup>2995</sup>. A título de exemplo temos o caso *Alvizures-Gomes contra Lynch, Attorney General*<sup>2996</sup>.
- 3) Fora do país de origem – como o requisito indica, pessoas que se deslocam internamente não se enquadram neste ponto. Na situação dos apátridas, estes apenas têm de comprovar o receio de perseguição que provenha do seu país de residência habitual. Quanto às pessoas que têm várias nacionalidades, estas

---

<sup>2988</sup> *Yesus contra Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, no. G34 of 1996, Australia: Federal Court, 9 July 1996.

<sup>2989</sup> *Ibidem*, parágrafo 72.

<sup>2990</sup> *Ac. B. Fathi do Tribunal de Justiça da União Europeia*, de 4 de outubro de 2018, processo C-56/17.

<sup>2991</sup> *Ibidem*, parágrafo 74.

<sup>2992</sup> *Mümtaz Karakurt contra Austria*, CCPR/C/74/D/965/2000, Comité dos Direitos Humanos da ONU, 29 de abril de 2002.

<sup>2993</sup> *Ali Shah contra Holder, Attorney General*, 13-1905, United States Court of Appeals for the First Circuit, July 2, 2014.

<sup>2994</sup> *Ibidem*, parágrafo 77.

<sup>2995</sup> Caso de esposas curdas de homens politicamente ativos receberem asilo na Alemanha por serem membros de um grupo social específico, com base na afiliação familiar – *Ac. de 2 de julho de 1985*, n.º 9, C 35.84, Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal).

<sup>2996</sup> *Alvizures-Gomes contra Lynch, Attorney General*, no. 15-2181, United States Court of Appeals for the First Circuit, 21 de julho de 2016.

devem demonstrar um receio bem fundamentado de serem perseguidas em todos esses países<sup>2997</sup>.

Quanto ao Protocolo, lido a par da CG vem, portanto, alterar e adicionar certos efeitos jurídicos ao regime: remove as restrições temporais e geográficas da Convenção; o art. 1.º estende e reforça a vinculação à CG, ou seja, diz-nos que os Estados que tenham ratificado o Protocolo vinculam-se igualmente à CG, mesmo que não a tenham ratificado (caso dos Estados Unidos da América), obrigando-os, assim, ao tratamento de refugiados de acordo com padrões legais e humanitários internacionalmente reconhecidos (proporcionar aos refugiados um status legal, incluindo direitos como acesso a emprego, educação e previdência social; não punir os refugiados por entrar ilegalmente – ou seja, sem passaporte ou visto; e respeitar o princípio de *non-refoulement*).

Todavia, o Protocolo não veio diversificar os critérios estabelecidos ou difundir as suas garantias – prova disso é o facto de muitos serem os refugiados excluídos do regime, pois as razões que os compelem dizem respeito a desastres naturais, guerras ou perturbações políticas e económicas; ou o caso em que a migração não envolva a passagem de uma fronteira internacional<sup>2998</sup>.

---

### 1.3. Definição de refugiado

Segundo dados da ACNUR referentes a junho de 2018<sup>2999</sup>, 68,5 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a partir de casa. Entre estes estão quase 25,4 milhões de refugiados, dos quais mais de metade tem menos de 18 anos, sendo que 57% destes provêm do Sudão do Sul, Afeganistão e Síria.

O conceito de *wandering* (ou migração) pressupõe mobilidade espacial que normalmente desconsidera as fronteiras administrativas – se é uma fronteira estadual, municipal, distrital ou provincial. Hoje, na Europa, o conceito define uma migração externa e tipicamente forçada<sup>3000</sup> (ou migração). Neste âmbito temos dois grupos a separar: requerentes de asilo, e imigrantes. O primeiro grupo diz respeito aos sujeitos perseguidos que são forçados a deixar as suas pátrias devido a situações que se enquadram nas regras das Convenções para Refugiados e que aguardam a decisão sobre o seu pedido de asilo. O segundo grupo consiste naqueles migrantes que habitam num país pacífico, mas em condições de vida substancialmente más e, portanto, desejam deslocar-se em busca de um presente e futuro mais prósperos<sup>3001</sup>.

---

<sup>2997</sup> Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados, ONU, parágrafo 106.

<sup>2998</sup> Hathaway, 2012, p. 179.

<sup>2999</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, *Figures at a glance*, 2019, in <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>.

<sup>3000</sup> Harkai, 2016, p. 6.

<sup>3001</sup> *Ibidem*, p. 7.

A conceção de refugiado era, inicialmente, um conceito convencional e casuístico, sendo que surgiu simultaneamente nos primeiros instrumentos jurídicos de proteção às minorias, principalmente na Europa, após a Primeira Guerra Mundial, onde a Liga das Nações firmou vários tratados com os países vencidos visando a proteção de minorias nacionais<sup>3002</sup>.

Diz-nos James Hathaway que a definição de refugiado é fluída, ou seja, foi-se alterando ao longo do tempo, consoante a época histórica e o contexto em que se inseria. Assim, entre 1920 e 1935, começou por ser uma classificação que dizia respeito aos sujeitos *de jure* apátridas. Mais tarde, entre 1935 e 1939, tomou uma perspetiva social – o seu foco dirigiu-se àqueles que, por virtude da 2.<sup>a</sup> Grande Guerra, eram *de facto* privados da sua nacionalidade pelo regime Nazi. E, por fim, dirigiu-se a todos aqueles que sofriam de injustiças por parte do Estado de origem. Assim, o autor esclarece que a definição de refugiado partiu de um prisma jurídico para um social e, finalmente, para um puramente individualista (isto é, diz respeito ao indivíduo *per se*)<sup>3003</sup>.

#### 1.4. Quadro da União Europeia

A Política de Asilo da União Europeia surge em primeira linha com o Tratado de Maastricht (1993), cabendo ao Conselho associar a Comissão aos seus trabalhos e informar o Parlamento sobre as suas iniciativas em matéria de asilo.

Posteriormente, o Tratado de Amsterdão (1999) vem reforçar o alcance e a importância deste tema, abrangendo novas instituições (o Tribunal de Justiça da União Europeia passou também a dispor de competências em casos específicos) e atribuindo novas competências às já abarcadas<sup>3004</sup>.

Em outubro de 1999, surge o Programa de Tampere<sup>3005</sup>, que vem delinear o Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Institui os critérios e mecanismos para a determinação do Estado-Membro responsável pela análise dos pedidos de asilo, bem como o “Eurodac”<sup>3006</sup>, e define normas mínimas comuns aos Estados-Membros no contexto da proteção concedida aos requerentes de asilo, à retirada do estatuto de refugiado, e ao acolhimento<sup>3007</sup>.

---

<sup>3002</sup> Rehman, 2000, p. 40.

<sup>3003</sup> Hathaway, 2012, pp. 177-178.

<sup>3004</sup> Parlamento Europeu, fichas técnicas sobre a União Europeia (2019), Política de Asilo, p. 1.: “(...) elaborar textos legislativos em matéria de asilo de acordo com um mecanismo institucional específico: um período transitório de cinco anos com o direito de iniciativa partilhado entre a Comissão e os Estados-Membros e a decisão por unanimidade no Conselho a ocorrer após consulta do Parlamento”.

<sup>3005</sup> Parlamento Europeu, *Conselho Europeu de Tampere 15 e 16 de outubro de 1999*, [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm).

<sup>3006</sup> Regulamento (UE) n.º 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que cria a base de dados para a armazenagem e comparação de dados dactiloscópicos.

<sup>3007</sup> Política de Asilo, p. 2.

O programa Haia (2004)<sup>3008</sup> veio estabelecer uma meta mais ambiciosa, de forma a ultrapassar o regime dos critérios mínimos e “fundar um procedimento de asilo único que incluísse garantias comuns e um estatuto uniforme para as pessoas a quem fosse concedida proteção”<sup>3009</sup>.

Com o Tratado de Lisboa (2009), esta ambição é alcançada e, assim, o SECA é dotado das seguintes diretrizes: um estatuto uniforme de proteção subsidiária; procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária; um estatuto uniforme de asilo; um sistema comum de proteção temporária; critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido; normas relativas às condições de acolhimento; e uma parceria e cooperação com países terceiros<sup>3010</sup>.

O Programa de Estocolmo (2009)<sup>3011</sup> vem reforçar a necessidade de conceber um espaço e uma política comum relativos ao asilo, destacando a necessidade da parceria entre os Estados-Membros, bem como o papel preponderante do Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo (EASO)<sup>3012</sup>.

Posto isto, a nível europeu, a garantia de um direito de asilo reside nos arts. 67.º/2, 68.º, 78.º e 80.º do TFUE<sup>3013</sup>, bem como no art. 18.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE<sup>3014</sup>. Destas bases legais nascem medidas relativas ao asilo, ramificando destas atos legislativos como o já referido Regulamento Eurodac; o Regulamento Dublin III<sup>3015</sup>, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida; a Diretiva reformulada relativa às pessoas elegíveis (anterior Diretiva 2004/83/CE)<sup>3016</sup>; a Diretiva relativa ao estatuto de proteção internacional<sup>3017</sup>; e a Diretiva que estabelece normas em matéria de acolhimento<sup>3018</sup> – todos estes sempre em conformidade com a Convenção de Genebra e com o Protocolo.

---

<sup>3008</sup> Programa de Haia: 10 prioridades para os próximos cinco anos, 2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A16002>.

<sup>3009</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>3010</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>3011</sup> Programa de Estocolmo, 2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

<sup>3012</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>3013</sup> Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

<sup>3014</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>.

<sup>3015</sup> Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013.

<sup>3016</sup> Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011.

<sup>3017</sup> Diretiva 2013/32/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013.

<sup>3018</sup> Diretiva 2013/33/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013.

## 2. Refugiados climáticos

### 2.1. Alterações climáticas e causas

Pensamos ser imprescindível abordar o tema sem referir o que o origina. O fenómeno das alterações climáticas é, sem dúvida, o tema de maior importância do nosso século. Embora controverso e gerador de opiniões distintas acerca da sua existência e importância, a verdade é que factos e ocorrências que evidenciam a destruição do nosso planeta têm vindo a comprovar-se cientificamente ao longo dos anos. A questão que o torna tão endereçável é não só ser potenciado e originado pelo ser humano, mas também pelo simples facto de que a sua solução reside igualmente nas mãos deste.

A NASA (National Aeronautics Space Administration)<sup>3019</sup> é uma das agências que nos concede a prova destes mesmos factos: o aumento da temperatura global da superfície da Terra que, em 2019, foi a segunda mais quente desde o início da manutenção de registos modernos, em 1880, e 0,98° C mais quente do que a média de 1951 a 1980; o aquecimento dos oceanos, que tem vindo a absorver a temperatura superior da atmosfera; o derretimento dos glaciares no círculo do Ártico e na Antártida, sendo que, por exemplo, a Gronelândia perde uma média de 294 biliões de toneladas de gelo por ano, enquanto que a Antártica perde cerca de 127 biliões de toneladas de gelo; a redução dos glaciares ao redor do planeta, como nos Alpes, Himalaias, Andes, Alaska, Rokies e África; o nível global das águas, que aumentou cerca de 20 cm desde que a manutenção confiável de registos começou, em 1880, prevendo-se que aumente de 1 a 4 pés até 2100, estando a acelerar todos os anos; catástrofes naturais e ocorrências climáticas adversas com maior regularidade e intensidade; e a acidificação dos oceanos.

Também a Comissão Europeia<sup>3020</sup> nos elucida para estes efeitos galopantes que devastam o nosso planeta: chuvas intensas mais frequentes, que levam a cheias, à deterioração da qualidade da água e à redução da disponibilidade deste recurso – as consequências para a Europa vão desde a subida das temperaturas, fogos intensos e secas no sul, até aos invernos mais chuvosos e às consequentes cheias mais recorrentes no norte; a dependência dos países em desenvolvimento do ambiente natural, visto que não estão dotados dos recursos necessários para enfrentar as alterações climáticas; o impacto para a saúde humana, dada a poluição que contamina o ar e a água e o número de mortes pela violência do calor estar a incrementar; riscos para a vida selvagem, sendo que o

---

<sup>3019</sup> National Aeronautics and Space Administration, *Climate change: how do we know?* <https://climate.nasa.gov/evidence/>.

<sup>3020</sup> Comissão Europeia, *Climate change consequences*, [https://ec.europa.eu/clima/change/consequences\\_en](https://ec.europa.eu/clima/change/consequences_en).

número de espécies ameaçadas já alcançou os 28 mil, e o número de seres vivos em vias de extinção é na ordem dos 106 mil<sup>3021</sup>.

## 2.2. Definição de refugiado climático

Os efeitos das alterações climáticas, como temos vindo a assinalar, afetam o ser humano e obrigam, naturalmente, a que todas as populações que se deparem com condições de vida deterioradas sejam forçadas a procurar refúgio. Na Europa, em 2019, surgiram novos deslocamentos induzidos por desastres climáticos, duplicando face ao ano anterior – a Albânia, devastada por sismos, registou 33 mil novos deslocamentos; a Rússia registou 12 mil deslocamentos, provocados por inundações extremas; Espanha registou um número recorde de 23 mil, provocados pelos incêndios assoladores de verão; o Reino Unido apresentou números na ordem dos 12 mil, conectados às chuvas intensas; e, em Itália, as inundações e os sismos registaram 3.400 mil deslocamentos<sup>3022</sup>. Os países detentores de costas marítimas de baixa altitude (Países Baixos, Alemanha, Polónia, Dinamarca, Bélgica, Roménia) são os primeiros a sofrer as consequências, atingindo mais de 13 milhões de pessoas. No Sudeste Asiático, a subida do nível das águas provocará movimentos de refugiados na ordem dos 5,5 milhões de pessoas e submergirá 10% do Bangladesh<sup>3023</sup>. Estudos levados a cabo pela Climate Central<sup>3024</sup> revelam que mais de 20 milhões de pessoas no Vietname vivem em zonas que estarão inundadas até 2050. Quanto à Tailândia, mais de 10 milhões sofrerão o mesmo destino, enquanto cidades como Shanghai, Nova Orleães, Bombaim, Alexandria e Baçorá, serão submergidas e provocarão densas deslocações<sup>3025</sup>. Em termos de deslocamento induzido pelo clima e pelas alterações climáticas, a Organização Internacional para as Migrações projeta entre 200 milhões a 1 bilião de pessoas até 2050<sup>3026</sup>.

O termo refugiado climático não é um termo cristalizado e estabelecido pela ONU, nem por qualquer instituição ou agência internacional, pois implica que se assuma que, de facto, são refugiados aqueles consagrados pela solução legal existente<sup>3027</sup>. O termo é oposto por alguma doutrina e enfrenta, portanto, dificuldades de aceitação por

---

<sup>3021</sup> The IUCN Red list of threatened species. More than 30,000 species are threatened with extinction, <https://www.iucnredlist.org/>.

<sup>3022</sup> Internal Displacement Monitoring Centre, Global Report on Internal Displacement, Europe and Asia, 2020, <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2020/downloads/2020-IDMC-GRID-europe-central-asia.pdf?v=1.17>.

<sup>3023</sup> Pellegrino, 2014.

<sup>3024</sup> Kulp & Strauss, 2019.

<sup>3025</sup> The New York Times, *Rising seas will erase more cities by 2050, new research Shows*, [https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/29/climate/coastal-cities-underwater.html?mc=adintl&ad-keywords=IntlAudDev&subid1=TAFI&fbclid=IwAR3h9N3acdUCkTJom-KToTn\\_DviADWLrjubsOgMsicI8T74WhOUJooZyQ1U&dclid=CjgKEAiAuefvBRDTgbqUkLKRpoMSJAB4vahCUEMgIAiJD9M5rcLuRa8foXVe4uVVtYRJ5VogH9gbcPD\\_BwE](https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/29/climate/coastal-cities-underwater.html?mc=adintl&ad-keywords=IntlAudDev&subid1=TAFI&fbclid=IwAR3h9N3acdUCkTJom-KToTn_DviADWLrjubsOgMsicI8T74WhOUJooZyQ1U&dclid=CjgKEAiAuefvBRDTgbqUkLKRpoMSJAB4vahCUEMgIAiJD9M5rcLuRa8foXVe4uVVtYRJ5VogH9gbcPD_BwE), consult. 20/11/2019.

<sup>3026</sup> Laczko & Aghazarm, 2009, p. 9.

<sup>3027</sup> Climate and Migration Coalition, *Climate refugee definition: Can we define a climate refugee?*, <http://climatemigration.org.uk/climate-refugees-definition/>.

parte de algumas instituições internacionais (como é o caso da ACNUR), sob o pretexto de ser incoerente com o regime legal<sup>3028</sup>, optando alguns por utilizar o termo migrantes ambientais<sup>3029</sup>.

Nesta divergência de terminologia podemos apontar dois polos de opinião: os minimalistas e os maximalistas<sup>3030</sup>. Os primeiros defendem que é impossível considerar as alterações climáticas enquanto causa de migração; quanto aos segundos, sustentam que as alterações climáticas são causa direta de migração, devendo esta ser abordada integralmente. Na categoria dos ditos minimalistas inserem-se autores como Koko Warner<sup>3031</sup>, David Keane, Cecilia Tacoli<sup>3032</sup> e Richard Black<sup>3033</sup>, doutrina esta que não considera que haja uma ligação direta entre alterações climáticas e migração; arrogam-se do facto de o direito internacional não considerar este termo, de forma a ostentarem que não é juridicamente obrigatório; indicam que, em inúmeros casos, tal deslocamento não é permanente e permanece dentro das fronteiras de seu próprio território; e não concordam com a atribuição do termo refugiado<sup>3034</sup>. Quanto aos maximalistas, autores como El-Hinnawi concedem-nos uma definição bastante lata do termo, estatuidando que refugiados climáticos são todos aqueles que, por força de alterações – naturais ou humanas – no ecossistema, não podem usufruir de qualidade de vida, sendo obrigados, portanto, a mover-se temporária ou definitivamente<sup>3035</sup>; interpretam o termo abrangendo a proteção de todos os migrantes, dado que a maioria estabelece uma correlação direta entre alterações climáticas e o movimento<sup>3036</sup>. O que motiva a maioria dos argumentos destes ditos maximalistas é, por um lado, a extensão do conceito de refugiado e, por outro, o reforço da consciencialização da problemática das alterações climáticas<sup>3037</sup>.

---

<sup>3028</sup> Guterres, “*Climate change, natural disasters, and human displacement: A UNHCR perspective*”, Geneva, Switzerland: UN High Commissioner for Refugees, October 23, 2009, <https://www.unhcr.org/protection/environment/4901e81a4%20/%20unhcr-policy-paper-climate-change-natural-disasters-human-displacement.html>.

<sup>3029</sup> “The term ‘environmental refugees’ is a legal misnomer. The note details why environmental damage or degradation is not recognized by Article 1 of the Refugee Convention as a valid legal ground for seeking asylum. Nor is it practical to advocate an extension of the definition to include environmentally displaced persons. If the term is meaningless in international law, wherein lies its significance? The answer is that the significance of the term lies in its application to environmentalist literature rather than asylum literature - highlighting the environment as a sole cause or consequence of large migration movements will increase interest in its protection.” (Keane, 2004, p. 223).

<sup>3030</sup> Jolly & Ahmad, 2014-2015, p. 224.

<sup>3031</sup> Warner, 2010, pp. 402-413.

<sup>3032</sup> Tacoli, 2009, p. 516.

<sup>3033</sup> Black, 2001, pp. 8-14.

<sup>3034</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>3035</sup> “People who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By environmental disruption, it is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life” (Jolly & Ahmad, 2014-2015, p. 225).

<sup>3036</sup> *Ibidem*.

<sup>3037</sup> Bates, 2002, pp. 465-477.

A instabilidade do conceito de refugiado climático também reside em fatores como a deslocação, pois tanto pode ocorrer a nível interno, como a nível externo; em seguida, porque poderá esta ser temporária ou permanente; a conexão entre os fatores climáticos e a deslocação é, por vezes, difícil de comprovar; e a decisão de movimentação não pode ser unicamente considerada por poder ser influenciada e potenciada por outros fatores como a pobreza, a instabilidade política e a corrupção, logo variando de região para região e de pessoa para pessoa<sup>3038</sup>. Neste sentido, Norman Myers diz-nos que refugiados climáticos são pessoas que não podem garantir um modo de vida seguro no local onde residem devido à seca, erosão do solo, desertificação, desmatamento e outros problemas ambientais, juntamente com questões associadas às pressões populacionais e à pobreza profunda<sup>3039</sup>. Quanto a Alexander Betts<sup>3040</sup>, este defende que a definição de refugiados climáticos se inclui no conceito de “*survival refugees*”, abrangendo também refugiados económicos em situações em que o país não possa conceder proteção ou solução para estes mesmos casos.

Nesta definição nem sempre é fácil estabelecer uma conexão sólida entre alterações climáticas *per se* e a necessidade de movimentação; ou seja, dada esta ligação e potenciação relacionada com fatores sociais e económicos, nem sempre é claro se há uma ligação direta ou se, por exemplo, a falta de recursos naturais não surge devido a fatores como a pobreza, distúrbios políticos ou mesmo a falta de conhecimento por parte das populações locais<sup>3041</sup>.

Podemos constatar que a terminologia é, de facto, uma questão ainda debatida e, a nosso ver, parece constituir um obstáculo ao próprio alcance de uma proteção eficaz. Assim, não querendo dirigir o foco para esta questão tão movediça, pensamos, todavia, que refugiado climático é a terminologia mais correta. Somos desta opinião não só porque consideramos ser o termo mais justo, dada a situação de risco humanitário que estas pessoas correm, mas também porque só assim lhes é atribuída a importância necessária que o próprio termo carrega. Seguindo o pensamento de Kälín e Schrepfer, o termo “migração” é genérico, abrangendo movimentos voluntários e forçados, posto que o direito internacional não usa o termo “migrante” no contexto de movimentos forçados, referindo-se antes a “deslocados” e “refugiados”. Logo, o termo migrante ambiental ofusca as causas e a natureza de tal deslocamento e é insatisfatório do ponto de vista legal<sup>3042</sup>. Neste sentido, também Gianfranco Pellegrino nos diz que a utilização do termo

---

<sup>3038</sup> Jolly & Ahmad, 2014-2015, p. 222.

<sup>3039</sup> “These are people who can no longer gain a secure livelihood in their homelands because of drought, soil erosion, desertification, deforestation and other environmental problems, together with the associated problems of population pressures and profound poverty” (Myers, 2002, p. 609).

<sup>3040</sup> Betts, 2010, pp. 361-362.

<sup>3041</sup> Kälín & Schrepfer, 2012.

<sup>3042</sup> *Ibidem*, pp. 28-29.



se baseia na ideia de que estas pessoas têm um direito específico a um território, entendido como o direito a uma colocação estabelecida dentro de um determinado território<sup>3043</sup>.

Posto isto, e assumindo que a falta de uma definição específica não deve ser usada como uma máscara para esconder a falta de respostas legais nem usada como uma desculpa para adiar o início de medidas legais específicas e flexíveis<sup>3044</sup>, para propósitos deste trabalho, refugiado climático é uma pessoa que é forçada a mover-se devido a condições climáticas adversas.

### **2.3. Ausência de respostas jurídicas, políticas, sociais e institucionais**

Não existe uma solução jurídica contemplada e clarificada na legislação internacional atual relativa a refugiados, às alterações climáticas ou mesmo aos direitos humanos que enderece a questão dos refugiados climáticos. A sua proteção não se enquadra em nenhum tratado internacional ou acordo<sup>3045</sup>. Embora o Acordo de Paris mencione a questão do deslocamento, especificamente no Comité Executivo do Mecanismo Internacional de Varsóvia<sup>3046</sup>, recomendações para abordagens integradas para evitar, minimizar e abordar o deslocamento relacionado aos impactos adversos das alterações climáticas, o mesmo não estabelece, nem clarifica, nenhum tipo de proteção legal.

Importa entender que uma solução jurídica não existe não apenas devido à impossibilidade que a formulação legal internacional apresenta, mas também: pela oposição política dos Estados, pois aceitar uma nova categoria de refugiados significaria novos custos e novas entradas indesejadas<sup>3047</sup>; pela questão da retórica da segurança, cada vez mais presente nos discursos políticos nacionalistas, muito porque bastantes países tendem a associar causas climáticas a eventos violentos (como sucedeu em Darfur<sup>3048</sup>), conectando essa violência aos próprios refugiados climáticos, provocando assim um estereótipo falacioso que culpabiliza os migrantes pela degradação ambiental e um desfoco no empenho em criar novas soluções jurídicas para proteger estes migrantes e em endereçar a questão das alterações climáticas, parecendo a única opção viável a ajuda militar<sup>3049</sup>; pelos constrangimentos institucionais, significando isto que

---

<sup>3043</sup> Pellegrino, 2014, pp. 194-195.

<sup>3044</sup> Jolly & Ahmad, 2014-2015, p. 227.

<sup>3045</sup> Kälin & Schrepfer, 2012, pp. 28-29.

<sup>3046</sup> Acordo de Paris, nota 66, art. 8 (4).

<sup>3047</sup> Nishimura, 2015, p. 118.

<sup>3048</sup> Hartmann, 2010, p. 240.

<sup>3049</sup> *Ibidem*, p. 120.

mesmo as instituições significativas como a ACNUR ou a Organização Internacional para as Migrações (OIM) acabam sempre por refletir os valores, políticas e agendas dos atores que as dirigem, financiam e construíram, impedindo assim uma reforma efetiva do Direito Internacional, e mesmo as respostas concedidas por outras instituições que se insiram fora do escopo tradicional da proteção de refugiados revelam-se sempre soluções *ad hoc*, pouco efetivas, levadas a cabo por diretrizes políticas e sem uma base normativa concisa<sup>3050</sup>; e pela complexidade das alterações climáticas *per se* e da prova da relação entre estas e os movimentos migratórios, sendo inúmeros os casos em que as causas ambientais também se conjugam com outros fatores sociais e económicos<sup>3051</sup>.

### 2.3.1. Direito internacional

Como já foi referido, a generalidade das situações cinge-se a um contexto interno<sup>3052</sup>. Neste sentido, autores como Jane McAdam<sup>3053</sup> realçam a dificuldade que reside no fator “perseguição” que o termo refugiado acarreta; ou seja, a autora diz-nos que, de acordo com o direito internacional, os fenómenos climatéricos, embora coloquem em risco a salvaguarda de direitos fundamentais, não constituem uma forma de perseguição. A autora desenvolve a sua opinião, defendendo que a CG exige que o requisito de perseguição diga respeito à raça, religião, nacionalidade, opinião política, ou pertença a um determinado grupo social, sendo que a perseguição *per se* não é suficiente. Para McAdam, os efeitos climáticos afligem indiscriminadamente, não afetando nenhuma pessoa em virtude das suas características pessoais. Mesmo considerando o argumento de que as pessoas afetadas pelos seus impactos poderiam constituir um grupo social específico, tal afigura-se complicado, pois a lei exige que o grupo esteja conectado por uma característica imutável fundamental que não o risco de própria perseguição<sup>3054</sup>.

Fruttaldo<sup>3055</sup> segue a mesma linha de pensamento, sustentando que a identificação legal de um perseguidor continua a ser o principal obstáculo para os deslocados, uma vez que não estão realmente a ser perseguidos pelo seu governo local, mas pelos eventos ambientais específicos.

Posto isto, podemos constatar que uma das principais questões que impedem esta resposta jurídica diz respeito à classificação de refugiado que se encontra plasmada no ponto A, n.º 2 do art. 1.º da CG. Entendemos, assim, que os refugiados climáticos não

---

<sup>3050</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

<sup>3051</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>3052</sup> “However, in most cases, environmental migration and displacement are largely internal forms of migration. In the last eight years, a total of 203.4 million internal environmental migrants and displaced persons (EMDPs) have been registered in connection with disasters and natural calamities. The most affected areas are India (3.7 million EMDPs), China (3.6 million) and Nepal (2.6 million)” (Fruttaldo, 2017, p. 79).

<sup>3053</sup> McAdam, 2011.

<sup>3054</sup> Goodwin-Gill & McAdam, 2007, p. 92.

<sup>3055</sup> Fruttaldo, 2017, p. 79.

são considerados refugiados segundo a definição concedida pelo Direito Internacional e pela CG, sendo incluídos apenas aqueles que, adicionado ao fator climático, também se enquadrem nos requisitos exigidos pelo artigo, como, por exemplo<sup>3056</sup>: negação discriminatória de ajuda em desastres<sup>3057</sup>; obstrução a assistência humanitária internacional; utilização do desastre como pretexto para perseguição<sup>3058</sup>; fuga no contexto de desastre, existindo o medo bem fundamentado de ser perseguido de forma independente; ou o Estado causa dano ambiental ou permite que seja causado.

As limitações da CG não se esgotam neste ponto, pois como Christel Cournil e Pierre Mazzega<sup>3059</sup> esclarecem, o direito internacional dos refugiados estabelece uma abordagem individualizada de cada refugiado, dado que as autoridades estaduais não realizam uma avaliação favorável à condição dos refugiados climáticos, pois uma abordagem *prima facie* (que aborde coletivamente, por grupo) seria mais adequada diante de situações de emergência como estas. Os preceitos da CG respeitam bastante a soberania dos Estados e a natureza interestadual das relações, significando isto que os Estados – também comandados pelo respeito da não ingerência – apenas concedem proteção aos indivíduos que se desloquem externamente – ou seja, dos seus países –, não concedendo proteção aos deslocados internos, mesmo que o respetivo Estado de origem não possa conceder-lhes proteção ou amparo. Assim, Christel Cournil e Pierre Mazzega esclarecem-nos que o direito internacional é ainda regulado pelo princípio da não ingerência e da integridade territorial, sendo, portanto, um direito marcadamente interestadual e não um direito humano. Ora, os impactos ecológicos podem provocar tais calamidades que a migração interna possa ocorrer sem que o Estado afetado esteja dotado de meios eficazes para solucionar tais crises, sendo então desejável que as vítimas deslocadas nos seus países pudessem obter proteção internacional. Porém, estes princípios interestaduais (igualdade entre Estados, respeito à soberania e respeito à não intervenção) não permitem, teoricamente, solucionar e tratar dos assuntos internos de um outro país.

---

<sup>3056</sup> Scott, 2019, p. 347.

<sup>3057</sup> Mcadam, 2012, p. 47.

<sup>3058</sup> Decisão da Nova Zelândia, processo de recurso para refugiados n.º 76374, 2009, RSAA, relativo à perseguição de uma pessoa que ajudou no esforço de socorro após o ciclone Nargis no Mianmar, [https://www.refworld.org/cases,NZL\\_RSAA,4afc31da2.html?\\_\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=0c173ac55b5044c283282c434543c486ffe17087-1581008610-o-AXJQAwc7UQw2Lo--Dx9U3S71G-b3XMu6XLxs2qWGv6K2ybNRVWfm18AMkGcofoWCT9TtEyTxdHojJW8uklxmUDuWw3QAFuIPyb7LGpZ74e\\_ckLEvPAnySsUe4Xip7APkUitemX6typIH41df-mNfpbBwAzEzoNoQsaofalRbiiM3uQOmNqJqiAXQMOBqMUJrqz5ZqqYzazBBt370dLED7A4GibpoW6vNIbY35p9sMdIV8uxsglOHpdZu8oplA8r\\_bF4\\_j4trd1LfYbkjLTrWflq7CrLaJRMXQ1aD3Da-obNM](https://www.refworld.org/cases,NZL_RSAA,4afc31da2.html?__cf_chl_jschl_tk__=0c173ac55b5044c283282c434543c486ffe17087-1581008610-o-AXJQAwc7UQw2Lo--Dx9U3S71G-b3XMu6XLxs2qWGv6K2ybNRVWfm18AMkGcofoWCT9TtEyTxdHojJW8uklxmUDuWw3QAFuIPyb7LGpZ74e_ckLEvPAnySsUe4Xip7APkUitemX6typIH41df-mNfpbBwAzEzoNoQsaofalRbiiM3uQOmNqJqiAXQMOBqMUJrqz5ZqqYzazBBt370dLED7A4GibpoW6vNIbY35p9sMdIV8uxsglOHpdZu8oplA8r_bF4_j4trd1LfYbkjLTrWflq7CrLaJRMXQ1aD3Da-obNM).

<sup>3059</sup> Cournil & Mazzega, 2007, pp. 6-7.

### **2.3.2. Direito da União Europeia**

Relativamente à abordagem da U.E., o tema não tem sido obliterado por completo, pois, embora os focos de proveniência sejam África e Ásia, o destino destes refugiados é, muitas vezes, a Europa. Efetivamente, já o Conselho Europeu, no Programa de Estocolmo (2010), convidara a Comissão a apresentar uma análise sobre mudança climática e migração.

O tratado de Lisboa veio abrir caminho para o desenvolvimento e revisão da já referida SECA, dado que, de acordo com o princípio de *non-refoulement* (78.º do TFUE), a União pode harmonizar práticas nacionais e adotar nova legislação em matéria de migração para deslocados em termos ambientais causada por eventos ambientais de início rápido e lento<sup>3060</sup>.

Embora o quadro jurídico da União não contemple uma solução jurídica concreta e específica, ainda existe a possibilidade de aplicação da diretiva relativa à proteção temporária (2001/55/CE)<sup>3061</sup>; contudo, a presente diretiva não leva em conta as mudanças ambientais de início lento.

### **2.4. Abordagens alternativas de proteção de refugiados climáticos**

---

Existem hoje perspectivas, projetos, resoluções e decisões jurisprudenciais com bases e fundamentos legais que se focam nesta problemática e na sua possível solução. Como foi referido, o quadro normativo internacional e a CG não parecem permitir a inclusão de uma proteção legal a estes migrantes. Então, a questão que se coloca é: a solução passa por alterar esse mesmo quadro normativo, ou por formular uma nova convenção/tratado/acordo que contemple esta resposta jurídica tão necessária?

#### **2.4.1. Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África**

Gostaríamos de começar por indicar o caso desta Convenção, não só por ser um instrumento jurídico internacional regional já existente, mas também porque cremos que é no continente africano que, de certa forma, reside a esperança e o futuro da humanidade.

---

<sup>3060</sup> Parlamento Europeu, “Climate refugees: Legal and policy responses to environmentally induced migration”, 2011, pp. 10-11.

<sup>3061</sup> Directiva 2001/55/CE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055&from=EN>.

A Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA)<sup>3062</sup> foi concebida em 1969, mas apenas entrou em vigor em 1974, regendo os aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África. O seu foco inicial dirigia-se à resposta aos inúmeros sujeitos que fugiam aos conflitos (principalmente internos) no âmbito da descolonização. Nos dias que correm, devido à crescente preocupação com o terrorismo e a consequente atenção à segurança, muitos Estados africanos não têm adotado políticas no espírito de solidariedade que foi pilar da promulgação da Convenção da OUA, políticas estas muitas vezes hostis que se traduzem em casos de *refoulement*. Porém, há que referir que certos Estados se esforçam por cumprir as obrigações acordadas, como é o caso da Etiópia (entre 2009 e 2014, o país recebeu quase 450.000 refugiados e, em 2009, introduziu uma política de “fora de campo”, segundo a qual os refugiados podem viver fora dos ditos campos de refugiados, desde que sejam capazes de se sustentar), ou do Uganda (também pratica uma política de portas abertas e ofereceu a refugiados terras para cultivarem).

De notar a definição de refugiado<sup>3063</sup> estabelecida, através da qual esta Convenção (ao contrário da CG) veio desbravar novos terrenos ao estender proteção a todos aqueles que fogem de qualquer tipo de perigo que só ocorra numa porção do território do país de origem, abrangendo também como causa válida todos os desastres causados pelo ser humano, não requerendo uma ligação entre risco e status político ou civil<sup>3064</sup>. Importa também referir que a Convenção, na consideração de refugiado, cobriu sub-repticiamente até aqueles que fogem de catástrofes ambientais, como sucedeu no caso do Quênia, que concedeu *status* de refugiado *prima facie* aos indivíduos afetados pela seca de 2011 que assolou a Somália, no âmbito da definição expandida da Convenção<sup>3065</sup>. Nesse caso, a Convenção também operou como uma rede de segurança de proteção dos direitos humanos para aqueles que normalmente seriam negados, embora a Convenção não esclareça se as vítimas de desastres naturais podem legitimamente ser consideradas refugiadas<sup>3066</sup>.

---

<sup>3062</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, *OUA Convention on Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>.

<sup>3063</sup> *Ibidem*, art. 1º/2: “O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade”.

<sup>3064</sup> Hathaway, 2012, p. 180.

<sup>3065</sup> Wood, 2013, p. 25, nota 145.

<sup>3066</sup> Okello, 2014.

### 2.4.2. Declaração de Cartagena

Em seguida, indicamos a Declaração de Cartagena, outro instrumento jurídico internacional regional.

Dada a urgência de proteção e resposta para o crescente número de crises na América Latina, bem como a falta de abrangência da CG devido às posteriores limitações cronológicas e geográficas, surgiu este instrumento jurídico. Foi em 1984 que a ACNUR tomou a iniciativa de organizar o Colóquio de Cartagena, cujas conclusões e recomendações formam a Declaração de Cartagena, aprovada em 1985 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, influenciada pela Declaração da Organização da Unidade Africana e pelo Pacto de São José da Costa Rica<sup>3067</sup>.

Neste âmbito, David James Cantor indica-nos que vários foram os países da América Latina onde o status de refugiado, tanto na Convenção sobre Refugiados quanto na Declaração ampliada de Cartagena, foi concedido no contexto do terremoto de 2010 no Haiti (embora a causa direta não seja o terremoto, mas sim o receio de alegada perseguição por possíveis entes não-estaduais, visto o Estado encontrar-se inoperante)<sup>3068</sup>.

### 2.4.3. A Nansen Initiative's Protection Agenda – Disaster Displacement

A *Nansen Initiative's Protection Agenda – Disaster Displacement*<sup>3069</sup>, formulada em 2012 pela Noruega e pela Suíça, visa endereçar a questão da migração climática e as necessidades dos migrantes, sendo que foi adotada por 109 países e publicada em 2015.

Nos primeiros três anos, a Iniciativa Nansen realizou consultas com governos e com representantes da sociedade civil das regiões particularmente afetadas e organizou um diálogo global de forma a conceber uma agenda de proteção. A iniciativa foi liderada por uma direção de seis a oito representantes do Hemisfério Norte e do Hemisfério Sul, presidido pela Noruega e pela Suíça, e assistido por um comité consultivo composto por representantes da sociedade civil e de organizações internacionais. Traduziu-se num processo onde imperou a interação de atores estatais e não estatais.

Da agenda nascem os Princípios de Nansen, princípios estes que não constituem *soft law*; em vez disso, descrevem de maneira ampla uma estrutura política para lidar com o deslocamento induzido por desastres, identificando os principais atores e áreas

---

<sup>3067</sup>Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, *Declaração de Cartagena*, 1984, [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaração\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaração_de_Cartagena.pdf).

<sup>3068</sup>Cantor, 2015, pp. 17-18.

<sup>3069</sup>The Nansen Initiative, 2015,

[https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2014/08/EN\\_Protection\\_Agenda\\_Volume\\_I\\_low\\_res.pdf](https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2014/08/EN_Protection_Agenda_Volume_I_low_res.pdf).

relevantes de atividade. Como tal, constituem um passo importante no processo de colocar esse deslocamento na agenda internacional<sup>3070</sup>.

#### **2.4.4. Project for a Convention on the International Status of Environmentally Displaced Persons**

O *Project for a Convention on the International Status of Environmentally Displaced Persons* (2008)<sup>3071</sup>, concebido pela Universidade de Limoges, embora não adotando a terminologia que sustentamos, é, a nosso ver, uma das formulações mais esclarecedoras neste âmbito.

Esta iniciativa foi concebida por membros da CRIDEAU (*Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme*), especialistas em direito ambiental (em particular Jean-Marc Lavieille). A eles se juntaram outros investigadores da Faculdade de Direito e Economia da Universidade de Limoges especializados em direitos humanos sob a direção de Jean-Pierre Marguenaud, do centro de pesquisa em direitos humanos da OMIJ (*Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques*). Para Michel Prieur<sup>3072</sup>, co-contribuidor do projeto, uma nova Convenção surge como uma necessidade imperiosa, visto que recorrer à CG se afigura impossível pela sua formulação e emendar a Convenção seria indesejável a nível político e legal, colocando este instrumento jurídico em risco.

Este projeto tem como base instrumentos jurídicos de *soft-law* como o princípio 18.º da Declaração do Rio de 1992 sobre Ambiente e Desenvolvimento<sup>3073</sup>, incorporando a essência da Resolução 45/100, de 1988, da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>3074</sup> sobre assistência humanitária às vítimas de desastres; a Declaração de Hyogo de 2005 sobre a redução de desastres e a prevenção de riscos<sup>3075</sup>; Resolução 62/192 de 2008 da Assembleia Geral da ONU, que contém uma estratégia internacional de prevenção de

---

<sup>3070</sup> Forced Migration Review, *From the Nansen Principles to the Nansen Initiative*, <https://www.fmreview.org/preventing/kalin> – “The Nansen Principles are not a soft law instrument; rather, they outline in broad strokes a policy framework for addressing disaster-induced displacement by identifying key actors and relevant areas of activity. As such, they constitute an important step in the process of putting such displacement onto the international agenda”.

<sup>3071</sup> Lavieille, Betaille & Marguenaud, 2008.

<sup>3072</sup> Prieur, *Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons*, UNFCCC, 2016, [https://unfccc.int/files/adaptation/groups\\_committees/loss\\_and\\_damage\\_executive\\_committee/application/pdf/prieur-convention\\_on\\_the\\_international\\_status\\_of\\_environmentally.pdf](https://unfccc.int/files/adaptation/groups_committees/loss_and_damage_executive_committee/application/pdf/prieur-convention_on_the_international_status_of_environmentally.pdf).

<sup>3073</sup> Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, 1992: “Os Estados deverão notificar imediatamente os outros Estados de quaisquer desastres naturais ou outras emergências que possam produzir efeitos súbitos nocivos no ambiente desses Estados. Deverão ser envidados todos os esforços pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados por tais efeitos”,

[https://apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1992\\_Declaracao\\_Rio.pdf](https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf).

<sup>3074</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas, <https://undocs.org/en/A/RES/45/100>.

<sup>3075</sup> Nações Unidas, *Declaração de Hyogo*, 2005, <https://www.refworld.org/docid/42b988b24.html>.

desastres<sup>3076</sup>; e a Resolução 63/127 de 2009 da Assembleia Geral da ONU sobre desastres naturais e vulnerabilidade<sup>3077</sup>.

O projeto inclui todo o tipo de desastres climatéricos, sendo geograficamente universal e geral no seu escopo. Inclui também novos direitos, inspirados em direitos concedidos a refugiados, porém extensíveis a pessoas que se desloquem externamente e àquelas que se movimentam internamente, configurando-se direitos fundamentais que não se suspendem em tempos de crise, e um status específico e mecanismos de implementação.

A principal inovação desta Convenção diz respeito ao direito das pessoas deslocadas à livre escolha da região ou país que os recebem (inspirado nos arts. 9.º e 12.º do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos), tanto a nível individual como a nível coletivo (os direitos específicos das famílias e populações são tratados no art. 8.º do projeto), direito este associado a uma obrigação dos Estados de albergarem estas pessoas (art. 1.º e 2.º do projeto) sem restrições baseadas em sexo, idioma, idade ou etnia (art. 10.º do projeto), com base no princípio da solidariedade que domina o Direito Internacional Público e, em particular, o Direito Ambiental (princípio 27.º da Declaração do Rio de 1992). Os arts. 5.º, 6.º e 7.º do projeto concentram-se na garantia de direitos económicos, sociais e culturais, que devem ser aplicados sem restrições a estes sujeitos de direito, sejam eles interna ou externamente deslocados. O projeto garante um status especial aos deslocados, estabelecendo uma agência mundial (art. 11.º do projeto), em respeito do princípio da eficácia, e um princípio de proporcionalidade, visando implementar um sistema internacional de ajuda financeira para auxiliar os beneficiários do status<sup>3078</sup>.

### 2.4.5. Conclusão

As abordagens alternativas aqui apresentadas demonstram-nos que existem diferentes perspetivas e possíveis soluções no que respeita a este assunto: umas assumem como base regimes jurídicos já existentes (como é o caso das Convenções); outras fundam-se em diálogos políticos (Nansen Initiative); outras traduzem-se em projetos concebidos e formulados *ex novo* (Project for a Convention on the International Status of Environmentally Displaced Persons). Estas diferentes perspetivas demonstram-nos que novos passos estão a ser tomados em distintas direções, e que, nesse sentido, as possibilidades de alcançar uma solução são maiores.

No nosso entender, todas estas abordagens apresentam um forte potencial nas vertentes em que tocam; porém, acreditamos que a verdadeira mudança a nível

---

<sup>3076</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas, <https://undocs.org/en/A/RES/62/192>.

<sup>3077</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas, <https://undocs.org/en/A/RES/63/127>.

<sup>3078</sup> Prieur, *Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons*, [https://unfccc.int/files/adaptation/groups\\_committees/loss\\_and\\_damage\\_executive\\_committee/application/pdf/prieur-convention\\_on\\_the\\_international\\_status\\_of\\_environmentally.pdf](https://unfccc.int/files/adaptation/groups_committees/loss_and_damage_executive_committee/application/pdf/prieur-convention_on_the_international_status_of_environmentally.pdf).



internacional, assim como a nível europeu, reside na vontade dos Estados em operar essa mesma mudança. Embora seja presumível que um novo acordo internacional ou protocolo requeira uma nova agência ou instituição internacional, ou mesmo a expansão de uma já existente (ACNUR ou OIM), causando eventuais constrangimentos políticos, financeiros e institucionais (como a falta de capacidade de resposta, que poderia pôr em causa a proteção dos refugiados ditos “tradicionais”), somos da opinião que um novo projeto que defina e salvaguarde este preceito legal, ou quiçá uma possível transformação da própria CG – inspirando-se nas Convenções regionais que partiram da sua base, mas que, pela sua “juventude”, estão mais em linha com as questões atuais –, se apresenta como a solução mais viável, dependendo da vontade das altas instituições internacionais e, consequentemente, dos Estados.

## **2.5. Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment**

Como vimos, a noção de refugiado estabelecida na CG não parece permitir a inclusão de novos requisitos relativos às alterações climáticas. Contudo, podemos constatar que uma outra interpretação pode ser dada a esta questão. Como veremos, demonstra-nos o caso *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*<sup>3079</sup>, e a consequente decisão do Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos<sup>3080</sup>, que a definição jurídica de refugiado evolui, de facto, com o tempo, sendo dotada de um certo dinamismo.

### **2.5.1. Factos**

O caso em apreço fala-nos de Ioane Teitiota, natural da República de Kiribati, que, no ano de 2007, se deslocou para a Nova Zelândia sob o pretexto de que as condições climáticas – e, consequentemente, sociais –, na ilha onde habitava (Tarawa) impossibilitavam uma vida segura e digna, nomeadamente: subida do nível das águas; infertilização dos solos, devido à sua excessiva salinização; desemprego; sobrepopulação; inundações de áreas residenciais, forçando o recolocamento; poluição; falta e racionamento de água potável; tensões sociais; confrontos violentos; deterioração da

---

<sup>3079</sup> *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, NZSC 3125, High Court of New Zealand, 26 de novembro de 2013, <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/56/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94bo/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94bo.pdf>.

<sup>3080</sup> Human Rights Committee, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en).

saúde; desnutrição; intoxicações alimentares; insegurança alimentar; entre outros<sup>3081</sup>. Como tal, após o seu visto de residência ter expirado em 2010, o autor intentou, em maio de 2012, o pedido de reconhecimento do estatuto de refugiado (fundamentado na CG) e/ou pessoa protegida (segundo o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) junto do *Immigration and Protection Tribunal*, que, após ter sido negado em agosto de 2012 pelo *Refugee and Protection Officer*, também encarou a recusa do apelo do autor desta decisão negativa por parte do Tribunal. Esta recusa baseou-se, a nosso ver, nestes pontos essenciais: embora reconhecendo e aceitando as condições climáticas adversas e as dificuldades presentes, o Tribunal concluiu que o autor não enfrentou objetivamente um risco real de ser perseguido, no caso de retornar a Kiribati, sendo que o autor não demonstrou a probabilidade de vir a sofrer dano físico sério conectado a disputas por habitação ou propriedade; não provou devidamente que lhe era impossibilitado aceder a água potável ou plantar comida; e não foi comprovado que as condições climáticas eram tão adversas que poriam a sua vida em risco. Assim, não se enquadrava na definição de refugiado concedida pela CG<sup>3082</sup>.

Relativamente ao Pacto, o Tribunal considerou que o Estado de Kiribati não se encontrava passivo na sua obrigação de responder às necessidades mínimas básicas para a vida – estatuída no art. 6.º do Pacto –, demonstrado este cumprimento pelo *2007 Programme of Action*; o autor não comprovou um grau de risco suficiente para a sua vida ou para a sua família; e não se verificou evidente o requisito da iminência para este risco<sup>3083</sup>.

Posteriormente, viu negado, por parte do *High Court*, o pedido de autorização para recorrer da decisão do Tribunal<sup>3084</sup>; em 2014, o *Court of Appeal* negou o pedido de autorização para recorrer da decisão do *High Court*<sup>3085</sup>; e, em julho de 2015, o *Supreme Court* negou o pedido de autorização para apelar da decisão do *Court of Appeal*<sup>3086</sup>. Assim, a 15 de setembro de 2015, Ioane Teitiota e a sua família foram detidos e extraditados para a terra natal.

---

<sup>3081</sup> *Ibidem*, para. 2.3., p. 2.

<sup>3082</sup> *Ibidem*, para. 2.8., p. 4.

<sup>3083</sup> *Ibidem*, para. 2.9., p. 4.

<sup>3084</sup> Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, NZSC 3125, High Court of New Zealand, 26 de novembro de 2013.

<sup>3085</sup> Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, NZCA 173, 8 de maio de 2014, [https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/ioane-teitiotoa-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and-employment/at\\_download/fileDecision](https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/ioane-teitiotoa-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and-employment/at_download/fileDecision).

<sup>3086</sup> Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, NZSC 107, Supreme Court of New Zealand, 20 de julho de 2015, [https://www.refworld.org/cases,NZL\\_SC,55c8675d4.html](https://www.refworld.org/cases,NZL_SC,55c8675d4.html).

### 2.5.2. Decisão

Submetido o caso ao Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a decisão proferida a 24 de outubro de 2019 diz-nos que o julgamento dos tribunais não se configurou arbitrário, manifestamente errado, negado de justiça, ou que os tribunais violaram o seu dever de independência e imparcialidade<sup>3087</sup>. O parecer também conclui que os factos não permitem concluir que a extradição do autor para a República de Kiribati tenha violado os seus direitos consagrados no artigo 6.º/1 do Pacto, visto não estar presente no território um conflito generalizado e não estando sujeito a um risco real, pessoal e presumível; não foram disponibilizadas informações suficientes acerca da impossibilidade de aceder a água potável; e aponta também a falta de informações fornecidas pelo autor acerca de alternativas de emprego e disponibilidade de assistência financeira para atender às necessidades humanitárias básicas no país<sup>3088</sup>. Porém, neste parecer, o Comité também nos diz que o escopo do art. 6.º do Pacto é mais abrangente do que o princípio de *non-refoulement*, podendo incluir sujeitos não considerados refugiados. Os Estados não podem violar o art. 6.º, mesmo que tais situações não se configurem como ameaçando a perda de vida, lembrando que as alterações climáticas são, no presente, um dos perigos mais sérios ao direito à vida, tendo em conta o caso em apreço, em que a subida do nível das águas pode apresentar um risco sério à salvaguarda do direito à vida com dignidade. Segundo o princípio do *non-refoulement*, os efeitos climáticos podem, portanto, obrigar os Estados a não extraditar sujeitos<sup>3089</sup>.

### 2.5.3. Apreciação

Não concordamos com o desfecho da decisão do Comité e, seguindo assim a posição do membro do Comité Duncan Laki Muhumuza<sup>3090</sup>, somos da opinião que as condições de vida descritas pelo autor constituem gravidade suficiente, apresentando um risco de vida, requerido no art. 6.º do Pacto. Embora tenha de ser pessoal, este risco pode dizer respeito a requisitos gerais em casos excecionais, e o limite do risco provado não pode ser levado ao nível exigido, pois, considerados a gravidade ambiental e o dano existente aos direitos humanos no país, tal já se consubstancia num risco real de dano irreparável, e seria contraproducente para a proteção da vida esperar que mortes sucedessem de forma a que o risco apresentado possa ser considerado.

---

<sup>3087</sup> Human Rights Committee, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, para. 9.13, p. 12, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en).

<sup>3088</sup> *Ibidem*, paras. 9.7-9.12., pp. 10-12.

<sup>3089</sup> *Ibidem*, paras. 9.3., 9.4., 9.11., pp. 9, 12.

<sup>3090</sup> *Ibidem*, Annex 2, Individual opinion of Committee member Duncan Laki Muhumuza (dissenting).

Segundo a nossa apreciação, embora o limite imposto pelo artigo 6.º seja desproporcionado, a decisão parece servir como um aviso aos Estados de que estes devem considerar os efeitos das mudanças climáticas ao avaliar os pedidos de asilo. Vemos este caso como sendo dotado de grande inovação, residindo esta não só na análise do Comité – ao abordar o tema de um modo algo revolucionário, abrindo assim um novo caminho à consideração e proteção dos refugiados climáticos, ditando que, no âmbito das alterações climáticas, os sujeitos não devem ser devolvidos ao seu país de origem caso, ao retornarem, os seus direitos humanos básicos forem ameaçados<sup>3091</sup> –, mas também nas declarações do *High Court*<sup>3092</sup> e do *Supreme Court*<sup>3093</sup>, que, embora afirmando a não classificação do sujeito como refugiado segundo a CG, entendem que a degradação ambiental resultante de mudanças climáticas ou outros desastres naturais poderiam criar um caminho para a sua inclusão na CG ou para a jurisdição de pessoas protegidas.

A decisão vem-nos esclarecer o seguinte: os Estados vêm-se forçados a cumprir três obrigações: reduzir os efeitos das alterações climáticas; apoiar os Estados mais afetados por estas mesmas mudanças, dado a sua débil condição económica; e, falhando o apoio, receber os habitantes dessas nações, estando vedado o *refoulement*. Nestas considerações, o Comité reconhece o impacto das alterações climáticas e das consequências para a salvaguarda dos direitos humanos. Porém, há que sublinhar que, embora a salvaguarda de *non-refoulement* seja estabelecida, o Comité não especifica quando é que efeitos das alterações climáticas se consubstanciam como tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, não sendo claro onde se encontra o ponto de viragem, como nos diz Jane McAdam<sup>3094</sup>.

Constatamos nesta decisão uma possível flexibilidade e dinamismo do preceito de refugiado estabelecido na CG, seguindo o pensamento de certa doutrina<sup>3095</sup>, que nos esclarece que a CG pode endereçar o deslocamento ambiental, dado que o medo de que tal expansão da atual definição de refugiado possa resultar na desvalorização potencial

---

<sup>3091</sup> Acnur, A.M., *UN Human Rights Committee decision on climate change is a wake-up call, according to UNHCR*, in [https://www.unhcr.org/news/briefing/2020/1/5e2ab8ae4/un-human-rights-committee-decision-climate-change-wake-up-call-unhcr.html#\\_ga=2.224801624.391693992.1579620843-895277683.1530288815](https://www.unhcr.org/news/briefing/2020/1/5e2ab8ae4/un-human-rights-committee-decision-climate-change-wake-up-call-unhcr.html#_ga=2.224801624.391693992.1579620843-895277683.1530288815).

<sup>3092</sup> Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, NZSC 3125, High Court of New Zealand, 26 de novembro de 2013, para. 25: “But this requirement of some form of human agency does not mean that environmental degradation, whether associated with climate change or not, can never create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction”, <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/56/alfresco/service/api/node/content/workspa ce/SpacesStore/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94bo/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94bo.pdf>.

<sup>3093</sup> Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, NZSC 107, Supreme Court of New Zealand, 20 de julho de 2015, para. 13, [https://www.refworld.org/cases,NZL\\_SC,55c8675d4.html](https://www.refworld.org/cases,NZL_SC,55c8675d4.html).

<sup>3094</sup> McAdam, *Climate refugees cannot be forced back home*, The Sydney Morning Herald, <https://www.smh.com.au/environment/climate-change/climate-refugees-cannot-be-forced-back-home-20200119-p53sp4.html>.

<sup>3095</sup> Cooper, 1998, pp. 480, 501-02; Kozoll, 2004, pp. 271, 297-306; Jolly & Ahmad, 2014-2015, p. 243.

da proteção atual para refugiados é infundado, pois qualquer mecanismo legal eficaz evoluiria para cobrir novos desafios e situações. Porém, como Jolly e Ahmad<sup>3096</sup> nos esclarecem, subsiste doutrina orientada por uma interpretação estadual da CG, em que o propósito da definição de refugiado é proteger os direitos civis e políticos daqueles que são perseguidos por governos opressivos<sup>3097</sup>, opondo-se a uma interpretação direcionada para o âmbito dos direitos humanos, que defende que, embora as ocorrências climáticas nunca tenham sido parte do propósito civil e político da definição, este dinamismo da CG permite essa adaptação, pois, no momento da sua formulação, tais catástrofes climáticas nunca poderiam ter sido consideradas.

Posto isto, embora sabendo que a aplicação efetiva desta decisão deixa algo a desejar (dado não ser vinculativa e o princípio da soberania estadual se impor), não podemos ignorar a autoridade do Comité e a gravidade que constitui uma violação do Pacto.

Então, enquanto altas instituições, Estados e órgãos jurídicos não reconhecerem esta necessidade, nunca poderá ser alcançada uma proteção legal eficaz.

---

<sup>3096</sup> Jolly & Ahmad, 2014-2015, pp. 242-243.

<sup>3097</sup> Masters, 2000, pp. 855, 858.

## Conclusão

O Direito Internacional dos Refugiados padece de uma deficiência que não permite abranger refugiados climáticos, e esta impossibilidade reside na própria definição de refugiado convencional, pois estes, ao verem o vínculo legal com o seu país de origem quebrado, necessitam de um estatuto que compense tal vácuo. Ora, quanto aos refugiados climáticos, tal vínculo é inoperante por incapacidade do Estado (e só em casos extremos se extingue), sem que seja necessária a sua substituição, não sendo assim a lei atual adequada aos seus casos<sup>3098</sup>.

Podemos constatar que o panorama da proteção internacional dos refugiados é uma decisão marcadamente política, dado que os Estados têm de ser parte da CG para que possam ser responsabilizados pelas suas ações neste panorama. Adicionado a este facto, uma mudança efetiva também não ocorre devido ao facto de que os refugiados são marginalizados nas sociedades em que são recebidos, não podendo votar e não tendo um poder político que permita alterar as circunstâncias desmerecidas em que se encontram.

Concluindo o decurso deste trabalho, a maior evidência que clama por uma resposta eficaz e urgente é a proteção legal dos refugiados climáticos. Este amparo não lhes é concedido pela definição internacional da CG e, embora possamos afirmar que mecanismos como o *non-refoulement*, a Diretiva 2001/55/CE, os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos<sup>3099</sup> (que, embora concedam proteção e assistência a indivíduos em ocorrências como desastres naturais, não incluem na sua definição todos aqueles que atravessem fronteiras em busca de auxílio humanitário), ou mesmo a CG, em casos específicos já mencionados, possam responder a certas situações, não existe uma resposta legal geral e efetiva. Deparamo-nos assim com uma abnegação por parte das altas instâncias internacionais e dos países, que, de certa forma, acabam por renegar estas pessoas que sofrem em virtude do crescente agravamento das condições climáticas (estimando a OMS que, entre 2030 e 2050, o aquecimento global poderá acarretar cerca de 250,000 mortes por ano, devido a causas como a desnutrição, malária, diarreia, entre outras<sup>3100</sup>).

Na resposta a esta necessidade, entendemos que há dois caminhos prevalentes a percorrer: adotar novas soluções, através de novos projetos, como por exemplo novas convenções ou novos tratados; ou, apesar dos obstáculos que possam existir, atualizar o

---

<sup>3098</sup> Cournil & Mazzega, 2007.

<sup>3099</sup> Acnur, *Princípios orientadores relativos aos deslocados Internos*, [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Documentos\\_da\\_ONU/Principios\\_orientadores\\_relativos\\_aos\\_deslocados\\_internos\\_1998.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf).

<sup>3100</sup> **The Guardian, *Climate crisis already causing deaths and childhood stunting, report reveals*, 2019, <https://www.theguardian.com/environment/2019/jul/31/climate-crisis-already-causing-deaths-and-childhood-stunting-report-reveals>.**

regime já existente, quiçá procedendo a uma extensão da lei de asilo e/ou assistência humanitária para cobrir os deslocados à força por degradação ambiental, compreendendo assim que instrumentos e termos jurídicos são dotados de dinamismo e de adaptabilidade, como nos demonstram disposições de certas Convenções regionais: a necessidade de acompanhar os tempos e as carências presentes.

Assim, laivos de esperança principiam o seu crescimento quando, no caso de Ioane Teitiota, altas instâncias internacionais como a ONU dão prenúncios da necessidade de consciencialização de algo que, desejemos ou não, sentimos a cada dia que passa; pois, no momento da verdade, a Natureza não escolhe regime jurídico, nacionalidade, raça, sexualidade, credo ou género.

---

## Bibliografia

BATES, D. C. (2002). Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, vol. 23, pp. 465-477.

BETTS, A. (2010). Survival migration: A new protection framework, global governance. *Review of Multilateralism and International Organizations*, vol. 16, pp. 361-382.

BLACK, R. (2001). Environmental refugees: Myth or reality? New issues in refugee research, *UNHCR Working Paper* no. 34.

CANTOR, D. J. (2015). Law, policy and practice concerning the humanitarian protection of aliens on a temporary basis in the context of disasters. Background Paper. In *States of the Regional Conference on Migration and Others in the Americas Regional Workshop on Temporary Protection Status and/or Humanitarian Visas in Situations of Disaster*. San José, Costa Rica.

CARNEIRO, W.P. (2012). A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. In *Direitos humanos e refugiados*. UFGD Editora.

COOPER, J. B. (1998). Environmental refugees: Meeting the requirements of the refugee definition. *New York University Environmental Law Journal*, vol. 6, no. 2, pp. 480-529.

COURNIL, C. & MAZZEGA, P. (2007). Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques. *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 23, no. 1, pp. 7-34.

FRUTTALDO A. (2017). Climate-induced migration and international law. Assessing the discursive legal construction of climate refugees. *Anglistica*, vol. 21, no. 2, 2017, pp.77-91.

GATRELL, P. (2016). Refugees – What’s wrong with History? *Journal of Refugee Studies*, vol. 3, no. 2, pp. 170-189.

GOODWIN-GILL, S.G. (1996). *The refugee in international law*, 2.<sup>nd</sup> Edition. Clarendon Press.

GOODWIN-GILL, S.G. & McADAM, J. (2007). *The refugee in international law*, 3.<sup>rd</sup> Edition. Oxford: OUP.

HARKAI, I. (2016). Beliefs and misconceptions about the contemporary migration in the light of the law on refugees. *Defence Review: The Central Journal of the Hungarian Defence Forces*, vol. 144, no. 2, pp. 4-25.

HARRIS, C. & WULKER, G. (1953). The refugee problem in Germany. *Economic Geography*, vol. 2, no. 1, pp.10-15.

HARTMANN, B. (2010). Rethinking climate refugees and climate conflict: Rhetoric, reality and the politics of policy discourse. *Journal of International Development*, vol. 22, pp. 233-246.

HATHAWAY, C.J. (2012). Refugees and asylum. In *Foundations of international migration law*. Cambridge University Press, pp. 177-204.

HATHAWAY, C.J. & FOSTER, M. (2004). *The law of refugee status*. Cambridge University Press.



JOLLY, S. & AHMAD, N. (2014-2015). Climate refugees under international climate law and international refugee law: Towards addressing the protection gaps and exploring the legal alternatives for climate justice. *ISIL Yearbook of International Humanitarian & Refugee Law*, vol. 14-15, pp. 216-248.

KÄLIN, W. & SCHREPFER, N. (2012). *Protecting people crossing borders in the context of climate change: Normative gaps and possible approaches*. Geneva, Switzerland: UN High Commissioner for Refugees, Division of International Protection.

KEANE, D. (2003-2004). The environmental causes and consequences of migration: A search for the meaning of “environmental refugees”. *Georgetown International Environmental Law Journal*, vol. 16, pp. 209-223.

KOZOLL, C.M. (2004). Poisoning the well: Persecution, the environment, and refugee status. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 15, pp. 297-306.

KULP, S.A., STRAUSS, B. H. (2019). New elevation data triple estimates of global vulnerability to sea-level rise and coastal flooding. *Nature Communications*, vol. 10, article 4844.

LACKO, F. & AGHAZARM, C. (2009). *Migration, environment and climate change: Assessing the evidence*. International Organization for Migration.

LAVIELLE, J.-M., BETAILLE, J. & MARGUENAUD, J-P. (2008). Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, vol. 4, pp. 395-406.

MARFLEET, P. (2007). Refugees and History: Why we must address the past. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 26, no. 3, pp. 136-48.

MASTERS, S.B. (2000). Environmentally induced migration: Beyond a culture of reaction. *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, pp. 855-879.

McADAM, J. (2011). *Climate change displacement and international law: Complementary protection standards*. UNHCR.

MYERS, N. (2002). Environmental refugees: A growing phenomenon of the 21<sup>st</sup> century. Philosophical transactions of the Royal Society of London. *Biological Sciences*, Series B, vol. 357, pp. 609-613.

NILSSON, M. (2009). *The first of a series of disasters? Pompeii and the aftermath of an early Bronze Age eruption. The Swedish Pompeii Project*. Stockholm University & The Swedish Institute in Rome.

NISHIMURA, L. (2015). “Climate change migrants”: Impediments to a protection framework and the need to incorporate migration into climate change adaptation strategies. *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, no. 1, pp. 107-134.

OKELLO, J.O.M. (2014). The 1969 OAU Convention and the continuing challenge for the African Union. *Forced Migration Review*, vol. 48, pp. 70-73.

PELLEGRINO, G. (2014). *Canned heat, ethics and politics of global climate change*. Routledge.

PRIEUR, M. (2016). *Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons*. UNFCCC.

REHMAN, J. (2000). *The weakness in the international protection of minority rights*. The Hague: Kluwer Law International.

SCOTT, M. (2019). Climate refugees and the 1951 Convention. In *Research Handbook on International Refugee Law*, pp. 343-356.

TACOLI, C. (2009). Crisis or adaptation? Migration and climate change in a context of high mobility. *Environment and Urbanisation*, vol. 21, pp. 513-525.

WARNER, K. (2010). Global environmental change and migration: Governance challenges. *Global Environmental Change*, vol. 20, no. 3, pp. 402-413.

WOOD, T. (2013). Protection and disasters in the horn of Africa: Norms and practice for addressing cross-border displacement in disaster contexts. *Technical Paper prepared for the Nansen Initiative*.

---

## **O crime de incêndio florestal**

### **A Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, e as suas repercussões a nível sancionatório**

---

Maria Alexandra Santos Cruz

Sob a orientação do Professor  
Doutor Pedro Miguel Fernandes Freitas

---

“Se o homem falhar em conciliar a justiça e a  
liberdade, então falha em tudo”

Albert Camus

## **Agradecimentos**

Ao Senhor Professor Doutor Pedro Freitas, orientador da presente dissertação, por acreditar nas minhas ideias, pelos vários esclarecimentos, disponibilidade, apoio, ajudas e conselhos, tal como pelas correções que este trabalho tanto mereceu.

Aos meus pais, a quem devo tudo. Pelo incondicional auxílio e motivação, por acreditarem sempre em mim, por fazerem os possíveis e impossíveis para que eu pudesse seguir os meus sonhos e objetivos. A vós, o meu muito obrigada.

À minha família, por todas as palavras carinhosas e de incentivo, bem como pela paciência, atenção e força que prestaram em momentos menos fáceis passados no decorrer da elaboração desta dissertação.

Aos meus amigos e colegas, que sempre souberam dar o encorajamento que tantas vezes precisei, e que, de uma forma direta ou indireta, contribuíram para a elaboração do presente estudo ao caminharem comigo nesta jornada.

Por último, mas certamente não menos importante, um enorme e sentido agradecimento a todos os bombeiros que, por Portugal e pelo mundo fora, lutam para que possamos viver num lugar melhor. Um bem haja.

---

## **Resumo**

A presente dissertação, realizada no âmbito do Mestrado em Direito, com especialização em Direito Criminal, destina-se à obtenção do grau de Mestre, tendo como destino a sua apresentação à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Este estudo, que se centraliza na nova alteração legislativa importada para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, explora a decisão do legislador português em aditar um artigo na parte especial do Código Penal Português que permite a adoção de um novo regime sancionatório quanto ao crime de incêndio florestal.

Com este trabalho, que irá incidir sobre os institutos da pena relativamente indeterminada, da medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica e do regime de permanência na habitação, sujeito a vigilância eletrónica, pretendemos perceber se esta alteração legislativa consegue, de facto e na verdade, alcançar os propósitos a que se propôs para o biénio 2017-2019, fixados na Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, e que se enquadram, de uma forma genérica, nos objetivos, prioridades e orientações da política criminal, tendo “em vista uma resposta sancionatória de natureza penal que seja, simultaneamente, mais capaz na tutela dos bens jurídicos protegidos pela incriminação e que atente à reintegração do condenado na sociedade”<sup>3101</sup>.

**Palavras-chave:** Crime de incêndio florestal; medida de segurança; pena relativamente indeterminada; internamento de inimputável por anomalia psíquica; regime de permanência na habitação; vigilância eletrónica; Lei de Política Criminal.

---

<sup>3101</sup> Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), que deu origem à Lei n.º 94/2017, p. 4.

## **Abstract**

The present dissertation was carried out for the obtainment of the degree of Master in Law at Porto Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa.

Focused on the new legislative amendment operated by Law no. 94/2017, of 23<sup>rd</sup> August, the study goes through the review of the political-criminal orientation through the addition of an article in the special part of the Portuguese Penal Code which allows the adoption of a new sanctioning regime regarding the crime of wildfire arson.

With this work, which will focus on the institutes of the relatively undetermined penalty, the psychiatric internment security measure and the house arrest regime with electronic surveillance, we aspire to understand whether this legislative change succeeds in achieving the purposes set out in Law no. 96/2017, of 23<sup>rd</sup> august, for the 2017-2019 biennium, “seeking a sanctioning response of a criminal nature that is, at the same time, more capable in protecting the legal assets secured by the criminality and that attends to the reintegration of the convicted person into society”<sup>3102</sup>.

**Keywords:** Wildfire arson; security measure; relatively undetermined penalty; psychiatric internment; house arrest regime; electronic surveillance; Criminal Policy Law.

---

---

<sup>3102</sup> In “Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII”, de 18-05-2017, [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), which originated Law no. 94/2017, p. 4.

## Lista de siglas e abreviaturas

|              |                                                               |
|--------------|---------------------------------------------------------------|
| AA. VV.      | Autores vários                                                |
| Acs.         | Acórdãos                                                      |
| al.          | Alínea                                                        |
| art.         | Artigo                                                        |
| arts.        | Artigos                                                       |
| CEJ          | Centro de Estudos Judiciários                                 |
| CEPMPL       | Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade |
| Cfr.         | Confira                                                       |
| CP           | Código Penal                                                  |
| CPP          | Código de Processo Penal                                      |
| CRP          | Constituição da República Portuguesa                          |
| DL           | Decreto-Lei                                                   |
| Exmo.        | Excelentíssimo                                                |
| <i>Ibid.</i> | Mesmo autor, mesma obra, mesma página                         |
| <i>Id.</i>   | Mesmo autor, mesma obra                                       |
| n.º/n.ºs     | Número/ Números                                               |
| org.         | Organização                                                   |
| p./pp.       | Página/Páginas                                                |
| PRI          | Pena Relativamente Indeterminada                              |
| ProjPG       | Projeto da Parte Geral                                        |
| ss.          | Seguintes                                                     |
| STF          | Supremo Tribunal Federal                                      |
| TRE          | Tribunal da Relação de Évora                                  |
| TRP          | Tribunal da Relação do Porto                                  |
| vol.         | Volume                                                        |

---



# **Índice**

## Introdução

1. O crime de incêndio florestal
  - 1.1. Breves considerações introdutórias
2. A pena relativamente indeterminada
  - 2.1. Considerações preliminares
  - 2.2. A dicotomia monismo/dualismo
  - 2.3. O novo caso do crime de incêndio florestal
3. A medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica
  - 3.1. Os pressupostos de aplicação e os princípios de política criminal
  - 3.2. O internamento de inimputável pela prática de crime de incêndio florestal
    - 3.2.1. O problema do carácter interrupto da medida de internamento sazonal
    - 3.2.2. Duração mínima da medida de segurança de internamento
4. O regime de permanência na habitação
  - 4.1. Breve introdução do regime
  - 4.2. Pressupostos de aplicação
  - 4.3. Entrada em vigor da Lei n.º 94/2017

## Conclusão

## Bibliografia

---

## Introdução

Nos últimos anos, um pouco por todo o mundo, tem-se exacerbado o fenómeno dos incêndios florestais, sendo uma realidade a que Portugal não ficou indiferente, já que viu ser atingido o seu pico de gravidade nos grandes incêndios de Pedrógão Grande e de outubro de 2017. De ambos os acontecimentos resultaram, a par das várias dezenas de mortes e habitações destruídas, uma extensa área de território nacional ardido, bem como incontáveis perdas da fauna e flora nacionais.

Face ao problema exposto, urgiu dotar o sistema jurídico-penal da força e efetividade necessárias, potenciando uma vigorosa alteração paradigmática com o propósito de combater assertiva e eficazmente esta eventualidade, quer na sua origem, quer na sua reincidência.

Pressionado, o legislador de 2017 procedeu a um conjunto de alterações bastante significativas no âmbito da nossa legislação penal, através da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto. Falamos de uma Lei que trouxe um sistema sancionatório mais específico quanto ao crime de incêndio florestal, particularmente no que se prende com: a suspensão da execução da pena de prisão, a liberdade condicional, a pena relativamente indeterminada, a suspensão da execução do internamento e a liberdade para prova, bem como com a modificação do regime da medida de segurança de internamento aplicável a agente inimputável por anomalia psíquica que pratique o facto ilícito típico de incêndio florestal.

Uma das alterações mais importantes operadas neste aspeto traduz-se mesmo no aditamento, na parte especial do CP, de um artigo específico sobre o regime sancionatório do crime de incêndio florestal – o art. 274.º-A.

Tais alterações figuram-se idóneas a prosseguir, de um modo geral, os objetivos, prioridades e orientações determinados pela Lei de Política Criminal<sup>3103</sup> para o biénio 2017-2019. É possível ler na fundamentação de tais prioridades e orientações que “a defesa da floresta como ativo económico e como fator de equilíbrio dos ecossistemas, assim como a proteção de pessoas e bens contra incêndios florestais, pressupõem (...) a existência e atualização de planos de prevenção de incêndios de etiologia criminosa, assim como uma reação criminal pronta e efetiva”<sup>3104</sup>.

É exatamente sobre este novo regime que nos vamos debruçar, explorando as alterações operadas ao nível do crime de incêndio florestal, que se produzem quanto à

---

<sup>3103</sup> Também referida como Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto.

<sup>3104</sup> In Anexo previsto para a referida Lei de Política Criminal, publicado em Diário da República, 1.ª série, n.º 162, de 23-08-2017, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt), p. 4927.

pena relativamente indeterminada, à medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica e à eventual aplicação do regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios de controlo à distância.

Assim, iniciaremos o projeto com uma única Secção, em que são apresentadas as alterações legislativas a que esteve sujeito o crime de incêndio florestal, desde a sua génese até aos correntes dias.

Posteriormente, surge o Capítulo II, em que será feita a análise da figura da pena relativamente indeterminada. Está dividido em três subcapítulos, todos eles relacionados com o enquadramento teórico desta figura, iniciando-se o primeiro subcapítulo com uma apresentação da figura, em que são apontadas as questões mais clássicas que circunscrevem esta pena, como o seu enquadramento histórico e a análise de figuras semelhantes em ordenamentos jurídicos europeus. Segue-se o segundo subcapítulo, em que são patenteados os problemas que esta poderá levantar em relação à natureza do sistema sancionatório adotado no ordenamento jurídico português. O terceiro subcapítulo apresenta os pressupostos formais e materiais de aplicação da pena relativamente indeterminada, focando-se na nova modalidade desta pena, diretamente interligada com o crime de incêndio florestal no que se refere à perigosidade criminal.

No Capítulo III, dividido em dois subcapítulos, será estudada a medida de segurança de internamento de inimputável. Inicia-se o mesmo com o primeiro subcapítulo, em que ocorre a análise dos seus pressupostos de aplicação e se evidencia o respeito pelos diversos princípios de política criminal. Já no segundo subcapítulo, entramos em detalhe quanto à análise da especialidade da medida de internamento sazonal que poderá vir a ser aplicada a agentes da prática do crime de incêndio florestal, pelo que será demonstrado o problema do carácter interrupto da medida de internamento sazonal, introduzido com a referida alteração legislativa, seguido de uma breve análise quanto à duração mínima da medida.

Finalmente, no Capítulo IV procedemos à apreciação do regime de permanência na habitação, sujeito a fiscalização por meios de controlo à distância, sendo que se inaugura o seu primeiro subcapítulo com uma breve introdução do regime, em que são exibidos os efeitos que as diversas reformas legais tiveram ao nível desta figura, seguindo-se a apresentação dos seus pressupostos de aplicação e terminando-se com a apresentação dos efeitos operados pela alteração legislativa ao nível deste regime.

## **1. O crime de incêndio florestal**

### **1.1. Breves considerações introdutórias**

Até à revisão penal de 2007, os incêndios florestais só podiam ser criminalmente perseguidos através da incriminação prevista no art. 272.º do CP de 1995, o que importava a necessidade de se provar que o incêndio tinha sido de relevo e que tinha criado, de forma efetiva, perigo para a vida, para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado. Não se conseguindo obter a prova de tal situação de perigo concreto, não era possível a punição daquele que tivesse provocado um incêndio em floresta, mata, arvoredor ou seara.

Consciente dessas dificuldades técnico-jurídicas e de prova, e constatando-se um aumento da área ardida com os incêndios de 2003 e 2006, o legislador penal, aproveitando a revisão penal de 2007, resolveu alterar o crime de incêndio<sup>3105</sup>.

E, segundo as palavras do legislador, incluídas no preâmbulo da Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto<sup>3106</sup>, “os incêndios florestais, sobretudo ocorridos durante o Verão, constituem uma fonte de lesão de interesses comunitários da maior importância, sendo responsáveis por uma redução significativa da área florestal. (...) Na revisão do Código Penal foi criado um novo crime de incêndio florestal para tornar mais eficaz a tutela dos bens jurídicos; agora, atribui-se prioridade à prevenção e à investigação desse crime”.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, opera-se uma profunda revisão do CP, em virtude das alterações por si introduzidas, já que é dada uma nova redação a vários crimes de perigo comum – em que estão em causa, precisamente, os crimes de incêndio; assim, esse crime de incêndio dispersou-se por dois preceitos, destacando-se no art. 274.º do CP o denominado crime de incêndio florestal. Portanto, com esta revisão, e em contraste com o que sucedia antes, deixou de se condicionar a punição dos agentes à demonstração de que o seu comportamento terá colocado em perigo a vida ou a integridade física de pessoas ou bens patrimoniais alheios de valor elevado, já que, para o preenchimento do tipo objetivo do ilícito, passou a ser suficiente provocar incêndio em qualquer um dos locais referidos, independentemente da criação de perigo para qualquer bem jurídico. Falamos, então, de um crime de perigo abstrato, já que o perigo não é elemento do tipo, mas constitui somente motivo da sua proibição, pelo que ele próprio não carece, deste modo, de se verificar no caso concreto.

Deduzimos, pois, que estamos perante uma espécie de antecipação da tutela penal, no que se reporta aos incêndios florestais, já que se escusa a produção de um resultado material, ou mesmo a geração de um perigo, sendo suficiente para o legislador

---

<sup>3105</sup> Niza, 2018, p. 95.

<sup>3106</sup> Publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 168, de 31-08-2007.

a criação de um incêndio florestal, tendo em conta a respetiva danosidade social criada por tal factualidade.

Como vamos poder explicitar com maior desenvolvimento, as alterações de 2017, introduzidas pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, prendem-se, particularmente, com o regime sancionatório do crime de incêndio florestal, que passa a ser parcialmente contemplado num artigo autónomo ao artigo que prevê o tipo ilícito – é, portanto, introduzida a norma sancionatória do art. 274.º-A do CP, que conduz à revogação do n.º 9 do art. 274.º do CP, então previsto.

## **2. A pena relativamente indeterminada**

### **2.1. Considerações preliminares**

Cavaleiro de Ferreira afirmava que, uma vez que é exequível um sistema penalista baseado na culpabilidade associada à personalidade do agente<sup>3107</sup>, também seria, igualmente, possível um sistema baseado na perigosidade referida ou deduzida necessariamente ao facto criminoso<sup>3108</sup>. Em consonância com esse entendimento, acrescentava ser possível, por exemplo, a “coordenação de um sistema repressivo e preventivo em que a personalidade do delinquente é conjuntamente, mas sob diferente aspeto e em diversa extensão, objeto de culpabilidade e substrato de perigosidade, embora a culpabilidade seja essencialmente referida ao facto criminoso”<sup>3109</sup>.

É aqui que entra em ação a PRI, já que tem em vista a delinquência especialmente perigosa – a delinquência por tendência, a delinquência ligada ao abuso de álcool e de estupefacientes e, agora, a delinquência associada ao crime de incêndio florestal<sup>3110</sup> –, pelo que foi introduzida no CP a sanção em causa, com o objetivo de “tentar resolver a problemática relacionada com os imputáveis perigosos”<sup>3111</sup>, uma vez que, do ponto de vista preventivo, se tornou claro que “a especial perigosidade de alguns não poderia ser prevenida por uma punição que limitasse a medida de reação criminal pela culpa

---

<sup>3107</sup> Convicção que encaminhou diretamente Eduardo Correia, na formulação do ProjPG de 1963, no sentido da aceitação do instituto da PRI, assente numa ideia de culpa pela não formulação da personalidade. Cfr. Dias, 2009, p. 558, § 877 e § 878.

<sup>3108</sup> Garcia & Rio, 2014, p. 400.

<sup>3109</sup> Ibid.

<sup>3110</sup> Tal como supra explicitado, a PRI trata um tipo especial de pena, criado com o objetivo de responder às intimidações de sujeitos com uma certa delinquência por tendência, tendo o legislador português acompanhado o que se passava na doutrina e jurisprudência estrangeiras, já que tem sido objeto de rejeição – em Inglaterra e na Noruega (cfr. Rodrigues, 1983, p. 290) – e admissão – no caso dos ordenamentos jurídicos alemão, francês, inglês, italiano e polaco (Ibid.) – a nível internacional, tendo permanecido na ordem jurídica portuguesa sem fortes movimentos contestatórios, devido à sua fundamentação em razões iminentemente preventivas.

<sup>3111</sup> Fernandes, 2016, p. 46.

essencialmente referida ao facto ilícito cometido, tornando-se necessário prever formas de internamento mais dilatado, onde a ideia de segurança lograsse uma efetiva expressão (...). Daí o propor-se uma pena relativamente indeterminada, indo-se, assim, ao encontro das então mais recentes exigências de penalogia e da ciência penitenciária, ao evitar a aplicação ao mesmo delinquente, e pelo mesmo facto, de duas reações autónomas, uma como pena e outra como medida de segurança”<sup>3112</sup>. Pretende-se, portanto, a reinserção do delinquente que acaba, então, por justificar a aplicação de uma pena desta espécie, em que “acabam por convergir, por um lado, a pena aplicada com fundamento na culpa e, por outro, a medida de segurança que visa eliminar a perigosidade que está latente no delinquente por tendência ou por dependência”<sup>3113</sup>.

Resulta daqui que na PRI releva de forma imediata o pressuposto da perigosidade criminal; assim, “a reclamada inclinação para o crime tem de ser acentuada (o que não implicando que ela se refira à probabilidade de prática de atos de certa gravidade implica, pelo menos, e desde logo, um juízo prognóstico sobre a probabilidade de repetição da prática criminoso)”<sup>3114</sup>, pelo que deve “conduzir à conclusão de que não pode ser aplicada se a inclinação para o crime, apesar de ‘acentuada’, se referir apenas a bagatelas penais ou mesmo à pequena criminalidade”<sup>3115</sup>. Nas palavras de Maria João Antunes, a PRI “encontra justificação político-criminal numa acentuada inclinação para o crime por parte do agente, sem que se confunda com a pena aplicada ao agente reincidente, apesar dos pontos de coincidência (cf. art. 76.º, n.º 2 do CP)”<sup>3116</sup>.

O instituto da PRI particulariza-se como sendo uma figura ainda muito controversa, devido à sua unicidade característica, já que estamos perante uma sanção que foi criada com o objetivo de responder às ameaças de sujeitos com uma suposta delinquência por tendência, sendo a sua fundamentação representada pelas finalidades de prevenção especial das penas; aqui, “impõe[-se] ao delinquente uma privação de liberdade cuja duração não é fixada de forma precisa na decisão condenatória, ficando dependente de uma ulterior apreciação da autoridade a quem, por lei, compete pronunciar a libertação do recluso”<sup>3117</sup>, pelo que a duração concreta só durante a execução será determinada – tal como resulta do art. 90.º do CP.

---

<sup>3112</sup> Ibid.

<sup>3113</sup> Id., p. 50.

<sup>3114</sup> Id., p. 49.

<sup>3115</sup> Ibid.

<sup>3116</sup> Antunes, 2015, p. 123.

<sup>3117</sup> Rodrigues, 1983, p. 287.

## 2.2. A dicotomia monismo/dualismo

Tendo em atenção a singularidade adjacente à figura da PRI, não podemos introduzir as inovadoras alterações sancionatórias de 2017 sem antes falarmos na grande discussão em que esta se encontra envolta. Uma vez que o sistema penal português pressupõe dois tipos diferentes de reações penais – as penas e as medidas de segurança –, esta duplicidade gera uma disputa deveras atual, que surge em relação ao funcionamento destas duas reações quando as mesmas possam ser aplicadas ao mesmo agente.

Como é sabido, a figura da PRI é concebida como sendo uma pena; no entanto, passa a funcionar como medida de segurança a partir do momento em que é alcançada a medida de pena concretamente aplicada ao crime praticado. Para que se proceda à sua aplicação, tem-se em conta, desde o começo, a perigosidade demonstrada na delinquência por tendência do agente (sendo esta uma avaliação característica de uma medida de segurança).

A opção por um sistema sancionatório dualista – ou seja, em que existe a possibilidade de aplicação cumulativa, ao mesmo agente e pelo mesmo facto, de penas e medidas de segurança – tem sido fortemente contestada nos últimos anos, uma vez que se entende que um agente, ou é responsável, e com isso culpado e passível de aplicação de uma pena, ou, então, não é passível de responsabilidade e, com isso, seria sujeito à aplicação de uma medida de segurança. Paulo Pinto de Albuquerque assevera estarmos, efetivamente, perante um sistema dualista, que submete um agente condenado imputável a uma verdadeira medida de segurança<sup>3118</sup>. Também Taipa de Carvalho afirma que o CP vigente, ao consagrar esta figura, terá adotado o sistema dualista, tendo em conta que a aplicação conjunta de pena e medida de segurança aos imputáveis perigosos ou por tendência é incompatível com o sistema monista; e, ainda, porque, quanto a si, a PRI é, real e materialmente, “um misto, um compósito de pena mais medida de segurança”<sup>3119</sup>. Assim, o autor afirma, ainda, que a figura representa uma “burla de etiquetas”<sup>3120</sup> pela sua “simples designação como “pena” – que pode enganar o menos atento à substância das figuras jurídicas”<sup>3121</sup>.

Contrariamente, um sistema monista será aquele em que as duas espécies de sanções (penas e medidas de segurança), embora existentes, funcionam como num sentido único, segundo as suas finalidades, sendo utilizadas uma ou outra, consoante o caso concreto. Atendendo ao nosso CP e, concretamente, ao seu art. 83.º, percebemos

---

<sup>3118</sup> Albuquerque, 2015, pp. 203-204.

<sup>3119</sup> Carvalho, 2016, p. 88.

<sup>3120</sup> Ibid.

<sup>3121</sup> Ibid.

que este opta por um sistema tendencialmente monista, ou seja, um sistema em que o legislador, para os imputáveis perigosos, prevê uma PRI, pena essa que, não podendo “integralmente conceber-se como uma pena de culpa”<sup>3122</sup>, terá de ser entendida como “um misto de pena e de medida de segurança”<sup>3123</sup>; de pena “até ao limite da sanção que concretamente caberia ao facto (...) e de medida de segurança na parte restante, comandada pela persistência da perigosidade do delinquente”<sup>3124</sup>. Isto significa que, apesar de um sistema admitir a existência e aplicabilidade tanto de penas, como de medidas de segurança, não significa, só por si, que seja dualista – “aqui, pena e medida de segurança têm os seus campos de aplicação *a priori* e diferentemente definidos, de tal modo que não existe sobreposição entre eles”<sup>3125</sup>. O nosso sistema é de base monista, por não permitir, então, a aplicação cumulativa a um mesmo agente, e pela prática do mesmo facto, de uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade. No entanto, ele não é um monista puro, uma vez que prevê ambas as sanções criminais, porque permite a aplicação de medidas de segurança não detentivas a agentes imputáveis e porque admite uma situação em que se possa aplicar ambas cumulativamente a um mesmo agente, num mesmo processo, mas por factos diferentes. Esta conceção, com a qual concordamos, é defendida por Eduardo Correia e pela grande maioria da doutrina; com efeito, procede-se, no caso desta pena, à extensão do conceito de pena e à restrição do conceito de medida de segurança, com a qual não ocorre qualquer violação do princípio da culpa, da socialização do agente (por inexistência da figura de vicariato<sup>3126</sup> na execução da PRI), não corre qualquer ameaço, nem constitui, sequer, uma “burla de etiquetas”<sup>3127</sup>. Podemos concluir, portanto, que a PRI constitui uma sanção de natureza mista cuja aplicação não obedece a qualquer automatismo.

### 2.3. O novo caso do crime de incêndio florestal

No regime anterior a 2017, existiam no CP português somente as modalidades previstas nos artigos destinados ao regime da PRI: os arts. 83.º a 90.º. Atualmente, podemos deparar-nos com uma extensão deste regime, introduzida no nosso

---

<sup>3122</sup> Cfr. Dias, 2019, § 35, p. 120.

<sup>3123</sup> Ibid.

<sup>3124</sup> Ibid.

<sup>3125</sup> Id., § 26, p. 114.

<sup>3126</sup> Este princípio acha-se reconhecido nos arts. 99.º do CP, 169.º e ss. do CEPMPL e 15.º do DL n.º 375/97, de 24 de dezembro, e vem emendar a lacuna existente no sistema legal português até 1995 quanto à execução de pena e de medida de segurança privativas de liberdade, aplicadas ao agente que praticasse factos distintos; assim, a medida de segurança de internamento é executada antes da pena de prisão a que o agente tiver sido condenado, sendo que a duração da medida de segurança é descontada na duração da pena de prisão.

<sup>3127</sup> Cfr. Dias, 2009, pp. 417-423.



ordenamento jurídico pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto e, consequentemente, estabelecida nos n.ºs 4 e 5 do novo art. 274.º-A do CP.

Este diploma veio alterar o sistema sancionatório outrora previsto no CP, através da inclusão de novas normas específicas ou especiais no que se reporta ao sancionamento do crime de incêndio florestal, sendo estas aditadas ao que estava, então, inserido no n.º 9 do art. 274.<sup>3128</sup>.

Debruçando-nos sobre a Exposição de Motivos da Proposta desta Lei, e no que toca ao crime de incêndio florestal, compreendemos que tais alterações emergiram com o propósito de se criar uma válida resposta do Direito, por meio do legislador penal, que consiga atender à tutela dos bens jurídicos diretamente protegidos pela incriminação de tal tipo ilícito e que proporcione, essencialmente, a reintegração do condenado na sociedade. Porquanto, uma das opções político-criminais foi, exatamente, o alargamento da PRI, tendo presente o facto de os agentes reincidentes no crime de incêndio florestal revelarem acentuada inclinação para a prática deste mesmo crime. Ademais, ainda se acrescenta que, porque a pena de prisão se havia revelado insuficiente, na sua vertente preventiva, “propõe-se, por isso, que lhes possa ser aplicada a pena relativamente indeterminada, sanção orientada, na sua execução, no sentido de eliminar essa acentuada inclinação, atendendo não apenas à culpa, mas também à perigosidade criminal do agente”<sup>3129</sup>.

Atendendo ao descrito no n.º 4 do art. 274.º-A, são pressupostos formais da aplicação da PRI, e quanto a este tipo de delinquência, a prática de crime doloso de incêndio florestal e a aplicação a este crime de pena de prisão efetiva, e isto no que se refere ao crime reiterado; já quanto ao crime anterior, são, então, pressupostos o cometimento de crime doloso de incêndio florestal e a aplicação a este crime de pena de prisão efetiva. Relativamente a este aspeto, é importante notar que, e tal como aludido por Maria João Antunes, “a exigência de que ao crime anterior e ao reiterado corresponda a aplicação de uma pena de prisão efetiva exclui do âmbito de aplicação da pena relativamente indeterminada os crimes de incêndio florestal que sejam punidos com pena de substituição, mas já não os casos em que a pena de prisão efetiva aplicada seja executada em regime de permanência na habitação, ao abrigo do art. 43.º do CP”<sup>3130</sup>.

Já quanto ao pressuposto material de aplicação, “a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente terá que revelar uma acentuada inclinação para

---

<sup>3128</sup> Artigo revogado pela Lei n.º 94/2017.

<sup>3129</sup> In Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), p. 5.

<sup>3130</sup> Antunes, 2018, p. 14.

a prática de crime de incêndio florestal, que persista no momento da condenação”<sup>3131</sup>. O facto de a acentuada inclinação ter de persistir no momento da condenação faz com que este consubstancie o momento temporalmente relevante para apreciar sobre a probabilidade de o agente voltar a preencher o tipo legal de incêndio florestal.

Uma vez que o n.º 5 do artigo em análise remete para o n.º 2 do art. 86.º do CP, facilmente concluímos que o limite mínimo da PRI aplicada ao agente da prática de crime de incêndio florestal corresponderá a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido; já o limite máximo corresponderá a esta pena de prisão acrescida de dois anos, na primeira condenação, e de quatro anos nas restantes, sem exceder vinte e cinco anos, uma vez que lhe é correspondentemente aplicável o estabelecido para os delinquentes alcoólicos.

Concomitantemente, a mesma disposição remete, ainda, para a aplicação do artigo 87.º do CP (referente aos alcoólicos e equiparados), em que é determinada a obrigação de a PRI, aquando da sua execução, ser orientada no sentido de eliminar ou combater a inclinação do agente para a prática deste tipo de crime. Uma vez que se pretende o combate da perigosidade em si, a severidade da pena variará consoante se trate da primeira condenação em PRI, com os mesmos fundamentos, ou caso se trate de agente reincidente de reiterada condenação. A inconstância dessa severidade não se deve a agravação da culpa do agente, mas, antes, a uma agravação da sua perigosidade. Conforme afirma Figueiredo Dias, a circunstância de variação da severidade da pena não se justifica pela gravidade da culpa do agente (por o mesmo retornar à vida criminoso), mas, sim, pela perigosidade que tal facto revela – note-se que o art. 87.º do CP impõe que a PRI, empregue nos termos do art. 86.º do CP, deva ser norteadada no sentido de suprimir o alcoolismo ou tendência do agente (através de tratamentos de desintoxicação), o que manifesta ponderações de perigosidade e prevenção geral<sup>3132</sup>. De forma a combater essa perigosidade, e uma vez que aos agentes do crime de incêndio florestal são aplicáveis, *mutatis mutandis*, os artigos referentes aos alcoólicos e equiparados, entendemos que também se aplique aos incendiários o art. 89.º do CP, elaborando-se, assim, um plano individual de readaptação do delinquente, que será modificado no decurso do cumprimento da PRI em função do progresso do delinquente e de outras circunstâncias relevantes.

Diferentemente do que se dispõe nas outras modalidades de PRI, a aplicação do instituto da PRI ao agente da prática do crime de incêndio florestal não depende da gravidade da pena de prisão efetiva aplicada ao crime anterior e ao reiterado, da prática

---

<sup>3131</sup> Art. 274.º-A, n.º 4, do CP.

<sup>3132</sup> Cfr. Dias, 2009, p. 579.

anterior de mais do que um crime<sup>3133</sup> e do não decurso do prazo de cinco anos entre a prática do crime anterior e a do seguinte (cfr. arts. 83.º, n.ºs 1 e 3, e 274.º-A do CP). Tal como vimos, para que se faça uso da PRI é somente necessário que haja a aplicação de pena de prisão efetiva ao agente que pratique crime doloso de incêndio florestal, sendo que também é requerida a prática anterior do mesmo crime, a que também tenha sido aplicada pena de prisão efetiva, bem como o facto de a “avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para a prática deste crime, que persista no momento da condenação”<sup>3134</sup>.

A determinação concreta da PRI obedece a três fases<sup>3135</sup>, já que, em primeiro lugar, se determina a pena concreta que ao facto caberia de acordo com os critérios gerais de determinação da medida concreta da pena; depois, forma-se a moldura penal abstrata da PRI; e, findas essas duas primeiras fases é que se fixa a duração concreta da PRI, exclusivamente em função da perigosidade do agente. A execução da primeira e segunda fases é da competência do tribunal de julgamento, pelo que a terceira fase será cumprida ao abrigo da alçada do tribunal de execução de penas.

Já que falamos da execução desta sanção, e uma vez que tem uma natureza mista, é primeiramente executada segundo as regras da execução da pena de prisão, após ter sido atingido o limite mínimo da PRI e até ao momento em que se encontrar cumprida a pena que concretamente caberia ao crime cometido, nos termos do art. 90.º do CP, sendo que acompanha, ulteriormente, as regras de execução da medida de segurança de internamento até ao seu limite máximo. Resulta, portanto, da conjugação dos arts. 90.º do CP e 164.º, n.º 2 do CEPMPL, que o tempo da PRI que o condenado tem a cumprir é determinado na fase de execução da mesma<sup>3136</sup>, pela aplicação desses mesmos dois regimes: em primeiro lugar, pela aplicação das regras de execução da pena de prisão, período durante o qual pode ser concedida a liberdade condicional; e, em segundo lugar, de acordo com as regras de execução da medida de segurança de internamento, a partir desse momento e até ao limite máximo da PRI, no caso de não ter sido concedida a liberdade condicional<sup>3137</sup>. Quanto a este último ponto, há que fazer uma ressalva, tendo por base a primeira parte do n.º 5 do art. 274.º-A do CP; denota-se, desta forma, que a liberdade condicional e a liberdade para prova, quando concedidas, podem ser

---

<sup>3133</sup> O que sucede no regime geral de aplicação da PRI a delinquentes por tendência, em que se impõe, por exemplo, que haja a prática de crime doloso “a que devesse aplicar-se concretamente prisão efetiva por mais de dois anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada prisão efetiva também por mais de dois anos” (cfr. Art. 83.º, n.º 1 do CP).

<sup>3134</sup> Cfr. art. 274.º-A, n.º 4 do CP.

<sup>3135</sup> Albuquerque, 2015, p. 256.

<sup>3136</sup> Tal como nota Rodrigues, 1983, p. 287.

<sup>3137</sup> Assim, Antunes, 2015, pp. 112 e 115-117.

subordinadas ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos<sup>3138</sup>.

Tal como é aludido por Maria João Antunes<sup>3139</sup>, com a introdução do novo regime sancionatório do crime de incêndio florestal e, consequentemente, com a aplicação da PRI a delinquentes imputáveis, é corrigida, de alguma forma, a insuficiência, do ponto de vista preventivo, da pena que lhes tem vindo a ser adjudicada, ao invés de se consagrar o cumprimento de uma medida de segurança privativa da liberdade que se aplicaria juntamente com a pena. De acordo com a autora, é exatamente desta forma que se “Mantém(-se), por isso, intocada a opção por um sistema sancionatório monista, ainda que só tendencialmente monista”<sup>3140</sup>.

### **3. A medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica**

#### **3.1. Os pressupostos de aplicação e os princípios de política criminal**

---

Depois de ultrapassada a querela doutrinal inicial quanto à natureza jurídica das medidas de segurança e superado o conflito entre clássicos e positivistas, os sistemas sancionatórios passaram a reconhecer a medida de segurança como uma outra sanção do direito penal<sup>3141</sup>, distinguindo-se particularmente da pena pelo pressuposto que exige, já que a pena obriga à presença de culpa do agente, enquanto a medida de segurança se satisfaz com a verificação da perigosidade do agente e da prática de um facto típico e ilícito.

O pressuposto para o emprego da medida de segurança é, imperativamente – a par da prática de um facto típico ilícito –, a perigosidade criminal do agente. É hoje indiscutível que as medidas de segurança surgiram para fazer face às exigências preventivo-especiais, mas é ainda discutível se estas medidas prosseguem também uma finalidade de prevenção geral positiva, nomeadamente no que toca à medida de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica. No entendimento

---

<sup>3138</sup> Quanto a este ponto, vamos desenvolvê-lo mais detalhadamente no capítulo II.

<sup>3139</sup> Antunes, 2018, p. 15.

<sup>3140</sup> Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), p. 5.

<sup>3141</sup> Tal como afirma Antunes, “Como consequência óbvia do sistema tendencialmente monista de reações criminais, a medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica é a que mais se destaca no sistema sancionatório português, sem prejuízo da relevância que também deve merecer a suspensão da execução do internamento e o regime de vicariato na execução”, 2017, pp. 113 e 114.

de Taipa de Carvalho, e quanto aos inimputáveis, a “única função que a medida de segurança desempenha é a de prevenção geral positiva de pacificação social”<sup>3142</sup>. Compreende-se que, quando haja a perturbação da paz jurídica social, ocasionada pela prática de um ilícito típico grave, haja um mínimo de tempo de privação da liberdade, ainda que suceda o eventual desaparecimento da perigosidade criminal<sup>3143</sup>. É da nossa concordância, pois, que, embora a primeira e essencial função da medida de segurança aplicada a inimputáveis seja a prevenção especial de socialização do inimputável e de neutralização da sua perigosidade criminal, ela também desempenha uma função secundária de prevenção geral de pacificação social.

Obviamente que aqui, como em qualquer outro caso de aplicação de medida de segurança, será necessário que se verifiquem, em concreto, os requisitos de aplicação das medidas de segurança privativas de liberdade, não se bastando a verificação isolada de qualquer um dos pressupostos; estes traduzem-se na prática, pelo agente, de um facto que possa ser considerado pela doutrina geral do crime como um “ilícito típico”<sup>3144</sup>, na existência de prova da inimputabilidade deste<sup>3145</sup>, nos termos do art. 20.º do CP, e num juízo de prognose desfavorável quanto à perigosidade criminal do agente, no sentido de que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, “há fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie”<sup>3146</sup>. É, ainda, necessário observar o princípio da proporcionalidade, já que entendemos que uma medida de segurança só pode ser aplicada se tiver uma correlação com a gravidade do facto praticado e com a perigosidade do agente<sup>3147</sup>, pelo que não será pensada para casos frívolos, devendo exigir-se sempre o respeito pelo princípio supracitado (cfr. art. 40.º, n.º 3 do CP)<sup>3148</sup>. Assim, “serão ilegítimas as medidas de segurança que visem factos de

---

<sup>3142</sup> Carvalho, 2016, p. 89.

<sup>3143</sup> Que, tal como veremos, corresponde, para os casos do n.º 2 art. 274.º-A do CP (cfr. art. 91.º, n.º 2 do CP), a uma duração mínima de três anos, com a ressalva de poder ficar aquém dos três anos se, cessando o estado e perigosidade, a libertação de revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

<sup>3144</sup> Não basta que o facto praticado pelo inimputável seja apenas formalmente típico, exigindo-se, ainda, que seja ilícito. É indiscutível que não se trata de um crime, como se lê na lei, já que não há, verdadeiramente, a violação de uma norma, não existindo, consequentemente, a necessidade de reafirmar a validade da mesma. Com efeito, se o agente é considerado inimputável nos termos do art. 20.º do CP, significa que é incapaz de culpa e, excluindo-se a culpa do agente, este praticará, então, quando muito, um facto que apenas formalmente é crime.

<sup>3145</sup> Pelo que será exatamente essa anomalia psíquica que fundamenta o facto praticado.

<sup>3146</sup> Pelo que, e nos termos do art. 91.º, n.º 1, do CP, será mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança.

<sup>3147</sup> Que consistirá na probabilidade séria de cometimento de factos da mesma natureza.

<sup>3148</sup> São estes pressupostos que traçam a distinção entre esta sanção penal privativa de liberdade e o internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica – cfr. art. 27.º, n.º 3, al. h), da CRP e Lei n.º 36/98, de 24 de julho (Lei da Saúde Mental). Caso o indivíduo não seja declarado inimputável, mas apresente uma imputabilidade diminuída, com perturbações psíquicas e que se sinta compelido a praticar o crime de incêndio florestal, sempre se poderá lançar mão desta Lei e providenciar-se pelo internamento compulsivo.

diminuta gravidade ou em relação aos quais se verifique uma acentuada diminuição da ilicitude”<sup>3149</sup> (no caso de suceder qualquer das circunstâncias do art. 72.º). A gravidade deve, pois, ser avaliada, não em função da moldura abstrata da pena, mas em termos “do relevo da lesão social verificada”<sup>3150</sup>.

Concluimos, portanto, que, quanto às medidas de segurança aplicáveis a inimputáveis, há uma preocupação de que a aplicação daquelas reações criminais seja conforme à ideia do Estado de Direito, que se traduziu na sujeição dos pressupostos destas a um conjunto de princípios orientadores do programa político-criminal em matéria de consequências jurídicas do crime contidos na CRP. São eles os princípios do ilícito-típico (arts. 29.º da CRP e 91.º, n.º 1, do CP), da perigosidade, da proporcionalidade (arts. 18.º, n.º 2, da CRP e 40.º, n.º 3, 91.º, n.º 1, 93.º, 94.º e 98.º do CP), da legalidade e da aplicação da lei penal mais favorável (arts. 29.º da CRP e 1.º e 2.º do CP), da prescritibilidade das medidas de segurança (art. 124.º do CP), e da proibição de medidas de segurança com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (arts. 30.º, n.º 1, da CRP – com a ressalva imposta pelo n.º 2 – e 92.º, n.º 2, do CP)<sup>3151</sup>.

Um outro princípio basilar no âmbito das medidas de segurança (e das penas) é o princípio da preferência pelas reações não detentivas face às detentivas (cfr. art. 98.º, n.º 1) que se prende com a necessidade e subsidiariedade da intervenção penal. É defendido, em particular, por Eduardo Correia e dele resulta, por um lado, e tal como escreve Figueiredo Dias<sup>3152</sup>, “a exigência da preterição da aplicação da pena de prisão em favor de penas não detentivas, sempre que estas se revelem suficientes, *in casu*, para realização das finalidades da punição”. Resulta, por outro lado, a exigência de que somente se opte pelas medidas de segurança detentivas quando as não detentivas se revelem inadequadas ou insuficientes à prevenção. É ainda forçoso que, quando haja lugar à execução das penas e medidas detentivas, esta ocorra com um sentido decisivamente voltado para a socialização do delinquente.

Ao pressuposto irrenunciável da perigosidade criminal do agente (que há de persistir no momento da condenação e durante a execução da sanção) liga-se a finalidade preventivo-especial da medida de segurança de internamento, sem prejuízo de esta sanção participar, também, ainda que de forma não autónoma, na função de proteção de bens jurídicos. É desta forma que se explica que não seja estabelecida qualquer medida de segurança ao agente inimputável relativamente ao qual, no momento da condenação, não possa ser afirmado o fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie. Nestas situações, não existe verdadeiramente a violação de uma norma, não

---

<sup>3149</sup> Albuquerque, 2015, p. 424.

<sup>3150</sup> Ibid., na Comissão de Revisão do CP de 1989-1991.

<sup>3151</sup> Sobre estes princípios, cf. Dias, 2009, § 692 e ss., e Antunes, 2017, pp. 14 e ss., p. 116.

<sup>3152</sup> Dias, 2009, pp. 74 ss.

havendo, conseqüentemente, a necessidade de reafirmar a validade da mesma, quando o facto ilícito típico é praticado por quem é, ulteriormente, considerado inimputável por anomalia psíquica. Por aquela razão se esclarece, também, que ao inimputável que cometa qualquer dos crimes previstos no art. 274.º do CP – ainda que se trate de condutas puníveis com pena superior a cinco anos –, seja aplicável a medida de segurança prevista no art. 91.º do CP, sob a forma de internamento coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos (art. 274.º-A, n.º 2, do CP).

Como vimos, a estes inimputáveis não podemos aplicar uma pena, já que não se verifica a existência de culpa; todavia, é certo que realizam factos ilícitos típicos que ofendem bens jurídicos da sociedade e que, portanto, precisam de uma resposta do sistema penal. Apesar de incapazes de culpa, e atendendo à especial perigosidade por si revelada, recorreremos, como sabemos, às medidas de segurança para os comprometer por esses factos ilícitos típicos por si praticados, por fim a alcançar o seu tratamento e a sua reinserção social<sup>3153</sup>.

### **3.2. O internamento de inimputável pela prática de crime de incêndio florestal**

Tal como referimos, para que se afigure possível o internamento, é necessário que, antes de mais, o agente do crime seja considerado inimputável. Segundo o art. 20.º, n.º 1, do CP, “é inimputável quem, por força de anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação”. Assumindo a imputabilidade enquanto pressuposto ou condição *sine qua non* da formulação de um juízo de culpa, a inimputabilidade por anomalia psíquica pode caracterizar-se e definir-se como “uma perturbação grave da personalidade, determinada por fatores ou doenças biopsicológicas (como psicoses, oligofrenias, psicopatias, etc.), perturbação que impossibilita o juiz de afirmar a culpabilidade do agente na prática do tipo de ilícito”<sup>3154</sup>.

Assim, caso o indivíduo que pratique facto ilícito típico seja considerado inimputável por anomalia psíquica, e atendendo a que o fenómeno dos crimes de incêndio florestal está diretamente relacionado com a época do ano em que há maior risco de incêndio (época de verão), a medida de segurança de internamento poderá, então, ser executada durante esse período, respeitando-se os pressupostos do art. 91.º do CP.

---

<sup>3153</sup> Id., pp. 414 e ss.

<sup>3154</sup> Carvalho, 2016, p. 471.

Ora, de acordo com a norma sancionatória especial do art. 274.º, n.º 9, do CP<sup>3155</sup>, resultante da importante revisão de 2007<sup>3156</sup> – que contemplava esta mesma situação –, era permitida a aplicação de uma medida de segurança de internamento “sob a forma de internamento intermitente e coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos”<sup>3157</sup> quando os factos ilícitos fossem praticados por inimputáveis. A medida de segurança intermitente encontra a sua razão de ser no carácter sazonal dos fogos florestais, tendo o legislador entendido que, fora dos meses que propiciam tais fogos, o autor de factos integradores de crime de incêndio e portador de patologia mental pode não estar sujeito a internamento em estabelecimento próprio, apenas estando condicionado a ele nos períodos em que há o risco de tal pessoa cometer atos integradores desse crime.

Estando em causa um agente inimputável e, portanto, vigorando a impossibilidade de se imputar subjetivamente, ao nível da culpa, o ilícito do crime de incêndio, previa, então, a lei, uma medida de segurança de internamento sazonal, estatuinto-se nesse mesmo artigo que, quando qualquer dos crimes previstos nos números anteriores fosse cometido por inimputável, seria aplicável a medida de segurança prevista no art. 91.º, sob a forma de internamento intermitente e coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos. A aplicação desta norma, dependia, naturalmente, da verificação dos requisitos gerais da aplicação de medida de segurança.

A questão fulcral nesta redação anterior do n.º 9 do art. 274.º do CP é exatamente a que se relaciona com a sua formulação rígida, já que este relatava ser “aplicável a medida de segurança prevista no art. 91.º do CP, sob a forma de internamento intermitente e coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos”, o que não conferia qualquer possibilidade alternativa ao julgador, em virtude da obrigatoriedade adjacente à conjugação verbal, que vinculava a sanção a uma finalidade preventivo-especial de segurança, em detrimento da socialização do condenado. A formulação vigente, segundo a qual “a medida de segurança de internamento pode ser aplicada sob a forma de internamento coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos”, deixa claro que a aplicação de uma medida de segurança de

---

<sup>3155</sup> Esta norma foi introduzida em 2007, por via da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que transpôs para o Código Penal o que então já dispunha o art. 4.º da Lei n.º 19/86, de 19 de julho.

<sup>3156</sup> Esta revisão retomou a medida de segurança de internamento sazonal de inimputáveis prevista no art. 4.º da Lei n.º 19/86, em que se lia que “quando qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores seja cometido por indivíduo inimputável, ser-lhe-á aplicada, nos termos e limites da lei, a medida de segurança prevista no art. 91.º do CP, sob forma de internamento intermitente e coincidente com a época normal de fogos”.

<sup>3157</sup> Neste caso concreto, dever-se-ia ter presente o supra aludido “período crítico”, enquanto período de maior risco de ocorrência de fogos, que o art. 2.º-A do DL n.º 124/2006, de 28 de junho, aditado pela Lei n.º 76/2017, de 17 de agosto, demarcou como sendo o período entre 1 de julho e 30 de setembro.



internamento que vise, a título principal, uma finalidade de segurança é apenas uma possibilidade. Caberá ao tribunal decidir se assim é, ou se segue o regime geral da medida de segurança de internamento, com privação da liberdade contínua ao longo de todos os meses do ano. Significa, portanto, que “continua a prever-se a medida de segurança de internamento de inimputável por período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos, mas agora sob a forma de alternativa à medida de segurança prevista no artigo 91.º do CP”<sup>3158</sup>. Concordamos com Figueiredo Dias quando refere que “A finalidade de prevenção especial ganha assim seguramente, também no presente enquadramento, uma dupla função: por um lado, uma função de segurança, por outro lado, uma função de socialização. Mas já é questão complexa e discutida saber qual destas duas funções deve assumir a primazia. Se, como vimos, é a proteção específica dos interesses de segurança da vida comunitária que aqui está, de uma forma geral, em questão, dir-se-ia que também em cada caso concreto a função de segurança deve prevalecer sobre a função de socialização. Mas uma tal afirmação não seria exata. Exato é, pelo contrário, que o propósito socializador deve, sempre que possível, prevalecer sobre a intenção de segurança, como é imposto pelos princípios da socialidade e da humanidade, como vimos, dominam a nossa constituição político-criminal; e, consequentemente, que a segurança só pode constituir finalidade autónoma da medida de segurança se e onde a socialização não se afigure possível. Até porque – e é este, apesar do seu carácter aparentemente óbvio, um argumento de grande relevo pelas suas implicações –, através da segurança, como tal, não se torne possível lograr a socialização; enquanto esta, quando tenha lugar no quadro de uma medida institucional, arrasta consigo um elemento de segurança pelo tempo do internamento respetivo”<sup>3159</sup>. Assim, e desta forma, remedia-se a crítica anteriormente evidente de que a sanção então aplicável era sempre sob a forma de internamento intermitente e coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos, havendo um consequente desvalor da socialização do condenado, em virtude da decorrente supervalorização da finalidade preventivo-especial de segurança em relação a essa<sup>3160</sup>. Uma exceção à posição revelada poderá subtrair-se da opção pelo internamento coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos, em que parece inquestionável que a finalidade de segurança prevalece, claramente, sobre a da socialização, sem que, com isto, esta deva apresentar-se como abandonada.

Neste sentido, e se no fim da pena de prisão acabamos por crer no sistema penal

---

<sup>3158</sup> Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), p. 4. No sentido desta solução, já Dias, 2009, p. 471.

<sup>3159</sup> Id., § 669.

<sup>3160</sup> Id., pp. 424 e 425.

e no arguido, desejando-se que ele não venha a reincidir no futuro, não deveria suceder o mesmo quanto aos agentes que se encontram a cumprir uma medida de segurança de internamento? Ou seja, da mesma maneira que confiamos no sistema penal e na recuperação do arguido, não deveremos, também, confiar na eficácia abarcada pela medida de segurança de internamento? Numa conjuntura praticamente utópica, diríamos que sim; mas a questão prende-se, exatamente, com o facto de o internamento decorrer somente nos meses de maior risco de incêndio.

A ser assim, e estando em causa a possível aplicação da medida de internamento sazonal, o juiz deverá ter presente a legislação que demarca temporalmente os meses de maior risco<sup>3161</sup>. De facto, esta possibilidade poderá ter grande aplicação prática, na medida em que são comuns os casos de indivíduos que, por perturbações de ordem mental e psiquiátrica, se sentem compelidos a praticar o crime de incêndio florestal.

### **3.2.1. O problema do carácter interrupto da medida de internamento sazonal**

---

Conseguimos retirar do que foi anteriormente retratado que o internamento terminará com a cessação da perigosidade. Entendemos que este conceito de perigosidade prender-se-á com a provável repetição futura, por parte do agente, de condutas passadas.

O problema revela-se na inexistência, em Portugal, de uma duração máxima para a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica<sup>3162</sup>. O facto de se prever a possibilidade deste novo internamento, introduzido em 2017, funda um convite à existência de internamentos extremamente prolongados, especialmente neste caso particular do internamento restrito aos meses de maior risco de ocorrência de incêndios.

No art. 92.º, n.º 2 do CP em vigência, aparenta ser reconhecido um limite máximo para a medida de segurança de internamento, ao afirmar-se que este “não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável”. Porém, o legislador considerou prudente a salvaguarda de uma exceção para os casos em

---

<sup>3161</sup> Cfr. nota 46.

<sup>3162</sup> Depois de uma breve análise do Direito Comparado quanto a este mesmo aspeto – e, mais concretamente, finada a leitura dos artigos pertinentes de cada CP quanto a este aspeto –, depreendemos que em Espanha e Itália, tal como em Portugal, a duração máxima da medida de segurança de internamento coincide com a duração máxima do crime que seria diretamente imputado ao agente no contexto de não ter sido declarado irresponsável. Quanto à Alemanha e à França, ambos os ordenamentos jurídicos não têm um limite máximo de duração da medida de internamento, pelo que a duração da medida de segurança é determinada pela continuação, ou não, da perigosidade do agente. Já o Brasil, através de um importante acórdão do STF, negou o carácter perpétuo das medidas de segurança de internamento, pelo que elas só perseverarão enquanto persistir a perigosidade do agente, mas limitam-se ao período máximo de 30 anos.

que, pela especial perigosidade do agente, a sua libertação representasse um risco acentuado para a sociedade (cfr. art. 92.º, n.º 3 do CP). Se atentarmos à questão da duração indeterminada do internamento – e ao facto de este tema ter sido mantido em aberto, não sendo derrubada a possibilidade de existência de medidas de segurança com carácter perpétuo – afigura-se um agravamento do circunstancialismo anteriormente demonstrado.

Atendendo aos casos em que há a prática de um crime de incêndio florestal, e em que o julgador entende que a ele se aplica o regime do internamento sazonal, podemos ter situações de indivíduos que poderão passar anos sujeitos a regime de internamento, ainda que interrupto, já que o sujeito só será institucionalizado nos meses de verão, em que haverá esse risco de ocorrência de fogos.

Numa perspetiva prática, pensemos numa situação em que foi aplicada a um agente a medida de segurança de internamento do art. 91.º do CP, condicionada à sua execução nos meses de verão. Tendo presente a norma incriminatória do art. 274.º, n.º 1 do CP, que admite uma pena máxima de 8 anos, é legalmente admissível a possibilidade de o agente acabar por cumprir uma medida de segurança de 8 anos (cfr. art. 92.º, n.º 2 do CP), isto se a perigosidade persistir durante tal período de tempo. Atendendo a esta situação, podemos estar perante um agente a que é imposto um internamento correspondente a essa mesma duração, em que se procederá à repartição desse período pelos meses de verão de cada ano subsequente. De uma forma mais esclarecedora, e já que o internamento sazonal tem lugar somente nos meses de verão, o inimputável será sujeito a este internamento até que se perfazam os mencionados 8 anos. Uma vez que o período de verão corresponderá, sensivelmente, a 3 meses, este agente será sujeito a internamento por 32 anos (quando na realidade só o seria por 8 anos), já que só ficará internado durante esses 3 meses, sendo reestabelecido em liberdade findo esse período, para logo no ano seguinte voltar a ser internado por igual período de tempo, sucessivamente, até perfazer os 8 anos de internamento; isto porque este internamento é interrupto e sazonal. Mas, já que o art. 274.º-A, n.º 2 do CP refere que a medida de internamento aplicada a inimputável pode remeter-se a “qualquer dos crimes previstos no artigo anterior”, podemos estar perante situações em que a pena de prisão aplicável seria ainda superior, pelo que estariam em causa períodos superiores de internamento, em que rapidamente se atingiriam números mais elevados. Mesmo assim, e já que em teoria a medida de segurança poderia estender-se aos 32 anos, é importante deixar claro que o inimputável não cumpre obrigatoriamente esse período todo, pelo que basta que a perigosidade termine mais cedo para que o internamento cesse.

Isto é absolutamente inconcebível, se pensarmos que, ainda que de forma indireta, é imaginada uma forma de internamento quase perpétuo, já que o agente fica

sujeito a ele, de forma intermitente, durante anos da sua vida. Não compreendemos como é que, quanto à pena de prisão cumprida por um arguido a que se pode imputar responsabilidade é constitucionalmente vedada a sua perpetuidade, logrando ser aceite que, quanto ao inimputável que cumpre uma medida de segurança, essa quase perpetuidade se arrogue como possível.

Nesta medida, verifica-se o constrangimento de o período de internamento ou de cumprimento descontinuado das penas ocorrer em datas balizadas pelo juiz, em sede de sentença, e não decorrente do real risco de incêndio, definido de acordo com as condições meteorológicas observadas em cada momento ou ano civil. Este “período crítico” de risco de incêndio configura-se como muito limitativo, já que sabemos que há períodos de calor que não correspondem a estes meses – como o caso dos incêndios florestais de outubro de 2017.

Para nós, a melhor solução ligar-se-ia à criação de um regime próprio para este internamento sazonal, em que fossem decretadas regras-base para a efetivação do mesmo – tais como o estabelecimento de um período máximo a que o agente poderia ser sujeito a internamento sazonal. Assim, este tipo de internamento só seria pensado para os casos em que, “face às circunstâncias do facto e à personalidade do agente, o tribunal considerasse que uma tal sanção seria suficiente para alcançar as finalidades da medida, porventura acompanhada ou completada por tratamento ambulatorio nos períodos de liberdade”<sup>3163</sup>, de forma a garantir um tratamento deveras eficaz. Esta ideia poderia ter um melhor proveito quando associada a um alargamento desse “período crítico” subjacente à aplicação deste tipo de internamento, para permitir que se abrangessem os meses de junho a dezembro, por exemplo – seriam 6 meses, e já não 3 – o que poderá ter uma melhor concretização, já que consideramos que, no crime em apreço, está reduzida a possibilidade de reincidência no mesmo crime no período de inverno, uma vez que as temperaturas são inferiores, o que conduzirá a um risco menor de propagação de um incêndio.

Podemos ponderar, também, a adoção de um critério geográfico quando pensamos na localização das residências destes agentes; entende-se que, quanto a estes autores, “a indiferença pelas regras sociais está quase sempre presente, o que poderá ser causa e consequência da circunstância de viverem isolados das comunidades que os rodeiam”<sup>3164</sup>. Se estes incendiários habitam sozinhos, ou em zonas mais apartadas da urbanização, por vezes propícias à propagação de um incêndio – como zonas rurais –

---

<sup>3163</sup> Dias, 2009, p. 471.

<sup>3164</sup> Maia & Marques, 2005, p. 28.

isso não lhes trará nenhuma vantagem no seu *status* pós internamento, já que podem sentir-se compelidos à reincidência.

### **3.2.2. Duração mínima da medida de segurança de internamento**

A medida de internamento tem um limite mínimo explícito quando o agente tenha cometido crime contra as pessoas ou de perigo comum punível com pena de prisão superior a 5 anos, pelo que estamos no âmbito do art. 274.º, n.º 2 e do art. 91.º, n.º 2 do CP.

Sabemos que o tribunal de julgamento não pode fixar um limite mínimo mais elevado do que o legal, mas compete-lhe avaliar, no caso deste tipo de crimes, se a libertação do arguido antes do decurso do período de três anos é compatível com as necessidades de prevenção geral. Com efeito, a duração mínima de três anos constituiu uma garantia das particulares necessidades de prevenção geral do caso, em homenagem ao profundo valor da segurança e da defesa social, pelo que se estabelece um período mínimo obrigatório<sup>3165</sup>. Nestas situações, configurar-se-ia inaceitável que o arguido cumprisse a medida de internamento com carácter interrupto, já que a mesma teria o mínimo de 3 anos que, quando dispersos somente pelos meses que traçam o período crítico de ocorrência de fogos, corresponderiam a um período bem superior ao mínimo da medida, mas que poderiam não se concretizar num tratamento eficaz do sujeito (em virtude, exatamente, do carácter descontinuado da medida). Este entendimento prende-se com a lógica conexas à intenção do legislador penal aquando da previsão do art. 91.º, n.º 2 do CP; se entendeu ser necessária a estipulação de um período mínimo a cumprir pelo agente inimputável, não fará muito sentido que esse período seja repartido ao longo de diversos anos, já que dificilmente terá um efeito dissuasor no agente. Pelo que, e atendendo à circunstância de estarmos perante a prática de crimes a que correspondem molduras penais algo elevadas, só fará sentido que o inimputável cumpra a medida de segurança de internamento ao abrigo do regime geral, e não somente nos meses de maior risco de ocorrência de fogos.

---

<sup>3165</sup> Dias, 2009, p. 94.

#### 4. O regime de permanência na habitação

O incremento do percentual de criminalidade e o aumento dos presos no sistema penitenciário português conduziram a uma procura por determinadas respostas alternativas ao confinamento de cariz institucional, já que os resultados apresentados por este tipo de sanção não se mostravam muito positivos<sup>3166</sup>, sendo mesmo considerada como uma “pena ineficaz, retrógrada, antiquada, regressiva e degradante, porque alternativas haverá – senão sempre, quase sempre – que não sejam desrespeitadoras da liberdade possível – núcleo fundamental da liberdade humana, e causadoras, mais tarde ou mais cedo, de indução da exclusão, de incremento da marginalidade, de promoção da criminalidade e de aumento da reincidência”<sup>31673168</sup>. Aliás, Carlos Pinto de Abreu chega mesmo a salientar que “a privação da liberdade e a reclusão institucional, tal como se têm tradicionalmente delineado, decidido e executado, serão vistas, e porventura num futuro bem próximo, como um anacronismo e um símbolo triste, degradante e humilhante de uma sociedade, de um legislador, de uma justiça e de uma administração com falta de imaginação e de discernimento e com um vazio de ideias e de soluções modernas, respeitadoras e eficazes para, em liberdade ou em liberdade vigiada, combater eficaz e inteligentemente a criminalidade e reintegrar adequada e eficientemente na sociedade a generalidade dos agentes do crime”<sup>3169</sup>.

A evolução dos meios tecnológicos e a procura de soluções que garantam menores custos, segurança e controlo, bem como a imposição de um princípio de socialidade, ditarão “ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe as condições necessárias [em liberdade ou em liberdade vigiada] para a reintegração na sociedade”<sup>3170</sup>. Foi com isto em mente que o legislador português, rumo à inovação e à modernidade, cria uma nova pena, realmente inovadora: o regime de permanência na habitação. Esta é uma solução que se torna interessante do ponto de vista financeiro, já que, quando comparada com a prisional, economiza a necessidade de estabelecimentos e de recursos humanos, traduzindo-se num menor encargo para o Estado. Este sistema pretende, então, contribuir para a redução do excesso da população prisional e custos associados, controlar, de modo rigoroso e permanente, o cumprimento de certas decisões judiciais, diminuir a reincidência criminal através da supervisão intensiva inerente à vigilância eletrónica e da retirada do arguido ou condenado dos

---

<sup>3166</sup> Tem sido afirmado por Caiado, 2008, p. 79, que “a prisão, nomeadamente, como paradigma da reação penal dos últimos 150 anos, não será conhecida pelos resultados positivos obtidos, mas antes pela constância temporal e pelos números massivos de pessoas que tem albergado”.

<sup>3167</sup> Abreu, 2011, p. 50.

<sup>3168</sup> Quanto a este aspeto, salientam Garcia & Rio, 2014, p. 305, que “a execução da vigilância eletrónica assegura o respeito pela dignidade da pessoa humana e os direitos e interesses jurídicos não afetados pela decisão que a aplicou”.

<sup>3169</sup> Id., p. 49.

<sup>3170</sup> Antunes, 2015, p. 19.

meios criminógenos, e proporcionar novos instrumentos ao serviço da ressocialização dos delinquentes.

#### 4.1. Breve introdução do regime

A permanência na habitação começou por ser introduzida no ordenamento jurídico português, enquanto medida de coação, pelo art. 201.º do CPP de 1987. Foi exatamente com o propósito de uma orientação criminal menos privativa da liberdade quanto às suas sanções, assente na reintegração do agente, que se entrou numa nova construção legislativa em matéria penal, completamente distanciada da que vigorava anteriormente. Com a introdução desta sanção, foi intenção do legislador, ainda, assegurar o acatamento do princípio fundamental de um sistema penal democrático, assente na proporcionalidade da restrição dos direitos e nos princípios humanistas e ressocializadores da pena, nomeadamente da pena de prisão *tout court*, entendida como *ultima ratio* da política criminal<sup>3171</sup>. Ou seja, e por forma a garantir que o regime de execução seja o menos restritivo possível do direito à liberdade, só se justifica a aplicação da pena de prisão se não houver alternativas à sua aplicação ou execução, cumprida em estabelecimentos prisionais adequados.

Posteriormente, por via da Lei n.º 36/96, de 29 de agosto – que previu a modificação da execução da pena de condenados afetados por doença grave e irreversível – passou a ser, também, uma forma de execução da pena de prisão<sup>3172</sup>.

E, ainda, com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro<sup>3173</sup>, através da reforma de 2007, que introduziu, no art. 62.º do CP, o instituto da adaptação à liberdade condicional<sup>3174</sup>, a permanência na habitação assumiu, também, a forma de pena de substituição da pena de prisão, sob a denominação de “regime de permanência na habitação”, por força da redação que foi, então, conferida ao art. 44.º do CP<sup>3175</sup>.

Por via da Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, previram-se os meios técnicos de controlo à distância, pelo que se passou a admitir que, para possibilitar a fiscalização do cumprimento da obrigação de permanecer na habitação, pudessem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, tendo sido aditado um novo número ao art. 201.º do

---

<sup>3171</sup> Tal como descreve Antunes, 2017, p. 87.

<sup>3172</sup> Solução que foi mantida nos arts. 118.º e ss. e 138.º, n.º 4, al. j), do CEPMPPL.

<sup>3173</sup> Cfr. Antunes, 2015, pp. 37 e ss., e 91 e ss., quanto à natureza jurídica do regime de permanência na habitação introduzido em 2007.

<sup>3174</sup> Que consiste em sujeitar o condenado ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, durante o período de antecipação da liberdade condicional.

<sup>3175</sup> Não havia dispositivos correspondentes em anteriores versões do CP. Porém, como já referimos, esta medida já se encontrava prevista no CPP, no art. 201.º, enquanto medida de coação.

CPP (cfr. art. 201.º, n.º 2, do CPP de 1998). A regulamentação da utilização de tais meios adveio, posteriormente, da Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, que incidiu exclusivamente sobre a medida de coação de obrigação de permanência na habitação<sup>3176</sup>.

Houve uma certa progressão na fiscalização por meios técnicos de controlo à distância no sentido de se mostrar assertiva a intenção político-criminal de estender o regime jurídico da vigilância eletrónica à execução das sanções privativas da liberdade<sup>3177</sup>. As alterações ao CP, introduzidas em 2007, dão cumprimento a esta vontade do legislador português de introduzir algumas alterações ao sistema da vigilância eletrónica, tanto ao nível penal, como processual penal, concretizando-se num alargamento consequente do âmbito da utilização dos meios técnicos de controlo à distância, o que resultou na consequência direta do desenvolvimento da vigilância eletrónica, no sentido de se alongar à execução de sanções não privativas da liberdade<sup>3178</sup>.

A Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, regula a utilização de meios técnicos de controlo à distância (a vigilância eletrónica) e revoga a Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, que dispunha sobre a vigilância eletrónica prevista no art. 201.º do CPP. Tem-se em vista a fiscalização, entre outras funções, da execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, prevista no art. 44.º do CP.

Devemos, assim, concluir que, no direito vigente, e até novembro de 2017, a permanência na habitação configurava-se como uma medida de coação, uma pena de substituição e uma forma de execução da pena de prisão; com a entrada em vigor da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, e tal como veremos de seguida, é, ainda, uma regra de conduta a que o condenado pode ser sujeito.

## **4.2. Pressupostos de aplicação**

Retraímos do precedentemente exposto que o regime de permanência na habitação, figurado como uma forma de execução da pena de prisão e decidido na sentença condenatória, comporta a obrigação de o condenado permanecer na habitação, sujeito a fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, segundo a regulação da

---

<sup>3176</sup> Antunes, 2017, p. 87.

<sup>3177</sup> Ibid.

<sup>3178</sup> A título de exemplo, podemos asseverar que a Lei n.º 59/2007, que altera o CP por forma a permitir a difusão da aplicação dos meios de controlo à distância, prevê a possibilidade de tais meios serem utilizados para fiscalização do cumprimento da pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo o afastamento da residência ou do local de trabalho desta, pela prática do crime de violência doméstica (art. 152.º, n.º 5).



Lei da Vigilância Eletrônica (arts. 43.º, n.ºs 1 e 2, do CP e art. 1.º, al. b) da Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro).

Este regime tem como requisito formal o consentimento por parte do condenado (arts. 43.º, n.º 1, do CP e art. 4.º, n.ºs 1 e 7, da Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro); e, já que está em causa a permanência na habitação e a utilização de vigilância eletrônica, é também necessário o consentimento das pessoas maiores de 16 anos que coabitem com o condenado (art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro). A remissão para a Lei da Vigilância Eletrônica, e o carecimento de um consentimento prestado por terceiro, prendem-se inevitavelmente com o facto de, em muitos dos casos, o domicílio do condenado ser a residência comum com outros membros da sua família, o que, então, se compreende, atendendo ao carácter interventivo e invasivo da vigilância eletrônica. A prestação do consentimento por parte desses familiares solidifica a intenção de se conservarem ambos os vínculos familiares e sociais, beneficiando, com isso, a integração do condenado.

Resulta da leitura dos n.ºs 1 e 2 do art. 43.º do CP que esta execução do regime de permanência na habitação se encontra sujeita a uma fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, regulados pela Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro. Como já vimos, advém, precisamente, do próprio art. 4.º dessa Lei que o condenado tem de consentir na utilização destes meios de controlo à distância; no entanto, o n.º 6 desse citado artigo prevê que ao condenado seja permitido revogar o consentimento prestado para a aplicação da vigilância eletrônica.

O regime tem, ainda, como pressuposto formal a condenação em pena de prisão efetiva não superior a dois anos ou em pena de prisão efetiva não superior a dois anos no caso da aplicação do desconto previsto nos arts. 80.º a 82.º do CP (art. 43.º, n.º 1, als. a) e b), do CP). Em ambas as hipóteses, o que está em causa é a pena de prisão efetiva que o condenado tenha de cumprir ou tenha ainda de cumprir, em resultado das operações de determinação da pena pertencidas no caso.

Especificamente no que diz respeito à al. a) do n.º 1 do art. 43.º do CP, o regime de permanência na habitação é aplicável depois de o tribunal ter decidido, fundamentadamente, pela não substituição da pena de prisão determinada – pena de prisão não superior a dois anos – por pena não privativa de liberdade, de acordo com os critérios do art. 70.º do CP. Lê-se na Exposição de Motivos da Proposta que deu origem à Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, que o juiz procederá a uma dupla operação, pelo que “verificado que tem perante si um crime provado e concretamente punido com pena de prisão até dois anos, começará por determinar se é adequada e suficiente às finalidades da punição alguma pena de substituição (multa, suspensão da execução, trabalho a favor da comunidade) ou se é necessário aplicar a pena de prisão. Nesta última hipótese, ficam

à sua disposição duas possibilidades de execução, pela ordem seguinte: ou em regime de permanência na habitação, ou dentro dos muros da prisão, em regime contínuo”<sup>3179</sup>.

É pressuposto material do regime de permanência na habitação que, por meio deste regime, “se realizem de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão” (art. 43.º, n.º 1, do CP). As finalidades são aquelas que lhe são apontadas no art. 42.º, n.º 1 do CP. Evidencia-se na mencionada disposição legal que estará em causa a finalidade preventivo-especial de reintegração do agente na sociedade, sem prejuízo de a execução da pena de prisão dever satisfazer, também, exigências de prevenção geral positiva, em sintonia, do nosso ponto de vista, com o preceito estabelecido no art. 40.º do CP – a preferência do direito penal por sanções não privativas da liberdade. Se o condenado consentir e as finalidades preventivas da execução da pena de prisão não superior a dois anos se realizarem de forma adequada e bastante, por meio do regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, o tribunal determina a execução da pena neste regime. Trata-se de um poder-dever para o tribunal, com a consequência de dever fundamentar a decisão que dê preferência à execução da pena de prisão em meio prisional, em estabelecimento prisional, em detrimento da execução em regime de permanência na habitação; só desta forma é dado cumprimento ao propósito político-criminal da preferência pela execução das penas de prisão até dois anos em regime de permanência na habitação.

Assim, quer-se evidenciar que, para que este requisito material se encontre satisfeito, é forçoso que haja uma harmonização entre a pena efetiva de prisão e a modificação da sua execução e as necessidades preventivas, tanto especiais como gerais<sup>3180</sup>. É fundamental que se proceda a uma ponderação conjunta das condições sociais, nomeadamente, dos vínculos sociais, laborais e de formação, antes e depois da prática do facto, quando equacionados em relação à execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, exatamente para evitar o cometimento do crime e, a par disso, possibilitar uma ressocialização por parte do agente.

Significa, pois, que, mesmo quando se considerem preenchidos os requisitos formais para aplicação do procedimento em causa, o juiz da condenação não tem a obrigatoriedade de determinar a execução da pena em regime de permanência na habitação.

Desta forma, apesar de o regime de permanência na habitação prever, para a sua aplicação, uma condenação em prisão efetiva, é acatada a orientação de política criminal

---

<sup>3179</sup> Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), p. 2.

<sup>3180</sup> Albuquerque, 2015, p. 290, e Garcia & Rio, 2014, p. 316.

pela primazia de sanções que restrinjam a liberdade do condenado ao mínimo praticável. Portanto, além de ser idóneo o seu emprego ao crime de incêndio florestal, o juiz de julgamento pode fazer uso do regime de permanência na habitação sob a forma de regra de conduta.

#### **4.3. Entrada em vigor da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto**

Até à entrada em vigor da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, para além das penas de substituição em sentido próprio e a admoestação, havia um terceiro tipo de penas de substituição: as penas de substituição detentivas – era neste tipo de pena de substituição que inseríamos o regime de permanência na habitação.

A partir de novembro de 2017, e com a entrada em vigor desta Lei, ocorreu a eliminação total destas penas de substituição, pelo que o regime de permanência na habitação deixou, então, de ser uma pena de substituição, para quem entendesse que tinha uma tal natureza jurídica<sup>3181</sup>. A solução (e opção) encontrada pelo legislador foi a de converter este regime numa forma de execução da pena de prisão efetiva não superior a dois anos – e já não fazer dele uma pena de substituição da pena de prisão. É exatamente o que decorre da redação vigente dos arts. 43.º e 44.º do CP, onde se encontra preceituado o regime de permanência na habitação enquanto incidente da execução da pena de prisão.

Superadas as questões doutrinárias que o precedente regime de permanência na habitação colocou quanto à sua natureza jurídica, agora, com toda a certeza, deixamos de estar perante uma pena de substituição, pelo que o atual regime o qualifica enquanto incidente de execução da pena de prisão<sup>3182</sup>.

A pena de prisão em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, constante do art. 44.º do CP, é uma pena

---

<sup>3181</sup> Esta questão confronta a qualificação do regime enquanto pena de substituição ou, diferentemente, como uma forma de execução da pena. O entendimento da doutrina diverge quanto à natureza jurídica do instituto quando analisados os apontados pontos que formam o artigo. Antunes, 2015, p. 59, distingue entre a “pena de substituição em sentido próprio”, do art. 44.º, n.º 1, al. a) do CP, e a “regra de execução da pena de prisão”, prevista no n.º 1, al. b) do mesmo artigo do CP. Diferentemente, Leite, 2009, pp. 583 a 630, considera que em ambos os casos se trata de uma “forma de cumprimento da pena privativa da liberdade”.

<sup>3182</sup> Tendo em conta que estamos perante uma alteração legislativa recente, é patente uma escassez de jurisprudência nas instâncias superiores quanto a esta questão. Parece ser entendimento maioritário da atual prática jurídico-penal que o regime de permanência na habitação é um incidente de execução da pena; mesmo assim, ainda subsiste determinada jurisprudência que interpreta da letra da lei que a permanência na habitação possa ser entendida como uma pena de substituição – cfr. Acs. do TRP de 07-03-2017 e do TRE de 05-06-2018, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde se estabelece que “com as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2017 o regime de permanência na habitação previsto no art. 43.º do CP passou a constituir, não só uma pena de substituição em sentido impróprio, mas também uma forma de execução ou cumprimento da pena de prisão”.

inovadora, patenteada no ordenamento jurídico penal português com a reforma penal de 2007, decorrente da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

Na redação de 2007, e perante a vigência do anterior regime, a permanência na habitação compreendia um confinamento inicial do condenado. Atualmente, e com a entrada em vigor das novas alterações, o regime de permanência na habitação, ao prever a obrigação de o condenado permanecer na habitação, com as autorizadas exceções de ausência, permite inferir que este não é um mero confinamento do castigado; ou seja, a permanência no domicílio por parte do condenado poder-se-ia traduzir num autêntico aprisionamento, até de forma a justificar a qualificação enquanto pena de substituição em sentido impróprio, mas uma das grandes preocupações do legislador penal foi, precisamente, afastar a tradução de qualquer situação num mero confinamento do condenado na habitação, assim como aclarar a determinação da sua qualificação.

Logo, e perante as alterações apresentadas pela Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, o legislador pretendeu “clarificar, estender e aprofundar a permanência na habitação, conferindo-lhe um papel político-criminal de relevo”<sup>3183</sup>. Tendo este objetivo presente, a permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, passou, então, a revestir também a forma de regra de conduta imposta ao condenado pela prática de crime de incêndio florestal. Ora, inferimos do previamente descrito que o regime de permanência na habitação não se consome enquanto incidente de execução da pena. Uma das características da maleabilidade que a Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, veio conferir prende-se, precisamente, com a possibilidade de este meio de execução adquirir natureza diversa daquela com que nos deparamos no n.º 1 do art. 43.º do CP. Estabelece o disposto no n.º 1 do art. 274.º-A do CP que, da prática do ilícito criminal consagrado no art. 274.º do CP – o crime de incêndio florestal –, pode sujeitar-se a suspensão da execução da pena de prisão e a liberdade condicional à obrigação de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos.

É precisamente sob a natureza de regra de conduta<sup>3184</sup> que pode ser aplicada a obrigação de permanência da habitação prevista no art. 201.º do CPP, submetida a fiscalização por meios de controlo à distância, previstos na Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, e apenas no período de maior risco de ocorrência de fogos. Quando nos desenvolvemos sobre as potencialidades da vigilância eletrónica, uma das grandes especificidades e vantagens relacionava-se com a privação seletiva do comportamento

---

<sup>3183</sup> Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), p. 2.

<sup>3184</sup> O n.º 2 do art. 50.º do CP estabelece a aplicação de regras de conduta quando se considerar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição.

desviante; queremos com isto dizer que esta medida possibilita, com afirmada confiança, a fiscalização de todos os comportamentos do condenado, permitindo o efetivo cumprimento da medida aplicada com uma maior segurança.

Uma outra opção político-criminal do novo regime sancionatório comporta a possibilidade de o tribunal sujeitar o condenado da prática de crime de incêndio florestal a obrigação de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos.

Através das alterações introduzidas em 2017, o tribunal pode sujeitá-lo a esta regra de conduta quando o agente seja condenado em suspensão da execução da pena de prisão (art. 1.º, al. f), da Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro) ou em suspensão da execução do internamento, se o agente da prática do ilícito típico de incêndio florestal for inimputável; e, no que toca à fase de execução da pena de prisão pela prática de crime de incêndio florestal, quando lhe seja concedida a liberdade condicional ou, se se tratar da execução da medida de segurança de internamento pela prática do facto ilícito típico de incêndio florestal, a liberdade para prova poderá ficar subordinada à obrigação de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos (cfr. art. 274.º-A, n.ºs 1 e 3, do CP).

O que formou a intenção do legislador foi, exatamente, dar cumprimento ao dogma da preferência por sanções não privativas da liberdade, sempre que realizem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, e da preferência por regimes de execução de sanções privativas da liberdade menos restritivos, sempre que realizem de forma congruente e satisfatória as finalidades da execução da pena de prisão ou da medida de segurança de internamento.

O tribunal de julgamento e o tribunal de execução de penas dispõem do poder-dever de subordinar sanções de substituição e incidentes de execução ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos. É, desta forma, fomentada a evidente opção pela desnecessidade de aplicação de sanções privativas da liberdade e da desnecessidade de execução da sanção em meio prisional ou fechado.

Quanto aos agentes inimputáveis por anomalia psíquica, em particular, a solução de fazer suspender a execução da medida de segurança de internamento, sujeitando o condenado à obrigação de permanecer na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, no período de maior ocorrência de fogos, aparenta revelar-se como a solução mais adequada à prossecução simultânea das finalidades preventivo-

especiais de segurança e de socialização da sanção. Sê-lo-á, assim, até porque o condenado poderá ficar sujeito a outras regras de conduta e deveres, nomeadamente ao dever de se submeter a tratamento (art. 98.º, n.º 3, do CP).

Como já vimos, é também a Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, o diploma que regula a vigilância eletrónica para fiscalização da obrigação de permanência na habitação de condenado pela prática de crime de incêndio florestal. Quando examinada detalhadamente, inferimos que o art. 28.º-B dessa mesma Lei é responsável por particularizar o pensamento de que, se do processo não resultar a informação necessária para a imposição da obrigação de permanência na habitação, o tribunal solicita aos serviços de reinserção social informação prévia sobre a situação pessoal, familiar, laboral e social do arguido ou condenado, e da sua compatibilidade com as exigências da vigilância eletrónica e os sistemas tecnológicos a utilizar (n.º 1 do artigo supra mencionado)<sup>3185</sup>. É imposto, também, ao tribunal que notifique os serviços de reinserção social da decisão transitada em julgado que decreta a obrigação de permanência na habitação referida, tendo em vista a instalação dos equipamentos de vigilância eletrónica para o período coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos (n.º 2 do artigo supramencionado).

Tal como sugerimos quanto ao internamento sazonal, aqui também se figura pertinente a atenção para a situação geográfica do agente, já que ele cumpre a medida na sua habitação. O regime de permanência na habitação consagra, no n.º 4 do art. 43.º do CP, a faculdade de subordinação a regras de conduta na execução do mesmo. É precisamente determinado nesse mesmo normativo que as regras de conduta rumam no sentido da promoção da reintegração do condenado na sociedade para um cumprimento acrescido das finalidades preventivo-especiais de carácter socializador. Tendo por base o mencionado preceito legal, podemos sugerir que o condenado frequente certos programas ou atividades, que não exerça determinadas profissões, que não contacte, receba ou aloje determinadas pessoas e que não disponha de objetos especialmente aptos à prática deste tipo de crime.

---

<sup>3185</sup> Quanto a este aspeto, notam Maia & Marques, 2005, p. 28, que “quando falamos de autores do crime de incêndio florestal, estamos a referir-nos, numa parte significativa dos casos, a indivíduos inseridos em estruturas familiares frágeis, com poucos recursos financeiros, desempregados ou a exercer profissões mal remuneradas, com baixa escolaridade, hábitos com consumo excessivo de álcool e, em algumas situações, também com sinais de patologia psiquiátrica”.

## Conclusão

Atentas as graves consequências que, frequentemente, lhe estão associadas, o crime de incêndio é, pois, um ilícito típico que urge investigar com proatividade, revelando-se, ainda, necessário perseguir criminalmente e punir, de forma eficaz, os seus agentes, sobretudo quando do incêndio resultaram perdas de vidas humanas daqueles que, em prol dos outros, se prontificaram a combatê-lo, exatamente pelo importante bem jurídico que é posto em perigo ou que chega a ser mesmo violado.

Com a Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, o legislador criou, assim, as condições concretas e apropriadas para que, cumprindo-se a decisão condenatória, se possa atender, de forma efetiva, as exigências e as finalidades de prevenção – quer especial, quer geral – das penas e acautelar eventuais perigos que no caso concreto se façam sentir, nos períodos de maior risco de ocorrência de incêndios florestais; e fê-lo através de três opções político-criminais distintas, apresentadas ao longo do tratado.

Como vimos, foi previsto um regime especial de fixação de PRI em casos de reincidência da prática do crime de incêndio florestal pelo mesmo agente; através desta modalidade pressupõe-se o combate da perigosidade em si, o que faz com que a gravidade da sanção se modifique, como já vimos, encontrando o seu fundamento numa agravção da sua perigosidade do agente, e não da sua culpa. Por isso mesmo, a aludida figura carece, incessantemente, de ser estudada tendo por base os vários princípios constitucionais, já que se pretende o acatamento pela dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando se trata da pena concretamente aplicada ao facto pelo qual o sujeito está a ser julgado, deve ser observado, de forma imperativa, o princípio da culpa; já quanto à medida de segurança a este aplicada, e no que se refere ao aumento do tempo de privação de liberdade, este deverá ser sempre proporcional à perigosidade e inclinação do agente para a prática deste tipo de crime, devendo, ainda, atentar-se ao primado das finalidades especial-preventivas destas reacções criminais.

Quanto à medida de internamento intermitente, no período de maior risco de incêndio florestal, estamos perante uma sanção que exige especial consideração. A possibilidade de sujeitar um agente que pratique o crime de incêndio florestal a um internamento sazonal concretizou-se numa ideia pertinente, mas que necessita de algum aperfeiçoamento quanto à sua materialização, nomeadamente quanto a esse carácter interrupto desta medida de segurança. Seria preferível que o legislador enumerasse um conjunto de situações para que este internamento fosse pensado, ao invés de o conferir como uma forma viável à disposição do juiz.

Já quanto ao regime de permanência na habitação, ficámos cientes de que a escolha apoiada na reclusão é um pensamento que se vai dissipando, permitindo que o desenvolvimento tecnológico progrida de mãos dadas com o Direito, o que possibilitou a

consagração do caminho até agora percorrido. Desde o surgimento da Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, que é possível o emprego dos meios técnicos de controlo à distância aquando da aplicação de medidas ou penas, seja a arguidos ou a condenados, o que revela a excecional plasticidade que assiste à vigilância eletrónica em ajustar-se, quer a uma medida de coação, quer a um incidente de execução de uma pena. É perentório notar a maleabilidade de que é dotado este instrumento – já que, como ilustrámos, reveste a natureza jurídica de medida de coação, incidente de execução da pena e regra de conduta – e, em consonância com a vigilância eletrónica, consegue responder às finalidades da pena e ainda, do mesmo modo, manter praticamente inalterados os vínculos que constituem a vida em sociedade do condenado. Desta forma, e tal como denota Germano Marques da Silva, esta medida “é compatível com a autorização de o arguido se ausentar do local onde deva permanecer, nomeadamente para ir trabalhar, fazer compras, apresentar-se às autoridades, etc”<sup>3186</sup>.

Partilhamos do entendimento que o legislador penal de 2017 apostou vigorosamente no novo regime sancionatório do crime de incêndio florestal, pelo que só terá de sair triunfante se este regime se traduzir numa resposta sancionatória de natureza penal que consiga conjugar, de uma forma mais adequada, a tutela dos bens jurídicos protegidos pela incriminação e a reintegração do condenado na sociedade.

---

---

<sup>3186</sup> Silva, 2011, p. 277.



## Bibliografia

ABREU, C.P. (2011). Execução de penas e medidas com vigilância eletrónica – Em especial: o regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, pp. 49-70.

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

Anexo previsto para a Lei de Política Criminal, publicado em Diário da República, 1.ª série - N.º 162 – 23 de agosto de 2017, p. 4927, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

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

ANTUNES, M.J. (2018). O novo regime sancionatório do crime de incêndio florestal. In AA. VV. *Crime de incêndio florestal – Coleção Formação Contínua – Jurisdição Penal*. Lisboa: CEJ. Retirado de: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_crime\\_incendioF.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_crime_incendioF.pdf).

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

CAIADO, N.F. (2008). Vigilância eletrónica em Portugal – Contributos para a história do primeiro ciclo de vigilância eletrónica (2002-2005) – 1.ª parte. *Ousar Integrar*, n.º 1., pp. 79-94.

CARVALHO, A.T. (2016). *Direito penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime*, 3.ª Edição. Porto: Universidade Católica.

DIAS, J.F. (2019). *Direito Penal – Parte geral – Tomo I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Coimbra: Gestlegal.

DIAS, J.F. (2009). *Direito penal português – As consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIII, de 18-05-2017, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

FERNANDES, N. (2016). Concurso de crimes, pena única e pena relativamente indeterminada. *Revista do Ministério Público*, n.º 147, pp. 43-71.

GARCIA, M.M. & CASTELA RIO, J. M. (2014). *Código penal – Parte geral e especial – Com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.

LEITE, A.L. (2009). A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal. In M. C. Andrade, et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, pp. 583-630. Coimbra: Coimbra Editora.

MAIA, A. & MARQUES, P. (2005). Incêndios florestais e investigação criminal. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 38, pp. 27-29.

NIZA, J.A. (2018). Aspectos jurídicos substantivos e processuais dos crimes de incêndio florestal. In AA. VV. *Crime de incêndio florestal – Coleção Formação Contínua – Jurisdição Penal*. Lisboa: CEJ.

RODRIGUES, A.M. (1983). A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso. In Jornadas de direito criminal: O novo Código Penal Português e legislação complementar, vol. I, pp. 287-314. Lisboa: CEJ.

SILVA, G.M. (2011). Curso de processo penal, vol. II, 5.ª Edição. Lisboa: Editorial Verbo.

**Um direito à desconexão do trabalhador ou um dever de não  
conexão do empregador?**

---

Maria Beatriz Carneiro Lamas

Sob a orientação da Professora  
Doutora Milena da Silva Rouxinol

## **Agradecimentos**

À Professora Doutora Milena Rouxinol, pelo incansável apoio, disponibilidade, rigor, dedicação, pela honra que foi tê-la como orientadora.

Aos meus pais.

À minha irmã.

Um sincero obrigado.

---

## **Resumo**

A utilização generalizada das NTIC vem servindo de pretexto e argumento para o empregador prolongar o seu poder de direção para além dos limites da duração da jornada laboral, o que defrauda os objetivos legais da limitação do tempo de trabalho e aniquila os períodos de descanso necessários, atentando contra a saúde e segurança dos trabalhadores. É de questionar se a necessidade de abolir tais práticas – diga-se, de quase escravidão – legitima uma mudança no ordenamento jurídico laboral. Constatando-se uma resposta positiva, é de analisar se essa mudança se deve concretizar através da consagração de um “direito à desconexão do trabalhador” ou de um “dever de não conexão da entidade empregadora”.

**Palavras-chave:** novas tecnologias de informação e comunicação; desconexão profissional; período de descanso; tempo de trabalho.

## **Abstract**

The widespread usage of NICT has been used by employers as both an excuse and an argument to extend their leadership power beyond the limits of working hours, which defrauds the legal objectives of limiting working time and annihilates the necessary rest periods, translating into an effective attack against the health and safety of workers. It should be questioned whether the need to abolish such practices – of almost slavery, one might say – legitimizes a change in the labour legal system. If the answer is yes, then it is necessary to analyse whether this change should be achieved through the inclusion of a “right of the worker to disconnect” or a “duty of non-connection on the part of the employer”.

---

**Keywords:** New information and communication technologies; professional disconnection; rest period; working time.

## Lista de siglas e abreviaturas

|                 |                                                                                                                       |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.             | Acórdão                                                                                                               |
| ACT             | Autoridade para as Condições de Trabalho                                                                              |
| Al.             | Alínea                                                                                                                |
| Art.            | Artigo                                                                                                                |
| CEDS            | Comité Europeu dos Direitos Sociais                                                                                   |
| Coord.          | Coordenação de                                                                                                        |
| CPT             | Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 09/11, com as suas sucessivas alterações     |
| CRP             | Constituição da República Portuguesa                                                                                  |
| CSER            | Carta Social Europeia Revista                                                                                         |
| CT              | Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, com as suas sucessivas alterações                         |
| <i>DS</i>       | <i>Droit Social</i>                                                                                                   |
| Ed.             | Edição                                                                                                                |
| LAT             | Lei n.º 98/2009, de 4/09, que regulamenta o regime de reparação dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais |
| N.º             | Número                                                                                                                |
| NTIC            | Novas tecnologias de informação e comunicação                                                                         |
| <i>Op. cit.</i> | Obra citada                                                                                                           |
| P.              | Página                                                                                                                |
| PDT             | Prontuário de Direito do Trabalho                                                                                     |
| PP.             | Páginas                                                                                                               |
| Proc.           | Processo                                                                                                              |
| QL              | Questões Laborais                                                                                                     |
| SS.             | Seguintes                                                                                                             |
| STJ             | Supremo Tribunal de Justiça                                                                                           |
| TFUE            | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia                                                                       |
| TJ(UE)          | Tribunal de Justiça da União Europeia                                                                                 |
| TRC             | Tribunal da Relação de Coimbra                                                                                        |
| TRE             | Tribunal da Relação de Évora                                                                                          |
| TRP             | Tribunal da Relação do Porto                                                                                          |
| UE              | União Europeia                                                                                                        |
| Vol.            | Volume                                                                                                                |

---

## **Indicação de leitura**

Todas as menções à lei sem qualquer indicação específica que indique a sua proveniência devem entender-se como feitas para o CT, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as sucessivas alterações legislativas até à data de 1 de abril de 2020.

A jurisprudência é mencionada com indicação do tribunal que a proferiu, data do acórdão, número de processo e nome do relator. A jurisprudência nacional referida nesta dissertação foi consultada em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A jurisprudência do TJ(UE) foi consultada em [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/).

---

## **Índice**

1. Introdução
  2. A proliferação das NTIC no mundo do trabalho: que desafios?
    - 2.1. Conexão permanente versus fronteira entre a vida privada e a vida profissional
    - 2.2. Conexão permanente versus atual regime de duração e organização do tempo de trabalho
      - 2.2.1. A disponibilidade permanente do trabalhador: tempo de trabalho ou período de descanso?
      - 2.2.2. A remuneração pela disponibilidade permanente do trabalhador
    - 2.3. A conexão permanente e os riscos psicossociais – um atentado à segurança e saúde do trabalhador
  3. Necessidade de mudança?
    - 3.1. O proclamado “direito à desconexão profissional”
    - 3.2. O direito à desconexão: útil ou supérfluo perante o atual ordenamento jurídico laboral?
    - 3.3. O direito à desconexão do trabalhador ou um dever de não conexão do empregador?
    - 3.4. O sucesso da desconexão: corresponsabilidade do empregador e do trabalhador
    - 3.5. O desrespeito da entidade empregadora pelo descanso do trabalhador: assédio moral?
  4. Conclusão
  - Bibliografia
-

## 1. Introdução

O presente estudo louva-se, em grande medida, no diálogo entre os direitos consagrados do trabalhador – designadamente, à limitação da jornada de trabalho, ao descanso, à conciliação da vida profissional com a vida privada e à segurança e saúde no trabalho – e o novo e complexo desafio que surgiu, com o advento e incremento das NTIC, para o Direito do Trabalho, e que se traduz no facto de estas permitirem que o trabalho acompanhe o trabalhador fora do local e do tempo de trabalho, invadindo o seu período de descanso, ditando, como comumente apelidado, um estado de conexão permanente do trabalhador<sup>3187</sup>.

O mesmo desenvolve-se em duas partes fundamentais. Num primeiro momento, o nosso objetivo é tão-só o de pôr em evidência as principais consequências da conexão permanente do trabalhador – antecipe-se que, e como é de fácil constatação, as NTIC têm sido um meio propício para o empregador comprimir uma série de direitos fundamentais do trabalhador –, o que permitirá destacar a tensão de divergências que existe entre esta e o atual sistema jurídico laboral. Ora, perante esta perceção, urge a necessidade de procurar soluções destinadas a combater a conexão permanente e a repor a eficácia dos direitos do trabalhador.

A segunda parte é, precisamente, destinada a analisar as possíveis soluções para o complexo desafio da conexão permanente. É este o momento sistemático adequado para nos debruçarmos sobre o tão aclamado “direito à desconexão profissional”. Note-se que não é solução única. Há que analisar outras soluções, nomeadamente o “dever de não conexão da entidade empregadora”.

Optou-se por esta sistematização porque cremos que a reflexão sobre os efeitos que se repercutem da conexão permanente oferece o contexto para as considerações quanto à melhor solução a adotar a fim de os evitar, servindo esta, por seu turno, de pretexto à indagação daqueles.

É nosso desiderato apresentar uma solução, devidamente sustentada, para combater a conexão permanente do trabalhador, mais que não seja para alertar para o debate em torno desta problemática.

---

<sup>3187</sup> No estudo feito pela consultora Michael Page, noticiado pelo Jornal Público (Pequenino, 2018), concluiu-se que, dos 13 países europeus em inquérito, Portugal é o segundo em que os trabalhadores mais levam trabalho para casa, cedendo o pódio apenas à Espanha. 78% dos portugueses questionados admitiu trabalhar fora do horário de trabalho.



## 2. A proliferação das NTIC no mundo do trabalho: que desafios?

O impacto do advento e incremento das NTIC na sociedade, nestes últimos anos, não transformou apenas, e com uma velocidade vertiginosa e efeitos incalculáveis, o modo como as pessoas vivem, comunicam e se relacionam na sua vida pessoal, mas transformou, na mesma medida, o mundo laboral.

Se, por um lado, são inegáveis as vantagens da implementação das novas tecnologias em terreno laboral<sup>3188</sup>, por outro, vêm redesenhando os cenários das relações laborais modernas, dotando-os de problemas que, até então, eram desconhecidos ao Direito do Trabalho.

A vulgarização do uso das tecnologias, ainda hoje ditas “novas” em razão da sua permanente evolução, teve impactos vários em todas as fases da relação laboral.

Podemos constatar, ainda na fase pré-contratual, que, com a chegada das redes sociais – nas quais os seus utilizadores se expõem voluntariamente, disponibilizando a seu respeito a mais variada informação –, tornou-se frequente os empregadores, que têm uma série de tentadoras informações – não só profissionais, como algumas extremamente privadas, como são as de cariz familiar, político, religioso, orientação sexual<sup>3189</sup> – dos candidatos à distância de um *click*, recorrerem a estas plataformas digitais para que, com base nestas, aferirem das condições de elegibilidade dos candidatos. É assim pertinente, perante esta prática, questionar a licitude da utilização dos dados e informações recolhidos nestes termos, pelos empregadores, no processo de recrutamento<sup>3190</sup>.

Mas o recurso às NTIC estendeu-se para lá do processo de recrutamento, e encontrou na execução do contrato terreno fértil para fomentar novos problemas. Note-se que a questão anterior também reveste inegável interesse prático em outros momentos contratuais, nomeadamente quanto à possibilidade de utilização de fotos publicadas nas redes sociais como meio de prova de eventuais falsas declarações na justificação de faltas. Questiona-se, também, a legalidade do controlo, pelos empregadores, do correio eletrónico dos trabalhadores<sup>3191</sup> ou da sua utilização da *internet*<sup>3192</sup>. Surge ainda o problema da conciliação do direito à privacidade e à liberdade de expressão dos

---

<sup>3188</sup> As vantagens da utilização dos meios tecnológicos na atividade laboral destacaram-se, mais do que nunca, num dos momentos mais assoladores do nosso país, e de todo o mundo – falamos da pandemia COVID-19. Quando a própria sobrevivência das pessoas dependeu do seu isolamento, foi a possibilidade de prestação de teletrabalho (art. 165.º) – que se traduz na realização da prestação laboral, fora da empresa, com recurso às tecnologias de informação e comunicação – que garantiu que um número significativo de trabalhadores se pudesse recolher em casa, protegendo-se e contribuindo para a proteção coletiva da sua comunidade enquanto continuavam a desenvolver a sua atividade profissional, garantindo a manutenção dos postos de trabalho, a sobrevivência das empresas, bem como a subsistência da economia do país.

<sup>3189</sup> Assim, Castro, 2018, pp. 280-291.

<sup>3190</sup> A este propósito, Moreira, T.C., 2015, pp. 625-645; Kajtár & Mestre, 2016, pp. 219-243.

<sup>3191</sup> Veja-se Moreira, T. C., 2011, pp. 219-224.

<sup>3192</sup> Veja-se Moreira, T. C., 2010, pp. 23-82.

trabalhadores com o direito dos empregadores, devido às opiniões, críticas e informações, que os primeiros exprimem nas suas redes sociais sobre a sua entidade empregadora<sup>3193</sup>. E são agora vários os mecanismos de controlo à distância disponibilizados ao empregador pelas NTIC, tais como a videovigilância e os dispositivos de geolocalização, pelo que se tornou inevitável a discussão quanto à admissibilidade e à licitude da sua prova<sup>3194</sup>. É de realçar, por ser o desafio que pretendemos solucionar, que as NTIC permitiram uma conexão permanente dos trabalhadores, mais ou menos voluntária, a qualquer hora e em qualquer lugar<sup>3195</sup>. Estas ultrapassam qualquer limite geográfico, conferem um acesso cada vez mais rápido a um número incalculável de informações, e favorecem uma comunicação instantânea e plural<sup>3196</sup>. Assim, as NTIC, ao permitirem que o trabalhador esteja permanentemente disponível e acessível às interpelações da entidade empregadora, conduziram à diluição das fronteiras espaço-temporais da execução do trabalho, encontrando-se o trabalhador, atualmente, num estado de ininterrupta desconexão.

A ilustração de alguns destes novos – mas não tão novos – desafios com que o Direito do Trabalho se vê confrontado permite-nos concluir por uma premissa comum a todos eles: na esteira de Jean-Emmanuel Ray e Jean-Paul Bouchet<sup>3197</sup>, que as NTIC, essencialmente a *internet*, originaram a queda de muitas fronteiras que, direta ou indiretamente, acentuaram a queda daquela que separava a vida profissional da vida privada. E tudo isto ocorre porque, como ensina Leal Amado<sup>3198</sup>, o homem não é um conglomerado de ilhas, e o dogma da separação absoluta entre a vida privada e a vida profissional não pode ser aceite, pois não existem muros intransponíveis que separam numa só vida estas duas vidas. Acreditar num corte absoluto entre essas duas realidades é inocente e não resiste, como vemos, ao confronto com a realidade.

Mais se pode concluir que a utilização das NTIC como vem sendo operada em contexto laboral veio, essencialmente, reforçar os poderes de direção e controlo do empregador, sem que exista, simultaneamente, formas de contrapeso desses poderes.

Ilustrados os principais desafios impostos pelas NTIC ao Direito do Trabalho, centrar-nos-emos, de agora em diante, na busca de uma resposta ao problema emergente do facto de estas permitirem que o empregador contacte facilmente o trabalhador, fora do local e horário de trabalho, com solicitações profissionais. É, assim, nosso intento analisar apenas um dos muitos fenómenos característicos desta nova era laboral: o da

---

<sup>3193</sup> Sobre o tema, Moreira, T. C., 2016a, pp. 175-191.

<sup>3194</sup> Assim, Moreira, T.C., 2018, pp. 163-184.

<sup>3195</sup> Como alerta Moreira, T. C., 2016b, p. 258, “a oportunidade do ‘*anytime-anyplace*’ não pode tornar-se no ‘*always and everywhere*’”. A este propósito, veja-se o estudo da Eurofound e do International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017.

<sup>3196</sup> Moreira, T. C., 2010, p. 25.

<sup>3197</sup> Ray & Bouchet, 2010, p. 44.

<sup>3198</sup> Amado, 2014, pp. 376-377.

conexão permanente do trabalhador e a questão de saber se ele titula, ou deve titular, um *direito à desconexão*.

## **2.1. Conexão permanente *versus* fronteira entre a vida privada e a vida profissional**

Desde os seus primórdios, é uma preocupação do Direito do Trabalho garantir que a pessoa do trabalhador não se reduz a essa condição e tutelar a conciliação entre a vida profissional, por um lado, e a vida pessoal e familiar, por outro<sup>3199</sup>. Pois, nas palavras de Bernardo Lobo Xavier<sup>3200</sup>, “a realização quotidiana e continuada da atividade laboral não só envolve uma dada intensidade de esforço e de fadiga do trabalhador, como ocupa uma parte considerável da sua existência. É, por isso, necessário que o Direito estabeleça limites ao nível de fadiga suscetível de ser imposto ao trabalhador (não relevando que tenha ou não o seu consentimento) e lhe garanta espaço para a família, o descanso e o lazer, salvaguardando, em suma, a porção livre da sua existência”.

Consciente da imprescindibilidade do seu papel para a promoção destes desígnios, o Direito do Trabalho dotou-se de medidas destinadas a garantir a separação da vida profissional – período em que o trabalhador se encontra numa situação de heterodisponibilidade – da vida pessoal do trabalhador – momento em que recupera a sua autodisponibilidade. O limite entre estas duas realidades, em que o trabalhador abdica da sua liberdade ou a recupera, é comumente apelidado de “fronteira” entre a vida profissional e a vida privada. Uma fronteira que resulta das normas legais, concretamente aplicadas em cada contrato de trabalho, e que estabelecem os limites à subordinação jurídica.

Esta fronteira tem fortes alicerces no facto de a prestação laboral ter sido, indubitavelmente, balizada: balizada funcionalmente, uma vez que, em princípio, o trabalhador deve exercer as funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado<sup>3201</sup>; balizada espacialmente, pois, em princípio, o trabalhador deve exercer a atividade no local contratualmente definido; e balizada temporalmente, uma vez que, por regra, o trabalhador deverá apenas exercer a correspondente atividade dentro dos limites traçados pelo seu horário de trabalho<sup>3202</sup>.

No entanto, e se tivéssemos de apontar uma, sempre diríamos que a baliza temporal é aquela que, de uma forma mais evidente, delimita o período da vida profissional e o período da vida privada do trabalhador ou, utilizando os seus termos, o

---

<sup>3199</sup> Veja-se Moreira, M. M. G., 2013, pp. 131-172; Moreira, T. C., 2020.

<sup>3200</sup> Xavier, 2018, pp. 537-538.

<sup>3201</sup> Sobre este tema, veja-se, por exemplo, Vicente, 2019, pp. 331-355.

<sup>3202</sup> Amado, 2017, p. 116.

tempo de trabalho e o período de descanso. E, por sinal, também será aquela que, como veremos, é a mais afetada pela conexão permanente do trabalhador.

A tendência atual, neste “admirável mundo novo do trabalho”<sup>3203</sup> caracterizado por ser “um espaço sem distâncias e um tempo sem demoras”<sup>3204</sup> e em que os trabalhadores estão em permanente conexão, é assistir-se a cenários em que, através das NTIC, os trabalhadores usufruem de tempo pessoal durante o trabalho ou, em sentido inverso, que o trabalho invade o domicílio e a vida privada do trabalhador. O que nos leva, desde logo, a interrogar sobre a eficácia da fronteira de que se falou. Mas, se até há algum tempo, se podia defender um certo equilíbrio entre vida pessoal no trabalho e vida profissional em casa, uma vez que o eventual trabalho realizado no período destinado à vida privada sempre seria contrabalançado com o facto de aqueles também usufruírem de tempo pessoal no tempo e local de trabalho, hoje em dia é impensável defender isso<sup>3205</sup>. Presencia-se uma incontável absorção da vida privada do trabalhador pela vida profissional.

As NTIC aproximaram o trabalho do trabalhador e, conseqüentemente, afastaram-no das suas demais dimensões. Serão poucos os trabalhadores que, atualmente, nunca tenham recebido um telefonema ou um *email* da sua entidade empregadora, fora do local e horário de trabalho, relacionado com questões laborais e a solicitar a sua prestação. Serão, assim, poucos os trabalhadores que nunca viram a sua vida pessoal, o seu tempo de descanso, invadido e ocupado por questões profissionais, que não reconhecem o cenário de, findo o seu horário de trabalho, e já no conforto de sua casa, serem confrontados com uma visita indesejada. Esta visita não toca à campainha, ela entra em casa através de um telemóvel, de um computador. E não olha a horas<sup>3206</sup>. Entra sem pedir licença. Basta uma chamada telefónica, um *email*, e o trabalhador é transportado – ou melhor, mentalmente transportado – para o seu trabalho, para a empresa, aquela onde jurava ter-se despedido com um “até amanhã”. Vê, assim, o trabalhador invadido o seu tempo de descanso, a sua vida familiar e privada, pelo trabalho. Ainda menos serão os trabalhadores que viram o seu tempo de descanso ocupado pela exigência de prestações laborais reclamadas pelos empregadores com sustentação legal para tal e tenham recebido as correspondentes contrapartidas legais por esse trabalho prestado fora de horas.

---

<sup>3203</sup> Expressão de Moreira, T.C., 2016c.

<sup>3204</sup> Ray, 2015, p. 148.

<sup>3205</sup> Assim, Moreira, T. C., 2016d, p. 28.

<sup>3206</sup> Como diz Moreira, T. C., 2016c, p. 215: “Desta forma, a cortesia mínima do milénio passado de não telefonar depois das 20:00 horas parece ter desaparecido com o advento destas novas tecnologias e com o declínio dos telefones fixos”.

Como preconiza Alain Supiot<sup>3207</sup>, as NTIC criaram “novas formas de subordinação”. E este elemento imprescindível da existência do contrato de trabalho – leia-se, subordinação jurídica – tornou-se, como esclarece Jean-Emmanuel Ray<sup>3208</sup>, desde então, um critério permanente da vida do trabalhador.

Constatamos que a implementação das NTIC em contexto laboral teve efeitos algo contraproducentes na esfera do trabalhador. Se, à primeira vista, podíamos pensar que os atuais trabalhadores do conhecimento, defensores da liberdade como fonte de criatividade e produtividade, seriam mais livres pela possibilidade de prestarem trabalho onde e quando quiserem graças aos computadores portáteis e aos *smartphones*, a realidade demonstra-nos que não é descabido questionarmo-nos se estes não estarão cada vez mais controlados pelo empregador e, conseqüentemente, menos livres<sup>3209</sup>.

A verdade é que, pela atual conjuntura laboral, percebemos que as novas tecnologias não estão a ser implementadas no sentido de ampliar a liberdade do trabalhador e a sua produtividade, mas, sim, a servir para ampliar os poderes de controlo e direção da entidade empregadora – que agora se estendem para além das fronteiras tradicionalmente previstas – em detrimento daquelas.

Estas mudanças laborais, fruto da proliferação das NTIC, parecem poder permitir, como alertam alguns autores<sup>3210</sup>, um novo tipo de escravatura. A escravatura de um trabalhador de quem não se espera e exige outra coisa senão permanente e ilimitada dedicação. Um trabalhador ao qual se incute, num tempo de concorrência global e desfreada, a obrigação de permanecer constantemente acessível e disponível. Um trabalhador que sabe que, atualmente, não há um verdadeiro fechar da porta, que nunca há uma verdadeira e eficaz desconexão, e que o tempo livre só o é até que o trabalho o invada e assim deixe de o ser. Questiona, a este propósito, Teresa Coelho Moreira<sup>3211</sup> se “não estaremos perante um novo tipo de escravatura: uma escravatura dos tempos modernos” ou, como diz a autora, “para utilizar uma terminologia mais adequada às NTIC, uma escravatura de última geração”.

---

<sup>3207</sup> Supiot, 2000, p. 132.

<sup>3208</sup> Ray, 2010, p. 11.

<sup>3209</sup> Neste sentido, Moreira, T. C., 2016c, p. 215.

<sup>3210</sup> Moreira, T. C., 2016c, p. 214, “(...) parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos primeiros direitos consagrados dos trabalhadores – o direito a um descanso efetivo entre jornadas de trabalho”. Também Amado, 2017, p. 119, “Agora, o modelo é de um trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24 horas, pois a tecnologia permite a conexão por tempo integral (hiperconexão), potenciando situações de quase escravidão”.

<sup>3211</sup> Moreira, T. C., 2016c, pp. 217-218.

## **2.2. Conexão permanente *versus* atual regime de duração e organização do tempo de trabalho**

A matéria da duração e organização do tempo de trabalho é sustentada por relevantes fundamentos axiológicos que se reportam à própria essência do Direito do Trabalho.

Não será por acaso que as primeiras intervenções legislativas laborais, e que simbolizam o nascimento do Direito do Trabalho, tenham sido, precisamente, no sentido de limitar a duração das jornadas de trabalho<sup>3212</sup>.

Como vem sendo salientado por toda a literatura sobre o tema, é necessário que as preocupações ordenadoras das intervenções legislativas operadas em matéria de tempo de trabalho não sejam dissociadas quando atualmente se estuda e se procede à sua qualificação e delimitação.

A doutrina evidencia, reiteradamente, estas preocupações. Assim, na expressão de Francisco Liberal Fernandes<sup>3213</sup>, “a limitação do tempo de trabalho é assumida como uma componente determinante da garantia da saúde e na segurança de quem trabalha”. Também Luís Menezes Leitão<sup>3214</sup> fez questão de acentuar que se “por um lado, o estabelecimento de limites à duração do trabalho constitui uma salvaguarda necessária da personalidade e dignidade do trabalhador, dado que a ausência desses limites transformaria a prestação de trabalho numa situação de escravatura ou servidão[,] Por outro lado, períodos de duração do trabalho demasiado extensos, para além de não permitirem ao trabalhador uma vida condigna, representam um risco enorme para a sinistralidade laboral, atendendo ao cansaço que inexoravelmente atinge os trabalhadores”. Preocupações corroboradas por João Zenha Martins<sup>3215</sup>, que alertou que as políticas relativas ao tempo de trabalho “ligam-se, antes de mais, à necessária tutela da dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física e psicológica do trabalhador”.

Bem se compreende, por isso, que a imprescindibilidade de se delimitar o tempo de trabalho, apartando-o do tempo de descanso, não visa apenas traçar a linha fronteira entre o período de heterodisponibilidade do trabalhador e o período de autodisponibilidade, mas está inequivocamente conexas com a tutela da segurança

---

<sup>3212</sup> Entre nós, a regulamentação legal da duração do tempo de trabalho começou com a Lei de 23/03/1891, que fixou em oito horas diárias o período de trabalho dos manipuladores de tabaco. Também o Decreto de 14/04/1891, geralmente reconhecido como o primeiro diploma social, embora reportando-se somente aos trabalhadores menores, continha regras sobre a duração e organização do tempo de trabalho. De realçar que a primeira Convenção da OIT, datada de 1919, é, precisamente, sobre a duração do trabalho na indústria.

<sup>3213</sup> Fernandes, F. L., 2018a, p. 11.

<sup>3214</sup> Leitão, 2019, p. 296.

<sup>3215</sup> Martins, 2017, pp. 211-212.

e saúde daquele<sup>3216</sup>. E, pois, com todo o leque de bens jurídicos que fica em perigo em razão do esbatimento da fronteira entre tempo de trabalho e tempo de descanso que o uso das NTIC propicia.

A mencionada carga axiológica justifica a inserção da limitação do tempo de trabalho no catálogo de direitos fundamentais patente na CRP. Atente-se no proclamado no art. 59.º, n.º 1, al. d), que atribui a todos os trabalhadores o direito “ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas”, acrescentando-se no seu n.º 2, al. b), que incumbe ao Estado “a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho”.

Toda esta perspectiva condiciona, como melhor veremos, a compreensão do conceito de tempo de trabalho previsto no art. 197.º do CT, o qual se mostra um verdadeiro “*prius normativo*”<sup>3217</sup> relativamente à disciplina contida na secção do CT que se inicia com aquele artigo e que se reporta à regulação da sua duração e organização. E que é essencial para o entendimento de outros conceitos operativos, designadamente de período normal de trabalho<sup>3218</sup>, de período de descanso, de trabalho suplementar, bem como para acomodar os limites destes<sup>3219</sup>.

É de sublinhar, ainda preliminarmente, que o legislador português, seguindo o Direito da UE, mais especificamente a Diretiva 2003/88/CE<sup>3220</sup>, adotou um sistema dito binário, no qual o tempo é de trabalho ou de descanso, sem “*tertium genus*”<sup>3221</sup>. Estes conceitos são exclusivos e mutuamente excludentes, o que significa que o tempo que não se enquadre na noção de tempo de trabalho, enunciada no art. 197.º, é considerado de descanso, conceito que é assim recortado pela negativa no art. 199.º.

O certo é que as NTIC vieram permitir a execução do trabalho em moldes até então desconhecidos, o que tornou a qualificação desses tempos um verdadeiro desafio,

---

<sup>3216</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, pp. 573-574, explicam que “Essa ligação, que foi evidente desde a emergência das primeiras regras sobre o tempo de trabalho, tem sido exaustivamente reiterada, muito especialmente, no domínio do Direito da União Europeia. Com efeito, (...) na Diretiva 2003/88/CE, (...) resulta, claramente, que os objetivos da União Europeia em matéria de segurança e saúde no trabalho estão subjacentes às normas constantes da mesma, que, aliás, se assumem, explicitamente, no art. 1.º, como ‘prescrições mínimas de segurança e saúde em matéria de organização do tempo de trabalho’”.

<sup>3217</sup> Fernandes, F. L., 2018b, p. 84.

<sup>3218</sup> O tempo de trabalho é balizado temporalmente pelo período normal de trabalho (art. 198.º), que determina o *quantum* da prestação laboral, ou seja, fixa o número de horas por dia e por semana que o trabalhador se obriga a prestar. Conceito que é delimitado pelo horário de trabalho (art. 200.º), que dita o *quando* da prestação laboral ao determinar as horas de início e termo do período normal de trabalho diário, incluindo a determinação dos intervalos de descanso, bem como do descanso semanal. O regime regra é que o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta por semana (art. 203.º). Nota Martinez, 2017, p. 548, que “o princípio das oito horas de trabalho diário constitui uma reivindicação laboral que data, pelo menos, do início do século passado, concretizado no adágio inglês: ‘eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep’”.

<sup>3219</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, p. 575.

<sup>3220</sup> Ver Fernandes, F. L., 2012, pp. 101-121.

<sup>3221</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, p. 575. Embora tenha sido discutida, no âmbito da UE, a possibilidade de criação de um tempo de terceiro tipo – de mera disponibilidade – o mesmo não foi avante. É de excepcionar o caso dos trabalhadores que exercem atividades móveis de transporte rodoviário, que viram contemplado um tempo de terceiro tipo, o tempo de disponibilidade, através do DL n.º 237/2007, de 19/06, que transpôs a Diretiva n.º 2002/15/CE, de 11/03.

atendendo à repartição dicotómica que relatámos, e favoreceram o aparecimento de situações nebulosas que, porventura, defraudam os objetivos legais subjacentes à limitação do período normal de trabalho e aniquilam a preservação de espaços de repouso necessários à recomposição de energias do trabalhador.

### **2.2.1. A disponibilidade permanente do trabalhador: tempo de trabalho ou período de descanso?**

As NTIC fizeram com que a matéria referente ao tempo de trabalho fosse assomada por desafios regulativos que, não se limitando apenas pela garantia *ex lege* de um período máximo de trabalho e, conseqüentemente, pelo respeito por um período mínimo de repouso, atravessaram também uma miríade de questões relacionadas com a própria qualificação do tempo em que o trabalhador permanece disponível e acessível, fora do seu horário e local de trabalho, para a eventualidade da sua entidade empregadora solicitar a prestação de trabalho.

Como adiantado, a nossa lei adotou – em sintonia com a Diretiva 2003/88/CE – um sistema dicotómico: o tempo é de trabalho ou de descanso, sem categorias intermédias<sup>3222</sup>.

Impõe-se começar por analisar o conceito de tempo de trabalho, que está contemplado no art. 197.º. Até porque só através da delimitação deste é que se recorta o período de descanso, atendendo à perspetiva excludente seguida no art. 199.º.

Segundo aquela norma, é tempo de trabalho: i) o período durante o qual o trabalhador exerce a atividade (primeiro segmento do n.º 1); ii) o período durante o qual o trabalhador permanece adstrito à realização da prestação (segundo segmento do n.º 1); e iii) certas interrupções e intervalos que legalmente se consideram compreendidos no tempo de trabalho (n.º 2). Note-se que, embora se utilize vulgarmente o conceito naturalístico ou descritivo de trabalho, este não coincide com o conceito técnico-jurídico de “tempo de trabalho”<sup>3223</sup>. Parece que apenas o primeiro dos segmentos elencados se refere àquele domínio em que o período considerado no plano jurídico como de trabalho também o é fáctica ou naturalisticamente<sup>3224</sup>, pois, segundo o mesmo, é tempo de trabalho o período em que o trabalhador se encontra realmente a trabalhar, isto é, a executar efetivamente a sua atividade. Assim, e se o primeiro segmento do n.º 1 do art. 197.º não suscita dúvidas interpretativas, o mesmo já não se poderá afirmar quanto ao seu segundo segmento.

---

<sup>3222</sup> Crítica esta opção Baptista, 2002, p. 43, e 2003, p. 185.

<sup>3223</sup> Rocha, 2018, p. 35.

<sup>3224</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, p. 577.



O significado da expressão “permanece adstrito à realização da prestação” não é facilmente alcançado. Exige-se um maior esforço interpretativo para que se perceba que corresponde a “estar disponível para o trabalho, ou à disposição da entidade empregadora para tal”<sup>3225</sup>. Como esclarece Francisco Liberal Fernandes<sup>3226</sup> “o trabalhador permanece adstrito ao exercício da sua atividade quando, durante o período de trabalho (normal ou suplementar), está juridicamente obrigado a obedecer às instruções do empregador, não beneficiando por esse motivo de autonomia (ou de um grau de autonomia relevante) para gerir o seu próprio tempo, isto é, para poder ocupar-se de modo pleno da sua vida pessoal (como sucede durante os períodos de descanso)”.

A aplicação deste segmento normativo não é isenta de dúvidas, e várias zonas cinzentas se erguem quando se procura responder a questões como: a disponibilidade do trabalhador pode ser afirmada, para efeitos de subsunção ao conceito de tempo de trabalho, apenas quando este se encontra no local de trabalho ou noutro local determinado pelo empregador (período de prevenção com presença física no local de trabalho), ou também se preenche estando o trabalhador fora destes (“período de chamada/localização”) ?

Esta questão foi já apreciada pelo TJ(UE). E, a esse propósito, impõe-se fazer um parêntesis no sentido de relembrar que a interpretação das normas nacionais sobre tempo de trabalho deve ser feita em articulação, por um lado, com a Diretiva 2003/88/CE e a interpretação que lhe é feita pelo TJ(UE) e, por outro, com os outros instrumentos internacionais que vinculem o Estado Português, sendo de destacar a CSER e a sua interpretação pelo CEDS<sup>3227</sup>.

Da análise das decisões do TJ(UE)<sup>3228</sup> resulta que os períodos de prevenção com presença física no local de trabalho – períodos em que o trabalhador está fisicamente no local de trabalho, mas autorizado a descansar ou ocupar-se como entender durante o tempo em que o empregador não solicita os seus serviços – são na sua totalidade considerados como tempo de trabalho. Em contrapartida, se os trabalhadores estiverem obrigados a estar contactáveis a qualquer momento, embora não estejam obrigados a permanecer no local indicado pelo empregador, em tais situações, também designados de período de chamada/localização, o TJ(UE) considera que só o tempo relacionado com a prestação efetiva deve ser qualificado como tempo de trabalho<sup>3229</sup>.

---

<sup>3225</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, p. 578.

<sup>3226</sup> Fernandes, F. L., 2018b, p. 85.

<sup>3227</sup> Assim, Rouxinol & Vicente, 2019, p. 577. Para mais desenvolvimentos, Carvalho, 2017a, pp. 279-312.

<sup>3228</sup> Reportamo-nos aos casos *SIMAP* (ac. de 3/10/2000, proc. C-303/98), *Jaeger* (ac. de 9/09/2003, proc. C-151/02), *Pfeiffer* (ac. de 5/10/2004, proc. apensos C-397/01 e C-403/01), *Dellas* (ac. 1/12/2005, proc. C-14/04) e *Vorel* (despacho de 11/01/2007, proc. C-437/05).

<sup>3229</sup> Assim, Carvalho, 2017a, pp. 291-293; Rocha, 2018, pp. 39-40; e Fernandes, F. L., 2018a, pp. 13-14.

No que concerne à qualificação como tempo de trabalho do período de disponibilidade, a tónica é colocada pela jurisprudência da UE, na presença física no local de trabalho. Assim, se o trabalhador não se encontra a exercer a sua atividade mas permanece disponível para o fazer, das duas uma: i) a disponibilidade confina-se ao local de trabalho, pelo que todo esse tempo será tempo de trabalho; ii) a disponibilidade verifica-se fora do local de trabalho, cenário em que esse tempo não será tempo de trabalho<sup>3230</sup>. E, não sendo qualificado como tempo de trabalho, por força da classificação binária efetuada pela Diretiva, será necessariamente considerado período de descanso. Todavia, importa destacar que, no recente caso *Matzak*<sup>3231</sup>, o TJ(UE) pronunciou-se em termos significativamente diferentes do que até então havia feito sobre a qualificação destes períodos de disponibilidade, aceitando, pela primeira vez, o enquadramento, no tempo de trabalho do período de prevenção do trabalhador no seu domicílio, mas em que tinha que responder às chamadas do empregador num prazo de oito minutos<sup>3232</sup>. Sustentou tal conclusão nos constrangimentos impostos ao trabalhador durante esse período que, de forma objetiva, eram propícios à compressão da sua autodisponibilidade.

As soluções adotadas pelo TJ(UE) resultam da interpretação feita da Diretiva, a qual apresenta um conceito de tempo de trabalho um tanto distinto do enunciado no CT. A Diretiva define tempo de trabalho como “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções”. Esta definição levanta várias dúvidas, essencialmente quanto ao modo de articulação dos três segmentos e à sua necessária cumulação. Tem sido entendimento da jurisprudência da UE que estes três segmentos se traduzem da seguinte forma: o primeiro segmento é concretizado como o critério espacial e encontra-se preenchido sempre que o trabalhador está fisicamente presente no local de trabalho; o segundo segmento traduz o critério de autoridade, o que significa que, durante esse período, mantêm-se o poder de direção do empregador, típico da subordinação jurídica, e o correspondente dever de obediência do trabalhador; o terceiro conduz a um critério profissional que poderia ser reconduzível ao trabalho efetivo, embora tenha sido interpretado pelo TJ(UE) de forma a cobrir situações de mera disponibilidade<sup>3233</sup>.

Cremos que, entre nós, e como analisaremos melhor *infra*, é duvidosa a possibilidade de o intérprete adotar o mesmo entendimento do TJ(UE), no sentido de

---

<sup>3230</sup> Sousa & Moreira, 2018, p. 203.

<sup>3231</sup> Ac. de 21/02/2018, proc. C-518/15.

<sup>3232</sup> Atendendo ao princípio da interpretação conforme, é de concluir que os tribunais portugueses, pelo menos em casos com estes contornos, não podem afastar tal qualificação. Mas se, por um lado, o ac. *Matzak* veio subsumir ao conceito de tempo de trabalho situações que até então eram consideradas pela mesma jurisprudência como tempo de descanso, por outro, e como veremos melhor, parece afirmar que os Estados-Membros não podem ir mais longe nas suas interpretações.

<sup>3233</sup> Assim, Carvalho, 2017a, pp. 284-290.

considerar como período de descanso aquele em que o trabalhador, embora não permaneça no local de trabalho, tem de estar à disposição da entidade empregadora a fim de, e se necessário, responder a qualquer solicitação profissional.

Desde logo, o legislador nacional não adotou o conceito da Diretiva tal qual. Ao utilizar a disjuntiva “ou”, na letra do art. 197.º, afasta qualquer indício de cumulação entre os seus segmentos, bem como não se vislumbra qualquer requisito de ordem espacial. Assim, a previsão que o CT português alberga é, aparentemente, mais ampla do que a constante da Diretiva. Desta forma, podemos facilmente defender, à luz do ordenamento nacional, que o período de disponibilidade é tempo de trabalho, independentemente de ocorrer no ou fora do local de trabalho<sup>3234</sup>. Como sustenta Francisco Liberal Fernandes<sup>3235</sup>, “há disponibilidade para o trabalho quando subsiste na íntegra o dever de trabalhar e, portanto, sempre que se mantém a obrigação de o trabalhador se conformar com as ordens emanadas da entidade patronal, como sucede, por exemplo, nos regimes de prevenção ou à chamada (*on call* ou *on standby*)”.

Por outro lado, esta posição encontra um importante conforto na interpretação feita pelo CEDS<sup>3236</sup> ao art. 2.º da CSER. O CEDS – a quem cabe interpretar e monitorizar o cumprimento da CSER através do sistema de relatórios e de reclamações coletivas – pronunciou-se, no âmbito de uma reclamação coletiva<sup>3237</sup>, sobre a qualificação dos períodos de prevenção, tendo decidido no sentido de que a equiparação entre o período de chamada/localização e o período de descanso constitui uma violação do direito a “uma duração razoável ao trabalho” previsto no art. 2.º, n.º 1 da CSER. Daqui resulta que os Estados signatários podem não qualificar estes regimes de localização/chamada como tempo de trabalho, mas também não os podem considerar para efeitos de período de descanso<sup>3238</sup>.

Não havendo entre nós categorias intermédias entre tempo de trabalho e período de descanso, uma espécie de “tempos de terceiro tipo”<sup>3239</sup>, a qualificação dos períodos de

---

<sup>3234</sup> Neste sentido, pronunciaram-se, na doutrina nacional, Carvalho, 2017a, p. 309; Martins, 2017, p. 228; Fernandes, F. L., 2006, p. 137, e, mais recentemente, em 2018a, p. 15; Ribeiro, 2006, p. 220; Vilar, 2006, p. 144; e Leitão, 2019, p. 299. Posição divergente têm Sousa & Moreira, 2018, p. 207, que entendem que “o período de disponibilidade se aproxima mais de um tempo de descanso do que um tempo de trabalho”.

<sup>3235</sup> Fernandes, F. L., 2018b, p. 85.

<sup>3236</sup> Carvalho, 2017b, pp. 211-243.

<sup>3237</sup> Reclamação coletiva n.º 55/2009, apresentada pela Fédération Générale du Travail contra França.

<sup>3238</sup> Carvalho, 2017a, pp. 303-305. Ressuscita-se, assim, um potencial conflito entre a interpretação da Diretiva e a interpretação da CSER quanto à (não) inclusão dos períodos de chamada/localização no período de descanso. Se até então a doutrina sustentava que estas interpretações eram conciliáveis, com base na possibilidade de o art. 15.º da Diretiva permitir que os Estados-Membros adotassem regimes mais favoráveis para a proteção da segurança e saúde dos trabalhadores, que cabia a estes efetuar uma transposição do direito da UE que não seja contrária a outras convenções internacionais por estes Estados ratificadas. O ac. *Matzak* veio obrigar a olhar para o problema de forma distinta, uma vez que neste se lê que “o artigo 15.º da Diretiva 2003/88 deve ser interpretado no sentido de que não permite que os Estados-Membros mantenham ou adotem uma definição menos restritiva do conceito de ‘tempo de trabalho’ que a enunciada no artigo 2.º dessa diretiva”. Assim, o princípio do tratamento mais favorável, aparentemente, não permite a adoção de noções de tempo de trabalho mais generosas do que a propugnada pelo TJ(UE).

<sup>3239</sup> Ray, 1999.

disponibilidade como tempo de trabalho é a interpretação que melhor quadra com: i) o direito ao descanso; ii) o direito à conciliação da vida profissional com a vida familiar; iii) e a proteção da segurança e da saúde do trabalhador. Trata-se – nos dizeres de João Zenha Martins<sup>3240</sup> – de “direitos que, tendo acentuado relevo no catálogo constitucional, cobram proeminência exegética na qualificação dos chamados tempos de prevenção”.

Resumindo, cremos que entender que o pressuposto de adstrição à realização da prestação que o CT utiliza para efeitos de qualificação de tempo de trabalho abrangerá as situações em que o trabalhador está em local à sua escolha, mas de sobreaviso para a eventualidade do empregador determinar uma prestação, ficando, para o efeito, obrigado a estar contactável a qualquer momento, nomeadamente através das NTIC, é a solução com maior sustento legal. Tal afirmação é facilmente suportada pela legislação portuguesa e pela interpretação da CSER. Não só é a interpretação que se retira do elemento literal do art. 197.º, bem como das regras hermenêuticas gerais, como é a que está em maior “conformidade com a Constituição”, uma vez que “permite a consecução do *punctus optimus* de equilíbrio menos restritivo entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos”<sup>3241</sup>. É também a única solução – tendo em conta o aparentemente inultrapassável binómio que caracteriza o nosso sistema nesta matéria – que respeita a CSER. Mas a verdade é que, embora com um maior esforço interpretativo, esta solução não está ao arrepio da Diretiva 2003/88/CE. É a solução que melhor se coaduna com a finalidade da Diretiva de promoção da segurança e saúde dos trabalhadores em matéria de tempo de trabalho<sup>3242</sup>. Também não há razão para se estreitar o alcance do art. 15.º da Diretiva, que permite a adoção pelos Estados-Membros de medidas mais favoráveis aos trabalhadores.

Porém, não tem sido esta a posição assumida pela maioria da nossa jurisprudência<sup>3243</sup>, que tende a considerar como período de descanso o período em que o trabalhador, não obstante permanecer disponível e acessível para trabalhar, se encontra fora do seu local de trabalho ou do local determinado pelo empregador. Tendo em conta tudo o quanto foi exposto, cabe-nos alertar que tal interpretação “carece de ser urgentemente revista”<sup>3244</sup>.

Mas será de realçar a formulação lapidar com que o TRC<sup>3245</sup> sustentou que “a linha de fronteira entre o ‘tempo de trabalho’ e o ‘tempo de descanso’ situa-se naquele

---

<sup>3240</sup> Martins, 2017, p. 229.

<sup>3241</sup> Martins, 2017, p. 230.

<sup>3242</sup> Como refere Rocha, 2018, p. 43, “Caso qualificássemos o tempo de espera como período de descanso, isso implicaria um retrocesso na necessidade de reforçar a saúde e segurança dos trabalhadores, objetivo primordial da Diretiva”.

<sup>3243</sup> Tome-se como exemplo o Ac. do STJ de 19/11/2008, relator Sousa Grandão, e, mais recentemente, o Ac. do STJ de 09/01/2019, relator Ribeiro Cardoso.

<sup>3244</sup> Carvalho, 2017a, p. 312.

<sup>3245</sup> Ac. de 10/03/2016, proc. 250/13.0TTCTB.C1, relatora Paula do Paço.

momento em que o trabalhador adquire o domínio absoluto e livre da gestão da sua vida privada”. E, como advoga a este propósito António Monteiro Fernandes<sup>3246</sup>, “se este entendimento prosperasse, todas as situações de disponibilidade fora do local de trabalho tenderiam a transitar para o domínio do tempo de trabalho”.

### **2.2.2. A remuneração pela disponibilidade permanente do trabalhador**

Partindo da posição adotada de que o período de disponibilidade permanente do trabalhador fora do seu horário e local de trabalho é considerado na íntegra como tempo de trabalho, mesmo que não haja prestação efetiva da atividade laboral, suscita-se, agora, nova dúvida no que concerne à remuneração do período de disponibilidade: a remuneração deste período tem de ser realizada de forma idêntica à remuneração do período de trabalho efetivo?

Evidentemente que, se esse período constitui tempo de trabalho, tem de ser considerado para o cômputo dos respetivos limites, com tudo o que isso implica, bem como deve ser remunerado. E, se é prestado fora do horário de trabalho, terá de ser considerado, para todos os efeitos legais que dependem de tal qualificação, como trabalho suplementar<sup>3247</sup>.

No entanto, a respeito da remuneração devida, o TJ(UE)<sup>3248</sup> já afirmou que determinados períodos temporais que, embora devendo considerar-se dentro da lógica binária do nosso sistema como tempo de trabalho, se caracterizem por não serem de prestação efetiva de trabalho, mas de mera disponibilidade, a Diretiva não se opõe a que sejam remunerados de uma forma distinta dos períodos de prestação efetiva de trabalho<sup>3249</sup>. Como dizem Milena Rouxinol e Joana Vicente,<sup>3250</sup> “não está em causa o reconhecimento de um tempo de terceiro tipo, mas – o que é, evidentemente, muito relevante – a permissão de um tratamento jurídico diferenciado para tempos de trabalho com determinadas características”.

---

<sup>3246</sup> Fernandes, A. M., 2018, p. 171.

<sup>3247</sup> Considera-se trabalho suplementar, de acordo com a noção prevista no n.º 1 do art. 226.º, o que é prestado fora do horário de trabalho. De acentuar que a prestação de trabalho suplementar não pressupõe necessariamente horas a mais; pressupõe, sim, horas fora do horário estipulado. Para mais desenvolvimentos, veja-se, por exemplo, Rouxinol & Vicente, 2019, pp. 608-623; e Fernandes, A. M., 2018, pp. 169-183.

<sup>3248</sup> Despacho *Vorel*, cit., n.º 32. Este despacho reportava-se ao período de prevenção com presença física no local de trabalho, mas posição idêntica foi frisada relativamente ao período de deslocação (Ac. *Tyco*, de 10/09/2015, proc. C-266/14). Assim, e por maioria de razão, cremos que esta possibilidade também se aplica ao período de chamada/localização.

<sup>3249</sup> O modo incidental com que o TJ(UE) abordou a questão da remuneração compreende-se pelo facto de a Diretiva 2003/88/CE, atento o disposto no n.º 5 do art. 153.º do TFUE, não tratar, com exceção da matéria das férias, de qualquer aspeto atinente à remuneração dos trabalhadores, que deverá ser objeto de regulação ao nível nacional e não europeu.

<sup>3250</sup> Rouxinol & Vicente, 2019, p. 577.

E completa João Zenha Martins<sup>3251</sup> que, “sob o ângulo remuneratório, há margem para que, tanto a autonomia individual quanto a autonomia coletiva, possam flexibilizar o regime de retribuição horária, estabelecendo um critério que diferencie os valores em função da intensidade da disponibilidade do trabalhador e da efetividade da prestação de trabalho”. Realça o autor que “não se trata, em todo o caso, de confeccionar uma categoria intermédia que, à margem da lei, fracione o conceito de tempo de trabalho. O reconhecimento dessa maleabilidade contratual pressupõe, ao contrário, a referenciação desses períodos à noção de tempo de trabalho”.

O fundamental é que a configuração do período em que o trabalhador permanece à disposição da sua entidade empregadora, fora do local e horário de trabalho, como tempo de trabalho, não é vazia de consequências. O que significa que deve ser remunerado.

### **2.3. A conexão permanente e os riscos psicossociais – um atentado à segurança e saúde do trabalhador**

Para ditar o “tom” do presente capítulo, antecipa-se a seguinte conclusão: o trabalho comporta riscos. Conclusão sustentada em duas premissas, através das quais se forma o seguinte silogismo: toda a atividade humana comporta riscos; o trabalho é uma atividade humana; logo, o trabalho comporta riscos<sup>3252</sup>. Riscos esses que – podemos já acrescentar – se verificam sobretudo para quem presta o trabalho, isto é, para o trabalhador. É de referir que o risco que se associa à atividade laboral é, por regra, diminuto. Pois só isso justifica que seja ético-socialmente aceite e admissível juridicamente.

Mas, entre a pessoa que presta trabalho e o risco a que, por isso, se expõe interpõe-se um outro elemento, resultante da circunstância da prestação laboral se fazer *sob a autoridade* de outrem (art. 11.º CT), diga-se, pelo facto de entre aqueles se encontrar o empregador. Empregador a quem é conferida, pela supremacia jurídica inerente à sua posição contratual, a faculdade de conformar a atividade desenvolvida pelo trabalhador. Assim, é o empregador – conforme refere Milena Rouxinol<sup>3253</sup> – “quem, decidindo o *como*, o *quando*, o *onde* e, desde logo, o próprio *se* da efectivação da prestação, expõe – mas, importa vincá-lo, está em condições de não expor – o trabalhador aos riscos correspondentes”.

Em suma, se é certo que o trabalho consubstancia uma potencial fonte de risco e que é o constrangimento económico que se lhe associa que impele à sujeição ao mesmo,

---

<sup>3251</sup> Martins, 2017, pp. 244-245.

<sup>3252</sup> Assim, Rouxinol, 2008, p. 24.

<sup>3253</sup> Rouxinol, 2008, p. 30. Itálico da autora.

também se pode dizer que, traduzindo-se numa atividade heterodeterminada, há um elemento de mediação – o empregador – entre o sujeito que presta a atividade e os riscos que representa.

É sem perplexidade que se verifica que o Direito do Trabalho, que emergiu e se conformou como um ordenamento destinado a compensar a debilidade fáctica e jurídica do trabalhador perante o empregador<sup>3254</sup>, apresenta como um vetor marcante dessa vocação tutelar a proteção do trabalhador perante os riscos profissionais, matéria que encontra enquadramento no âmbito da segurança e saúde no trabalho.

Convém não olvidar que o bloco normativo referente à matéria da segurança e saúde no trabalho é extenso e complexo. E, na multiplicidade de normas que o formam, avultam as que impõem ao empregador a adoção de medidas direccionadas à prevenção dos riscos profissionais.

Ressalve-se, a este propósito, a Lei n.º 102/2009, de 10/09, que regulamenta o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho. Subjacente ao seu conteúdo normativo está o direito do trabalhador “à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde” (art. 5.º, n.º 1). No aludido preceito, o empregador surge também perspetivado, enquanto devedor de tais condições que incidem sobre a prestação titulada pelo trabalhador. É, aliás, evidente o reconhecimento ao empregador de um dever correlativo àquele direito do trabalhador (art. 15.º, n.º 1). Justificam-se, deste modo, as avultadas previsões normativas onde se destacam as obrigações/deveres impostos ao empregador, em forma de prescrições legais, que devem ser adotados para assegurar que são facultadas ao trabalhador tais condições. Estas prescrições legais reportam-se, essencialmente, à conduta que o empregador deve adotar perante os riscos profissionais. Na verdade, para garantir a prestação da atividade em condições de segurança e saúde para o trabalhador, a conduta do empregador perante os riscos profissionais é vital. Deve o empregador conformar-se com as obrigações previstas, nomeadamente no art. 15.º da Lei n.º 102/2009, de que se realça a prevista na al. f) do seu n.º 2, no sentido de o empregador “assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições (...) aos fatores psicossociais não constituem risco para a segurança e saúde do trabalhador”<sup>3255</sup>.

Sucedo que, quando o trabalhador está exposto a situações de desrespeito pelo seu horário de trabalho, menosprezo pela necessária contemplação de um período de

---

<sup>3254</sup> Rouxinol, 2008, p. 35. A este propósito, refere ainda a autora que o Direito do Trabalho atua “como mecanismo de tutela do contraente a quem falece, as mais das vezes, o poder económico-social para modelar as condições contratuais e que vem a laborar segundo as ordens e instruções ditadas por outrem, precisamente o sujeito jurídico a quem, efetivamente, coube, no jogo de concessões e resistências por que se orienta o percurso de convergência das vontades negociais, a fixação daquelas condições”.

<sup>3255</sup> Para mais desenvolvimentos sobre os fatores de risco psicossociais e os riscos psicossociais veja-se, por exemplo, Barros, 2017, pp. 141-157, e Carvalho & Costa, 2015, pp. 142-172.

descanso suficiente<sup>3256</sup>, exigência de disponibilidade permanente a qualquer hora e em qualquer lugar, e dificuldades de conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal, tal significa exposição a fatores psicossociais de risco, relacionados, no caso, com as condições relativas à organização e duração do tempo de trabalho<sup>3257</sup>, e que são propícios a originar riscos psicossociais com sério impacto na saúde e segurança destes, designadamente o *burnout*<sup>3258</sup>.

Evidente, importa notá-lo, é que é o empregador – relembre-se, quem decide o *quando*, o *como*, o *onde*, e o *se* da prestação –, quando fixa as condições da prestação do trabalhador em desprezo total com o atual regime de tempo de trabalho, que expõe o trabalhador a uma série de riscos psicossociais que, muitas das vezes, a atividade laboral a que se sujeitou não acarretava, mas que foram criados exclusivamente pelo facto de o empregador extravasar os limites temporais da atividade a que contratualmente o trabalhador se obrigou. E, quando assim é, o empregador desrespeita deliberadamente a obrigação que sobre si impende de segurança e saúde no trabalho<sup>3259</sup>.

Mas as consequências desta violação não se refletem apenas na esfera do trabalhador – embora seja este quem verdadeiramente é mais afetado –, que vê a sua saúde e segurança seriamente ameaçadas pela sobrecarga de trabalho e ausência de um período de descanso, ficando, como bem se percebe, mais predisposto a acidentes de trabalho ou doenças profissionais<sup>3260</sup>. Também o empregador será confrontado com as repercussões do desrespeito pela sua obrigação, desde logo, a responsabilidade por tais contingências poderá ser-lhe imputada. A este propósito, a falta de observação pelo empregador das regras sobre a segurança e saúde no trabalho encontra especial ênfase na previsão do art. 18.º da LAT, que prevê o agravamento da responsabilidade do empregador no caso de acidente de trabalho ditado por tal circunstância<sup>3261</sup>.

---

<sup>3256</sup> O conceito de “descanso suficiente” – que obriga à previsão de períodos de descanso “suficientemente longos e contínuos para evitar que se lesionem ou lesionem os colegas ou outras pessoas e para não prejudicarem a saúde, a curto ou a longo prazo, por cansaço ou ritmos irregulares de trabalho” –, e que consta da Diretiva 2003/88/CE, não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico, mas evidencia a importância conferida a esta matéria no âmbito da segurança e saúde no trabalho. Assim, Carvalho, 2006, p. 45.

<sup>3257</sup> Que as condições relativas à duração e organização do tempo de trabalho são passíveis de interferir seriamente na segurança e saúde do trabalhador resulta perentório da Diretiva 2003/88/CE.

<sup>3258</sup> Veja-se Morgado, 2017, pp. 130-139.

<sup>3259</sup> Sobre esta obrigação, Rouxinol, 2008.

<sup>3260</sup> Como distingue Costa, 2012, p. 206, “a característica fundamental para a determinação da existência de acidente de trabalho, bem como à distinção entre este e a doença profissional, é a subitaneidade”. Para mais desenvolvimentos, Domingos, 2007, pp. 38-61; e Gomes, 2013.

<sup>3261</sup> Veja-se Rouxinol, 2017, pp. 102-104.



### 3. Necessidade de mudança?

Assiste-se a uma verdadeira metamorfose no mundo laboral<sup>3262</sup>. Ou, talvez melhor, sob certa perspetiva, a um verdadeiro recuo. Um significativo recuo da força das leis laborais, especialmente as relativas à duração e organização do tempo de trabalho que, embora mantendo-se inalteradas formalmente, vêm sendo desrespeitadas na prática laboral. E sempre em prejuízo da parte por natureza mais débil, o trabalhador. Fica em causa a própria vocação protecionista do trabalhador que anima(va) o Direito do Trabalho, desde a sua origem.

Pois, como refere Bernardo Lobo Xavier<sup>3263</sup>, “a conjuntura tem forçado os trabalhadores a suportarem condições de trabalho menos favoráveis e – aqui e além – a verem retiradas conquistas que se pensava estarem solidamente implantadas”, como a limitação da jornada de trabalho e a garantia de períodos efetivos de descanso.

É assim necessário – diga-se, até, urgente – aceitar que o Direito do Trabalho, como vem sendo interpretado e aplicado, não está a ser completamente capaz de responder aos desafios implementados pelas NTIC. Ao invés, está a recuar nas conquistas dos trabalhadores.

#### 3.1. O proclamado “direito à desconexão profissional”

É a pensar nessa mudança, assente na imperiosa necessidade de proteger o trabalhador, que se vem falando do “direito à desconexão”<sup>3264</sup>.

Este direito surge no seio de discussões doutrinárias sobre a eventual necessidade de previsão de um mecanismo que proteja o trabalhador dos abusos perpetrados nesta matéria. Uma discussão que, diga-se, não é apenas nacional, mas que se estende a uma série de outros países<sup>3265</sup>. Aliás, foi em França que este encontrou o berço da sua consagração legal<sup>3266</sup>. Embora tenha sido já discutida em Portugal a necessidade de uma alteração legislativa de forma a consagrar uma solução para o tema, esta serviu apenas para acentuar a falta de consensualidade sobre o mesmo, o que resulta evidente da não

---

<sup>3262</sup> Como nota Maior, 2003, p. 296, o tema em análise reflete as diferentes contradições que marcam o mundo laboral atual. Preocupamo-nos com o não trabalho num mundo marcado pela inquietação com o desemprego. Proclama-se que o avanço tecnológico vai retirar o trabalho ao Homem, mas, como vemos, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

<sup>3263</sup> Xavier, 2018, p. 68.

<sup>3264</sup> A primeira teorização deste direito é usualmente atribuída a Jean-Emmanuel Ray, no estudo “Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle” (Ray, 2002, pp. 939-944). Mas são vários os estudos do referido autor sobre este direito: veja-se, designadamente, “Grande accélération et droit à la déconnexion” (Ray, 2016, pp. 912-920). A nível nacional, por exemplo, Moreira, T. C., 2016e, pp. 7-28.

<sup>3265</sup> Rota, 2016, pp. 287-306.

<sup>3266</sup> Merece particular destaque a iniciativa francesa, pioneira na Europa, ao instituir o direito à desconexão através da *Loi n.º 2016-1088, du 08/08*, também conhecida por “*Loi El Khomri*”. Porém, a 05/08/2018, esta lei foi revogada e consequentemente foi eliminada daquele ordenamento qualquer referência ao “*droit à la déconnexion*”.

aprovação dos vários projetos-leis sobre a matéria apresentados, no ano de 2017, por diferentes partidos na Assembleia da República<sup>3267</sup>.

Assim, o “direito à desconexão”, na ausência de uma definição legal, é apresentado através das definições doutrinárias que a doutrina sugere. Para Francisco Liberal Fernandes<sup>3268</sup> significa “que o trabalhador deixa de estar (e de se sentir) obrigado a permanecer ligado ou disponível durante os seus períodos de descanso para responder às ordens ou solicitações de serviço que lhe são enviadas através dos meios tecnológicos”. Salvo o devido respeito, entendemos que a definição deste autor na parte em que afirma que “o trabalhador deixa de estar (...) obrigado” pode propiciar o entendimento de que até então o trabalhador estava legalmente obrigado a permanecer disponível no seu período de descanso, o que, como vimos, não é verdade.

Ao falar do direito à desconexão, o que se pretende é referir a faculdade que o trabalhador tem de, fora do seu horário de trabalho<sup>3269</sup>, no seu período de descanso, se “desligar” dos dispositivos tecnológicos, de ignorar as solicitações profissionais, por forma a garantir o seu direito ao descanso e a usufruir plenamente da sua vida pessoal e familiar. Usando o estabelecido na definição, é o direito que o trabalhador tem a desconectar-se da sua vida profissional, a manter-se *offline* para a sua entidade empregadora.

Questiona-se: “tal como sendo encarado, o direito à desconexão constitui uma medida destinada a garantir a eficácia do atual quadro jurídico relativo ao tempo de trabalho, ou não será mais do que um novo instrumento dirigido a adaptar a organização do trabalho a uma nova realidade económica criada, de forma definitivamente inultrapassável, pelas TIC?”<sup>3270</sup>

### **3.2. O direito à desconexão: útil ou supérfluo perante o atual ordenamento jurídico laboral?**

Quanto à questão da (in)utilidade da consagração do direito à desconexão, as posições doutrinárias dividem-se, entendendo uns Autores que a sua previsão legal no atual ordenamento jurídico-laboral é supérflua, inclinando-se outros para a relevância de tal consagração.

---

<sup>3267</sup> Veja-se os projetos de lei do BE (552/XII), do PAN (640/XIII), do PEV (643/XIII), do PS (644/XIII) e os projetos de resolução do PCP (1085/XIII) e do CDS (1086/XIII), disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41478>.

<sup>3268</sup> Fernandes, F. L., 2017, p. 15.

<sup>3269</sup> A regra é que a situação de heterodisponibilidade do trabalhador é limitada pela figura do horário de trabalho. Mas há que reconhecer exceções. Há trabalhadores isentos de horário de trabalho, o que significa que não dispõem dessas tradicionais balizas. E a lei permite que, verificadas determinadas circunstâncias, o empregador possa ordenar ao trabalhador, para além do horário de trabalho, a prestação de trabalho suplementar.

<sup>3270</sup> Fernandes, F. L., 2017, p. 15.

Autoras como Maria do Rosário Palma Ramalho e Sónia Carvalho<sup>3271</sup> defendem que a consagração expressa no nosso ordenamento jurídico do direito à desconexão é desnecessária, esgrimindo-se com os argumentos de que o atual regime jurídico laboral é, desde que cumprido, suficiente para assegurar ao trabalhador o direito a desconectar-se. Nas palavras da primeira, “limitando-se a subordinação (e a inerente disponibilidade do trabalhador) ao horário de trabalho acordado no seu contrato de trabalho ou determinado pelo seu empregador, o direito ao repouso e o direito à conciliação entre a vida profissional e a vida privada e familiar (ambos consagrados na Constituição e na Lei) são, por si sós, fundamento bastante para que seja lícito ao trabalhador não atender o telefone ao empregador, nem responder a um email fora do seu tempo de trabalho”.

Por seu turno, Catarina de Oliveira Carvalho<sup>3272</sup> propugna que a previsão legal autónoma de um direito à desconexão não é supérflua, podendo ter “um papel importante em várias frentes”. Desde logo, sustenta que, tendo em conta a dicotomia assumida entre tempo de trabalho e período de descanso – que, como vimos, leva à qualificação pela maioria da jurisprudência nacional como período de descanso de longos períodos de disponibilidade –, “a regulação de um “direito de desligar” pode revelar-se um instrumento jurídico muito útil para fortalecer o alcance do direito ao repouso”. Também Pedro Afonso<sup>3273</sup> defende que o direito à desconexão é uma necessidade dos tempos atuais e que “a aprovação de legislação específica sobre esta matéria é inevitável e desejável”, realçando como um dos motivos para essa necessidade “a saúde física e psíquica dos trabalhadores”.

Antes de mais, cabe notar que a zona de conciliação destas teses será mais ampla do que, numa primeira análise, se afiguraria. Verdadeiramente, a ideia de que a lei defere ao trabalhador o direito ao descanso, e de que este pressupõe o direito a desconectar-se, em que assenta a primeira tese, também não é ignorada por esta última doutrina. Mas, enquanto os primeiros concluem que os preceitos legais existentes são suficientes para que o trabalhador efetivamente se desconecte, os segundos consideram o atual sistema laboral insuficiente *per se*, invocando, para atestar a sua insuficiência, as práticas laborais prevalentes, marcadas pela conexão permanente do trabalhador.

Vale por dizer: se as teses aludidas convergem no reconhecimento de que o trabalhador tem, perante o atual ordenamento jurídico, o direito a desconectar-se fora do tempo de trabalho, divergem, todavia, na resposta a dar se para garantir essa desconexão é suficiente a mera convocação do atual sistema laboral ou deve reconhecer

---

<sup>3271</sup> Posições expressas para o texto de Marinela Deus (Deus, 2019).

<sup>3272</sup> Deus, 2019.

<sup>3273</sup> Deus, 2019.

-se eventuais insuficiências deste na adaptação a esta nova realidade e a necessidade de reforçar o seu alcance, tornando-o mais visível.

Não será necessário particular esforço argumentativo para justificar que a aludida discussão em torno da (des)necessária consagração expressa do “direito à desconexão” do trabalhador ultrapassa o próprio comprometimento com tal solução concreta. Bem vistas as coisas, a discussão retratada é apenas parte de uma discussão maior que se traduz na abordagem de duas ordens de problemas: se o atual ordenamento jurídico-laboral é suficiente para regular os desafios da conexão permanente dos trabalhadores e, por outro lado, caso se conclua que não, se é com a consagração expressa do “direito à desconexão do trabalhador” que se garante uma efetiva desconexão profissional, ou se, diferentemente, a solução indicada é outra.

Assim, a discussão em torno de um “direito à desconexão” permite-nos alertar para a possibilidade de se concluir pela insuficiência do atual sistema jurídico-laboral e, simultaneamente, não aceitar o comprometimento com a solução que comumente se vem apresentando, o direito à desconexão, *qua tale*. Há que prosseguir indagando sobre qual é efetivamente a melhor solução para administrar os desafios gerados pela conexão permanente do trabalhador. É o que veremos de seguida.

---

### **3.3. O direito à desconexão do trabalhador ou um dever de não conexão do empregador?**

Como alerta Leal Amado<sup>3274</sup>, a eficácia prática do direito à desconexão é fortemente questionável pela consciencialização de que este acarreta um grande problema para a maioria dos trabalhadores, que é o de como exercer, realmente, tal direito num mundo de concorrência global e desenfreada. Como é que o trabalhador ousará desconectar-se numa época caracterizada pelo excesso de trabalho de muitos, mas também pelo desemprego de outros tantos?

No atual panorama laboral, a ousadia do trabalhador de desconectar-se pode acarretar ser “desligado” da empresa. E o receio da perda do emprego ou, em moldes distintos, a preocupação em manter em aberto todas as possibilidades para uma eventual progressão na carreira conduzem a que o trabalhador, mesmo contrariado, esgotado, sem tempo para si e para os seus, jamais ouse desconectar-se. É um “luxo” ao qual não poderá dar-se.

Compreende-se, pelo exposto, que o citado autor refira que dúvidas existem quanto à conveniência de reconhecer ao trabalhador um novo direito, o chamado direito à desconexão profissional. A este propósito, realça ainda que:

---

<sup>3274</sup> Amado, 2017, p. 121.

“A desconexão, cremos, não é verdadeiramente um direito. O direito aqui em causa é, sim, tal como se consagra na CRP, o direito ao repouso e aos lazeres, ao descanso semanal, a férias periódicas, à limitação da jornada de trabalho... Mais do que como *direito*, a desconexão surge, assim, como o *efeito* natural da limitação da jornada de trabalho, isto é, do balizamento do tempo de trabalho através da definição do horário de trabalho de cada trabalhador”<sup>3275</sup>.

As palavras de Leal Amado são certas e nestas se reconhece similitude com a posição defendida por Rosário Palma Ramalho. Parece-nos perfeita a formulação do autor quando sublinha que a desconexão não deve ser tratada verdadeiramente como um novo direito, mas como o efeito natural do bloco normativo atual referente à limitação do tempo de trabalho e à consagração de períodos de descanso. Como notámos, o nosso ordenamento jurídico estabelece limites à duração da jornada de trabalho e contempla um período de descanso no qual o empregador deve abster-se de fazer qualquer solicitação no exercício do seu poder de direção, sendo, por regra, vedado qualquer intento de prolongar, direta ou indiretamente, para além daqueles limites, a subordinação jurídica do trabalhador<sup>3276</sup>. Ora, o período de descanso reconhecido por lei ao trabalhador deve corresponder, na prática, “a um período de *do not disturb* patronal! Um período, pois, em que o trabalhador deve ser deixado em paz pelo empregador, para descansar ou para se dedicar, livremente, a outras dimensões da sua vida”<sup>3277</sup>. E, na esteira de Leal Amado, concordamos que:

“Não é sobre o trabalhador que recai o ónus de colocar o dístico *do not disturb!* na porta do seu quarto, assim exercendo um qualquer “direito à desconexão profissional” (ao jeito de um *buzz off!* dirigido ao empregador). Pelo contrário, a obrigação de não perturbar, de não incomodar, recai sobre a empresa. O trabalhador goza, assim, de um “direito à não conexão” (dir-se-ia: de um *right to be let alone*) por parte da empresa, de um *do not disturb!* resultante do contrato de trabalho e da norma laboral aplicável”<sup>3278</sup>.

Assim, o período de descanso do trabalhador, para o ser verdadeiramente, deve equivaler a um tempo de desconexão profissional<sup>3279</sup>. E se as normas referentes à limitação do tempo de trabalho e à contemplação de períodos de descanso são, por si sós, suficientes para que o trabalhador, no seu período de descanso, ignore as interpelações

---

<sup>3275</sup> Amado, 2017, p. 122. Itálico do autor.

<sup>3276</sup> Assim, Pereira, 2018, p. 132.

<sup>3277</sup> Amado, 2017, p. 123.

<sup>3278</sup> Amado, 2017, p. 123.

<sup>3279</sup> Amado, 2017, p. 123. Sem prejuízo, como é óbvio, do tempo de desconexão poder ser sacrificado em situações pontuais, de emergência, força maior, etc. Situações que terão sempre de ser excecionais e devidamente justificadas, nunca a prática rotineira da empresa.

do empregador, desconectando-se, a prática demonstra que o trabalhador não o ousará fazer devido aos receios aludidos, que inibem a sua liberdade de autodeterminação e o impedem de exercer tais faculdades. É preciso subtrair tais angústias ao trabalhador e garantir-lhe um tempo efetivamente de desconexão, o que só acontecerá se as atenções forem dirigidas, essencialmente, ao comportamento invasivo do empregador. Só será possível garantir um tempo de desconexão se o empregador perceber que, depois de definido o período de descanso do trabalhador, ele há de ser observado. Que o que resulta da lei não é só a obrigação de organizar a duração da atividade laboral de forma a garantir um número mínimo de horas, teoricamente, de descanso do trabalhador, mas é preciso respeitar efetivamente esse tempo, nomeadamente, evitando condutas que visem a intromissão desse.

Mas há ainda um outro obstáculo que se pode apontar à eficácia da conveniência de reconhecer ao trabalhador um novo “direito à desconexão”. Não pode ficar aquém desta discussão a possibilidade de a mesma poder contribuir para criar a convicção – ou reforçar o que parece ser uma ideia enraizada – de que a ingerência do empregador, através de meios tecnológicos, no período de descanso do trabalhador, é legítima e só carece de ser regulada e limitada. Uma discussão nestes termos pode descentralizar a questão da esfera em que se deveria colocar, e que justificou tal discussão em primeiro lugar, que é o desrespeito por parte da entidade empregadora das normas legais referentes à duração e organização do tempo de trabalho<sup>3280</sup>.

Cremos que não seria eficaz – sob qualquer destes pontos de vista – uma solução legal que se cingisse à proclamação de um “direito à desconexão do trabalhador”. A realidade evidencia que, mais do que reforçar a posição do trabalhador nesta matéria, é o comportamento do empregador que merece especial atenção.

Se, conforme aludido, o período de descanso coloca o sujeito trabalhador num domínio de liberdade, em que há, por regra, uma suspensão dos poderes de direção e de controlo da entidade empregadora e da correlativa subordinação jurídica do trabalhador, pode dizer-se que o ónus pela não perturbação desse período e a garantia dessa efetiva suspensão se transfere, em grande medida, para o empregador. É este que, com as suas solicitações constantes, nomeadamente através das NTIC, prolonga os seus poderes e a subordinação do trabalhador para além do tempo de trabalho, impedindo o trabalhador de viver o seu período de descanso, mas, importa vincá-lo, está em condições de não o fazer.

Dir-se-á que, muitas vezes, é o próprio trabalhador a levar, voluntariamente – leia-se, sem que haja uma ordem expressa do empregador nesse sentido –, trabalho para casa. Ressalve-se que isto acontece devido à tendência de o próprio meio empresarial onde o

---

<sup>3280</sup> Neste sentido, CGTP-IN, 2017.

trabalhador se insere incutir naquele as ideias de concorrência desfreada, de uma cultura de urgência, que ninguém é insubstituível e que o mérito se reduz aos objetivos atingidos. O facto de o trabalhador assentir na prolongação da sua subordinação para além das balizas temporais da jornada de trabalho não dilui, contudo, a responsabilidade do empregador, nomeadamente, de assegurar que no seu seio empresarial não se incutem, direta ou indiretamente, tais ideias ao trabalhador, que se destinam exclusivamente a conseguir uma “servidão voluntária”<sup>3281</sup> deste, e que o obriguem, para serem realizáveis, a abdicar dos direitos que lhe são contemplados.

Se é certo que é a preocupação do trabalhador em manter o seu trabalho e a dependência económica que se lhe associa que impelem à sujeição aos ditames do empregador muito para além dos limites da duração da jornada de trabalho, pode, todavia, dizer-se que o cerne do problema – e, por inerência, da solução – da conectividade permanente está, precisamente, no comportamento do empregador, a quem são reconhecidos poderes para modelar essa realidade.

Assim, não cremos que resulte afastada a conclusão em que assentamos, a de que ao trabalhador falecem os poderes necessários para modelar as condições laborais que lhe vêm sendo impostas, salvaguardando o respeito pelo seu período de descanso, mas tal é alcançável transferindo-se a responsabilidade para o empregador, por garantir que esse período corresponde efetivamente a um período de desconexão profissional.

É, portanto, sobre o empregador que recairá um “dever de não conexão profissional”<sup>3282</sup> fora do tempo de trabalho<sup>3283</sup>.

E, embora se consiga reconhecer implicitamente este dever no atual ordenamento jurídico laboral, sem que para isso se exija grande arrojado interpretativo, cremos que o desafio da conexão permanente – que é novo, ou, pelo menos, não se colocava, aquando da regulação da matéria do tempo de trabalho, nos mesmos moldes e com a mesma premência<sup>3284</sup> – exige uma resposta específica, clara, e bem direcionada. E, ainda, não ficar dependente das capacidades interpretativas dos sujeitos laborais quanto a normas excessivamente genéricas, como as que preveem o descanso do trabalhador, e sem força para garantir a sua efetividade quando confrontados com mudanças de panorama, como o que abordamos.

Parece-nos que Direito do Trabalho pode – e quiçá, deve – dar previsão expressa ao dever de não conexão do empregador. A ideia-chave consiste, a nosso ver, em disciplinar o comportamento invasivo do empregador, reforçando que este deve abster-

---

<sup>3281</sup> Moreira, T. C., 2016d, p. 28.

<sup>3282</sup> Pereira, 2018, p. 141, advoga que o art. 170.º, n.º 1, “já consagra entre nós um dever de desconexão do empregador, ainda que limitado (...) aos ‘teletrabalhadores’”.

<sup>3283</sup> Assim, Amado, 2017, p. 123.

<sup>3284</sup> Assim, Santos & Pereira, 2017, p. 105.

se de perturbar o trabalhador no seu período de descanso, designadamente através das NTIC, e realçando quais as sanções que lhe poderão ser aplicadas quando o desrespeite.

Acreditamos que a solução para a desconexão só será verdadeiramente eficaz se assentar não tanto num “direito à desconexão do trabalhador”, mas antes num “dever de não conexão do empregador”. Certo é que, com isto, não queremos dizer que a mesma se conquista com a consagração isolada desse dever. É imprescindível para o sucesso de qualquer medida adotada nesta matéria admitir certa parte de responsabilidade ao trabalhador.

### **3.4. O sucesso da desconexão: corresponsabilidade do empregador e do trabalhador**

O desafio da conexão permanente é relativamente novo, mas o tempo que se lhe reconhece foi o suficiente para se perceber que o atual ordenamento jurídico-laboral não está a ser capaz de conter esta nova realidade e, bem assim, evitar as suas consequências, pelo que desespera por uma resposta do Direito do Trabalho.

Entendemos que a solução para este desafio não deve passar pela consagração isolada de um novo “direito à desconexão do trabalhador” ou de um “dever de não conexão da entidade empregadora”. É preciso reconhecer que tanto o trabalhador como o empregador têm a sua parte de responsabilidade no sucesso de qualquer medida destinada a garantir a desconexão profissional. Falamos de corresponsabilidade<sup>3285</sup>.

O capítulo anterior permitiu-nos concluir que o reconhecimento expresso de um “direito à desconexão do trabalhador” é algo despiciendo se não lhe corresponder o dever do empregador de se abster de proporcionar essa conexão.

Compreende-se, por isso, que a solução a adotar para evitar situações de conexão permanente deve partir da necessidade de regular a posição da entidade empregadora e de realçar a sua responsabilidade em assegurar uma efetiva desconexão do trabalhador fora do tempo de trabalho, mas ter presente que qualquer medida ficará comprometida se não refletir a importância de valorizar, igualmente, a responsabilidade do trabalhador para que a desconexão seja real.

Assim, importa consagrar expressamente, no nosso ordenamento jurídico, o dever do empregador de se abster de perturbar, independentemente do meio que lhe subjaz, o trabalhador com solicitações profissionais no seu período de descanso, dotando-se o sistema laboral de uma resposta inequívoca e direcionada à raiz do problema, que é o comportamento disruptivo, em relação às normas legais, do empregador.

---

<sup>3285</sup> Neste sentido, Mettling, 2015. Também González Cobaleda, 2016, p. 280.



Porém, para garantir uma implementação exequível do dever de não conexão da entidade empregadora, urge que o sistema laboral refira a necessidade de adoção, em cada empresa, de medidas de prevenção e de garantia de cumprimento do dito dever. É de evitar, a este propósito, a criação de normas com imposições fechadas dirigidas à entidade empregadora quanto à forma de efetivar este seu dever. Será, no entanto, útil que a lei preveja, a título meramente enunciativo, alguns dos mecanismos que as empresas – diga-se, com a participação das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores – poderão adotar, atendendo às suas especificidades, de forma a garantirem o cumprimento deste seu dever<sup>3286</sup>. Referimo-nos, por exemplo, a: separação dos endereços de *email* e dos números de telefone pessoais e profissionais dos trabalhadores; ações de formação e sensibilização relativas ao uso adequado das NTIC e às consequências do seu uso excessivo e permanente, com incidência nos problemas de saúde e segurança dos trabalhadores; ou a configuração de dispositivos eletrónicos que bloqueiem os *emails* ou chamadas destinados aos trabalhadores durante o seu período de descanso<sup>3287</sup>. Imprescindível é, também, sob pena de o dito dever se esvaziar de efetividade, prever as medidas sancionatórias pelo seu incumprimento. Parece-nos adequada a aplicação de uma eventual contraordenação laboral.

Todavia, e como começamos por referir, para que a desconexão seja efetiva, o dever imposto ao empregador deve ser acompanhado de uma conduta convergente do trabalhador. Não pode ser-se ingénuo ao ponto de crer que a eficácia da desconexão profissional fora da jornada de trabalho é da inteira responsabilidade da entidade empregadora – embora se reconheça que assim o seja em grande medida –, isso seria ignorar o facto de serem os próprios trabalhadores, por vezes, a teimar em permanecer conectados, quando todas as indicações e condutas do empregador são em sentido contrário. Assim, e por muito diligente que seja a entidade empregadora nas medidas adotadas para garantir a desconexão, de nada servirão se o trabalhador recusar a desconectar-se.

É, assim, vital acentuar a necessidade de o trabalhador se desconectar da vida profissional no seu período de descanso. É preciso educá-lo no sentido da importância de viver efetivamente o seu período de descanso, o que se pode concretizar através de ações de formação e sensibilização para o uso excessivo e permanente das NTIC, com particular ênfase nas consequências para o próprio trabalhador, bem como para toda a

---

<sup>3286</sup> Assim, Mettling, 2015, p. 21; Triclin, 2016, pp. 325-328.

<sup>3287</sup> Veja-se, por exemplo, o acordo celebrado num estabelecimento do grupo *Volkswagen*, em que, prevendo-se um período de tréguas nas comunicações da empresa para os telemóveis dos trabalhadores, se suspendeu a conectividade entre as 18:15h de um dia e as 7h do dia seguinte. Ou o implementado pela Daimler-Benz, que programou a destruição automática dos *emails* recebidos pelos trabalhadores depois de uma determinada hora e durante os períodos de suspensão do contrato de trabalho (férias, doença) e a complementou com o redireccionamento da mensagem para um contacto disponível na empresa, graças à instalação de uma aplicação chamada “Mail Holiday”.

comunidade empresarial, resultantes do desrespeito pelo próprio do seu tempo de descanso. Só um trabalhador que não esteja consciente das implicações das suas condutas, para si e para os que o rodeiam, é que recusará desconectar-se.

Em suma, a solução para a desconexão revela tanto uma educação individual, como uma regulação ao nível da empresa.

Acreditamos que a solução para garantir que o período de descanso corresponde efetivamente a um período de desconexão profissional deve assentar numa corresponsabilidade do empregador e do trabalhador. Só uma partilha de responsabilidades pode ser eficaz: responsabilizar o empregador pela não conexão, bem como pela adoção, no seio organizacional, de medidas destinadas a garantir aquela e a efetiva aplicação dessas; e responsabilizar o trabalhador pela sua desconexão<sup>3288</sup>, desde logo, cumprindo as medidas implementadas e vivendo de forma consciente o seu tempo de descanso.

### **3.5. O desrespeito da entidade empregadora pelo descanso do trabalhador: assédio moral?**

A violação pelo empregador do período de descanso do trabalhador, com interpelações constantes através de *emails* ditos urgentes, chamadas telefónicas inadiáveis, a solicitar ininterruptas prestações profissionais, no entender de diferente doutrina<sup>3289</sup>, não deixa de poder redundar numa prática de assédio moral, prevista e proibida nos termos do art. 29.º do CT.

Como teve já oportunidade de escrever Leal Amado, “é verdade que o assédio constitui, ainda hoje, um conceito juridicamente fluido e impreciso, podendo traduzir-se em comportamentos muito diversificados”<sup>3290</sup>. Mas, e perante a amplitude de tal previsão legal, cremos que não restam grandes dúvidas sobre o facto de a conduta aludida do empregador, de violação do período de descanso do trabalhador, se traduzir num comportamento indesejado praticado no trabalho e que tem como efeito – ainda que, quiçá, não como objetivo – perturbar o trabalhador, afetando, desde logo, a sua dignidade<sup>3291</sup>, a qual pode, portanto, constituir assédio.

A figura do assédio, e o enquadramento da conduta do empregador nesta, é de importância inegável para o trabalhador. Na ausência de consagração expressa do dever de o empregador não importunar o trabalhador no seu período de descanso, e tendo em

---

<sup>3288</sup> É de reconhecer que há situações excecionais, como a isenção de horário de trabalho, que dificultam a desconexão do trabalhador. A este propósito, Deus, 2019.

<sup>3289</sup> A título de exemplo, Amado, 2017, p. 125.

<sup>3290</sup> Assim, e para mais desenvolvimentos sobre os diversificados comportamentos em que o assédio se pode traduzir, Amado, 2019.

<sup>3291</sup> Questiona Moreira, T. C., 2016c, p. 219, se “não será a política de ter de estar constantemente *online*, de não poder usufruir do necessário descanso e repouso, um atentado à dignidade humana dos trabalhadores?”.

conta o atual sistema laboral, é talvez a “luz ao fundo do túnel” para que o trabalhador veja o empregador ser sancionado pelo seu comportamento.

Mas, e embora se possa dizer que, com uma eventual consagração do referido dever, a conduta do empregador não precisaria de ser integrada na figura do assédio, porque configuraria imediatamente uma violação desse dever por si só, certo é que o mais provável é que se sancione apenas a violação de tal dever pelo empregador com a aplicação de uma contraordenação laboral. E, neste caso, subsumir a conduta do empregador ao assédio continuaria a ser valioso, pois o principal mérito da figura consiste, precisamente, em que ela permite ampliar a tutela da vítima<sup>3292</sup>, “ligando entre si factos e circunstâncias que isoladamente considerados pareciam de pouca monta”<sup>3293</sup>. A prática de assédio confere à vítima o direito de indemnização nos termos gerais, além de constituir uma contraordenação muito grave. Tutela à qual acresce o facto de o assédio moral configurar um risco psicossocial e, na esteira de Ana Cristina Costa<sup>3294</sup>, ser discutível o ressarcimento dos seus danos ao abrigo do regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. Sempre se dirá que subsumir a conduta do empregador à figura do assédio moral é inegavelmente um ato de proteção do trabalhador.

E, se é certo que o reconhecimento expresso do “dever de não conexão do empregador” reforça a proteção do trabalhador, em especial nos casos em que não há assédio moral, também pode contribuir para densificar tal conceito, tornando-o mais visível. Não se pode negar que a inserção de tais condutas do empregador no assédio não depende de qualquer alteração legislativa, mas os seus contornos, nem sempre nítidos, poderiam ser realçados ao abrigo da consagração explícita deste dever.

---

<sup>3292</sup> A Lei n.º 73/2017, de 16/08, através de pontuais alterações ao CT e ao CPT, veio reforçar o quadro legislativo para a prevenção da prática de assédio, estabelecendo diversos mecanismos de intensificação da tutela das vítimas de assédio.

<sup>3293</sup> Gomes, 2014, p. 121.

<sup>3294</sup> Costa, 2010, pp. 103-158 e, mais recentemente, Costa, 2017, pp. 281-314.

## 4. Conclusão

Em jeito de síntese conclusiva, e considerando as preocupantes consequências mencionadas e outras de que, porventura, não se tenha dado notícia, da conexão permanente dos trabalhadores, bem como a inegável ausência de resposta específica do ordenamento jurídico laboral para estas novas realidades laborais – que mais não são do que um verdadeiro recuo à força imperativa e às preocupações axiológicas subjacentes das leis do trabalho, especialmente as referentes à limitação do tempo de trabalho e à inerente necessidade de preservação de períodos de descanso – acreditamos que é necessário – diga-se, até, urgente – revitalizar o Direito de Trabalho, redesenhando-o de forma a adaptar-se a estas novas práticas laborais.

A nossa sugestão é a de que seria oportuna a expressa consagração, na norma reservada no CT ao período de descanso, de um dever do empregador de se abster de, durante aquele período, fazer qualquer solicitação de natureza profissional ao trabalhador por qualquer meio, designadamente através dos novos meios tecnológicos. E, ainda, atendendo a que são as empresas de média e grande dimensão os destinatários preferenciais ou prioritários da aplicação deste instituto, e à necessidade de implementar eficazmente um freio à utilização das NTIC para além da jornada de trabalho, cremos que será adequada a aplicação de eventual contraordenação muito grave em caso de violação deste dever pelo empregador.

Mas também será de realçar a responsabilidade do trabalhador na garantia da desconexão, por exemplo, reforçando que o período de descanso é essencial para garantir a sua segurança e saúde, pelo que deve ser efetivamente um tempo de desconexão profissional. E, de modo a garantir efetividade a estas medidas, é também importante promover o papel das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores na determinação, com a entidade empregadora, das medidas a adotar em cada empresa para garantir a desconexão profissional, bem como reforçar os poderes da ACT para a fiscalização das condições de trabalho e do cumprimento do normativo laboral aplicável, e para o processamento das contraordenações laborais<sup>3295</sup>.

Admitir a necessidade de uma alteração expressa no ordenamento jurídico-laboral que cuide desta nova realidade é ter presente que, como diz o sábio ensinamento de Lacordaire, “entre fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

---

<sup>3295</sup> Assim, Pereira, 2018, p. 140.

## Bibliografia

- AMADO, J. L. (2014). *Contrato de trabalho*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J. L. (2017). Tempo de trabalho e tempo de vida: Sobre o direito à desconexão profissional. In Roxo, M. M. (coord.). *Trabalho sem fronteiras? O papel da regulação*, pp. 113-127. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. L. (2019). O assédio no trabalho. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 24. Retirado de <http://boletim.oa.pt/project/set19-o-assedio-no-trabalho/>.
- BAPTISTA, A. M. (2002). Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de “terceiro tipo”. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1, pp. 29-53.
- BAPTISTA, A. M. (2003). Tempos de trabalho e de não trabalho. In Moreira, A. (coord.). *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 177-191. Coimbra: Almedina.
- BARROS, C. (2017). Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje. In Roxo, M. M. (coord.). *Trabalho sem fronteiras? O papel da regulação*, pp. 141-157. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C. O. (2006). A regulamentação nacional do tempo de trabalho e o direito comunitário: Omissões e incompatibilidades. *Questões Laborais*, n.º 27, pp. 33-59.
- CARVALHO, C. O. (2017a). Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional. In *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, vol. I., pp. 279-313. Lisboa: NovaCausa – Edições Jurídicas.
- CARVALHO, C. O. (2017b). O impacto da jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales – Lex Social*, Monográfico 1, pp. 211-243.
- CARVALHO, C. O. & COSTA, A. C. R. (2015). Statu quo y nuevas estrategias de prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo en Portugal. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de vida en el Trabajo. Nuevas Estrategias en Prevención de Riesgos Psicosociales en el trabajo – Experiencias comparadas*, pp. 142-172. Retirado de <https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjR44CHOI7pAhUOzYUKHU7VCYoQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.observatorioriesgospsicosociales.com%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpublicaciones%2FAnuario%2520Internacional%25202015.pdf&usg=AOvVaw3WoR4FiZSMxy9NSiXRAyZl>.
- CASTRO, C. S. (2018). Novas tecnologias e relação laboral – Alguns problemas: Tratamentos de dados pessoais, novo regulamento geral de proteção de dados e direito à desconexão. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, pp. 271-299.
- CGTP-IN (2017). A desconexão profissional acentua a desregulação profissional. Retirado de <http://www.cgtp.pt/informacao/comunicacao-sindical/11156-a-desconexao-profissional-acentua-a-desregulacao-laboral>.
- COSTA, A. C. R. (2010). O ressarcimento dos danos decorrentes do assédio moral ao abrigo dos regimes das contingências profissionais. *Questões Laborais*, n.º 35-36, pp. 103-158.
- COSTA, A. C. R. (2012). O acto suicida do trabalhador – A tutela ao abrigo dos regimes das contingências profissionais. *Questões Laborais*, n.º 40, pp. 203-251.

COSTA, A. C. R. (2017). Revisitando o assédio e o caminho para o seu enquadramento no regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 281-314.

DEUS, M. (2019). O direito à “desconexão”. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 24. Retirado de <http://boletim.oa.pt/project/set19-em-debate-direito-a-desligar/>.

DOMINGOS, M. A. (2007). Algumas questões relacionadas com o conceito de acidente de trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 76-77-78, pp. 38-61.

EUROFOUND & INTERNACIONAL LABOUR OFFICE (2017). *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Retirado de <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>.

FERNANDES, A. M. (2018). O regime do trabalho suplementar. In *Escritos de direito do trabalho*, pp. 169-183. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, F. L. (2006). Sobre o conceito de tempo de trabalho no Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 27, pp. 135-137.

FERNANDES, F. L. (2012). Um breve olhar sobre a Diretiva n.º 2003/88/CE relativa à organização do tempo de trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 93, pp. 101-121.

FERNANDES, F. L. (2017). Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação: *Exhausted but unable to disconnect*. *Questões Laborais*, n.º 50, pp. 7-17.

FERNANDES, F. L. (2018a). Tempo de trabalho e tempo de descanso. In Ramalho, M. R. P. & Moreira, T. C., (coord.). *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 11-23. Lisboa: AAFDL Editora.

FERNANDES, F. L. (2018b). *O trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Universidade do Porto – Reitoria. Retirado de [https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiUkdfqiJDpAhUJxYUKHbtOBuAQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fdeposito-aberto.up.pt%2Fbitstream%2F10216%2F111840%2F2%2F264530.pdf&usg=AOvVaw2SNdAF5iE1t72ozJIuEU\\_k](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiUkdfqiJDpAhUJxYUKHbtOBuAQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fdeposito-aberto.up.pt%2Fbitstream%2F10216%2F111840%2F2%2F264530.pdf&usg=AOvVaw2SNdAF5iE1t72ozJIuEU_k).

GOMES, J. (2013). *O acidente de trabalho. O acidente de trabalho in itinere e a sua descaracterização*. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, J. (2014). Algumas observações sobre o *mobbing* nas relações de trabalho subordinado. In *O assédio no trabalho*, pp. 109-126. Centro de Estudos Judiciários. Retirado de [https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwix8rjYx43pAhXb6OAKHYMZBuYQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.mj.pt%2Fcej%2Frecursos%2Fbooks%2Ftrabalho%2Fo\\_assedio\\_trabalho.pdf&usg=AOvVaw3JUu7i4IbidCFilNaEYT9A](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwix8rjYx43pAhXb6OAKHYMZBuYQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.mj.pt%2Fcej%2Frecursos%2Fbooks%2Ftrabalho%2Fo_assedio_trabalho.pdf&usg=AOvVaw3JUu7i4IbidCFilNaEYT9A).

GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2016). Nuevas tecnologías, tempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo*, pp. 261-283. Retirado de

[https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode\\_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90).

KAJTÁR, E. & MESTRE, B. (2016). Redes sociais e o direito à privacidade dos trabalhadores na fase pré-contratual: Algumas questões e considerações comparativas. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 219-244.

LEITÃO, L. M. (2019). *Direito do trabalho*, 6.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MAIOR, J. L. S. (2003). Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, n.º 23, pp. 296-313. Campinas, Brasil.

MARTINEZ, P. R. (2017). *Direito do trabalho*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINS, J. Z. (2017). Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2, pp. 209-247.

METTLING, B. (2015). *Transformation numérique et vie au travail*. Retirado de <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>.

MOREIRA, M. M. G. (2013). O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar – Algumas considerações. *Questões Laborais*, n.º 41, pp. 131-172.

MOREIRA, T. C. (2010). A privacidade dos trabalhadores e o controlo eletrónico da utilização da *Internet*. *Questões Laborais*, n.º 35-36, pp. 23-82.

MOREIRA, T. C. (2011). Controlo do correio eletrónico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de fevereiro de 2010. *Questões Laborais*, n.º 34, pp. 219-224.

MOREIRA, T. C. (2015). *To be or not to be digital*: O controlo das redes sociais *online* dos candidatos no processo de recrutamento. In *Para Jorge Leite – Escritos jurídico-laborais*, pp. 625-645. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, T. C. (2016a). Até que o *Facebook* nos separe: Análise dos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de setembro de 2014. In *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. II, pp. 175-191. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. C. (2016b). Algumas questões sobre trabalho 4.0. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 245-264.

MOREIRA, T. C. (2016c). Novas tecnologias: Um admirável mundo novo do trabalho? In *Estudos de Direito do Trabalho*, pp. 191- 230. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. C. (2016d). As novas tecnologias de informação e comunicação. In *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. II, p. 28. Coimbra: Almedina.

MOREIRA, T. C. (2016e). O direito à desconexão dos trabalhadores. *Questões Laborais*, n.º 49, pp. 7-28.

MOREIRA, T. C. (2018). Algumas considerações sobre a admissibilidade probatória dos ilícitos disciplinares de trabalhadores detetados através de sistemas de videovigilância: anotação

ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07 de dezembro de 2018. *Questões Laborais*, n.º 53, pp. 163-184.

MOREIRA, T. C. (2020). A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar e as NTIC. Retirado de [http://cite.gov.pt/pt/acite/concretizar\\_igualdade\\_007.html](http://cite.gov.pt/pt/acite/concretizar_igualdade_007.html).

MORGADO, P. (2017). Impacto do trabalho na saúde mental – Uma perspetiva do século XXI. In Roxo, M. M. (coord.). *Trabalho sem fronteiras? O papel da regulação*, pp. 129-139. Coimbra: Almedina.

PEQUENINO, K. (2018). Telemóvel e computador da empresa fazem portugueses levar trabalho para casa. *Jornal Público Online*. Retirado de <https://www.publico.pt/2018/11/19/tecnologia/noticia/portugal-segundo-pais-leva-trabalho-casa-1851599>.

PEREIRA, D. A. (2018). Há vida para além do trabalho: Notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional. *Questões Laborais*, n.º 53, pp. 129-148.

RAY, J. E. (1999). Les astreintes, un temps du troisième type: A propos de l'arrêt M.Taxis/Sté Brink's, Cass. Soc. 9 décembre 1998. *Droit Social*, n.º 3, pp. 250-254.

RAY, J. E. (2002). Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle. *Droit Social*, n.º 11, pp. 939-944.

RAY, J. E. (2010). D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail. *Droit Social*, n.º 1, pp. 3-20.

RAY, J.E. (2015). Qualité de vie et travail de demain. *Droit Social*, n.º 2, pp. 148-154.

RAY, J. E. (2016). Grande accélération et droit à la déconnexion. *Droit Social*, n.º 11, pp. 912-920.

RAY, J.E. & BOUCHET, J.P. (2010). Vie professionnelle, vie personnelle et TIC. *Droit Social*, n.º 1, pp. 44-55.

RIBEIRO, M. F. (2006). Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime de duração e organização do tempo de trabalho. *Questões Laborais*, n.º 28, pp. 119-240.

ROCHA, T. (2018). Algumas considerações sobre o conceito de tempo de trabalho, em especial sobre o tempo de deslocação. *Questões Laborais*, n.º 52, pp. 33-74.

ROTA, A. (2016). El debate europeo sobre el derecho a la desconexión en las relaciones de trabajo. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el Trabajo*, pp. 287-306. Retirado de [https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode\\_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90).



ROUXINOL, M. S. (2008). *A obrigação de segurança e saúde do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.

ROUXINOL, M. S. (2017). A promoção da segurança e saúde no trabalho no âmbito da Administração Pública à luz da legislação nacional, comunitária e internacional. In *Direito do trabalho na administração pública*, vol. 1, pp. 87-105. Centro de Estudos Judiciários.

ROUXINOL, M. S. & VICENTE, J. N. (2019). Duração e organização do tempo de trabalho. In Amado, J. L., et al., *Direito do trabalho: Relação individual*, pp. 573-656. Coimbra: Almedina.

SANTOS, J. D. C. & PEREIRA, R. (2017). Direito à desconexão digital. In *Atas do Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais “O Direito do Trabalho e as Empresas: Novos Desafios, Novas Soluções?”*. Instituto Politécnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, pp. 97-109. Retirado de [https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjaw8yzo47pAhVWD2MBHXxAAFoQFjABegQIARAB&url=http%3A%2F%2Ficije.ipleiria.pt%2Ffiles%2F2018%2F01%2Fatas\\_CICJE\\_2017.pdf&usg=AOvVaw27qG23ReuxdtnQBUEfUbTS](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjaw8yzo47pAhVWD2MBHXxAAFoQFjABegQIARAB&url=http%3A%2F%2Ficije.ipleiria.pt%2Ffiles%2F2018%2F01%2Fatas_CICJE_2017.pdf&usg=AOvVaw27qG23ReuxdtnQBUEfUbTS).

SOUSA, P. F. & MOREIRA, F. N. (2018). O tempo de disponibilidade do trabalhador – Perspetiva laboral, fiscal e contributiva. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 195-215.

SUPIOT, A. (2000). Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, n.º 2, pp. 131-145.

SUPIOT, A. (2016). *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

TRICLIN, A. (2016). La experiencia francesa del derecho a la desconexión. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el Trabajo*, pp. 311-337. Retirado de [https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode\\_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90](https://www.google.co.uk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjQlbWIoY7pAhW18uAKHdC4DRIQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fnode_gallery%2FGaler-a%2520Publicaciones%2FAnuario2016%2520WEB.pdf&usg=AOvVaw2g2foqARc4c8uL6kvpLI90).

VICENTE, J. (2019). A atividade contratada. In Amado, J. L., et al., *Direito do trabalho: Relação individual*, pp. 331-355. Coimbra: Almedina.

VILAR, A. (2006). Tempo de trabalho – Quando o trabalhador permanece adstrito à realização da prestação, mas não está a desempenhar a atividade. In Moreira, A. (coord). *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 133-144. Coimbra: Almedina.

XAVIER, B. G. L. (2018). *Manual de direito do trabalho*, 3.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Rei dos Livros.

**Criminalização da recusa de  
vacinação a filho menor**

---

Mariana da Silva Cunha

Sob a orientação da  
Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria

---

Aos meus pais e à minha irmã.

---

“Life or death for a young child too often depends on whether he or she is born in a country where vaccines are available or not.”

- *Nelson Mandela*

## **Agradecimentos**

Um especial agradecimento aos meus pais, por todo o apoio incondicional, e à minha irmã, que me incentivou para a escolha deste tema.

À Vanessa, a primeira a relembrar-me de que eu sou capaz, quando eu própria me esqueço.

Ao Cláudio, por respeitar o meu espaço, silêncio e tempo.

À Catarina, cujas palavras de incentivo trago sempre comigo.

E a todos aqueles que torceram por mim, mesmo sem o verbalizar.

Por último, mas não menos importante, deixo o meu sincero agradecimento à minha orientadora, *Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria*, por me ter transmitido calma e confiança, por me manter motivada durante o processo de escrita, e por ter estado sempre disponível, com toda a sua amabilidade, nas alturas em que necessitei de orientação.

---

## **Resumo**

A presente dissertação propõe-se a analisar a possibilidade de criminalizar a recusa dos pais em vacinar os filhos menores, no nosso ordenamento jurídico. Começamos por fazer a contextualização histórica do aparecimento das vacinas, e referimos a polémica causada pelo estudo de A. Wakefield, que foi o principal responsável pelo fenómeno de “hesitação vacinal”, à escala mundial, e que se mantém até aos dias de hoje.

No capítulo seguinte, questionamos a legitimidade de criminalizar a recusa, centrando-se a nossa análise sobre dois pontos fundamentais: saber se o bem jurídico protegido pela incriminação é dotado de “dignidade penal”, e saber se a tutela desse bem pode ser eficazmente garantida através da aplicação de sanções menos gravosas do que as penais. Discutimos ainda a necessidade de criação de uma nova norma que tipifique a recusa como crime, uma vez que o nosso Código Penal já prevê, no seu artigo 283.º, o crime de propagação de doença contagiosa. Em ordem a saber se a recusa pode ser abrangida por este artigo, estudamos a estrutura do seu tipo incriminador, com particular incidência no elemento objetivo que o integra.

De seguida, optámos por enquadrar a recusa nos crimes de perigo abstrato, uma vez que a omissão de vacinar representa um perigo quer para a criança, quer para a comunidade onde se insere, ainda que de modo abstrato (não concreto). Parte da doutrina coloca reticências à consagração deste tipo de crimes, que entendem constituir uma tutela demasiado avançada do bem jurídico, suscitando o problema da sua constitucionalidade. Por fim, damos nota de algumas das medidas adotadas por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, para reagir à recusa parental de administração de vacinas, avaliando a sua praticabilidade e adequação aos casos em concreto.

---

**Palavras-chave:** recusa; vacinação; pais; menor; perigo; criminalização.

## **Abstract**

This dissertation proposes to analyze the possibility of criminalizing parental refusal of childhood vaccines, in our legal system.

We begin by making a historical contextualization on the emergence of vaccines, and refer the controversy caused by A. Wakefield's study, which was primarily responsible for the worldwide phenomenon of “vaccine hesitancy”, and still holds to this day.

In the following chapter, we question the legitimacy of refusal criminalization, focusing our analysis on two fundamental points: whether the legal interest protected by criminal offense is endowed with “criminal dignity”, and whether the protection of that legal interest can be effectively achieved through sanctions of a less severe nature than criminal ones.

We also discuss the need to create a new norm that defines refusal conduct as a crime, since our Penal Code, in its article 270, provides for the crime of propagation of contagious disease. In order to know if the refusal can be covered by this article, we study the structure of its incriminating type, with special focus on the objective element that integrates it.

We then chose to frame refusal in the category of abstract danger crimes, since vaccination omission poses danger to both child and the community where she lives, even if in an abstract way (not concrete). Part of the doctrine is reluctant to consecrate such crimes, which they consider to be an overly advanced protection of the legal interest, raising the problem of their constitutionality.

---

Finally, we consider some of the measures taken by foreign legal regulations to respond to parent's refusal to administer vaccines, assessing their practicability and suitability to specific cases.

**Keywords:** refusal; vaccination; parents; minors; danger; criminalization.

## Lista de siglas e abreviaturas

|            |                                                                   |
|------------|-------------------------------------------------------------------|
| Ac.        | Acórdão                                                           |
| AEEPC      | Associação de Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo |
| art./arts. | artigo/artigos                                                    |
| Cap.       | Capítulo                                                          |
| CP         | Código Penal                                                      |
| CRP        | Constituição da República Portuguesa                              |
| DL         | Decreto-Lei                                                       |
| ed.        | edição                                                            |
| et. al.    | et. alii: e outros                                                |
| EUA        | Estados Unidos da América                                         |
| GMC        | General Medical Council                                           |
| I.e/i.e    | Isto é/isto é                                                     |
| <i>In</i>  | em                                                                |
| ME         | Ministro da Educação                                              |
| Mês        | Medical Exemptions                                                |
| MPC        | Model Penal Code                                                  |
| n.º        | número                                                            |
| NMEs       | Non Medical Exemptions                                            |
| OMS        | Organização Mundial de Saúde                                      |
| op. cit.   | <i>opus citatum</i> : da obra citada                              |
| p./pp.     | página/páginas                                                    |
| p. ex.     | por exemplo                                                       |
| PNV        | Programa Nacional de Vacinação                                    |
| proc.      | processo                                                          |
| RCPCH      | Royal College of Paediatrics                                      |
| séc.       | século                                                            |
| SCOTUS     | Supreme Court of the United States                                |
| SNS        | Serviço Nacional de Saúde                                         |
| STJ        | Supremo Tribunal de Justiça                                       |
| TC         | Tribunal Constitucional                                           |
| TRC        | Tribunal da Relação de Coimbra                                    |
| TRE        | Tribunal da Relação de Évora                                      |
| TRP        | Tribunal da Relação do Porto                                      |
| VASPR      | Vacina anti sarampo, parotidite e rubéola                         |
| V.g.       | <i>Verbi gratia</i> : por exemplo                                 |

---



# Índice

1. Introdução
  2. Capítulo I – Contextualização histórica
  3. Capítulo II – Criminalizar a recusa em vacinar um filho menor: será legítimo?
    - 3.1. Segundo a doutrina do bem jurídico
    - 3.2. Segundo o princípio da subsidiariedade do Direito Penal
  4. Capítulo III – Poderá a recusa estar abrangida pelo art. 283.º, n.º 3 do CP?
  5. Capítulo IV – A recusa em vacinar como crime de perigo abstrato
  6. Capítulo V – Direito Comparado
    - 6.1. Estados Unidos da América (EUA)
    - 6.2. Itália
    - 6.3. Austrália
  7. Conclusão
  8. Anexos
    8. Anexo I – Secção 211.2. do MPC: Recklessy Endangering Another Person
    8. Anexo II – Secção 230.4. do MPC: Endangering Welfare of Children
  9. Bibliografia
-

## 1. Introdução

A reticência ou recusa dos pais relativamente a vacinar os filhos tem sido muito discutida nos últimos anos.

Em primeiro lugar, porque o número de movimentos “antivacinas” é, hoje, maior do que nunca. A desconfiança da comunidade relativamente à segurança das vacinas iniciou-se com estudo científico conduzido pelo investigador e médico A. Wakefield, em 1988, que publicou um artigo que associava as vacinas ao autismo e outras doenças. Apesar de todos os estudos científicos realizados *a posteriori* terem desmentido a teoria de Wakefield, tendo demonstrado a eficácia e segurança das vacinas, bem como a inexistência de qualquer relação entre a sua administração e o desenvolvimento de autismo, o facto é que a ideia de perigosidade em torno da vacinação ficou bem marcada no seio da comunidade, principalmente entre os adultos pais de crianças.

O *lobby* anti vacinação tem tido grande impacto, de tal forma que os índices da hesitação vacinal (a relutância ou recusa dos pais em aderir às vacinas disponíveis) aumentaram substancialmente nas últimas décadas. Esta é uma questão que tem preocupado as autoridades de saúde pública, especialmente porque muitos destes movimentos que se insurgem contra a vacinação têm sido apoiados por um grande número de personalidades mundialmente reconhecidas, cuja influência sobre a sociedade tem repercussão a uma escala global. A verdade é que, independentemente do número de recomendações da OMS a advertir para a importância de vacinar, muitos pais optam por não o fazer, por razões religiosas e/ou filosóficas, ou simplesmente por desconfiança relativamente à segurança das vacinas.

---

Por sua vez, a redução dos índices de imunização levou a que muitas das doenças, evitáveis por vacinação, e que eram bastante raras há poucos anos, se propagassem rapidamente e de forma descontrolada. Aliás, as consequências da recusa em vacinar são bem visíveis na atualidade, uma vez que a Europa se encontra a atravessar uma epidemia de sarampo desde há três anos, tendo-se já registado milhares de casos em mais de 30 países. A OMS já se pronunciou neste sentido, alertando que o sarampo, em particular, já deveria ter sido erradicado há 20 anos, dado que a vacina contra a doença já existe desde os anos 60.

Segundo o SNS, Portugal tem das mais elevadas taxas de cobertura vacinal em todo o mundo. Não obstante os elevados índices de vacinação – e os quais são de aplaudir –, e não descurando o facto de que a vacinação, no nosso país, não é obrigatória (à exceção da vacina do tétano e da difteria), a cobertura vacinal não atingiu ainda os 100%, pelo que os pequenos grupos de crianças e adolescentes desprotegidos serão sempre suscetíveis de destruir a imunidade de grupo no seio da comunidade onde estão

inseridos, aumentando, assim, o risco um surto de doenças altamente contagiosas e potencialmente letais.

A nossa proposta de estudo pretende avaliar, sob o ponto de vista normativo, doutrinal e jurisprudencial, os pontos de vista favoráveis, e os que se mostram limitativos, da criminalização da recusa de vacinação de menores. Alertamos para o facto de, ao longo do presente estudo, enquadrarmos a situação de recusa vacinal no âmbito das relações entre pais e filhos, sendo que certo que, por uma questão de coerência, deverá ser feita uma interpretação extensiva, aplicável às relações entre quaisquer menores e seus tutores ou representantes legais.

Atenta a necessidade de se combater o fenómeno da recusa de vacinas, a discussão em torno da possibilidade de se sancionar estas condutas, pela via da criminalização, não é inovadora. Com efeito, em ordenamentos jurídicos de outros países, têm sido adotadas medidas administrativas no sentido de punir os pais que se recusam a submeter os filhos aos planos de vacinação definidos pelas entidades governamentais. Veja-se, por exemplo, o caso de Itália, em que foram criadas medidas que proíbem que qualquer criança não vacinada, entre os 0 e os 6 anos, possa frequentar escolas ou creches, estando os pais ainda sujeitos ao pagamento de coimas que podem chegar até aos 500 euros. Uma outra abordagem que, a nosso ver, não foi menos eficaz foi a adotada pelos Estados Australianos, no sentido de aumentar os valores dos abonos de família aos agregados que comprovem ter as vacinas dos menores em dia. Mas mais longe foram os EUA nesta questão, tendo o SCOTUS afirmado a constitucionalidade da aplicação de sanções administrativas aos casos de desrespeito de mandados de imunização obrigatórios.

Pese embora a lei não preveja (em nenhum destes países) a instauração de procedimento criminal contra os progenitores que se recusem a vacinar, sempre se dirá que a institucionalização destas medidas administrativas abre espaço para que, pelo menos, se possa fazer essa ponderação. Não poderemos, no entanto, deixar de retirar a seguinte conclusão: a necessidade de criação e aplicação destas medidas aos casos de recusa, ainda que configurando medidas de natureza contraordenacional, apenas traduz o reconhecimento, pelos Estados, de que é fundamental punir estas condutas potencialmente perigosas.

Neste sentido, propomo-nos avaliar a necessidade da tutela penal, i.e., se faz sentido a tipificação legal da recusa ou se, pelo contrário, bastará a aplicação de medidas de outra natureza – que não a penal – para que se concretize, eficazmente, a proteção dos bens jurídicos que aqui se pretendem salvaguardar. Essencialmente, atendemos ao princípio da proibição do excesso punitivo ou da subsidiariedade do Direito Penal, que deve intervir sempre como última *ratio*, quando todos os outros meios de proteção se

demonstrarem inadequados ou ineficazes. Assim, para uma correta identificação do problema, teremos que recorrer, numa primeira fase, à definição de *bem jurídico*, que obriga a ponderar a sua dimensão constitucional. Numa fase posterior, examinaremos o momento em que um bem jurídico adquire a sua *fundamentalidade* ou *essencialidade*, i.e., quando adquire a chamada *dignidade penal*, sendo esse o critério indispensável para legitimar a incriminação da conduta.

Uma vez avaliados os critérios em termos abstratos, que determinam em que medida o Direito Penal pode intervir, tentamos aferir da necessidade penal da tutela dos bens jurídicos *vida e integridade física* protegidos com a incriminação da recusa, à luz da Lei Fundamental, sem deixar de sublinhar que terá sempre de ser atribuída alguma discricionariedade ao legislador penal, o qual, segundo os seus juízos de valor e regras da experiência comum, determinará se a não vacinação justifica a sua intervenção. Não deixamos, ainda, de referir que a criação de uma norma incriminadora, neste âmbito, suscita questões relativas à incompatibilidade entre direitos individuais e coletivos, uma vez que a proteção da saúde das crianças e da comunidade colide com a liberdade individual dos progenitores, que pretendem ver o seu direito à escolha, a par com as suas convicções, serem respeitados.

Consideramos pertinente, também, abordar o crime de *propagação de doença contagiosa*, previsto no art. 270.º, n.º 3 do CP (a título negligente), uma vez que se tem apontado essa solução legal como sendo a mais indicada para preencher a lacuna que existe nos casos em que é preciso punir os pais “antivacina”. O problema principal que aqui se coloca é o facto de a propagação exigir um contágio efetivo, concreto, o que pode não acontecer em caso de recusa, até porque o estabelecimento do nexo de causalidade entre a recusa e a contração e/ou propagação da doença é, em termos práticos, quase impossível de concretizar. Achamos, no entanto, que a recusa pode configurar um crime na medida em que se reveste de perigosidade suficiente para os bens jurídicos fundamentais que já referimos. Não sendo certo que uma criança não imunizada possa contrair ou propagar doenças, sabemos que esse risco estará sempre presente. É nessa medida que pugnamos pela inserção da recusa entre os crimes de perigo abstrato; e fazemo-lo através do paralelismo que estabelecemos com o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto no art. 292.º do CP. Refira-se, contudo, que a criação de tipos legais de crime de perigo abstrato não é isenta de dificuldades, dado o número de questões que se colocam relativamente à sua constitucionalidade, mas poderia revelar-se útil neste contexto dada a importância dos bens jurídicos postos em perigo cuja tutela é fundamental.

Posto isto, resta-nos proceder à análise crítica dos problemas gerados pela recusa de vacinação, estudando os argumentos favoráveis à tipificação legal da recusa pelo

legislador penal, à luz da conciliação entre os princípios fundamentais do Direito Penal e da Lei Fundamental, na tentativa de conseguirmos alcançar algum consenso relativamente à possibilidade de se criminalizar a conduta dos pais que se recusam a vacinar os filhos menores.

---

## 2. Capítulo I – Contextualização histórica

A expressão “vacina” deriva da palavra latina *vacca*. Esta palavra teve a sua origem na primeira experiência com vacinas, realizada pelo médico e naturalista britânico Edward Jenner, em 1776. As pessoas que consentiram a realização da experiência e que tinham contraído varíola foram vacinadas com a descarga da varíola bovina (uma doença que ataca o úbere das vacas). O ponto de partida para Jenner foi quando as leiteiras (que já tinham contraído a varíola) se tornaram resistentes ao tipo de varíola significativamente mais perigosa. O médico administrou a descarga recolhida da mão de uma leiteira infetada com varíola bovina diretamente num corte do braço de um menino saudável com 8 anos de idade. Sucedeu-se que o menino desenvolveu varíola e, 48 dias depois, quando Jenner o infetou novamente com varíola, ele não ficou doente<sup>3296</sup>.

Em 1988, A. Wakefield, investigador e cirurgião britânico, em cooperação com outros investigadores, publicou um artigo na revista científica britânica “Lancet”, o qual suscitou a hipótese de uma possível relação entre a VASPR e a contração, pelas crianças, de autismo e outras doenças. Ainda que na maior parte dos estudos científicos realizados *a posteriori* se tenha conseguido comprovar a não existência de qualquer relação entre as vacinas e o autismo, a verdade é que após a publicação do artigo se instalou uma controvérsia (em grande escala) relativamente a esta temática, principalmente entre os pais com crianças, os quais ficaram relutantes acerca da fiabilidade das vacinas.

Foi então, em 2004, que dez dos autores do estudo publicado na “Lancet” retiraram, formalmente, o seu apoio à hipótese publicada por Wakefield, o que levou, mais à tarde, a que a própria revista retirasse, definitivamente, o artigo da coletânea das suas publicações<sup>3297</sup>. Em 2010, o GMC alegou que Wakefield conduziu o seu estudo sobre a vacinação de forma “desonesta e irresponsável”, acusando-o de má (e grave) conduta profissional, tendo procedido à revogação da licença médica de investigador britânico. Não conformado com esta decisão, Wakefield intentou uma ação judicial contra o GMC, mas não obteve provimento. O Tribunal Administrativo de Inglaterra e País de Gales declarou, no decorrer da audiência, que “não existe atualmente nenhum corpo de opinião respeitável que apoie a hipótese [de Wakefield] de que a VASPR e o autismo/enterocolite estão causalmente ligados”. Ainda em resposta à polémica em torno deste artigo, o Presidente do RCPCH declarou que o “susto” causado pelo estudo de Wakefield relativamente à VASPR culminou na produção de danos incalculáveis ao Programa de Vacinação do Reino Unido<sup>3298</sup>.

---

<sup>3296</sup> Lilla, 2007, p. 117.

<sup>3297</sup> Crenna, Osculati & Visonà, 2018, p. 128.

<sup>3298</sup> Waterman, 2015, pp. 159 a 160.

O que se verificou é que, na realidade, o estudo de Wakefield teve impacto não só no seu país de origem, na medida em que influenciou a decisão dos pais de não quererem vacinar os filhos, mas também no resto do mundo. Se, até então, não se levantavam muitas questões em torno da vacinação, foi após a divulgação das conclusões de Wakefield que os índices de imunização sofreram um abalo significativo. Veja-se, aliás, que a OMS reconheceu a hesitação vacinal como uma entre as dez ameaças à saúde global em 2019<sup>3299</sup>. Atualmente, as evidências científicas apontam para um cenário totalmente oposto ao revelado por Wakefield: os estudos realizados demonstram que as vacinas infantis não estão associadas ao autismo. Veja-se, p. ex., a literatura sistemática publicada, em 2014, pela investigadora Margaret A. Maglione (em conjugação de esforços com outros investigadores), em que, após uma resenha aos 67 estudos já realizados, se conseguiu demonstrar que a VASPR não está associada ao autismo<sup>3300</sup>.

Em Portugal, o PNV foi criado em 1965, impulsionado pelo panorama epidemiológico das doenças evitáveis por vacinação, na medida em que era desfavorável relativamente aos outros países da Europa. O PNV prevê a vacinação da população de modo universal, vislumbrando alcançar, com particular relevância, a imunização das crianças, as quais, pela sua fragilidade imunológica, são mais suscetíveis de contrair e propagar doenças. Desde a data da sua implementação que o PNV tem vindo a ser atualizado no sentido da introdução progressiva de novas vacinas e da atualização dos programas vacinais para uma melhor adaptação à realidade epidemiológica<sup>3301</sup>.

Apesar de as instâncias europeias de Saúde colocarem Portugal na lista de países em que o PNV é apenas “recomendável” – e não obrigatório –, a verdade é que desde 1962 vigoram ainda duas vacinas com caráter obrigatório: a vacina da difteria e a do tétano. Ambas foram introduzidas pelo DL n.º 44.198, de 20 de fevereiro de 1962. O DL prevê a obrigatoriedade das vacinas contra a difteria e o tétano, e estabelece que qualquer menor com idade inferior a 10 anos que não esteja vacinado contra essa doença não poderá frequentar ou fazer exame em qualquer estabelecimento de ensino. Acresce ainda a obrigação da toma dessas vacinas para o exercício de determinadas profissões, nomeadamente no âmbito da função pública. A razão por detrás da necessidade de introdução deste DL reside no facto de, nas décadas de 50 e 60, estas doenças terem altas taxas de mortalidade em Portugal, o que, atualmente, não acontece. Não existem casos registados de contágio por difteria, e entre o ano de 2006 e 2015 registaram-se apenas 15 mortes por tétano<sup>3302</sup>.

---

<sup>3299</sup> Disponível para consulta em: <https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019>.

<sup>3300</sup> Crenna, Osculati & Visonà, 2018, pp. 128 a 129.

<sup>3301</sup> Disponível para consulta em: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/programa-nacional-de-vacinacao-2017-pdf.aspx>.

<sup>3302</sup> Disponível para consulta em: <https://www.tsf.pt/sociedade/saude/vacinacao-contra-factos-e-numeros-nao-ha-argumentos-9977807.html>.

Apenas relativamente a estas duas vacinas (da difteria e tétano) a lei prevê a aplicação da sanção de proibição da frequência das crianças nos estabelecimentos de ensino (públicos ou privados). Em todos os outros casos de vacinas não obrigatórias (p. ex., a do sarampo), em alguns casos, os pais, quando confrontados com a situação em que precisam de entregar o boletim de vacinas dos filhos no ato da matrícula, contornam essa burocracia através da apresentação de uma declaração da pediatria que comprova que o(a) menor é saudável<sup>3303</sup>. A verdade é que, ainda que se tenha discutido a possibilidade de os estabelecimentos de ensino públicos rejeitarem a inscrição de alunos sem vacinas (que não da difteria e tétano), até à data não entrou em vigor essa medida, uma vez que são muitas as questões que se levantam no que diz respeito à sua legalidade – mormente pelo facto de o direito à educação ser um direito constitucionalmente garantido<sup>3304</sup>. Já no âmbito do ensino particular o mesmo não se aplica, podendo a matrícula e frequência de alunos não vacinados ser legitimamente recusada<sup>3305</sup>.

---

<sup>3303</sup> Disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/20/sociedade/noticia/e-mais-dificil-tomar-a-opcao-de-nao-vacinar-um-filho-mas-estou-segura-do-que-fiz-1769374>.

<sup>3304</sup> A este respeito, o ME emitiu um comunicado, referindo que as escolas públicas estão obrigadas a comunicar ao centro de saúde da zona as falhas nos boletins de vacinas dos alunos, mas nenhum aluno pode ser impedido de se inscrever se não tiver o boletim de vacinas atualizado. Disponível para consulta em: <https://www.publico.pt/2017/04/19/sociedade/noticia/escolas-obrigadas-a-comunicar-casos-de-alunos-sem-vacinas-em-dia-1769222>.

<sup>3305</sup> A AEEPC enviou uma circular aos seus filiados, em 2017, informando que “dentro da sua autonomia pedagógica”, têm legitimidade para recusar a matrícula de alunos no ano seguinte, caso eles não tenham as vacinas em dia, disponível para consulta em: <https://expresso.pt/sociedade/2017-04-20-Escolas-privadas-podem-recusar-no-proximo-ano-letivo-alunos-sem-vacinas-em-dia>.



### **3. Capítulo II – Criminalizar a recusa em vacinar um filho menor: será legítimo?**

Já vimos que, à exceção das vacinas do tétano e da difteria, a vacinação não é obrigatória em Portugal. E também que, no respeitante a todas as outras vacinas, aos pais que se recusem a vacinar, não lhes é aplicada nenhuma sanção.

Deste modo, vamos proceder ao estudo dos aspetos que se apresentam favoráveis (e também limitativos) à criminalização da recusa em vacinar, atendendo aos critérios *infra*.

#### **3.1. Segundo a doutrina do bem jurídico**

Para Roxin, “a missão do direito penal consiste em assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica [...] Se esta missão é denominada pela ideia de proteção de bens jurídicos, então estes bens corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Nas palavras do Autor, qualquer incriminação que se refira a comportamentos que não ponham em causa nem o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições necessárias a esse desenvolvimento, será ilegítima<sup>3306</sup>. Vejamos o seguinte. De acordo com esquema desenvolvido por Heinrich, no momento de formação da norma incriminadora, o legislador deverá atender a três critérios: àquilo que deve ser protegido, a quem deve proteger-se, e contra o quê deve ser protegido<sup>3307</sup>. Remetendo estes critérios para o nosso objeto de estudo, temos que a criminalização da recusa terá como escopo primário a proteção dos bens jurídicos *vida, saúde, e integridade física*, visando proteger, no imediato, os menores não vacinados e, no mediato, quaisquer outros indivíduos (adultos ou crianças) suscetíveis de contraírem doenças evitáveis por vacinação. O fundamento da incriminação da recusa de vacinação pelos pais não assenta, obviamente, na recusa em si, mas no facto de se pretender evitar a concretização de um dano eventual e futuro.

A concretização do bem jurídico é, naturalmente, complexa e demasiado vaga. Neste sentido, para Roxin, essa concretização é facilitada se se atender a determinadas diretrizes<sup>3308</sup>. Não sendo possível desenvolvê-las na íntegra, destacamos um dos critérios apresentado por Greco, o qual nos parece ser o que melhor se insere no âmbito do nosso estudo: não é permitido admitir um bem jurídico coletivo como objeto de tutela de uma

---

<sup>3306</sup> Roxin, 2013, pp. 12 a 13.

<sup>3307</sup> Roxin, 2013, p. 20.

<sup>3308</sup> O Autor refere, entre outros, que a ofensa à dignidade humana não constitui uma lesão do bem jurídico, e que os objetos de tutela abstratos que sejam de difícil apreensão não podem ser tidos, também, como bens jurídicos. Roxin, 2013, p. 21.

determinada norma incriminadora sempre que tal implique simultaneamente a lesão de um bem jurídico individual<sup>3309</sup>. Ora, esta diretriz, em particular, no âmbito da criminalização da recusa, suscita uma situação de conflito de direitos no plano constitucional. Vejamos.

Se, com a criminalização da recusa de vacinação, se pretende proteger, por um lado, o direito à saúde pública e individual, por outro, também se limita o direito à integridade física (da criança vacinada) e o direito de liberdade de escolha (dos pais, em primeiro lugar e, eventualmente, da criança, a qual em idade adulta poderá se insurgir contra a vacinação). Passamos a explicar. É certo que um pai que não queira vacinar um filho não o faz com o propósito de incutir um mal na criança. Aliás, a esse respeito, sempre se diga que o crime da recusa será negligente. O progenitor que opte por não vacinar, fá-lo a achar que está a agir em representação do superior interesse da criança, na medida em que as suas convicções o levam a crer que a vacinação é prejudicial. Temos aqui, portanto, o direito do progenitor a tomar as decisões que se lhe afigurem ser as melhores para a criança. Contudo, o certo é que, ainda que de modo inconsciente ou involuntário, a decisão de não vacinar desencadeia um perigo para a saúde de outros indivíduos da comunidade, e não apenas para o menor. É nesta medida que a imposição legal de vacinar consegue resolver o problema, por um lado, mas por outro encontra as suas reservas. Ou seja, embora consigamos proteger os bens jurídicos acima enunciados, através da criminalização da recusa em vacinar, o certo é que estaremos ao mesmo tempo a limitar (embora não, necessariamente, na mesma medida), senão o direito à integridade física do menor, então o direito à liberdade de escolha dos pais. Estamos perante um cenário de colisão ou conflito de interesses, na medida em que a esfera de proteção de um direito constitucionalmente protegido interseta a esfera de outro direito, ou colide com uma outra norma ou princípio constitucional<sup>3310</sup>.

Foi nesta linha que a CRP introduziu uma norma duplamente condicionada, no sentido em que impõe a proibição da restrição dos direitos, liberdades e garantias, de um lado, mas permite tais restrições, por outro, quando estas se limitem ao necessário para salvaguardar outros interesses ou direitos constitucionalmente protegidos<sup>3311</sup>. Traça-se um claro limite à criminalização, no sentido em que o legislador penal não pode desrespeitar esta condicionante dupla no ato de criminalização. Terá, assim, de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, através da tentativa de harmonização dos preceitos divergentes e em função das circunstâncias concretas em

---

<sup>3309</sup> *Ibidem*.

<sup>3310</sup> Andrade, 2010, p. 301.

<sup>3311</sup> Art. 18.º da CRP – (Força jurídica):

2. “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na CRP, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

que se põe o problema. É neste sentido que se refere que “O Direito Penal é nada mais do que o direito constitucional concretizado”<sup>3312</sup>. Ou seja, tal como aponta a generalidade da doutrina, o instrumento “mediatizador” do conceito de bem jurídico só poderá ser a CRP<sup>3313</sup>.

Enquadrando esta disposição da CRP no caso em análise, entendemos que, salvo melhor opinião, estão em confronto valores com diferente valor constitucional, pelo que deverão ser tutelados o direito à vida e à integridade física (da criança e comunidade) em detrimento do direito à liberdade de escolha, uma vez que o direito dos pais de decidir põe em perigo aqueles bens jurídicos de grande importância. Não somos indiferentes ao facto de que são os pais que estão legitimados para decidir em representação do superior interesse das crianças, uma vez que estas não têm capacidade jurídica para dar o seu consentimento. Mas, se relativamente aos menores os pais têm legitimidade para tomar este tipo de decisões, já não o poderão fazer (ou pelo menos, não devem) relativamente aos filhos de outros. Por sua vez, o direito de um progenitor de não querer vacinar colide com o direito à vida e integridade física dos membros da comunidade não vacinados que, por razões de ordem médica (e não por questões ideológicas ou religiosas), não o puderam fazer. Analisemos agora a essencialidade dos bens jurídicos em causa.

A ofensa a um bem jurídico é o que legitima a intervenção do Estado, enquanto única entidade suscetível de cominar penas criminais. Sendo a função primacial do direito penal a proteção de bens jurídicos, a correta compreensão de bem jurídico na doutrina da infração penal assume, pois, importância fundamental no sistema do Direito Penal<sup>3314</sup>. Diga-se, no entanto, que não é a ofensa a um qualquer bem jurídico que desencadeia um ilícito penal. Neste sentido, para Taipa de Carvalho, só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os valores considerados como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade. Está aqui presente, pois, o critério da *fundamentalidade* ou *essencialidade* do valor ou bem jurídico, o qual constitui o pressuposto irrenunciável, e mínimo, da qualificação do bem jurídico como bem jurídico-penal. Daqui decorre o conceito de “dignidade penal” do bem jurídico, cuja materialização encontra a sua fonte no art. 1.º da CRP<sup>3315</sup>.

Cremos que, neste contexto, a criminalização da recusa em vacinar encontra a sua legitimação na Lei Fundamental. Já aqui vimos que a criminalização da recusa de vacinação teria como escopo a proteção dos bens jurídicos *vida* e *integridade física*. Partindo deste pressuposto, estão aqui em causa valores fundamentais inerentes à vida

---

<sup>3312</sup> *Apud.* Loureiro, 2010, p. 195.

<sup>3313</sup> Cunha, 1995, pp. 112 a 113.

<sup>3314</sup> Costa, 2015, pp. 161 e 164.

<sup>3315</sup> Carvalho, 2008, pp. 48-51.

humana. Desde logo, a conduta omissiva dos progenitores é lesiva, ainda que abstratamente, dos bens jurídicos *vida* e *saúde* (individual e pública), estando esses bens intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens<sup>3316</sup>. Portanto, relativamente aos bens jurídicos protegidos pela incriminação da recusa em vacinar, reafirmamos o que já aqui dissemos: estes bens constituem bens jurídicos fundamentais cuja proteção é especialmente intensa, e a sua ofensa representa um grau de “danosidade” social suficientemente relevante para legitimar a intervenção do Direito Penal.

### **3.2. Segundo o princípio da subsidiariedade do Direito Penal**

Não basta, para a qualificação de um bem como bem jurídico-penal, que tenha a chamada “dignidade penal”. É impreterível que a tutela dos bens fundamentais, dignos de proteção jurídica, só possa ser conseguida através do recurso às penas criminais<sup>3317</sup>. A isto acresce que quaisquer outras sanções jurídicas terão de se revelar ineficazes ou insuficientes para a tutela desses bens. Assim, há que colocar à consideração a hipótese de, não obstante o seu caráter fundamental, existirem valores que possam ser mais eficazmente protegidos através de medidas jurídicas não penais<sup>3318</sup>. Esta exigência é designada pela expressão “necessidade penal” ou “carência de tutela penal”. Conforme refere Conceição Cunha, esta necessidade ou carência de tutela penal decompõe-se em três dimensões: no princípio da subsidiariedade, no sentido de não existirem outros meios capazes de conferir, por si só, proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela; no princípio da adequação e eficácia, designadamente, ser a tutela penal meio adequado, idóneo, e eficaz para a proteção do bem em causa; e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos que benefícios<sup>3319</sup>.

Este pressuposto da “necessidade penal” resulta e fundamenta-se no princípio da intervenção mínima do Direito Penal, na medida em que constitui a última *ratio* da política social, e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. Esta natureza subsidiária, a qual reveste a forma máxima limitativa da intervenção penal, ocupa o mesmo plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente<sup>3320</sup>. Portanto, em primeira instância, há que ponderar a necessidade de se aplicarem medidas sancionatórias ao caso em concreto. Em caso afirmativo, o recurso à via penal deve surgir em última instância, primando-se pela aplicação de outras

---

<sup>3316</sup> Andrade, 2010, p. 301.

<sup>3317</sup> Dias, 2011, p. 128.

<sup>3318</sup> Veja-se, a este propósito, as soluções encontradas por outros ordenamentos jurídicos nos casos de recusa vacinal, as quais nem sempre se reduzem à aplicação de sanções penais (*infra*, Cap. V).

<sup>3319</sup> Cunha, 1995, p. 220.

<sup>3320</sup> Roxin, 2013, p. 25.

medidas de natureza menos gravosa, se essas medidas se revelarem eficazes e adequadas para proteger os bens jurídicos.

Nesta medida, os ilícitos contraordenacionais surgem como resposta sancionatória específica do Estado, o qual está vocacionado para dar atenção a certas áreas de intervenção de que, nomeadamente, pela sua componente social, se não podem alhear<sup>3321</sup>. Esta função do Direito de Mera Ordenação Social está concretizada no DL n.º 232/79, de 24 de Julho, e encontra igualmente acolhimento no preâmbulo do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, onde se afirma que o “Direito Criminal deve apenas ser utilizado como a última *ratio* da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infrações de não comprovada dignidade penal”<sup>3322</sup>.

Sendo que já abordámos algumas medidas administrativas adotadas por outros ordenamentos jurídicos (Cap. V, *infra*) aplicáveis nas situações de recusa de vacinação a filho menor, iremos agora proceder à distinção entre o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal.

O traço principal caracterizador do direito criminal administrativo reside no específico conteúdo do ilícito. Vimos ainda agora que o Direito Penal visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade. Já o mesmo não sucede com o direito criminal administrativo, precisamente porque as proibições ou imposições deste tipo não têm atrás de si um bem jurídico da mesma espécie que as normas do direito criminal. Não quer isto dizer que o ilícito criminal se traduz numa mera *desobediência*, e que não seja também protetor de bens jurídicos. O que acontece é que os bens jurídicos não são, à semelhança do que acontece no Direito Penal, valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e, por isso, indiferentes à ordem moral<sup>3323</sup>. Não se deve daqui depreender, contudo, que as medidas de natureza não penal constituem meras bagatelas. Mas, enquanto a imputação subjetiva do ilícito criminal de justiça supõe sempre um juízo pessoal de censura ao agente por ter agido como agiu, a do ilícito criminal administrativo pode bastar-se com a produção do evento proibido (a título de dolo ou negligência), sem que aqui tenha de intervir o elemento da “censura”. Neste seguimento, Figueiredo Dias classifica os valores protegidos pelo ilícito criminal administrativo como sendo eticamente indiferentes, ou “axiologicamente neutros”<sup>3324</sup>.

---

<sup>3321</sup> Pinto, 1997, p. 11.

<sup>3322</sup> Pinto, 1997, pp. 12 a 13.

<sup>3323</sup> Correia, 2007, pp. 28 a 29.

<sup>3324</sup> Carvalho, 2016, pp. 137-138.

Digamos ainda o seguinte: as sanções consequentes à prática de um ilícito criminal administrativo serão sempre sanções não criminais, quer porque os factos que a elas se liguem não estão tipicamente descritos na lei penal, quer porque não lhe devem ser assinalados os mesmos fins imediatos que às penas criminais. Neste último caso, trata-se daquelas medidas empregadas para conduzir ao cumprimento de um dever<sup>3325</sup>.

É assente que a intervenção penal está limitada ao princípio da subsidiariedade e da proibição de excesso. Do mesmo modo, também nos parece indiscutível a questão de que os bens protegidos pela criminalização de recusa em vacinar constituem bens jurídico-fundamentais, à partida com dignidade penal. Sendo estes bens carentes de tutela penal, então tem o legislador ordinário, nesse caso, de ponderar sobre a necessidade de criminalizar a conduta, atento o princípio da subsidiariedade do Direito Penal e do excesso punitivo, e o princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, em sentido amplo. Portanto, ou um comportamento possui dignidade punitiva e deve constituir crime, ou então não a possui, devendo ser descriminalizado e passar a constituir um ilícito contraordenacional.

A pergunta que se coloca é a seguinte: justificará a intervenção do Direito Penal nos casos em que os pais se recusem a vacinar os filhos menores, ou estaremos a incorrer numa violação do princípio da proibição do excesso? Vejamos. Se atendermos ao facto de que os bens jurídicos protegidos por outros ramos do Direito (que não o penal) não são dotados da mesma significância, não se nos afigura oportuna a sua protecção pelo ilícito administrativo. Estamos aqui a falar da preservação de vidas e saúde quer de menores, quer de outros membros da comunidade, podendo o ato de não vacinar atingir resultados muito graves. Veja-se o caso de uma jovem de 17 anos, em 2017, que contraiu sarampo através de uma bebé de 13 meses, também ela não vacinada, acabando depois a jovem por falecer. Esta adolescente nunca foi vacinada pelo facto de a sua progenitora possuir fortes convicções acerca dos riscos das vacinas<sup>3326</sup>. Ou seja, a melhor resposta que se pode dar a estes casos é a prevenção.

Mas há que questionar se a prevenção se concretiza com uma mera imposição administrativa, ou se não resta alternativa senão recorrer ao Direito Penal para uma eficaz protecção dos bens jurídicos em causa. Se aderirmos à conceção de Figueiredo Dias de que as condutas protegidas pelo ilícito administrativo são axiológico-socialmente neutras ou irrelevantes, então não consideramos que a recusa em vacinar revista essa natureza. Como referimos anteriormente, as consequências da não vacinação podem originar uma lesão grave do bem jurídico, ou até mesmo provocar a sua destruição (como

---

<sup>3325</sup> Correia, 2007, pp. 30 a 31.

<sup>3326</sup> Dn/Lusa, *Jovem de 17 anos que morreu com sarampo não estava vacinada*, disponível para consulta em: <https://www.dn.pt/sociedade/jovem-de-17-anos-que-morreu-com-sarampo-nao-estava-vacinada-6229385.html>.

é o caso da morte). cremos que se pode atribuir um juízo ético de censura aos pais “antivacinas” na seguinte medida: já não estando a referirmo-nos ao próprio menor não vacinado, destacamos a condição de todos os outros indivíduos não vacinados, cujas vidas são postas em perigo pelo facto de aquele menor estar desprotegido. Portanto, se, por um lado, não somos indiferentes às boas intenções dos pais que se recusam a vacinar, por outro, não podemos esquecer-nos dos demais sujeitos que ficam unilateralmente prejudicados com aquela decisão. É neste ponto que se dá a colisão com outras realidades paralelas. E, sendo certo que os pais que não vacinam os filhos não têm o intuito de lhes provocar nenhum mal, nem a qualquer membro da comunidade, ainda sim estão cientes – senão, deveriam estar – dessa possibilidade, e mesmo assim optam por não o fazer. É nestes moldes que imputamos o juízo de valor “censura” à conduta da recusa. Portanto, são estas condutas, a nosso ver, axiológico-socialmente relevantes, e as quais definem o critério que está na base do princípio normativo fundamentador da distinção material entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social<sup>3327</sup>.

Taipa de Carvalho, por sua vez, rejeita a ideia de que as condutas sancionadas pelo ilícito administrativo são indiferentes, ou “axiologicamente-neutras”. Sobre o caso da alcoolemia ao volante, Figueiredo Dias diz o seguinte: o facto de a condução com uma alcoolemia entre 0,5 e 0,7 g/l constituir uma contraordenação grave, e se for entre 0,8 e 1,1 g/l configurar contraordenação muito grave, mas já se for igual ou superior a 1,2 g/l constituir crime, significa que a conduta de condução com 1,2 g/l, ou mais, de álcool no sangue “torna-se ético socialmente relevante e passa a constituir substrato suscetível de a ele se ligar a respetiva criminalização – atento o salto *qualitativo* que naquele limite sofre a perigosidade social da conduta e a sua censurabilidade ética. Por sua vez, relativamente a esse caso, Taipa de Carvalho refere que as condutas correspondentes à categoria das contraordenações são, em si mesmas, socialmente desvaliosas e censuráveis. E que, nos casos de alcoolemia acabados de referir, são todas as condutas socialmente censuráveis, pese embora a segunda situação (de contraordenação muito grave) seja mais socialmente perigosa do que primeira, assim como é a terceira relativamente à segunda, o que justifica a aplicação de uma punição de natureza diferente para cada uma delas<sup>3328</sup>.

Ora, a recusa em vacinar não apresenta variações em si mesma. Quer isto dizer que não existem diferentes graus de recusa, na medida em que ela é perentória e para a sua punição só se poderá admitir um único tipo de sanção. Não temos, portanto, um termo de comparação segundo o qual possamos admitir a aplicação de uma sanção administrativa, para um caso de recusa em vacinar, e a aplicação da lei criminal, para

---

<sup>3327</sup> Carvalho, 2016, p. 138.

<sup>3328</sup> Carvalho, 2016, pp. 138-140.

outro caso. Posto isto, se aderirmos à tese de Taipa de Carvalho, no sentido em que as condutas punidas pelas ilícito administrativo não são irrelevantes, nem desprovidas de censura, então colocámos à consideração a possibilidade de se poder punir a recusa de vacinação por outros meios diversos do Direito Penal, conquanto essa proteção seja capaz de tutelar eficazmente os valores fundamentais em jogo.

Relativamente às categorias de sanções do direito de ordenação social, a principal é a coima. Já o elenco das sanções acessórias aplicáveis às contraordenações é demasiado amplo e prevê sanções diferentes entre si, que podem ir desde a imposição de encerramento de estabelecimentos à interdição do exercício de profissões. Não refutamos que, em alguns casos, a aplicação destas medidas se possa revelar eficaz para a punição da recusa em vacinar, uma vez que são capazes de atingir níveis muito elevados e implicar sacrifícios bastante relevantes. Mas também é certo que, tal como refere Conceição Cunha, para além de a pena detentiva poder representar um sacrifício ainda maior, o próprio facto de a conduta ser considerada crime já desencadeará um efeito preventivo mais forte<sup>3329</sup>.

---

<sup>3329</sup> Cunha, 1995, p. 357.



#### 4. Capítulo III – Poderá a recusa estar abrangida pelo art. 283.º, n.º 3 do CP?

São muitas as dificuldades que se colocam, na prática, quando se trata de punir a recusa em vacinar um filho menor. Um dos impedimentos à punição da omissão dos pais, tendo por base os tipos legais já existentes, decorre da dificuldade em estabelecer uma relação causa-efeito entre a não administração de vacinas e a doença. Ou seja, a comprovação do nexo de causalidade entre o facto (a omissão) e o dano (a doença) não é uma tarefa fácil. No caso de uma criança não vacinada que tenha sido contagiada com varíola, p. ex., poderá ser particularmente difícil fazer prova da relação causal entre a incúria dos pais e o contrair da doença pelo menor<sup>3330</sup>.

Mas, ainda que se conseguisse estabelecer essa relação causal, a responsabilização dos pais iria depender da existência de um dever de vacinar consagrado na lei (que já vimos não existir), alicerçado numa base científica que comprovasse que ser vacinado é do maior interesse para a criança. Assim, verificada a inexistência de disposição legal própria, discute-se, numa outra vertente, a possibilidade de qualificar a conduta de recusa em vacinar como crime de propagação de doença, previsto e punido pelo art. 283.º do CP. Como em breve adiantaremos, e salvo melhor entendimento, essa solução não nos parece fazer sentido<sup>3331</sup>.

O crime de propagação de doença contagiosa é um crime de perigo concreto (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) e de resultado (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação). Apesar de não estar suficientemente desenvolvido do ponto de vista doutrinal, é unânime esta classificação (como crime de perigo concreto e de resultado) no seio da jurisprudência e doutrina<sup>3332</sup>. Antes de prosseguirmos com a análise jurídica desta disposição, torna-se impreterível estabelecer o confronto, primeiramente, entre *crimes de dano* e *crimes de perigo* – sendo que, relativamente estes últimos, cabe ainda fazer a distinção entre *crimes de perigo concreto* e *crimes de perigo abstrato* – e, em segundo lugar, entre *crimes de resultado* e *crimes de mera ação*.

---

<sup>3330</sup> Caneco, *Não vacinar as crianças pode ser crime?*, disponível para consulta em: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2017-04-20-Nao-vacinar-as-criancas-pode-ser-crime>.

<sup>3331</sup> Art. 283.º do CP - (Propagação de doença contagiosa):

1. Quem:

a) Propagar doença contagiosa;

[...]

e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

<sup>3332</sup> Albuquerque, 2015, p. 1010.

Nos crimes de dano, a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico<sup>3333</sup>. Já nos crimes de perigo, a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico. I.e., os crimes de perigo, por contraposição aos crimes de dano, “são os crimes em que apenas se verifica (o perigo) de produção dessa lesão. Há aqui como que uma antecipação jurídica de proteção de bens para momentos anteriores à sua efetiva lesão, em que o legislador acautela, punindo, não a agressão a esses bens, mas, mais cedo ainda, o risco que certas condutas podem acarretar para tal agressão”<sup>3334</sup>. *In casu*, importa-nos direcionar o estudo para a dicotomia entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Assim, nos crimes de perigo concreto, o perigo faz parte do tipo; i.e., o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo<sup>3335</sup>. Já nos segundos crimes (de perigo abstrato), o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo de proibição. Quer isto dizer que, neste tipo de ilícito, são tipificados certos comportamento em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto<sup>3336</sup>. Conforme referido por Taipa de Carvalho, é esta experiencialmente elevada perigosidade da conduta, juntamente com a grande importância do bem ou bens jurídicos protegidos, que conferem legitimidade constitucional e político-criminal à figura dos tipos de crimes abstratos (à proteção “antecipada” que estes conferem)<sup>3337</sup>. Estabelecido este contraponto, debruçemo-nos, finalmente, sobre a figura do crime de propagação de doença.

No crime de propagação de doença contagiosa, o agente, com a sua conduta, deverá ter a intenção de criar perigo para a vida e integridade física de pessoas individualmente consideradas. Todavia, quer a conduta, quer a criação do perigo poderão ocorrer a título de negligência, conforme plasmado no n.º 3 do art. 283.º do CP. Como veremos de seguida, faz sentido a inserção (do crime de propagação) na categoria de crimes de perigo concreto, uma vez que basta a criação de um perigo para outrem para que se preencha o tipo de ilícito. Servirá, a título de exemplo, o caso de uma mulher julgada pelo crime de propagação de doença por ter circulado vários dias em espaços públicos sem qualquer máscara de proteção quando estava infetada com tuberculose<sup>3338</sup>.

---

<sup>3333</sup> Um exemplo do crime de dano é o homicídio (art. 131.º do CP), cujo bem jurídico protegido pela incriminação é a vida humana.

<sup>3334</sup> V.g. Ac. do TRE, de 26/10/2004, proc. n.º 486/04-1.

<sup>3335</sup> V.g. crime de abandono (art. 138.º do CP). Só haverá crime de exposição ou abandono se se verificar o preenchimento do elemento do tipo “colocar em perigo a vida de outra pessoa” – tem de se comprovar, efetivamente, que o bem jurídico vida foi posto em perigo.

<sup>3336</sup> Dias, 1999, p. 309.

<sup>3337</sup> Carvalho, 2016, p. 305.

<sup>3338</sup> Lusa, *Mulher condenada a pena suspensa no tribunal de Aveiro por propagação de doença*, disponível em: [https://www.rtp.pt/noticias/pais/mulher-condenada-a-pena-suspensa-no-tribunal-de-aveiro-por-propagacao-de-doenca\\_n1114031](https://www.rtp.pt/noticias/pais/mulher-condenada-a-pena-suspensa-no-tribunal-de-aveiro-por-propagacao-de-doenca_n1114031).

Neste caso, o comportamento da agente acarretou a criação de perigo para a saúde individual e pública, não relevando para aqui o facto de se ter, ou não, verificado o contágio. De acordo com a posição defendida por Damião da Cunha, para o preenchimento do tipo objetivo do crime, não é necessário que haja uma efetiva contaminação (ou que eventualmente se verifique o contágio, mas não se verifique a doença), embora seja necessário que a outra pessoa pudesse, por seu turno, infectar outras pessoas. Terá de haver, portanto, a criação efetiva de um perigo para a vida ou integridade física de outra(s) pessoa(s), independentemente de a(s) mesma(s) ter(em) contraído a doença<sup>3339</sup>. Façamos, no entanto, a ressalva de que este entendimento não é consensual na doutrina; para Fernanda Palma, não basta a mera possibilidade de transmissão para que se preencha o tipo legal do crime, tendo de existir uma transmissão efetiva, por respeito ao princípio da legalidade<sup>3340</sup>.

Ora, atentos os contornos do crime de propagação de doença contagiosa, não nos parece plausível afirmar que o mesmo seja aplicável aos pais que privam os filhos das vacinas.

Como *supra* analisado, o crime de propagação de doença assume-se como crime de perigo concreto e de resultado. Quem não vacina os filhos não está a propagar a doença, apenas a aumentar ou potenciar o risco abstrato de eles próprios – e os outros – contraírem a doença. Não há aqui a criação de um perigo efetivo para a vida de outras pessoas. Logo, também não se dá o preenchimento do tipo objetivo do crime de propagação. Cenário diferente seria se os pais levassem para a escola ou para uma creche uma criança que já sabiam ser portadora de sarampo e não a mantivessem em quarentena. Esse comportamento já se traduz na propagação de doença, seja a título doloso ou negligente, não tendo como se afastar a perigosidade típica para os bens jurídicos *saúde e integridade física* alheios.

---

<sup>3339</sup> Lafayette & Pereira, 2014, pp. 793-796.

<sup>3340</sup> Fernanda Palma considera que, de forma a respeitar o princípio da legalidade, tem de existir uma transmissão efetiva para estar preenchido o tipo legal de crime, não bastando a mera possibilidade de transmissão. Palma, 2005, p. 121.

## 5. Capítulo IV – A recusa em vacinar como crime de perigo abstrato

Urge, relativamente ao ponto que tratamos, tornar mais nítidos e precisos os contornos da razão de ser da punibilidade das situações de pôr-em-perigo. Para Faria Costa, a legitimidade da criminalização das condutas de perigo abstrato advém, essencialmente, de se pensar que o elemento “prevenção” está indissoluvelmente ligado à matriz de um ataque antecipado a tudo aquilo que leva à produção do resultado que se quer prevenir. O que se pretende alcançar através da incriminação de uma conduta abstratamente perigosa é prevenir ou evitar um resultado de dano. O perigo “representa um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido”. Esta ponderação é, ela mesma, fruto de uma inequívoca valoração, na medida em que *ex ante* se teve de prever um resultado, e para mais um resultado desvalioso<sup>3341</sup>.

Salvo melhor entendimento, somos da opinião que a recusa em vacinar poderá configurar um crime de perigo abstrato. Esmiucemos esta questão. A não vacinação de um menor representa sempre um perigo ou ameaça potencial, quer para a sua própria saúde, como também para a dos outros. Enquanto esta questão nos parece ser indiscutível (a de criação de um perigo), já não será tão linear que o fator “perigo/ameaça” seja concreto, efetivo. Ou seja, citando o Ac. do TRC, de 11/02/2009, proc. n.º 137/06.2GBSRT.C1: “a existência de verificação de um concreto pôr-em-perigo, face à previsão no tipo de ilícito da criação de perigo para a vida ou para a integridade física de outrem”, não é tão fácil de comprovar. Designadamente, entre outras, pela questão da previsibilidade. É difícil prever se, porque uma criança não está vacinada, vai adoecer e/ou contagiar outras. Portanto, vislumbrar-se o perigo como sendo “palpável”, efetivo, nesta circunstância, é como que extravasar o sentido que o legislador quis atribuir a este conceito (de perigo concreto). Por outro lado, acolhemos o entendimento de que classificar a recusa em vacinar como perigo abstrato não se apresenta como inoportuna. O perigo decorrente de um menor não vacinado é mais suscetível de configurar um perigo abstrato, na medida em que a possibilidade de contágio da doença, apesar de meramente hipotética, existe. Tal como descreve o Ac. do TRC de 14/09/2016, no proc. n.º 331/13.0JALRA.C1: “Nestes crimes [de perigo abstrato] é a própria ação em si que é considerada perigosa pois, atendendo às regras da experiência comum, é considerada apta a produzir efeitos danosos; contudo, esse perigo que a conduta tipificada encerra, constitui tão só a motivação do legislador para a incriminar, assim,

---

<sup>3341</sup> Costa, 1992, pp. 574-587.

não se torna necessário que, no caso concreto, tal perigo se materialize, já que não está previsto como efeito da ação típica”.

Daqui retiramos que está implicada, tão só e apenas, a suscetibilidade de se criar um perigo para o bem jurídico, o que difere da real existência de perigo. Ou seja, a recusa dos pais em vacinar os filhos não representa nenhum perigo concreto, independentemente do número de estudos científicos que comprovem os benefícios da vacinação. Representa, antes, um perigo abstrato, na medida em que uma criança não vacinada está sempre suscetível de criar um perigo para outrem. Há aqui o fator de incerteza no que diz respeito a verificar-se o perigo, mas certeza de que a conduta, em si mesma, é perigosa e merecedora de tipificação penal.

A este respeito, Faria Costa considera que “não é pelo facto de o perigo, [...] enquanto substantivação de uma situação perigosa, arrastar consigo uma certa indeterminação que ele não pode constituir um válido e importante elemento jurídico-penalmente intencionado”<sup>3342</sup>. Há, contudo, que frisar o seguinte aspeto: não se poderá valorar a legitimidade da incriminação da conduta daquele que atua numa situação de incerteza, mas já se poderá admitir esse cenário numa situação de risco. É que, numa situação de incerteza, a cada decisão correspondem vários resultados, todos eles possíveis, mas sem se conhecer a probabilidade da ocorrência de cada um deles. Ao invés, no segundo caso, a cada decisão correspondem vários resultados, mas no que a estes se refere, consegue estimar-se a probabilidade da sua ocorrência. Portanto, quando usamos das expressões *suscetibilidade*, *potencialidade* e *probabilidade*, referentes à criação de um perigo, estamos a considerar o seu enquadramento dentro do campo de todas as situações em que não se verifiquem juízos de determinação absoluta – pois tal implicaria a conversão dos tipos legais de perigo abstrato em tipos de perigo concreto –, nem tampouco de incerteza absoluta – e o que, neste caso, resultaria numa clara violação do princípio da legalidade. Neste sentido, a jurisprudência alemã conseguiu fornecer (ainda que de forma relativamente simplificada) uma linha de orientação no sentido de se aferir da criação de uma situação de risco, porquanto haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção. Ou seja, verifica-se “uma situação em que o acontecer jurídico-penalmente desvalioso esteve mais próximo de se verificar do que o não acontecer”<sup>3343</sup>.

Por conseguinte, ao cruzarmos esta formulação com a situação da recusa em vacinar o menor, veremos que a lógica é bastante simples: uma criança não vacinada está mais suscetível a contrair e propagar doenças do que uma criança protegida. Portanto, a produção do resultado desvalioso (a contração ou propagação de doenças evitáveis por

---

<sup>3342</sup> Costa, 2015, p. 592.

<sup>3343</sup> Costa, 2015, pp. 593-599.

vacinação), e que aqui a criminalização da recusa pretende evitar, fica mais perto de acontecer, independentemente de a probabilidade de ocorrência do evento ser, variavelmente, maior ou menor. Mas a mera possibilidade de produção do resultado não será suficiente para caracterizar a situação como sendo de perigo; essa possibilidade terá de ser considerada *relevante*. Sendo certo, porém, que este critério terá de ser valorado através de um juízo de experiência, e a partir do qual se possa afirmar que a situação em causa comporta uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer<sup>3344</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, a tipificação de crimes de perigo abstrato não é comum, uma vez que se encontra limitada à apreciação de uma série de pressupostos no âmbito constitucional. Com efeito, têm sido levantadas diversas questões em relação à sua constitucionalidade, já que não existiria verdadeira ofensa a um bem jurídico e necessidade de punir. Vejamos, a título de exemplo, o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, regulado no art. 292.º do CP<sup>3345</sup>. Este crime é abstrato e de mera atividade, podendo ser cometido por dolo ou por mera negligência. Segundo Paula Ribeiro de Faria, o perigo, com efeito, não integra o tipo, existindo apenas atinente presunção do legislador, “as mais das vezes fundada numa observação empírica, de que a situação é perigosa em si mesma, ou seja, que na maioria dos casos em que essa conduta teve lugar demonstrou ser perigosa sob o ponto de vista de bens jurídicos penalmente tutelados”<sup>3346</sup>. Conforme dita o Ac. do TRP de 26/10/2017, proc. n.º 102/17.4PTPRT.P1, na condução de veículo em estado de embriaguez, “a consumação típica de tal ilícito criminal dá-se com o facto de a mera conduta ou atividade desenvolvida pelo agente colocar abstratamente em perigo o bem jurídico ou bens jurídicos protegidos, que neste caso são a vida, a integridade física e o património de terceiros”.

A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato tem sido questionada pelo facto de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico. A doutrina maioritária e o TC pronunciam-se, todavia, pela sua não inconstitucionalidade quando visarem a proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa. Aliás, relativamente à norma extraída do n.º 1 do art. 292.º do CP, o Ac. do TC n.º 95/2011, considerou esta incriminação de

---

<sup>3344</sup> Costa, 2015, pp. 596-600.

<sup>3345</sup> Artigo 292.º (Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas):

1 – [...]

2 - Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.

<sup>3346</sup> Dias, 1999, p. 1093.

perigo abstrato como “necessária” à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, “adequada” à diminuição dos riscos de lesão de tais bens e “proporcionada em sentido estrito”, por assentar em critérios médico-científicos consensualizados que permitem aferir o grau de perturbação dos condutores sobre a influência de álcool<sup>3347</sup>. Portanto, como já referimos, a incriminação do agente sob o efeito de álcool justifica-se pelo estado (em que o mesmo se encontra) constituir um perigo potencial para a segurança rodoviária<sup>3348</sup>.

Nas palavras de Faria Costa, e o qual se passa a citar, “De acordo com o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), terá de existir, ao menos, um perigo de lesão de um bem jurídico para que se deva encontrar legitimada a intervenção do Estado”<sup>3349</sup>. Portanto, em termos jurídico-penais, dá-se uma ofensa ao bem jurídico em causa se o bem for atingido na sua estrutura nuclear ou até na sua específica intencionalidade jurídico-normativa. Relativamente a este segmento, podem ser descortinados três graus de ofensividade ao bem jurídico, sendo que para o caso só nos interessam os relativos aos crimes de perigo abstrato<sup>3350</sup>. Para o Autor, não deverá entender-se que o princípio da ofensividade exige, para que exista crime, que se tenha de produzir uma lesão do bem jurídico, podendo encontrar-se no perigo de lesão uma forma de ofensa ao bem jurídico (forma essa, aliás, em que o perigo de lesão constitui o tão-só motivo da incriminação). Neste sentido, havendo a ofensividade do cuidado-de-perigo, este tipo de incriminação não enferma de qualquer vício de inconstitucionalidade<sup>3351</sup>.

No mesmo sentido, Fiore recusa a ilegitimidade de disposições incriminatórias fundadas em presunções de perigo, conquanto estas se dirijam à tutela de bens jurídicos (constitucionalmente significativos). Esta ideologia assenta no facto de o legislador ter liberdade na escolha da técnica de tutela, tendo também a ofensa de ser entendida como lesão ou perigo de lesão dos mesmos bens jurídicos. Assim, para este Autor, não deverão ser vistas estas normas como exceções ou derrogações ao princípio da ofensividade, uma vez que o texto legislativo deixa espaço à indagação judicial acerca da potencialidade lesiva da conduta<sup>3352</sup>.

Nestes termos, poderá admitir-se que a recusa de vacinação possa deixar-se configurar como um crime de perigo abstrato (legítimo). Veja-se o seguinte. A condução sob efeito do álcool representa um perigo abstrato para a comunidade na medida em que, pelo facto de o condutor se encontrar embriagado, está mais suscetível a causar um

---

<sup>3347</sup> Albuquerque, 2015, p. 1025.

<sup>3348</sup> Dias, 1999, pp. 309 a 310.

<sup>3349</sup> Costa, 2015, p. 161.

<sup>3350</sup> Faria Costa: “São, pois, constitucionais todos os crimes de perigo abstracto relativamente aos quais se possa ainda encontrar um qualquer nexos entre os seus elementos típicos e a defesa ou tutela – implícita mas inequívoca ou manifesta – de um bem jurídico. Costa, 2015, pp. 163 a 164.

<sup>3351</sup> Costa, 2015, pp. 171 a 172.

<sup>3352</sup> Costa, 2005, pp. 110 a 111.

acidente rodoviário – o que, por sua vez, é plausível de originar danos para a vida, integridade física e do foro patrimonial. Estes bens jurídicos estão, assim, protegidos pela incriminação da conduta, ainda que da mesma possa não decorrer um perigo concreto. Concretizando, não é certo que o condutor, pelo facto de se encontrar sob o efeito de álcool, provoque um acidente de qualquer espécie. Mas é certo que a condução de veículo nestes termos é suscetível de criar um perigo para os bens jurídicos em causa, porquanto os estudos de natureza científica assim o comprovam. Ora, a probabilidade desse acontecimento suceder está consolidada o suficiente ao ponto de, assim, ser legítima a criminalização da conduta do agente nestas circunstâncias.

Posto isto, cremos que poderá a recusa de vacinação do menor ser criminalizada nos mesmos moldes que a condução de veículo em estado de embriaguez. O menor não vacinado pode não configurar um perigo concreto para a vida e integridade física de outrem, seja porque beneficia da imunidade de grupo, porque se encontra fechado em casa, por mero acaso, ou qualquer fator. Mas o pai que rejeita a administração de vacinas a um filho está a criar uma ameaça para a saúde da própria criança e/ou da comunidade, ainda que meramente hipotética. Há sempre a probabilidade, probabilidade consistente, como exige a legitimidade da criação de um crime de perigo abstrato, de a criança adoecer ou contagiar outros. E se assim é, há que colocar à consideração a possibilidade de, no futuro, a recusa da vacinação vir a ser criminalizada, com fundamentos paralelos à norma do art. 292.º do CP. Isto, claro está, desde que seja possível fundamentar esse perigo com base em estudos científicos de natureza idónea e fidedigna, aliado à ponderação dos critérios *supra* analisados.

---



## 6. Capítulo V – Direito Comparado

### 6.1. Estados Unidos da América (EUA)

Atualmente, todos os Estados Norte Americanos preveem a obrigatoriedade de vacinação de crianças que frequentem a creche ou escola, embora o tipo específico de vacinas requeridas – entre outras particularidades – possa variar consoante o Estado de que se trata<sup>3353</sup>. Esta obrigação legal decorre da emissão dos chamados *immunization mandates* (mandados de imunização), os quais existem há mais de um século nos EUA, e têm sido alvo de discussão nos tribunais e na doutrina norte-americanos até aos dias de hoje<sup>3354</sup>. Muito embora haja bastante controvérsia em torno destes mandados, a verdade é que o enfoque dos tribunais, na apreciação desta matéria, tem sido para as causas de justificação da recusa. Nomeadamente, o Estado que emanou o mandado pode admitir a escolha dos pais de não vacinar os filhos – *sem que daí decorram quaisquer consequências legais* – nos casos em que se consiga comprovar clinicamente que o menor padece de uma condição médica que obste e/ou conflitua com a administração de vacinas<sup>3355</sup>. Da mesma forma, poderá igualmente ser atribuída uma isenção aos pais da criança que invoquem razões de ordem ideológica e religiosa, legitimando a sua recusa<sup>3356</sup>. Não nos iremos debruçar sobre as isenções de carácter médico, uma vez que, relativamente a essas, salvo melhor opinião, dificilmente se poderão levantar objeções. Faremos, outrossim, uma breve explicação sobre o conteúdo das NMEs (isenções de carácter não médico) e da lei que as aboliu.

No início do ano de 2015, o Estado da Califórnia experienciou uma epidemia de sarampo em grande escala, o que conduziu à necessidade de criação de medidas no sentido de se conter e prevenir a propagação da doença. Neste sentido, foi proposta a implementação da lei SB277, a qual prevê a abolição das “isenções não médicas”, por forma a excluir a possibilidade de os menores não serem vacinados com base nas crenças pessoais e/ou religiosas dos pais. O projeto lei foi, porém, submetido a vários processos legislativos até à sua aprovação definitiva. Desde a sua entrada em vigor, foram intentadas cinco ações judiciais com vista à sua revogação, mas nenhuma delas obteve provimento. A lei encontra a sua *ratio*, por um lado, na abundante evidência a favor da vacinação, na medida em que as vacinas são eficazes na prevenção de doenças. Assim, o escopo dos tribunais, aquando a homologação da lei SB277, foi o de assegurar a proteção

---

<sup>3353</sup> Attwell *et al.*, 2018, pp. 7377 a 7378.

<sup>3354</sup> Embora a conduta de recusa não seja criminalizada, mas somente punida; no Estado da Califórnia foi implementado o sistema de vedação (às crianças) do acesso às escolas e creches, nos casos em que os pais recusaram cumprir os mandados de imunização.

<sup>3355</sup> São as chamadas *medical exemptions* (MEs). Atualmente, todos os Estados norte americanos atribuem estas isenções aos pais cujos filhos reúnam as condições médicas legalmente requeridas.

<sup>3356</sup> Neste caso, apenas 3 dos 50 estados norte-americanos não oferecem isenções não médicas (NMEs) – Califórnia, West Virgínia e Mississippi.

da saúde individual e pública das crianças e da comunidade, com a maior abrangência possível, através da exclusão de quaisquer crenças pessoais e/ou religiosas que pudessem obstar ao cumprimento dos mandados de imunização<sup>3357</sup>. Por outro lado, quer a lei, quer os mandados de imunização e suas respectivas sanções decorrentes da sua violação, embora encontrem o seu suporte nos princípios penalistas e constitucionais, têm sido alvo de inúmeras objeções nos tribunais. Atentemos, pois, aos casos que se seguem.

O SCOTUS determinou que, nos casos em que as imunizações sejam obrigatórias, a aplicação de sanções penais nas situações de recusa é constitucional, estando (contudo) sujeita aos poderes de fiscalização dos Estados. A necessidade do Tribunal em se pronunciar sobre esta matéria emergiu do aparecimento de doenças mortais no início dos anos 90, motivo pelo qual se justificou a aplicação das sanções penais nos casos de recusa<sup>3358</sup>.

O primeiro caso de imposição legal de imunização foi o *Jacobson v. Massachusetts*, o qual foi – e atualmente ainda o é – utilizado como referência nas decisões proferidas pelos tribunais no âmbito desta matéria. Em 1905, o caso *Jacobson v. Massachusetts* foi submetido no STJ dos EUA para revisão da sentença condenatória proferida a favor do réu pelo facto de este se ter recusado a cumprir a lei de imunização do seu Estado. Essa lei controvertida previa a imunização obrigatória da vacina contra a varíola a todos os adultos não imunizados, a fim de conter um surto de varíola em Cambridge, Massachusetts. Neste processo, o Réu impugnou a constitucionalidade da lei, argumentando que o Estado não poderia aplicar-lhe sanções penais pela sua recusa em auto imunizar-se, uma vez que isso consubstanciava numa invasão irrazoável da sua liberdade<sup>3359</sup>. O tribunal reconheceu que, para determinar o estatuto obrigatório de imunização como inconstitucional, significaria que qualquer “vacinação obrigatória futura não poderia, de nenhum modo concebível, ser legalmente aplicado numa comunidade, por mais generalizada que estivesse a epidemia da varíola, e o quão profunda e universal fosse a crença da comunidade e dos profissionais de saúde de que um sistema geral de vacinação fosse vital para a segurança de todos”. Assim, o Tribunal confirmou a condenação do Réu e declarou que os estatutos obrigatórios de imunização de Massachusetts eram constitucionais<sup>3360</sup>.

Um caso mais recente de obrigatoriedade de imunização é o *Phillips v. City of New York*, ocorrido em 2014 no estado de Nova Iorque. Neste caso, um juiz do tribunal federal do distrito de Brooklyn proferiu uma decisão a desfavor de três famílias que

---

<sup>3357</sup> Reiss, 2018, pp. 215-224.

<sup>3358</sup> A *ratio* da homologação pelo Tribunal destas medidas teve como escopo, evidentemente, a proteção da saúde dos cidadãos americanos.

<sup>3359</sup> Nas palavras do Réu, as leis obrigatórias de imunização seriam “irrazoáveis, arbitrárias e opressivas”.

<sup>3360</sup> Waterman, 2015, pp. 166 a 167.

reclamaram que o seu direito à liberdade religiosa havia sido violado pelo facto de os seus filhos terem sido mantidos afastados da escola, às vezes por um mês, devido às políticas de imunização da cidade<sup>3361</sup>. O tribunal fundamentou a sua decisão com base no caso de Massachussets (*supra* mencionado), invocando assim a legitimidade – e autoridade – dos Estados para decretarem medidas de proteção da saúde e segurança dos cidadãos, incluindo imunizações obrigatórias. Durante o julgamento, os réus invocaram que a sentença de 1905 não era aplicável ao caso, uma vez que “não [haveria] forma de o tribunal antecipar que as crianças fossem sujeitas às vacinas que hoje têm de levar”. O tribunal não concordou e decidiu a favor do estado de Nova Iorque. Tendo os apelantes recorrido da decisão, o “Second Circuit Court of Appeals” confirmou a decisão do tribunal e elencou que o estatuto de imunização do tribunal de Nova Iorque “vai além do que a Constituição requer ao permitir uma isenção aos pais com convicções religiosas genuínas e sinceras”.

Façamos aqui um parêntesis. Estas sanções – que proíbem a matrícula e/ou frequência da criança não vacinada num estabelecimento de ensino – não punem quem seria merecedor de punição, e que são, neste caso, os pais. Portanto, não são os progenitores, os quais adotaram a conduta proibida – de não vacinar – que sofrem qualquer tipo de consequência legal. É a criança que vê o seu acesso à educação a ser vedado e a que, portanto, se assume como destinatária de uma punição que, de modo algum, lhe deveria ter sido dirigida. Não consideramos, atenta esta explicação, que se cumpram os princípios da proporcionalidade e adequação, sendo certo que a implementação de medidas de semelhante natureza, no nosso ordenamento jurídico, iria suscitar questões atinentes à sua legalidade.

No sentido de se encontrar uma solução para este problema, tem vindo a discutir-se cada vez mais a possibilidade de fazer uma interpretação das leis penais já existentes, a fim de se poder criminalizar a recusa pelos progenitores. Nomeadamente, uma interpretação extensiva do MPC permite ao sistema judicial criminal a possibilidade de aplicar leis penais, já tipificadas, aos pais que se recusam a vacinar os filhos, quando estejam em causa condutas que coloquem em risco a segurança de outras pessoas. O MPC contém especificamente dois tipos de crimes sob os quais podem os pais ser responsabilizados criminalmente nestas circunstâncias. Analisemos, então, os artigos em causa.

O MPC proíbe expressamente a colocação em perigo (sob a forma negligente) de qualquer ser humano, com inclusão das crianças, na sua secção 211.2, cuja epígrafe é

---

<sup>3361</sup> Mueller, Benjamin, *Judge upholds policy barring unvaccinated students during illnesses*, disponível para consulta em <https://www.nytimes.com/2014/06/23/nyregion/judge-upholds-policy-barring-unvaccinated-students-during-illnesses.html>.

“*Recklessly Endangering Another Person*”. Na nota explicativa da secção 211.2, o legislador refere que esta secção “lida com o perigo negligente nas suas mais variadas formas, i.e., situações nas quais a conduta do agente coloca ou é suscetível de colocar outra pessoa em risco de morte ou lesão corporal grave” (ANEXO I). Igualmente, a secção 230.4 do MPC estabelece que “o progenitor, tutor ou outra pessoa responsável por supervisionar o bem-estar da criança com menos de 18 anos, comete um crime se conscientemente colocar em risco o bem-estar da criança ao violar os deveres de cuidado, proteção ou apoio” (ANEXO II). Assim sendo, nos casos em que os pais se recusem a vacinar os menores, existe a eventualidade de os tribunais poderem vir a aplicar esta norma<sup>3362</sup>.

## 6.2. Itália

No âmbito da vacinação, a Itália possui um historial manifestamente assimétrico. Até aos anos 90, as vacinas legalmente obrigatórias eram administradas sem qualquer custo, e os estatutos previam a aplicação de multas e a expulsão de quaisquer crianças não vacinadas das escolas e creches. A reviravolta na política deste país dá-se a partir do ano de 1999, com a emanação de um decreto do Ministério da Educação, o qual passou a permitir a frequência de crianças não vacinadas nos estabelecimentos de ensino. Esta permissão teve por base a Constituição italiana, na qual se encontrava assegurado o direito à educação na mesma medida do direito à saúde. Daqui em diante, os mandados de vacinação permaneceram regulados na lei, mas deixaram de ser executados.

Em 2013, um tribunal de primeira instância da cidade de Rimini declarou que as vacinas foram responsáveis por causar autismo a uma criança, o que rapidamente se alastrou pelos meios de comunicação social<sup>3363</sup>. Desde então, a percentagem de vacinação a nível nacional decaiu significativamente. Por forma a inverter esta situação, foi criado o “*Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2017-2019*”, o qual introduziu alguns aspetos inovadores, entre os quais novas vacinas abrangidas pelo Sistema Nacional de Saúde, maior abrangência da população alvo e a implementação do registo de vacinas online. Adicionalmente, com a implementação do DL n.º 73/2017 de 7 de junho, passou a ser obrigatória a administração de dez espécies de vacinas a crianças com idades compreendidas entre os 0 e os 16 anos, bem como a menores estrangeiros desacompanhados. É ainda requerido aos pais que façam prova das “vacinas em dia” dos filhos (com 6 anos ou menos) no ato da matrícula em creches ou escolas, sob pena de não ser permitida a sua inscrição. Já os que têm entre 6 e 16 anos não podem ser impedidos

---

<sup>3362</sup> Waterman, 2015, pp. 168-170.

<sup>3363</sup> Attwell et al., 2018, pp. 7379 a 7380.

de frequentar a escola, mas os pais enfrentam multas no valor entre os € 100 e os € 500<sup>3364</sup>.

Veja-se, ainda, a tomada de posição da jurisprudência quanto à imposição da administração de vacinas. O Tribunal Constitucional pronunciou-se relativamente à constitucionalidade da Lei n.º 51/1966, de 4 de fevereiro (a qual prevê a obrigatoriedade da vacina do vírus da poliomielite), no sentido em que a mesma “não fornece, pelo Estado, uma indemnização justa no caso de danos decorrentes da infeção ou outra doença eventual, devida à vacinação anti-poliomelítica obrigatória”<sup>3365</sup>.

Se, por um lado, o Estado tutela os bens jurídicos fundamentais *vida e integridade física*, razão pela qual se impõe aos cidadãos a toma de vacinas, pelo outro, visa acautelar a compensação de eventuais danos que possam advir da sua administração. À sentença do tribunal seguiu-se a aprovação da Lei n.º 210/1992 de 25 de fevereiro, a qual continua em vigor, sendo que também ela prevê uma “compensação a favor dos lesados com complicações irreversíveis devido às vacinações obrigatórias, transfusões e administração de produtos sanguíneos”. Apesar de a violação da obrigação de vacinar não configurar nenhum crime, verifica-se, contudo, a necessidade do Estado em sancionar a conduta dos pais que não cumpram com o legalmente estabelecido.

---

### 6.3. Austrália

No que diz respeito à punição dos pais “antivacinas”, a Austrália ainda não ponderou pela criação de leis penais, tendo ao invés optado pela implementação de leis administrativas que preveem políticas fiscais dissuasoras.

Na Austrália, a cobertura de vacinação infantil apresenta índices bastante elevados. Em 2017, foi realizado um estudo que revelou que 94% das crianças com 5 anos de idade estavam cobertas pela vacinação. Estas estatísticas não surpreendem, uma vez que a maioria da população australiana acredita que a vacinação infantil é de extrema importância e que o surgimento de doenças evitáveis pela vacinação representa um sério risco para as crianças desprotegidas.

Apesar destas estatísticas, e por forma a incrementar ainda mais a percentagem de cobertura de vacinação infantil, em 1988, o governo australiano implementou uma política chamada “*Immunisation Seven Point Plan*”, a qual exigia aos pais das crianças que fizessem prova da sua imunização. Aos pais que se recusassem a vacinar os filhos, era-lhe dado um formulário de preenchimento – o “*Immunisation Exemption Conscientious Objection Form*” –, no qual invocam as suas objeções religiosas,

---

<sup>3364</sup> Ricciardi *et al.*, 2018.

<sup>3365</sup> Crenna, Osculati & Visonà, 2018, pp. 128-131.

ideológicas ou médicas (são os chamados “objetoires conscientes”), com vista a poderem ser isentos dessa obrigatoriedade; posteriormente, recebiam aconselhamento por parte de um profissional de saúde no sentido de os incentivar à adesão da vacinação. Ainda assim, o Plano previa a atribuição de benefícios e incentivos fiscais aos pais não complacentes, desde que preenchessem o referido formulário<sup>3366</sup>.

Nos últimos anos, começou a verificar-se o aumento do número de registos de pais na qualidade de “objetoires conscientes”, o que moveu o governo a introduzir a lei “*No Jab, No Pay*” no ano de 2016. Esta lei prevê a exclusão do acesso aos cuidados infantis aos pais que se opuserem à vacinação – independentemente das razões invocadas – e benefícios fiscais familiares (os quais se avaliam até, aproximadamente, \$ 15.000) aos agregados que comprovem a “vacinação em dia” dos menores. Embora esta lei tenha sido direcionada aos chamados “objetoires conscientes”, o seu escopo é o de incentivar todas as famílias a agir, no sentido de garantir que todos os menores sejam vacinados à luz do programa recomendado. Paralelamente, e à semelhança do que foi implementado em Itália e nos EUA, vários Estados introduziram políticas “*No Jab, No Pay*”, em que se exige que as crianças sejam vacinadas por forma a poderem frequentar as creches.

A implementação da lei “*No Jab, No Pay*” demonstrou ser eficaz, na medida em que contribuiu, significativamente, para uma maior adesão dos pais às vacinas, dado que as estatísticas demonstram que os índices de vacinação se situam, atualmente, entre os 92% e os 93%.

Não poderemos deixar ainda de referir que, relativamente à aplicação destas medidas, a Austrália optou por uma abordagem “inteligente”, na medida em que estas sanções de natureza fiscal se dirigem apenas (e justamente) aos únicos titulares responsáveis pela comissão da infração – os pais –, não havendo qualquer tipo de dano colateral para as crianças. Mais, esta solução revela-se particularmente interessante, na medida em que não se cinge somente à aplicação de medidas pelo lado negativo (o que acontece na aplicação de coimas), mas também cria incentivos para os pais que, de alguma forma, se encontrem relutantes em vacinar.

---

<sup>3366</sup> Trent *et al.*, 2019, pp. 5250-5256.

## 7. Conclusão

Chegado o momento de tecer as considerações finais, resta-nos sopesar as várias posições adotadas nesta matéria, na tentativa de chegarmos a um entendimento minimamente consensual.

A questão fundamental que se colocou no início desta dissertação, e que constituiu o ponto de partida para o seu desenvolvimento, é a de saber se é legalmente admissível punir criminalmente os pais que se recusam a vacinar os filhos. Neste sentido, pensamos não ser possível afirmar que a resposta a esta questão é linear. Diga-se, até, que pelo contrário. As conclusões que retirámos encontram-se, ainda, numa fase inicial de reflexão, uma vez que exigem um estudo mais aprofundado. Porém, não deixaremos de expor aquelas a que chegámos com esta tese, ainda que possam ser controvertidas.

Em primeiro lugar, consideramos pertinente referir o seguinte: a punição da recusa, ainda que por outra via que não a criminal, terá espaço para ser admitida pelo nosso ordenamento jurídico. Ou seja, não cremos que seja descabido falar na punição da recusa, se atendermos às consequências que dessa recusa podem advir – e as quais, aliás, são hoje bem visíveis. Não obstante, temos consciência que a criminalização dessa omissão é polémica. O caso da jovem de 17 anos que morreu com sarampo, e que não estava vacinada contra a doença, reavivou a discussão sobre a necessidade de se adotar medidas de prevenção, nomeadamente através da punição da recusa. A este propósito, abordámos a possibilidade de esta punição ser feita ao abrigo do art. 283.º, n.º 3 do CP, como um crime de propagação de doença contagiosa. Não concordamos com essa posição, porquanto não se preenche o elemento objetivo do crime “*quem propagar doença contagiosa*”. Independentemente da opção por qualquer uma das posições conflituantes entre Damião Cunha e Fernanda Palma – que defendem, respetivamente, bastar a mera possibilidade de transmissão da doença ou ser necessária uma transmissão efetiva –, não consideramos pertinente falar-se, *in casu*, de propagação de doença, uma vez que a recusa de vacinação não se lhe assemelha. Um progenitor que não queira vacinar, e a não ser que seja ele próprio portador de doenças, não está a propagar doença alguma. Apenas estará a potenciar o risco de que o contágio de doenças venha a ocorrer no futuro. De qualquer forma, mesmo que se sustente a tese de que basta a mera possibilidade de transmissão da doença para preencher o tipo, este exige ainda que a criação desse perigo seja efetiva, o que não sucede.

Após o confronto entre crimes de perigo concreto e abstrato, concluímos que a recusa parental relativamente às vacinas só poderá configurar, salvo melhor entendimento, um crime de perigo abstrato. Estes crimes caracterizam-se pelo fator ligado à “probabilidade” ou “potencialidade” de o facto danoso vir a ocorrer. Isto é, a atividade desenvolvida pelo agente (que poderá revestir a forma de omissão) é suscetível

de produzir um resultado desvalioso, ainda que se admita a hipótese de esse resultado nunca se vir a concretizar. No caso da recusa da vacinação, a omissão configura um perigo abstrato, na medida em que existe um perigo potencial de a criança desprotegida poder contrair e, eventualmente, propagar alguma doença. Reiteramos esta posição ao estabelecer a comparação com o crime previsto no art. 292.º do CP, que tanto a doutrina como a jurisprudência inserem na categoria dos crimes de perigo abstrato. Um agente que conduza sob o efeito de álcool ou substâncias psicotrópicas representa um perigo para a comunidade porque pode vir a causar um acidente. O acidente poderá, no entanto, nunca ocorrer, mas a conduta do agente não deixa de ser perigosa, ainda que em abstrato. Relativamente às questões constitucionais em torno destes crimes, sustentamos a constitucionalidade da criminalização da recusa. Não concordamos com a tese de que a ofensividade do bem jurídico implica necessariamente a sua lesão, entendendo, como Faria Costa, que também se pode antever no perigo de lesão do bem tutelado uma forma de ofensa. Ainda, quanto ao problema colocado por Fiore, que considera ilegítimas as disposições incriminatórias fundadas em perigo quando não se dirijam à tutela de bens jurídicos fundamentais, não há dúvida acerca da inclusão da vida e da integridade física individual e coletiva no núcleo essencial dos bens jurídicos da coletividade.

Consideramos que estes bens jurídicos, protegidos pela incriminação, não são uns quaisquer bens, mas são dotados de dignidade penal. Estamos aqui a falar de bens fundamentais primários, inseridos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias da CRP, cuja ofensa legitima a intervenção do Estado. No entanto, tem de se ponderar ainda um outro critério, e o qual consideramos ser aquele que apresenta mais limitações à criminalização da recusa – o princípio da subsidiariedade penal ou da proibição do excesso punitivo. Sendo que apenas se poderá recorrer ao Direito Penal em última instância, quando todas as outras medidas de natureza menos gravosas se revelarem insuficientes ou ineficazes, não desconsideramos, na totalidade, a necessidade de recorrer ao Direito Penal. É aqui que poderão surgir mais dúvidas. Se aderirmos à conceção de Figueiredo Dias, quando considera que as condutas sancionadas pelo Direito de Mera Ordenação Social são “axiologicamente neutras”, então inclinamo-nos para a aplicação do Direito Penal, uma vez que achamos que a recusa é axiologicamente censurável. Se, no entanto, aderirmos à posição de Taipa de Carvalho, que considera poder censurar as condutas que subjazem ao ilícito criminal administrativo, então consideramos excessivo o recurso à via criminal. Note-se que não discordamos, em absoluto, da aplicação de medidas de natureza administrativa aos casos de recusa, conquanto as mesmas sirvam para punir, unicamente, os agentes responsáveis pela criação de perigo – portanto, os pais. Não podemos é concordar com a aplicação de



sanções que restrinjam (direta ou indiretamente) os direitos das crianças, pelo que deverá sempre proceder-se a uma ponderação cuidada quanto à escolha dessas medidas.

Ainda, no estudo das soluções de outros ordenamentos jurídicos, consideramos que foi a Austrália que adotou as medidas mais justas e eficazes, que se traduzem em sanções fiscais que beneficiam e prejudicam, respetivamente, os pais que optam por vacinar os filhos e os que decidem não o fazer. Neste sentido, apenas os pais são prejudicados, contrariamente ao que se instituiu nos EUA e em Itália. Aplaudimos, por um lado, a obrigatoriedade de vacinação, nos EUA, através dos mandados de imunização, que têm sido eficazmente executados. Por outro, não podemos concordar com as medidas decorrentes da violação dos mandados, que privam as crianças de frequentar os estabelecimentos de ensino, na medida em que as convertem em alvo das referidas sanções, e não os progenitores. No mesmo sentido atuou o governo italiano, estando prevista a proibição de matrícula das crianças, entre os 0 e 6 anos, nas creches e escolas. Concordamos, porém, com a aplicação de coimas, por atingirem “quem de direito”, embora restem algumas dúvidas relativamente à sua eficácia, dado que o pagamento da coima, para alguns indivíduos, pode não ser tão impactante quanto se pretenda, para além de que não soluciona o problema do menor, que continua desprotegido.

---

## 8. Anexos

### 8. 1. Anexo I – Secção 211.2. do MPC: *Recklessly Endangering Another Person*

#### Art. 211 DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES PL. II

The remaining two offenses in Article 211 generalize principles found in antecedent statutes addressed only to ad hoc situations, such as reckless driving of a motor vehicle or reckless use of firearms. Section 211.2 deals with reckless endangerment by any means, i.e., situations where the actor's conduct recklessly places or may place another person in danger of death or serious bodily injury. Section 211.3 deals with terroristic threats, i.e., situations where the actor threatens to commit a crime of violence with purpose to terrorize another person or a group of persons.

##### Section 211.0. Definitions.

In this Article, the definitions given in Section 210.0 apply unless a different meaning plainly is required.

##### Section 211.1. Assault.

(1) Simple Assault. A person is guilty of assault if he:

- (a) attempts to cause or purposely, knowingly or recklessly causes bodily injury to another; or
- (b) negligently causes bodily injury to another with a deadly weapon; or
- (c) attempts by physical menace to put another in fear of imminent serious bodily injury.

Simple assault is a misdemeanor unless committed in a fight or scuffle entered into by mutual consent, in which case it is a petty misdemeanor.

(2) Aggravated Assault. A person is guilty of aggravated assault if he:

- (a) attempts to cause serious bodily injury to another, or causes such injury purposely, knowingly or recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life; or
- (b) attempts to cause or purposely or knowingly causes bodily injury to another with a deadly weapon.

Aggravated assault under paragraph (a) is a felony of the second degree; aggravated assault under paragraph (b) is a felony of the third degree.

Explanatory Note for Sections 211.1–211.3 appears before Section 211.0. For detailed Comment to 211.1, see MPC Part II Commentaries, vol. 1, at 174.

##### Section 211.2. Recklessly Endangering Another Person.

A person commits a misdemeanor if he recklessly engages in conduct which places or may place another person in danger of

## 8.2. Anexo II – Secção 230.4. do MPC: *Endangering Welfare of Children*

### Art. 230 DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES PL. II

under Subsection (2), a person who induces or knowingly aids a woman to use instruments, drugs or violence upon herself for the purpose of terminating her pregnancy otherwise than by a live birth commits a felony of the third degree whether or not the pregnancy has continued beyond the twenty-sixth week.

(5) Pretended Abortion. A person commits a felony of the third degree if, representing that it is his purpose to perform an abortion, he does an act adapted to cause abortion in a pregnant woman although the woman is in fact not pregnant, or the actor does not believe she is. A person charged with unjustified abortion under Subsection (1) or an attempt to commit that offense may be convicted thereof upon proof of conduct prohibited by this Subsection.

(6) Distribution of Abortifacients. A person who sells, offers to sell, possesses with intent to sell, advertises, or displays for sale anything specially designed to terminate a pregnancy, or held out by the actor as useful for that purpose, commits a misdemeanor, unless:

(a) the sale, offer or display is to a physician or druggist or to an intermediary in a chain of distribution to physicians or druggists; or

(b) the sale is made upon prescription or order of a physician; or

(c) the possession is with intent to sell as authorized in paragraphs (a) and (b); or

(d) the advertising is addressed to persons named in paragraph (a) and confined to trade or professional channels not likely to reach the general public.

(7) Section Inapplicable to Prevention of Pregnancy. Nothing in this Section shall be deemed applicable to the prescription, administration or distribution of drugs or other substances for avoiding pregnancy, whether by preventing implantation of a fertilized ovum or by any other method that operates before, at or immediately after fertilization.

Explanatory Note for Sections 230.1-230.5 appears before Section 230.1. For detailed Comment to 230.3, see MPC Part II Commentaries, vol. 2, at 426.

#### Section 230.4. Endangering Welfare of Children.

A parent, guardian, or other person supervising the welfare of a child under 18 commits a misdemeanor if he knowingly endangers the child's welfare by violating a duty of care, protection or support.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal: À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> Edição. Universidade Católica Editora.

ANDRADE, J.C.V. (2010). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, SA.

ATTWELL, K. et al. (2018). Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study, *Vaccine*, vol. 36.

BORJA-SANTOS, R. (20 de abril de 2017). É mais difícil tomar a opção de não vacinar um filho, mas estou segura do que fiz. Retirado de: <https://www.publico.pt/2017/04/20/sociedade/noticia/e-mais-dificil-tomar-a-opcao-de-nao-vacinar-um-filho-mas-estou-segura-do-que-fiz-1769374>.

CANECO, S. (20 de abril de 2017), Não vacinar as crianças pode ser crime?. Retirado de: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2017-04-20-Nao-vacinar-as-criancas-pode-ser-crime>.

CARVALHO, A.T. (2008). *Direito penal – Parte geral*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.T. (2016). *Direito penal – Parte geral*, 3.<sup>a</sup> Edição. Porto: Universidade Católica Editora Porto. Porto.

CORREIA, E. (2007). *Direito criminal*, vol. 1. Coimbra: Edições Almedina, SA.

COSTA, F. (2015). *Noções fundamentais de direito penal*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CRENNA, S.; OSCULATI, A. & VISONÀ, S. D. (2018). Vaccination policy in Italy: An update, *Journal of Public Health Research* 2018, vol. 7.

CUNHA, C. (1995). *Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, col. “Estudos e Monografias”. Universidade Católica Portuguesa Editora.

DIAS, F. (1999). *Comentário coimbricense do Código Penal – Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, F. (2011). *Direito penal – Parte geral*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DN/LUSA (19 de abril de 2017). Jovem de 17 anos que morreu com sarampo não estava vacinada. Retirado de: <https://www.dn.pt/sociedade/jovem-de-17-anos-que-morreu-com-sarampo-nao-estava-vacinada-6229385.html> (consultado em 2/06/2019).

HENRIQUES, J.G. (19 de abril de 2017). Escolas obrigadas a comunicar casos de alunos sem vacinas em dia. Retirado de: <https://www.publico.pt/2017/04/19/sociedade/noticia/escolas-obrigadas-a-comunicar-casos-de-alunos-sem-vacinas-em-dia-1769222>.

LAFAYETTE, A. & PEREIRA, V.S. (2014). *Código Penal anotado e comentado – Legislação conexa e complementar*, 2.<sup>a</sup> ed. Quid Juris.

LEÇA, A., et al. (2016). *Programa Nacional de Vacinação 2017*. Retirado de: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/programa-nacional-de-vacinacao-2017-pdf.aspx>.

LILLA, D. D. (2007). The evaluation of the refusal to submit to compulsory vaccination in Hungarian criminal law, *Revista Stiinte Juridice*, vol. 2007.

LOUREIRO, J.C. (2010). *Bios, tempo(s) e mundo(s): Algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*. In Godinho, I.F & Costa, J.F. *As novas questões em torno da vida e da morte em direto penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

MUELLER, B. (June 22, 2014). Judge upholds policy barring unvaccinated students during illnesses. Retirado de: <https://www.nytimes.com/2014/06/23/nyregion/judge-upholds-policy-barring-unvaccinated-students-during-illnesses.html>.

PAIXÃO, P. (20 de abril de 2017). Escolas privadas podem recusar no próximo ano letivo alunos sem vacinas em dia. Retirado de: <https://expresso.pt/sociedade/2017-04-20-Escolas-privadas-podem-recusar-no-proximo-ano-letivo-alunos-sem-vacinas-em-dia>.

PALMA, M.F. (2005). Transmissão da SIDA e responsabilidade penal. In Ascensão, J.O (eds.). *Estudos de direito da bioética*, vol. 1, p. 121. Coimbra: Almedina

PINTO, F.LC. (1997). O ilícito de mera ordenação social. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 11.

REISS, D. R. (2018). Litigating alternative facts: School vaccine mandates in the courts, *Journal of Constitutional Law*, vol. 21.

RICCIARDI, W., et al. (2018). Moving towards compulsory vaccination: the Italian experience, *The European Journal of Public Health*, vol. 28.

RICO, C. (11 de outubro de 2018). Vacinação: contra factos (e números) não há argumentos. Retirado de: <https://www.tsf.pt/sociedade/saude/vacinacao-contra-factos-e-numeros-nao-ha-argumentos-9977807.html>.

ROXIN, C. (2013). O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 12-13.

TRENT, M. J., et al. (2019). Parental opinions towards the “No Jab, No Pay” policy in Australia, *Vaccine*, vol. 37.

WATERMAN, M. E. (2015). Indorsing infant immunity: An argument for criminalizing parent’s refusal to immunize their children, *Tulsa Law Review*, vol. 51.

## **Jurisprudência**

Ac. do TC n.º 95/2011 de 12 de março de 2004, processo n.º 103/09, retirado de: <http://www.pgdlisboa.pt>.

Ac. do TRC, de 11 de fevereiro de 2009, processo n.º 137/06.2GBSRT.C1, retirado de: <http://www.pgdlisboa.pt>.

Ac. do TRC de 14 de setembro de 2016, processo n.º 331/13.OJALRA.C1, retirado de: <http://www.pgdlisboa.pt>.

Ac. do TRE, de 26 de outubro de 2004, processo n.º 486/04-1, retirado de:  
<http://www.pgdlisboa.pt>.

Ac. do TRP de 26 de outubro de 2017, processo n.º 102/17.4PTPRT.P1, retirado de:  
<http://www.pgdlisboa.pt>.

---

**Coordenação dos sistemas de segurança social dos Estados**  
**Membros da UE**

**O enigma da dimensão externa\***

---

Marta Prata Domingos

Sob orientação da  
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

---

\*Dissertação publicada na Revista Questões Laborais n.º 56, Almedina, 2021.

---

Aos meus avós,  
traves-mestras da minha construção.



---

Convencidos de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, quer continuar a ser um continente aberto à cultura, ao saber e ao progresso social, e deseja aprofundar o carácter democrático e transparente da sua vida pública e atuar em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo,

Persuadidos de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da respetiva identidade e história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum,

Certos de que, «Unida na diversidade», a Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana (...)

## **Resumo**

A liberdade de circulação de trabalhadores representa uma das pedras basilares do ordenamento jurídico da União Europeia. No entanto, para que o movimento de trabalhadores aconteça, é necessário garantir a portabilidade dos direitos sociais já adquiridos ou em curso de aquisição. É neste ponto que se torna clara a preponderância do mecanismo de coordenação dos sistemas de segurança social dos Estados Membros da União Europeia. Não obstante, para além de percebermos a eficácia e flexibilidade deste mecanismo a nível europeu e os princípios que pautam o principal instrumento legislativo dedicado à matéria (Regulamento n.º 883/2004), tornar-se-á relevante o estudo da interação deste instituto com os países externos à União.

As soluções atuais, que permitem fazer a ponte entre o mecanismo europeu e os países terceiros, apresentam, desde logo, algumas fragilidades e limitações e, num estágio inicial, a querela em torno da base legal para a adoção destas medidas a nível europeu enfraquece a viabilidade de uma abordagem uniforme centrada nas instituições europeias.

Com recurso a elementos doutrinários e jurisprudenciais, estudaremos as virtudes e lacunas das respostas atualmente em vigor e também das propostas apresentadas pela doutrina.

---

**Palavras-chave:** Trabalhadores; Regulamento n.º 883/2004; Regulamento n.º 1231/2010; dimensão externa; migrações.

## **Abstract**

Freedom of movement for workers is one of the cornerstones of the European Union's legal system. However, for the movement of workers to take place, it is necessary to guarantee the portability of social rights already acquired or in the process of being acquired. This is where the preponderance of the mechanism for coordinating the social security systems of the Member States of the European Union becomes clear. Nevertheless, in addition to understanding the effectiveness and flexibility of this mechanism at European level and the principles underlying the main legislative instrument dedicated to the matter (Regulation No. 883/2004), it will become relevant to study the interaction of this institute with countries outside the Union.

The current solutions, which allow bridging the gap between the European mechanism and third countries, have some weaknesses and limitations, from the very start and at an early stage, the controversy over the legal basis for the adoption of these measures at European level weakens the feasibility of a uniform approach focused on the European institutions.

Resorting to doctrinal and case-law elements, we will study the virtues and gaps both in the responses currently in force and in the proposals presented by the academic doctrine.

**Keywords:** Workers; Regulation No. 883/2004; Regulation No. 1231/2010; external dimension, migrations.

---

## Lista de siglas e abreviaturas

|              |                                                                  |
|--------------|------------------------------------------------------------------|
| §            | Parágrafo                                                        |
| Ac.          | Acórdão                                                          |
| AG           | Advogado-Geral                                                   |
| Al.          | alínea                                                           |
| Art.(s)      | Artigo(s)                                                        |
| Cap.         | Capítulo                                                         |
| CDFUE        | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia                |
| CE           | Comunidade Europeia                                              |
| CECA         | Comunidade Europeia do Carvão e Aço                              |
| CEDH         | Convenção Europeia dos Direitos Humanos                          |
| CEE          | Comunidade Económica Europeia                                    |
| CSE          | Carta Social Europeia                                            |
| DUDH         | Declaração Universal dos Direitos Humanos                        |
| DUE          | Direito da União Europeia                                        |
| ed.(s)       | Editor(es)/Coordenador(es)                                       |
| EEE          | Espaço Económico Europeu                                         |
| EFTA         | Associação Europeia de Comércio Livre                            |
| EM(s)        | Estado(s) Membro(s)                                              |
| EURATOM      | Comunidade Europeia da Energia Atómica                           |
| i.e          | <i>id est</i>                                                    |
| <i>Ibid.</i> | no mesmo lugar                                                   |
| n.º(s)       | número(s)                                                        |
| OCDE         | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico        |
| OIT          | Organização Internacional do Trabalho                            |
| ONU          | Organização das Nações Unidas                                    |
| P(p).        | Página(s)                                                        |
| PIDESC       | Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais |
| Regulamento  | Regulamento                                                      |
| Séc.         | Século                                                           |
| TCE          | Tratado da Comunidade Europeia                                   |
| TFUE         | Tratado de Funcionamento da União Europeia                       |
| TJ           | Tribunal de Justiça                                              |
| TUE          | Tratado da União Europeia                                        |
| EU           | União Europeia                                                   |

---

# Índice

## Introdução

### 1. Enquadramento do direito à segurança social

#### 1.1. Ordenamento internacional

#### 1.2. Direito da União Europeia

### 2. Coordenação dos sistemas de segurança social

#### 2.1. Conceito de coordenação e distinção do conceito de harmonização

#### 2.2. Coordenação como elemento essencial à livre circulação de trabalhadores

#### 2.3. Regulamento n.º 883/2004

##### a) Princípio da igualdade de tratamento

##### b) Princípio da igualdade de tratamento de prestações, rendimentos e factos

##### c) Totalização de períodos

##### d) Exportação das prestações de segurança social

##### e) Princípio da legislação única aplicável

#### 2.4. Regulamento n.º 1231/2010

### 3. Dimensão externa da coordenação dos sistemas de segurança social

#### 3.1. Base legal

##### a) EEE e Suíça

##### b) O caso turco

## Conclusão

#### 3.2. Limites das soluções atuais

##### a.) Acordos bilaterais entre Estados Membros e países terceiros

##### b.) Diretivas europeias

##### c.) Acordos de associação e acordos de estabilização e associação

#### 3.3. Discussão de possíveis soluções

##### a.) Extensão da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social

##### b.) Acordo celebrado pela União Europeia

##### c.) Acordo modelo elaborado pela União Europeia

## Conclusão

## Bibliografia

## Jurisprudência

## **Introdução**

Em resultado do aprofundamento e desenvolvimento de relações internacionais, o mercado de trabalho apresenta-se, hoje mais do que nunca, como uma realidade dinâmica. De facto, a permeabilidade das fronteiras, especialmente na UE, trouxe consigo um alargamento do conceito de mercado de trabalho, outrora confinado ao território físico do país de residência do trabalhador. Consequência desse dinamismo laboral, registam-se hoje níveis crescentes de movimentos migratórios. No caso da UE, a filosofia subjacente à sua fundação, baseada na livre circulação, reflete-se no volume de movimentos migratórios intra-UE, mas também extra-UE<sup>3367</sup>.

A natureza dinâmica dos mercados de trabalho globais requer, por sua vez, que os sistemas de segurança social nacionais se adaptem, de forma a assegurar a proteção dos direitos sociais dos seus beneficiários, nacionais ou estrangeiros (Hirose, Nikac & Tamagno, 2011, p. v). Para os trabalhadores migrantes a proteção social concedida, bem como a portabilidade dos direitos sociais adquiridos ou em curso de aquisição, constituem fatores preponderantes aquando da tomada de decisão de emigrar (Taha, Siegmann & Messkoub, 2015, p. 97). Desta forma, é do interesse dos países de destino migratório, bem como dos de partida, garantir a portabilidade dos benefícios sociais, uma vez que tal contribuirá para a atração de mão-de-obra internacional (Holzmann, 2016, p. 3).

Ao longo desta dissertação procuraremos explorar a forma como esta proteção social é garantida a trabalhadores migrantes europeus e não europeus. Com esse objetivo em mente, estudaremos o mecanismo de coordenação dos sistemas de segurança social dos EMs da UE, as suas limitações e a forma com a UE interage com sistemas de segurança social de países terceiros de forma a assegurar a proteção social de trabalhadores migrantes que entram ou saem do seu território.

### **1. Enquadramento do direito à segurança social**

O termo ‘segurança social’ nunca foi devidamente delimitado, nem pela doutrina, nem mesmo pelo Direito Internacional. Em vez disso, o conceito tem sido “definido” através da demarcação do seu escopo de aplicação.

Alguns autores utilizam a correlação entre os riscos previstos e as medidas que irão cobrir esses mesmos riscos (Conceição, 2017, p. 32). Para Pieters, a ideia de segurança social pode ser traduzida através do conjunto de disposições que modelam a

---

<sup>3367</sup> Em 2018, o número de cidadãos nacionais de países terceiros perfazia já 4,4% da população residente na UE (Informação disponibilizada por Eurostat em 15 de março de 2019, disponível em <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/DDN-20190315-1>).

solidariedade, para com pessoas que enfrentam uma ausência de rendimentos ou custos particularmente elevados (Pieters, 2006, p. 2). A noção de solidariedade desempenha aqui um papel central, dando ênfase à transferência de responsabilidade do plano individual para uma dimensão coletiva (Riedel, 2007, p. 20).

### **1.1. Ordenamento internacional**

O Tratado de Versalhes de 1919, responsável pela criação da OIT, consagrava já no seu Título XIII que a paz universal apenas poderia ser alcançada através da justiça social. O Mundo acordava assim da I Guerra Mundial com uma consciência redobrada para a urgência do melhoramento das condições de trabalho, nomeadamente no que diz respeito à “prevenção contra desemprego, pagamento de um salário digno, proteção do trabalhador em caso de doença ou lesão proveniente do trabalho (...) proteção na velhice e doença, proteção dos interesses dos trabalhadores migrantes”<sup>3368</sup>. Desenhava-se, assim, um sistema de proteção social muito semelhante aquilo que hoje conhecemos como Segurança Social.

Em 1948, o Direito à Segurança Social acaba mesmo por figurar no elenco de direitos reconhecidos pela DUDH (art. 22.º) e pelo PIDESC de 1966 (art. 9.º). Desde então, a OIT tem sido a grande responsável, a nível internacional, pelo desenvolvimento e proteção da segurança social através de diversas convenções internacionais, das quais nos cumpre destacar a Convenção n.º 102 de 1952, que consagra *standards* mínimos de segurança social a serem cumpridos pelos Estados, a Convenção n.º 118 de 1962 relativa à igualdade de tratamento de nacionais e não-nacionais em matéria de segurança social e, por último, a Convenção n.º 157 de 1982 sobre a manutenção dos Direitos de Segurança Social já adquiridos ou em curso de aquisição.

Já no plano regional, o Direito à Segurança Social encontra abrigo em vários instrumentos do Conselho da Europa, desde logo no Art. 12.º da CSE (Revista), bem como na CEDH. Relativamente a este último documento importa referir que, embora o Direito à Segurança Social não esteja ali diretamente previsto, a doutrina tem sido unânime ao enquadrar este preceito no escopo do Art. 1.º do Protocolo 1, relativo à proteção da propriedade. Será ainda relevante chamar a atenção para o Código Europeu de Segurança Social, outro diploma do Conselho da Europa responsável pela proteção da Segurança Social e pelo estabelecimento de requisitos mínimos a serem preenchidos pelos Estados.

---

<sup>3368</sup> Título XII – Trabalho, Secção I do Tratado de Versalhes 1919.

## 1.2. Direito da União Europeia

Concentremo-nos agora no ordenamento jurídico da UE e nas formas como este consagra e protege o direito à Segurança Social.

Dado o carácter económico dos valores que inicialmente levaram à criação da UE, a proteção dos direitos fundamentais não foi consagrada explicitamente em qualquer Tratado fundador. Não obstante, e como já referimos, tais direitos encontravam-se protegidos pela CEDH, da qual os EMs eram signatários.

Aquando da celebração do Tratado de Paris que institui a CECA (1951), consagrou-se, no art. 69 §4, a obrigação dos EMs proibirem qualquer forma de discriminação entre trabalhadores nacionais e migrantes no que às condições de trabalho e remuneração diz respeito. Em específico, os EMs deveriam procurar dirimir entre si qualquer conflito relativo aos seus sistemas de segurança social de forma a que não impedissem a mobilidade dos trabalhadores (Fuchs & Cornelissen, 2015, p. 5). Estabelecia-se já aqui uma ligação clara entre a necessidade de coordenar e articular os sistemas de segurança social e a livre circulação de trabalhadores.

Essa mesma linha de raciocínio foi seguida no Relatório Spaak, que serviu de instrumento base à celebração dos Tratados de Roma de 1957 (CEE e EURATOM). A eliminação de obstáculos à livre circulação de trabalhadores foi tida como fator necessário para estimular o movimento de trabalhadores, entre Estados com salários mais baixos e Estados com maior produtividade e procura de mão de obra (O'Leary, 2011, p. 503).

Nas negociações que antecederam a celebração dos Tratados de Roma de 1957 foi discutido qual o papel da política social na futura CEE. Por um lado, defendia-se a necessidade de harmonização social como um dos requisitos ao estabelecimento do Mercado Interno, uma vez que regras sociais iguais significariam encargos iguais para os empregadores dos diferentes Estados, ou seja, defendia-se a intervenção da Comunidade no setor social, mas apenas enquanto necessidade de regulação económica. Por outro lado, interpretava-se a existência de benefícios sociais como custos inerentes à localização, que em nada contribuiriam para a distorção da competição. Uma terceira escola entendia que a Comunidade deveria desempenhar um papel ativo na criação de uma Europa Social que levaria a progressos e melhorias das condições de vida, de trabalho e, consequentemente, da própria economia (Watson, 2014, p. 40). O Tratado de Roma acabou por consagrar apenas o princípio da igualdade de remuneração entre géneros, ficando, assim, a tarefa de definição de *standards* sociais e de regras concretas relativas a segurança social a cargo de cada EM.

Na verdade, os EMs nunca abdicaram da sua soberania sobre os sistemas de segurança social e o próprio TFUE faz questão de resguardar este poder (Verschueren,



2015, p. 418). O seu art. 151.º define, como objetivos da UE e dos EMs, a promoção do emprego e a melhoria das condições de vida e de trabalho, de forma a assegurar uma proteção social adequada. Contudo, o art. 153.º estabelece que a UE tem apenas competência para complementar a ação dos EMs nos domínios elencados, entre os quais encontramos na al. c) “segurança social e proteção social dos trabalhadores”. A al. b) do n.º 2 deste artigo restringe a atuação do Parlamento Europeu e do Conselho, nesta área, à adoção de prescrições mínimas. Fica, assim, fora do alcance da UE qualquer tipo de harmonização dos sistemas nacionais dos diferentes EMs.

A CDFUE, integrada através do art. 6.º do TUE no sistema legal da UE com o mesmo valor dos Tratados, acolhe o Direito à Segurança Social no seu art. 34.º. No entanto, não é definido qual o conteúdo mínimo das prestações sociais ali referidas, pelo que se afigura pertinente a interpretação deste artigo à luz dos arts. 12.º, 13.º, 30.º e 31.º da CSE (Revista), bem como da Convenção n.º 102 da OIT (Monereo Pérez, 2012, p. 899).

## **2. Coordenação dos sistemas de segurança social**

### **2.1. Conceito de coordenação e distinção do conceito de harmonização**

Importa definir e delimitar o conceito de “coordenação” de que nos temos vindo a ocupar e a que iremos dedicar grande parte deste estudo.

Como definido por Pennings (2015a, p. 6), as regras de coordenação destinam-se a ajustar os diferentes regimes de segurança social nas interações entre si e com as normas internacionais, com o objetivo de proteger os direitos sociais dos cidadãos que se encontram em situações de mobilidade transfronteiriça. Ou seja, a coordenação diz respeito ao conjunto de regras elaboradas com o objetivo principal de mitigar os efeitos das diferenças entre os sistemas de segurança social dos EMs, passíveis de afetar a esfera jurídica de cidadãos que estão ou estiveram ligados a diferentes países. Não se trata de uma harmonização dos ordenamentos jurídicos dos EMs, ou seja, não se pretende aqui uma uniformização das disposições de Direito da Segurança Social, pelo que as diferenças materiais e formais de regime continuarão a existir.

Enquanto a coordenação estabelece normas externas à legislação de cada EM, a harmonização implica reformas nos sistemas jurídicos nacionais, de forma a que as regras aplicadas sejam as mesmas em todos os EMs e abranjam todos os cidadãos, nacionais ou não-nacionais, de igual forma. Esta diferença pode ser ilustrada com o seguinte exemplo: no país A um cidadão terá direito à pensão de reforma após completar 30 anos de carreira contributiva, enquanto no país B esse mesmo benefício é atribuído

após 25 anos. Aplicando uma lógica de harmonização, os dois países exigiriam as mesmas condições para o mesmo direito. Por outro lado, a coordenação dos sistemas permite que os anos de carreira completados por um trabalhador no país A sejam tidos em conta no país B, e vice-versa.

A resistência à harmonização dos sistemas de segurança social dos diferentes EMs surge como consequência natural dos diferentes processos evolutivos. O tipo de proteção social que cada Estado oferece é o resultado direto de concepções sociais e políticas sobre conceitos como “pobreza”, “solidariedade”, “responsabilidade individual”, “trabalho”, e “família”, mas também sobre o papel que o próprio Estado deverá ter na vida dos seus cidadãos. Estes diferentes entendimentos estão interligados e refletidos nos sistemas económicos, políticos e sociais de cada país (Delsen, van Gestel & van Vug, 2000, p. 231). Enquanto cada sistema for pautado pelas suas diferenças, a harmonização “não é desejável, nem desejada”<sup>3369</sup>.

O alcance do sistema em vigor é assim reduzido, uma vez que apenas poderá estabelecer pontes entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Um movimento migratório poderá, por isso, resultar na aplicação de um sistema de proteção social mais ou menos vantajoso, contudo, nunca poderá significar uma perda de direitos (Verschuere, 2012b, p. 99).

Este entendimento tem sido refletido em algumas decisões do TJ que, apesar de nunca ter providenciado uma definição concreta do conceito de “coordenação”, destrinça este da ideia de “harmonização”. No caso *Pinna*<sup>3370</sup> discutia-se a validade e vigência do art. 73.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1408/71, que estabelecia uma distinção entre França e os restantes EMs, no que ao regime dos abonos de família dizia respeito. Enquanto o n.º 1 daquele artigo previa que qualquer trabalhador sujeito à legislação de um EM que não a França, teria direito, em relação aos seus familiares que residissem noutro EM, às prestações familiares previstas na legislação do primeiro EM, o n.º 2 do art. 73.º estabelecia que, ao trabalhador sujeito à legislação francesa com familiares a residirem noutro EM aplicar-se-ia, em matéria de prestações familiares, a legislação do EM de residência.

O TJ iniciou a sua fundamentação exatamente por constatar que o art. 51.º do Tratado da CEE (atual art. 48.º do TFUE) prevê, apenas, a coordenação dos sistemas de segurança social e não a sua harmonização, pelo que poderão subsistir diferenças.<sup>3371</sup> Contudo, a legislação da UE deverá abster-se de criar “disparidade suplementares

---

<sup>3369</sup> “(...) is neither desirable nor desired as long as, for example, the Danes refuse to be seasoned with a Bismarckian sauce and the Germans do not want to hear Beveridgean English within their walls”. Laurent, *cit.* in Balandi & Renga, 2000, p. 141.

<sup>3370</sup> Ac. de 15 de janeiro de 1986, *Pinna*, Proc. 41/84, EU:C:1986:1.

<sup>3371</sup> *Ibid.* § 20.

àquelas que decorrem já da falta de harmonização das legislações nacionais”<sup>3372</sup>, situação que se verificava ao estabelecer critérios diferentes para a atribuição de um benefício social. Concluiu o TJ que, à luz do princípio de igualdade de tratamento, o Art. em causa não é válido, uma vez que constitui uma forma de discriminação dissimulada.

O caso *Pinna* tornou-se icónico, não só por evidenciar a limitação das competências do legislador europeu no que à harmonização dos ordenamentos jurídicos diz respeito, mas também por demonstrar a importância de alguns princípios em matéria de coordenação de Segurança Social, nomeadamente do princípio da igualdade de tratamento. Contudo, a utilização deste princípio por parte do TJ tem sido feita com alguma ponderação, de forma a evitar uma eventual harmonização (Pennings, 2015b, p. 323).

Pelo que vimos, até aqui, o mecanismo de coordenação poderá desempenhar um papel preponderante na facilitação de movimentos migratórios, importa-nos por isso aprofundar o estudo sobre a influência deste instituto para o cumprimento de um dos principais objetivos da UE: a livre circulação de trabalhadores.

## **2.2. Coordenação como elemento essencial à livre circulação de trabalhadores**

Resulta do que aqui foi exposto que, de entre as três escolas de pensamento que referimos aquando do enquadramento da temática no DUE, a UE tem seguido tradicionalmente a ideia de que a sua intervenção deve acontecer apenas no que diz respeito à regulação económica, garantindo a igualdade de oportunidades dentro do Mercado Interno. Assim sendo, apenas regulará questões relacionadas com políticas sociais quando estas interfiram com a prossecução dos objetivos delineados nos Tratados.

Um desses pilares e objetivos principais é o de garantir a livre circulação entre os EMs que compõem a UE. Inicialmente, a ideia de livre circulação estava circunscrita aos chamados “fatores de produção” (Barnard, 2016, p. 204), i.e., trabalhadores, trabalhadores por conta própria e prestadores de serviços. Esperava-se, assim, criar um fluxo de mão de obra que permitisse alargar as perspetivas de emprego de trabalhadores provenientes de áreas com altas taxas de desemprego.

Em 1992, com a celebração do Tratado de Maastricht, foi introduzido o conceito de “cidadania da EU” para todos os nacionais de EMs (arts. 20.º a 25.º TFUE). Pretendia-se “aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais e contribuir para a legitimidade da UE” (Pais, 2013, pp. 305-306). Na prática, esta

---

<sup>3372</sup> *Ibid.* § 21.

alteração traduz-se na atribuição, a qualquer cidadão de um EM da UE, de um conjunto de direitos (art. 20.º, n.º 2 TFUE) dos quais destacamos o direito de circular e permanecer livremente no território dos EMs (art. 21.º TFUE). Ou seja, no caso dos cidadãos não ativos economicamente, estes passam a poder usufruir de liberdades que anteriormente lhes eram vedadas (Hailbronner, 2005, p. 1247)<sup>3373</sup>.

Este mesmo entendimento foi refletido no Ac. *Martinez Sala*<sup>3374</sup>, em que uma cidadã espanhola, a residir legalmente na Alemanha, beneficiária do sistema de assistência social alemão, viu o seu pedido de abono familiar ser rejeitado em razão da sua nacionalidade, por não deter uma autorização de residência emitida nesse ano. Ora, antes da entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Tratado de Maastricht a solução do caso seria óbvia: não sendo trabalhadora, o DUE não lhe seria aplicável (Menéndez, 2010, p. 374). Contudo, o TJ reconheceu que, tratando-se de uma nacional de um EM, está abrangida pelas disposições da cidadania europeia<sup>3375</sup>, pelo que se aplicará o art. 18.º do TFUE relativo à proibição de discriminação em função da nacionalidade. Pela primeira vez, o TJ utilizou a cidadania europeia como um meio para ultrapassar as limitações impostas por legislação nacional no acesso a benefícios sociais (Hailbronner, 2005, p. 1247). A interpretação deste órgão judicial traduz-se, por conseguinte, num alargamento do escopo de aplicação da livre circulação de pessoas através da atribuição, a cidadãos europeus não ativos, de benefícios sociais que outrora estariam reservados a trabalhadores (Pais, 2013, p. 316).

O TJ foi reconhecendo, assim, a importância da cidadania europeia em algumas das suas decisões, destacando-se o caso *Grzelczyk*<sup>3376</sup> em que se reconhece o estatuto de cidadão da UE como “estatuto fundamental dos nacionais dos EMs”<sup>3377</sup>, permitindo que cidadãos europeus que se encontrem na mesma situação sejam tratados de igual forma, independentemente da nacionalidade. Quer isto dizer que, no que a benefícios sociais diz respeito, se quebra a conexão, até aqui fundamental, entre a nacionalidade e o direito a benefícios sociais (Pennings, 2012, p. 318). O princípio de cidadania europeia serve, assim, de meio à concretização do conceito de solidariedade transnacional, uma vez que apenas a existência de um laço comum justifica atribuir direitos sociais a migrantes. Por outro lado, apenas através da solidariedade entre os cidadãos de todos os EMs se concretizará, verdadeiramente, o conceito de cidadania europeia (Barnard, 2005, p. 174).

---

<sup>3373</sup> Importa referir que, de acordo com o art. 7.º da Diretiva 2004/38/CE, a residência de cidadãos inativos por um período superior a três meses está sujeita à verificação de condições de autossustentabilidade financeira, de forma a que o cidadão não represente uma sobrecarga para o sistema de segurança social do EM de acolhimento.

<sup>3374</sup> Ac. de 12 de maio de 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217.

<sup>3375</sup> *Martinez Sala*, § 61.

<sup>3376</sup> Ac. de 20 de setembro de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458.

<sup>3377</sup> *Grzelczyk*, § 31.

Ainda que os cidadãos tenham a liberdade de circular entre os diferentes EMs, um dos obstáculos já reconhecido pelo Tratado que instituiu a CECA, como podendo obstar a esse livre movimento, é a interação entre os diferentes sistemas de segurança social. De facto, qualquer trabalhador reconsiderará a sua opção de emigrar se isso significar um impacto negativo na sua esfera jurídica. Sem intervenção supranacional as legislações de cada EM poderiam sujeitar a atribuição e pagamento de benefícios sociais a requisitos como a nacionalidade, o país de residência ou a períodos de contribuições exclusivamente concluídos naquele EM.

De forma a evitar repercussões negativas, advindas da circulação de trabalhadores, o art. 48.º do TFUE serve de base legal ao estabelecimento de um mecanismo de coordenação dos diferentes sistemas de segurança social dos EMs. Segundo este preceito, o objetivo é o de adotar medidas, no domínio da segurança social, necessárias ao estabelecimento da livre circulação de trabalhadores. Nomeadamente, através de um sistema que assegure, para além do pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos EMs (al.b)), a totalização dos períodos de contribuições tomados em conta pelas diferentes legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o seu cálculo (al.a)). O próprio enquadramento sistemático do art. 48.º no Cap. I, referente à livre circulação de trabalhadores<sup>3378</sup>, revela-nos o propósito do sistema de coordenação e, por este motivo, a legislação referente à coordenação tem sido várias vezes apelidada de *freedom of movement specific social law*.

O TJ pronunciou-se, pela primeira vez, sobre as consequências que a circulação de trabalhadores pode trazer para os seus benefícios sociais no Ac. *Petroni*<sup>3379</sup>. Este caso opunha a instituição belga, encarregue do pagamento de pensões a trabalhadores assalariados, aos herdeiros de um trabalhador migrante que cumpriu períodos de seguro na Bélgica e em Itália. Em causa estava a norma do art. 46.º, n.º 3 do então vigente Regulamento n.º 1408/71, na medida em que esta implicaria uma limitação do cúmulo das prestações dos diferentes EMs. O TJ acabou por considerar que o objetivo dos (atuais) arts. 45.º a 48.º não seria assegurado se, como consequência do exercício da liberdade de circulação, os trabalhadores perdessem benefícios de segurança social que lhe foram assegurados pela legislação de um EM<sup>3380</sup>. Nasceu assim o célebre “princípio *Petroni*” (Cornelissen, 2009a, p. 16).

---

<sup>3378</sup> O próprio TJ destacou a importância deste elemento de interpretação sistemático no caso *Unger* (C-75/63): “O estabelecimento de uma liberdade de circulação dos trabalhadores tão completa quanto possível, inscrito deste modo nos ‘fundamentos’ da Comunidade, constitui, assim, o principal objectivo do artigo 51.º [atual art. 48.º TFUE], e por isso condiciona a interpretação dos Regulamentos adoptados em aplicação daquele artigo. O Tratado, ao instituir nos arts. 48.º a 51.º a livre circulação dos ‘trabalhadores’, atribuiu desse modo ao termo um alcance comunitário”.

<sup>3379</sup> Ac. de 21 de outubro de 1975, *Petroni*, C-24/75, EU:C:1975:129.

<sup>3380</sup> *Petroni*, § 13.

Também o caso *Habelt*<sup>3381</sup> permitiu evidenciar a necessidade de coordenação dos sistemas para a prossecução do objetivo de livre circulação de trabalhadores. Em causa estavam disposições do Anexo III e VI do Regulamento n.º 1408/71, especificamente aplicáveis à Alemanha, que tornavam possível que apenas parte da pensão de velhice fosse paga, caso o seu beneficiário não residisse em território alemão. Ou seja, qualquer transferência de residência para outro EM, que não a Alemanha, significaria uma redução substancial da quantia auferida a título de pensão de velhice. Estaríamos, então, perante um obstáculo à livre circulação, não só de trabalhadores, mas também de cidadãos economicamente inativos, o que se mostraria contrário aos atuais arts. 45.º e 21.º TFUE (à data arts. 39.º e 18.º TEC) (Verschuere, 2012a, p. 403).

O TJ considerou, neste caso, que os argumentos invocados pelo Governo alemão sobre integração na vida social Alemã para justificar o uso de uma cláusula de residência seria “diretamente contra o objetivo fundamental da UE de favorecer a circulação das pessoas no seu interior e a integração destas nas sociedades de outros EMs”<sup>3382</sup>.

Torna-se assim claro, através da jurisprudência do TJ, que as limitações impostas em termos de coordenação da segurança social terão repercussões diretas no prosseguimento do objetivo de garantir a livre circulação de cidadãos europeus. Nesse sentido, tanto o TJ como a própria Comissão Europeia, enquanto Guardiã dos Tratados, procurarão assegurar que tal interferência não acontece. Assim, as normas que regulam a coordenação dos sistemas dos diferentes EMs são marcadas por uma filosofia de flexibilidade, no que a permitir o movimento dos beneficiários diz respeito. Isso mesmo é traduzido, de certa forma, nos princípios que pautam os Regulamentos em vigor e que adiante estudaremos.

## **2.3. Regulamento n.º 883/2004**

O Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, dá atualmente cumprimento às prescrições do art. 48.º do TFUE, ao qual acresce o Regulamento n.º 987/2009 responsável por estabelecer os procedimentos relativos à aplicação do Regulamento-base. Debruçar-nos-emos, aqui, apenas sobre o Regulamento n.º 883/2004, uma vez que o nosso estudo incide sobre questões materiais e não processuais da coordenação de sistemas de segurança social.

---

<sup>3381</sup> Ac. de 18 de dezembro de 2007, *Habelt*, C-396/05, C-419/05 e C-450/05, EU:C:2007:810.

<sup>3382</sup> *Habelt*, § 82.

Importa, numa breve resenha histórica, dizer que o atual Regulamento veio substituir o Regulamento n.º 1408/27<sup>3383</sup> que, por sua vez, sucedeu ao Regulamento n.º 3 de 1958<sup>3384</sup>. De facto, a matéria da coordenação dos sistemas de segurança social foi alvo de regulamentação numa das primeiras peças legislativas da então CEE, devido ao seu carácter vital para assegurar o objetivo da livre circulação.

Ambos os Regulamentos que precederam a legislação atualmente em vigor foram alvo de múltiplas reformas durante a sua vigência. Esta necessidade de constante mudança pode ser explicada pela sucessiva admissão de novos EMs, com sistemas de segurança social diversificados e com diferentes necessidades que, forçosamente, têm de se repercutir num sistema de coordenação que se quer “global”. Desde logo, a coexistência de sistemas de inspiração *Bismarckiana*<sup>3385</sup> e *Beveridgiana*<sup>3386</sup> representa, por si só, um desafio.

Assim, depois de múltiplas alterações e decisões jurisprudenciais que tornaram o sistema de coordenação um aparato denso e extremamente complexo, a necessidade de simplificação legislativa tornou-se premente<sup>3387</sup>. Em 1992, deu-se início ao processo de reforma legislativa que haveria de culminar na adoção do Regulamento n.º 883/2004.

O novo Regulamento estabelece agora um âmbito de aplicação pessoal (art. 2.º) mais abrangente do que os seus antecessores, uma vez que elimina as referências ao exercício de atividade económica, estabelecendo uma ligação direta ao conceito de cidadania da UE. Por outro lado, abrange também refugiados e apátridas que residam no território da UE. Quanto ao escopo material (art. 3.º), este mantém-se inalterado, sendo uma cópia fiel das tipologias de riscos previstas na Convenção n.º 102 da OIT.

Relativamente aos princípios gerais, o Regulamento n.º 883/2004 mantém, na sua essência, os princípios pelos quais se pautava o Regulamento anterior, ou seja, o princípio da igualdade de tratamento, o princípio da equiparação de prestações, rendimentos e factos, princípio da totalização de períodos de seguro, de emprego, de atividade por conta própria ou de residência cumpridos ao abrigo da legislação de outro EM, princípio da exportação das prestações de segurança social e o princípio da legislação única aplicável. Para além destes princípios, unanimemente aceites pela

---

<sup>3383</sup> Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho de 14 de junho de 1971 relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade.

<sup>3384</sup> Regulamento (CEE) n.º 3 de 25 de setembro de 1958 referente à aplicação dos regimes de segurança social a trabalhadores migrantes.

<sup>3385</sup> Sistema bismarckiano ou de seguro social (Alemanha, 1880-1890) desenvolvido pelo Chanceler Otto von Bismarck inspirado pelos seguros privados, relaciona a existência de proteção social ao fator “trabalho”. Dirigido a grupos específicos de trabalhadores.

<sup>3386</sup> Sistema beveridgeano (Reino Unido, 1942) lançado pelo Relatório *Social Insurance and Allied Services*, também conhecido como *Beveridge Report* por ter sido elaborado e apresentado por William Beveridge. Baseava-se na ideia de universalização da Segurança Social, ou seja, abandona a conceção de proteção social enquanto direito subjetivo reservado aos trabalhadores.

<sup>3387</sup> Considerando 3 do Regulamento n.º 883/2004.

doutrina, alguns autores admitem a existência de um sexto princípio que, com o novo Regulamento, ganhou um novo ímpeto (Jorens & Van Overmeiren, 2009, p. 48). Falamos do princípio da cooperação entre autoridades que, apesar de estar consagrado no art. 76.º do Regulamento, encontra os seus principais alicerces no Regulamento n.º 987/2009.

#### **a) Princípio da igualdade de tratamento**

Ao abrigo do art. 4.º estabelece-se uma igualdade entre os nacionais de um EM e as pessoas que, não sendo nacionais desse EM, estão sujeitas à sua legislação. Eliminam-se, assim, tratamentos discriminatórios que poderiam ser encontrados em alguns ordenamentos jurídicos nacionais e que faziam depender a titularidade ou o pagamento de benefícios de condições como a nacionalidade

Os princípios que se seguem, prescritos pelos arts. 5.º, 6.º e 7.º serão corolários do art. 4.º, porquanto garantem, de uma forma mais específica, a sua prossecução.

#### **b) Princípio da igualdade de tratamento de prestações, rendimentos e factos**

Relativamente ao princípio da igualdade de tratamento de prestações, rendimentos e factos, a sua integração numa disposição normativa autónoma é uma das inovações da legislação em vigor. De facto, a redução da extensão do atual Regulamento deve-se, em grande parte, à introdução deste princípio, uma vez que na anterior legislação esta matéria era alvo de tratamento ao longo de várias disposições. Através deste preceito assegura-se que cidadãos que exerceram o seu direito de circulação no espaço europeu, são tratados em igualdade com cidadãos que estiveram expostos ao sistema de segurança social de apenas um EM. Permite-se, assim, a expansão do escopo de aplicação da legislação nacional de um EM, para que possa abranger factos e eventos ocorridos noutro EM (Schuler, 2015, pp. 119-120).

Tal como referido no Considerando 9 do atual Regulamento, o TJ pronunciou-se várias vezes acerca da importância deste preceito, nomeadamente no caso *Roviello*<sup>3388</sup>. Neste caso, o TJ considerou a disposição normativa do ponto 15, da parte C, do Anexo VI ao Regulamento n.º 1408/71 como sendo contrária ao art. 48.º do Tratado CEE (atual art. 45.º TFUE). Esta norma estabelecia que, para o preenchimento dos critérios de elegibilidade com vista à obtenção de uma pensão por redução da capacidade de trabalho, apenas seriam tomadas em consideração as atividades sujeitas a seguro obrigatório exercidas nos termos da legislação alemã. Podemos concluir então que o art.

---

<sup>3388</sup> Ac. de 7 de junho de 1988, *Roviello/Landesversicherungsanstalt Schwaben*, C-20/85, EU:C:1988:283.



5.º deriva diretamente das disposições de direito primário da UE, tratando-se de um importante suplemento ao art. 4.º (Pennings, 2015a, p. 133).

Não obstante, é importante referir que a aplicação deste princípio não determina a competência do EM em que os factos ou acontecimentos ocorreram, como aliás resulta do Considerando 11 do Regulamento.

### **c) Totalização de períodos**

De acordo com o art. 6.º, quando a legislação de um EM faça depender a aquisição, manutenção, duração de direito a prestações sociais, aplicação de legislação ou acesso a seguro voluntário ou obrigatório do cumprimento de períodos de seguro, de emprego, de atividade por conta própria ou de residência, a instituição competente desse EM deve ter em consideração os períodos de seguro, emprego ou residência cumpridos noutros EMs ao abrigo das respetivas legislações nacionais. Trata-se do cumprimento direto do disposto na al. a) do primeiro parágrafo do art. 48.º do TFUE.

Este artigo deve ser lido em conjunto com a disposição que o precede relativa à igualdade de tratamento de prestações, rendimentos e factos. Uma primeira leitura das duas normas poderá induzir o leitor em erro sobre a sua sobreposição, no entanto, não existe uma coincidência quanto ao seu âmbito de aplicação, mas antes uma complementaridade (Pennings, 2015a, p. 135). Enquanto o art. 5.º diz respeito a factos e situações, o art. 6.º trata apenas de períodos de seguro, de emprego/atividade por conta própria e de residência<sup>3389</sup>. Este último Art. poderá, então, ser considerado *lex specialis* relativamente ao princípio geral da igualdade de tratamento de prestações, rendimentos e factos (Schuler, 2005, p. 123).

### **d) Exportação das prestações de segurança social**

A exportação de benefícios sociais é essencial para a proteção dos direitos já adquiridos. Garante-se, assim, que as prestações devidas não sofrem qualquer redução, modificação, suspensão ou apreensão pelo facto de o beneficiário ter exercido a sua liberdade de circulação. De facto, o próprio art. 48.º TFUE estabelece no seu primeiro parágrafo, al. b), que uma das medidas essenciais ao estabelecimento da livre circulação de trabalhadores é o pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos EMs. Para além da previsão explícita deste direito no art. 48.º, o mesmo encontra também abrigo no art. 45.º e no art. 21.º TFUE que atribui aos cidadãos da UE o direito de circular e permanecer livremente no território dos EMs.

---

<sup>3389</sup> Considerando 10 do Regulamento n.º 883/2004.

Assim, o pagamento de prestações sociais a que um cidadão da UE tenha direito, à luz da legislação de um ou mais Estados, deve ser garantido independentemente do EM de residência (art. 7.º).

Do exposto resulta que qualquer legislação nacional que faça depender o pagamento de prestações sociais do local de residência do beneficiário deverá ser considerada contrária ao Regulamento, bem como ao Tratado. Tal requisito configurará uma “forma dissimulada de discriminação”, exceto quando devidamente justificada à luz do princípio da proporcionalidade<sup>3390</sup>.

Contudo, a obrigação de exportar o pagamento de benefícios sociais é limitada espacialmente aos EMs da UE, ou seja, não existe qualquer restrição a que os EMs excluam o pagamento sempre que o beneficiário já não tenha residência na UE. Nas palavras do TJ, proibem-se “as cláusulas de residência, unicamente, entre os EMs” assim, as instituições nacionais responsáveis não são obrigadas a pagar benefícios sociais no território de um Estado terceiro<sup>3391</sup>.

É importante ressaltar que nem todos os benefícios sociais estão sujeitos a exportação, assim, de acordo com uma leitura conjunta dos arts. 7.º, 3.º, n.º 3 e 70.º, as prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo estão excluídas desta obrigação.

#### **e) Princípio da legislação única aplicável**

O art. 11.º prescreve, no seu n.º 1, o princípio base de que será sempre aplicável a legislação de apenas um EM. Evitam-se, assim, situações de vazio legal em que o cidadão ficaria sem qualquer proteção social e, por outro lado, previnem-se situações de acumulação de benefícios atribuídos por legislações diferentes com o mesmo propósito, bem como situações de pagamento de contribuições em dois EMs.

A determinação da legislação aplicável à luz do Título II do Regulamento tem um carácter exclusivo e prioritário, na medida em que nenhuma outra legislação poderá ser aplicável para além da determinada pelo Regulamento (carácter exclusivo), e os requisitos de afiliação estabelecidos pelas legislações nacionais serão afastados se tal significar que as regras do Regulamento perdem o seu efeito (carácter prioritário) (Jorens & Van Overmeiren, 2009, p. 72).

---

<sup>3390</sup> Ac. de 27 de novembro de 1997, Meints, C-57/96, EU:C:1997:564, n.ºs 44 e 45.

<sup>3391</sup> Ac. de 3 de abril de 2008, Chuck, C-331/06, EU:C:2008:188, n.ºs 28 e 31. O TJ refere, no § 28, que os Regulamentos adotados para dar cumprimento ao texto do Tratado devem ser interpretados à luz da finalidade de “assegurar o estabelecimento de uma liberdade de circulação tão completa quanto possível, dos trabalhadores no interior da Comunidade”, exclui-se assim o espaço exterior à União. É importante referir que no caso tratado neste Ac. o TJ reforça o princípio da totalização de períodos para efeito de cálculo de pensões, ainda que o beneficiário atualmente não resida na União, sendo o EM, posteriormente, livre para rejeitar o pagamento dessa pensão no território de um Estado terceiro.

A regra geral para a determinação da legislação aplicável é a estabelecida na al. a) do parágrafo 3 do art. 11.º, segundo a qual o trabalhador está sujeito à legislação do EM em que exerça atividade por conta própria ou por conta de outrem, i.e, faz-se uso do princípio *lex loci laboris*. São ainda estabelecidas algumas derrogações desta regra geral para determinadas categorias de trabalhadores, como é o caso de trabalhadores que exerçam atividade a bordo de navio, aeronave ou de trabalhadores que exercem atividade em dois ou mais EMs.

## **2.4. Regulamento n.º 1231/2010**

Tal como referimos supra, o escopo de aplicação pessoal do Regulamento atualmente em vigor, bem como dos seus antecessores, resume-se a nacionais de EMs da UE, refugiados e apátridas. Esta limitação, em função da nacionalidade, tem sido criticada pela doutrina uma vez que exclui trabalhadores provenientes de países terceiros.

Assim, em 2003, o âmbito de aplicação das regras de coordenação dos sistemas de Segurança Social foi alargado a nacionais de países terceiros, através da adoção do Regulamento n.º 859/2003. Aquando da substituição do Regulamento n.º 1408/71 pelo Regulamento n.º 883/2004 tornou-se necessário expandir novamente o escopo de aplicação, de forma a abranger nacionais de países terceiros. Desta forma, em 2010, entrou em vigor o Regulamento n.º 1231/2010 estabelecendo que os Regulamentos n.º 883/2004 e 987/2009 são aplicáveis a nacionais de países terceiro. Contudo, aquele Regulamento prescreve dois pré-requisitos para esta aplicabilidade. Em primeiro lugar, os nacionais de países terceiros devem ter residência legal num EM e, em segundo lugar, devem encontrar-se em situações que envolvam elementos transfronteiriços.

Relativamente à primeira condição de aplicabilidade, a necessidade de residir legalmente no território de um EM será uma consequência lógica da utilização do art. 79.º, n.º 2 TFUE como base legal para a adoção deste Regulamento. Este artigo atribui competência legislativa ao Parlamento Europeu e ao Conselho para definir os direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente EM.

O significado da expressão “residir legalmente”<sup>3392</sup> foi recentemente esclarecido no caso *Balandin*<sup>3393</sup>. Neste caso, o órgão de reenvio prejudicial questionou o TJ sobre a interpretação do art. 1.º do Regulamento n.º 1231/2010, relativamente à possibilidade de nacionais de países terceiros, que residem e trabalham temporariamente em vários

---

<sup>3392</sup> Existem algumas discrepâncias entre as diferentes versões linguísticas. A versão alemã, holandesa e francesa do art. 79.º, n.º 2 referem o conceito de “permanência” / “estadia” em vez de “residência”.

<sup>3393</sup> Ac. de 24 de janeiro de 2019, *Balandin*, C-477/17, EU:C:2019:60.

EMs, ao serviço de uma entidade empregadora com sede num EM, invocarem as regras de coordenação do Regulamento n.º 883/2004.

Foi dado como facto assente que as pessoas em causa não se encontravam numa situação cujos elementos estão confinados a um EM, uma vez que apesar de residirem legalmente nos Países Baixos, efetuam parte da sua atividade noutros EMs além daquele. O TJ invocou a exposição utilizada nos trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 1231/2010<sup>3394</sup> para esclarecer que, para poderem requerer a aplicação do Regulamento n.º 883/2004, *ex vi* Regulamento n.º 1231/2010, num segundo EM, os trabalhadores “não têm obrigatoriamente de respeitar a exigência de residência, podendo tratar-se de uma simples deslocação, desde que a sua presença no território desse segundo Estado cumpra a respetiva legislação de entrada e estada”<sup>3395</sup>. Assim sendo, estes trabalhadores terão direito a beneficiar da aplicação dos Regulamentos n.º 883/2004 e 987/2009 desde que tenham “residência legal” no território de um Estado.

No que ao segundo requisito diz respeito, a exigência de um elemento transfronteiriço é ilustrada por Cornelissen (2009b, p. 11). através do exemplo, inspirado pelo caso *Khalil*<sup>3396</sup>, de um trabalhador libanês que, apesar de trabalhar e residir na Alemanha com os seus filhos, não poderá invocar a aplicação do Regulamento n.º 883/2004 de forma a exigir o pagamento da mesma quantia de prestações familiares atribuída a nacionais Alemães, exceto se, por exemplo, os seus filhos residirem noutro EM. Nesse caso, considerar-se-á que existe um elemento transfronteiriço que permite a aplicação do Regulamento n.º 883/2004 por força do Regulamento n.º 1231/2010.

Para além do caso *Khalil*, também o Ac. *Petit*<sup>3397</sup> já tinha demonstrado as limitações trazidas pela exigência de um elemento transfronteiriço (neste caso relativo à invocação do Regulamento n.º 1408/71). Na situação controvertida, o facto de o Sr. Petit, um nacional belga, ter trabalhado apenas em território Belga, excluía a hipótese de aplicação das regras “do Tratado em matéria de livre circulação e [dos] Regulamentos adotados em execução dessas regras” uma vez que “não podem ser aplicados às atividades em que a totalidade dos elementos se confina ao interior de um único EM”<sup>3398</sup>.

Este requisito é criticado por alguma doutrina, uma vez que a base legal utilizada (art. 79.º, n.º 2) não está relacionada com a livre circulação de trabalhadores (Cornelissen, 2010, p. 92). A exigência de que a situação em apreço não esteja limitada a um EM representa uma potencial ameaça às garantias de migrantes provenientes de países externos à UE. Em contextos em que não é possível preencher este requisito, os

---

<sup>3394</sup> COM (2007) 439 final.

<sup>3395</sup> *Balandin*, § 40. Em linha com a COM (2007) 439 final, p. 6.

<sup>3396</sup> Ac. de 11 de outubro de 2001, *Khalil*, C-95/99 a C-98/99 e C-180/99, EU:C:2001:532.

<sup>3397</sup> Ac. de 22 de setembro de 1992, *Petit*, C-153/91, EU:C:1992:354.

<sup>3398</sup> *Ibid.*, § 8.

nacionais de países terceiros não serão tratados em condição de igualdade em relação aos cidadãos europeus.

Não obstante, ainda que os dois elementos prescritos pelo art. 1.º do Regulamento n.º 1231/2010 se encontrem preenchidos, nenhum elemento deste, ou de outro Regulamento da UE, vincula os EMs a exportar benefícios sociais para países externos à UE. Posto de outra forma, e tal como suprarreferido, cumpre a cada EM definir, em relação a cada país terceiro, se exportará, ou não, benefícios sociais para esse país. Contudo, e por força do princípio da igualdade de tratamento do art. 4.º do Regulamento n.º 883/2004, se um EM exportar benefícios sociais para os seus nacionais que se encontrem em territórios terceiros, terá de fazer o mesmo para os nacionais desse país (Cornelissen, 2010, p. 93).

Importa ainda referir que, apesar de os Regulamentos n.º 883/2004 e n.º 987/2009 se aplicarem aos países que compõem o EEE<sup>3399</sup>, o Regulamento n.º 1231/2010 não vincula estes países. Tal verifica-se devido à exclusão das matérias de liberdade, segurança e justiça (Título V do TFUE)<sup>3400</sup> do Acordo que institui o EEE. Esta limitação de escopo nota-se também em relação à Suíça, país com o qual a UE celebrou um Acordo bilateral que, tal como o Acordo do EEE, não inclui a área de liberdade, segurança e justiça.

Trata-se de uma limitação importante passível de provocar um impacto significativo na circulação de trabalhadores e o Ac. *Xhymshiti*<sup>3401</sup> é disso exemplo.

*In casu*, o casal Xhymshiti, de origem albanesa e kosovar, reside legalmente na Alemanha com os seus dois filhos de nacionalidade alemã. O Sr. Xhymshiti trabalha em território suíço, onde paga as suas contribuições para o regime de pensões de reforma e sobrevivência e onde recebe prestações familiares para os seus filhos. Desde o nascimento do primeiro filho foi-lhes atribuído, pelo Estado Alemão, um parcial correspondente à diferença entre as prestações familiares alemãs e os benefícios suíços, menos elevados. Em 2007, aquando do nascimento do segundo filho, o casal requereu a atribuição do mesmo “*top-up*”. O pedido foi declinado devido à inaplicabilidade do Regulamento n.º 1408/71, uma vez que, apesar de o próprio TJ equiparar a Suíça a um EM<sup>3402</sup>, o Regulamento n.º 859/2003 não vinculava aquele país.

Assim sendo, o exercício, por parte do Sr. Xhymshiti, de uma atividade profissional na Suíça “não constitui um fator que estenda a sua situação para além dos limites de um único EM”<sup>3403</sup>.

---

<sup>3399</sup> Noruega, Liechtenstein e Islândia.

<sup>3400</sup> Inclui-se no Título V do TFUE o art. 79.º, utilizado como base legal para a adoção do Regulamento n.º 1231/2010.

<sup>3401</sup> Ac. de 18 de novembro de 2010, Xhymshiti, C-247/09, EU:C:2010:698.

<sup>3402</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>3403</sup> *Ibid.*, § 37.

Outra situação relevante é a da posição da Dinamarca em relação ao Regulamento n.º 1231/2010, uma vez que, apesar de se tratar de um EM da UE, o art. 2.º do Protocolo n.º 22 sobre a posição da Dinamarca relativamente ao TFUE estipula que nenhuma medida adotada com base no Título V da Parte III daquele Tratado vinculará aquele EM. Ou seja, a Dinamarca não é tida como EM no que à adoção de qualquer medida legislativa na área da liberdade, segurança e justiça diz respeito, e é questionável se o elemento transfronteiriço será preenchido se o outro EM for a Dinamarca (Cornelissen, 2008, p. 360).

A questão da consideração dos períodos cumpridos em território dinamarquês divide a doutrina, e o TJ ainda não teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão. Pennings (2015a, p. 46) defende que não é compreensível que um EM não tenha em conta o tempo de atividade exercido por um cidadão em território dinamarquês. Para o autor, como não existem custos adicionais para a Dinamarca, não é claro que a contagem desse tempo não seja feita. Por outro lado, Cornelissen (2010, p. 95) não é sensível a este argumento, uma vez que no caso *Xhymshiti* a questão dos custos extra para a Suíça não foi tida em consideração, bastando-se o TJ com a análise do preenchimento dos requisitos estipulados pelo então Regulamento n.º 859/2003.

A limitação do escopo espacial de aplicação dos Regulamentos ao território de EMs significa, necessariamente, que contribuições de segurança social e períodos de garantia cumpridos ao abrigo de legislação de países terceiros não serão tidos em conta nos EMs (Watson, 2014, p. 77). Esta restrição é ilustrada pelo caso *Allgemeine*<sup>3404</sup>, no qual o TJ decidiu que, ao abrigo do então vigente art. 16.º do Regulamento n.º 3 (atual art. 6.º do Regulamento n.º 883/2004), “para efeitos de aquisição do direito às prestações da segurança social, as organizações de segurança social dos Estados-Membros não são obrigadas a ter em conta os períodos de filiação cumpridos em países terceiros”.<sup>3405</sup>

### **3. Dimensão externa da coordenação dos sistemas de segurança social**

Reconhecendo a mobilidade laboral como peça chave do contexto económico, a Comissão Europeia emitiu, em 2012, uma comunicação intitulada “A dimensão externa da UE em matéria de coordenação da Segurança Social”<sup>3406</sup>, na qual caracterizou como “lacunar” a abordagem à coordenação da Segurança Social entre a UE e o resto do

---

<sup>3404</sup> Ac. de 16 de novembro de 1972, *Allgemeine*, C-16/72, EU:C:1972:100.

<sup>3405</sup> *Ibid.*, § 11 e 12.

<sup>3406</sup> Comunicação de 30 de março de 2010 – COM (2012) 153 final – dirigida ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões.

Mundo. Tal consideração deve-se ao facto de parte da coordenação ser feita através de acordos bilaterais, celebrados pelos EMs com alguns países terceiros.

A celebração individual destes acordos terá em vista fazer face às necessidades dos países envolvidos e dos seus nacionais. Como consequência, o conjunto de acordos será manifestamente incompleto e o seu próprio conteúdo normativo irá variar de país para país.

Por outro lado, e para combater esta abordagem inconsistente, a UE procura agora desenvolver uma abordagem comum, centrada na própria UE, através do Regulamento n.º 1231/2010, de Diretivas Europeias relativas à migração, de Acordos de Associação e de Acordos de Estabilização e Associação.

### **3.1. Base legal**

Enquanto a coordenação interna é, como vimos anteriormente, um veículo para a realização do objetivo de livre circulação, e como tal encontra no TFUE uma atribuição de competências explícita (art. 48.º TFUE), a vertente externa não é um dos objetivos traçados pelo Tratado (van der Mei *et al.*, 2018, p. 82). Assim sendo, coloca-se a questão de saber se a competência conferida pelo art. 48.º poderá ser utilizada como base legal para a adoção de medidas de coordenação externa. Este foi exatamente o ponto de debate nos três recursos de anulação (art. 263.º TFUE) interpostos pelo Reino Unido.

É importante ressaltar que nos três casos abaixo analisados discute-se qual a base legal para a adoção de medidas que visam a dimensão externa da coordenação dos sistemas, não se debatendo qual a base legal dos Acordos que lhes servem de contexto (art. 217.º).

#### **a) EEE e Suíça**

Nos primeiros dois Acórdãos, referentes ao EEE<sup>3407</sup> e à Suíça<sup>3408</sup>, estão em causa alterações que visam atualizar os Anexos dos acordos celebrados, de forma a que estes estejam em conformidade com o então recentemente adotado Regulamento n.º 883/2004. Tal atualização é uma das incumbências dos Comitês Mistos estabelecidos pelos referidos Acordos. Contudo, como parte desses Comitês, cabe à UE adotar uma posição com base numa Decisão do Conselho (art. 218.º, n.º 9 TFUE). Os casos vertentes visam exatamente a anulação dessas Decisões.

Nos dois casos, o Reino Unido contesta o uso do Art.48.º TFUE como base legal das alterações, considerando o art. 79.º, n.º 2, al. b) do mesmo Tratado como mais adequado a satisfazer os objetivos da UE, uma vez que visa definir “os direitos dos

---

<sup>3407</sup> Ac. de 26 de setembro de 2013, Reino Unido/Conselho, C-431/11, EU:C:2013:589.

<sup>3408</sup> Ac. de 27 de fevereiro de 2014, Reino Unido/Conselho, C-656/11, EU:C:2014:97.

nacionais de países terceiros que residam legalmente num EM, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros EMs”. Ora, é importante referir que, a utilização deste Art. como base legal teria como efeito significativo a alteração do procedimento legislativo, uma vez que, por força do Protocolo n.º 21, o Reino Unido e a Irlanda detêm a faculdade de não aderir aos atos adotados com base no Título V da Parte III do Tratado.

O TJ acaba por usar este ponto relativo ao procedimento legislativo como um dos argumentos para fundamentar a rejeição do art. 79.º, n.º2, al. b). De acordo com o TJ, a possibilidade de os EMs poderem não aderir às alterações introduzidas seria “suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos do referido acordo”<sup>3409</sup>, uma vez que incorrer-se-ia na existência de dois regimes de coordenação paralelos.

Argumentou ainda o TJ que um dos principais objetivos do Acordo EEE é a realização da livre circulação da forma mais ampla possível. Isso mesmo é refletido no conteúdo dos arts. 28.º e 29.º do Acordo EEE que consagram, de forma praticamente idêntica aos arts. 45.º e 48.º TFUE, a livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais e o direito à segurança social<sup>3410</sup>. Conclui-se que a decisão impugnada visa a realização dessa extensão do Direito da UE aos países que constituem a EFTA, com o objetivo de assegurar a livre circulação nas mesmas condições sociais. Assim sendo, o art. 48.º TFUE será a base legal adequada.

No segundo Acordo, referente ao Acordo da UE com a Suíça, o TJ invocou o já aqui analisado caso *Xhymshiti*, no qual o TJ equipara aquele país a um EM da UE para efeitos de aplicação do Regulamento n.º 1408/71<sup>3411</sup>. Assim, e tendo em conta que a decisão agora contestada visa atualizar a regulamentação que já se aplicava à Suíça, julga-se como adequado o uso do art. 48.º TFUE como base legal.

Concluindo, o TJ acaba por refutar o argumento apresentado pelo Reino Unido de que o referido Art. visa apenas facilitar a circulação entre EMs, não sendo aplicável à Suíça. Na sua visão, e em linha com o Acordo analisado anteriormente, o art. 48.º poderá constituir uma base jurídica adequada à adoção de uma decisão em matéria de coordenação de sistemas de segurança social, quando o Estado terceiro é equiparado a um EM por força de um acordo celebrado nos termos do art. 217.º TFUE<sup>3412</sup>.

#### **b) O caso turco**

Caso diferente é o do Ac. relativo ao recurso de anulação da Decisão adotada pelo Conselho, referente à tomada de posição pela UE no âmbito do acordo entre a CEE e a

---

<sup>3409</sup> C-431/11, § 65.

<sup>3410</sup> *Ibid.*, § 50 e 51.

<sup>3411</sup> *Xhymshiti* § 31.

<sup>3412</sup> C-656/11, § 65.



Turquia, apresentado pelo Reino Unido<sup>3413</sup>. Segundo este EM, a base legal a ser utilizada seria, tal como nos casos anteriores, o art. 79.º, n.º 2, al. b). Porém, e contrariamente ao que se julgou nos Acórdãos predecessores, esta argumentação não foi descartada pelo TJ em prol do art. 48.º.

Esta diferença de resultado pode ser explicada com base na natureza distinta da relação UE – Turquia. Desde logo, o Acordo CEE – Turquia, celebrado em 1963, que cria uma Associação entre a CEE e a Turquia, visa promover as relações económicas e comerciais entre as partes, não fazendo, no entanto, parte dos seus objetivos atingir uma extensão total da liberdade de circulação de trabalhadores entre o território das partes, ao contrário do que acontece nos Acordos EEE e CE – Suíça (Melin, 2015, p. 444). Prova disto mesmo é o facto de os artigos relativos à livre circulação não terem sido transpostos para o conteúdo do Acordo de Associação, em vez disso, as partes contratantes concordaram “em ser inspiradas pelos arts. 48.º, 49.º e 50.º do Tratado que institui a Comunidade [arts. 45.º, 46.º e 47.º TFUE] na realização progressiva entre si da livre circulação de trabalhadores.”<sup>3414</sup>

Para analisarmos o caso agora controvertido é necessário recuarmos a setembro de 1980, data em que foi adotada, pelo Conselho de Associação, a Decisão n.º 3/80 que, tendo um carácter unidirecional, dizia respeito à aplicação dos regimes de segurança social dos EMs da CE apenas aos trabalhadores turcos e aos membros da sua família. Esta Decisão continha referências parciais ao Regulamento n.º 1408/71 que, com a entrada em vigor do novo Regulamento, necessitaram de alterações de atualização. Ora, a Decisão agora impugnada pelo Reino Unido visa, exatamente, proceder à atualização das referidas disposições da Decisão n.º 3/80. Para além disso, a Decisão contestada pretende também alterar o carácter unidirecional das regras em vigor, ou seja, a nova Decisão passaria a dizer respeito, não apenas aos direitos de trabalhadores turcos e das respetivas famílias residentes na UE, mas também aos direitos de segurança social de cidadãos europeus que se encontrem a trabalhar na Turquia.

O TJ começou por rejeitar o argumento apresentado pelo Reino Unido de que o art. 79.º, n.º 2, al. b) seria a base legal mais adequada à adoção da decisão contestada. No seu entender, a decisão apenas se encaixaria no escopo do art. 79.º se o seu objetivo fosse o de garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios e um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residissem legalmente nos EMs (n.º 1), o que “equivaleria a negar o contexto particular em que se insere a referida decisão”<sup>3415</sup>.

---

<sup>3413</sup> Ac. de 18 de dezembro de 2014, Reino Unido/Conselho, C-81/13, EU:C:2014:2449.

<sup>3414</sup> Art. 12.º do Acordo CEE – Turquia.

<sup>3415</sup> C-81/13, §46.

No que ao art. 48.º diz respeito, o TJ salientou, numa primeira fase, que o Acordo CEE – Turquia, bem como o seu Protocolo Adicional, não alargam à Turquia a livre circulação de trabalhadores instituída na UE<sup>3416</sup>. Uma vez que o Acordo CEE – Turquia prevê apenas a realização gradual da livre circulação de trabalhadores, sem aplicação obrigatória das regras da UE, a Decisão controvertida é vista como uma etapa suplementar no desenvolvimento dessa liberdade bem como um avanço nas relações entre as partes<sup>3417</sup>.

O chamado “Acordo de Ancara” distingue-se do Acordo EEE, uma vez que, ao contrário daquele, este não almeja a realização mais ampla possível das quatro liberdades europeias de forma a alargar o mercado interno ao território da Turquia. Por outro lado, o Acordo aqui em análise fica também aquém dos objetivos estabelecidos no Acordo CEE – Suíça, não pretendendo sequer a realização entre as partes da livre circulação de pessoas, encontrando-se a livre circulação de trabalhadores não totalmente realizada<sup>3418</sup>.

É nestas diferenças significativas, bem como no facto de o Regulamento n.º 1408/71 não ter sido integrado no Acordo, nem nos seus Protocolos adicionais, que o TJ se apoia para determinar que a Turquia não pode ser equiparada a um EM, para efeitos de aplicação dos Regulamento relativos a matéria de Segurança Social. Assim sendo, considera-se que a Decisão controvertida não poderia ser adotada tendo o art. 48.º TFUE como único fundamento legal<sup>3419</sup>.

Analisa-se ainda a adequação do art. 217.º como possível fundamento jurídico da Decisão, tal como sugerido nas Conclusões da AG Kokott. Segundo Kokott, o art. 217.º, enquanto base para a criação de uma Associação entre a UE e países terceiros ou organizações internacionais, deve também poder ser utilizado enquanto suporte jurídico para medidas pontuais de modificação, ampliação ou desenvolvimento de uma associação já existente<sup>3420</sup>. O TJ relembra-nos, no entanto, que a faculdade conferida pelo art. 217.º é limitada pelo princípio da atribuição consagrado no art. 5.º, n.º 2 TUE, ou seja, a UE deverá cingir a sua atuação aos limites das competências que lhe tenham sido atribuídas pelos EMs para alcançar os objetivos por estes definidos. Não obstante, o art. 217.º deverá ser interpretado, na ótica do TJ e à semelhança do que se plasmou no Acordo *Demirel*<sup>3421</sup>, como conferindo à UE “competência para garantir os compromissos perante Estados terceiros, em todos os domínios abrangidos pelo Tratado”<sup>3422</sup>.

---

<sup>3416</sup> *Ibid*, § 50.

<sup>3417</sup> *Ibid*, § 45.

<sup>3418</sup> *Ibid*, § 57.

<sup>3419</sup> *Ibid*, § 58 e 59.

<sup>3420</sup> Conclusões da AG Kokott, Reino Unido/Conselho, C-81/13, EU:C:2014:2114, n.º 89.

<sup>3421</sup> Ac. de 30 de setembro de 1987, *Demirel*, C-12/86, EU:C:1987:400.

<sup>3422</sup> *Ibid*, § 9.

À luz destes argumentos, o TJ conclui que o Conselho poderá adotar um ato no âmbito de um Acordo de Associação, desde que se refira a um domínio da competência específica da UE. Desta forma, considera-se que a base legal adequada à adoção de uma Decisão referente a medidas de coordenação dos sistemas de segurança social não poderá ser, exclusivamente, o art. 217.º, necessitando este de ser conjugado com o art. 48.º TFUE. Contudo, julga-se que esta omissão não tem consequências no conteúdo ou na forma de adoção da Decisão impugnada.

## Conclusão

Na procura de uma base legal adequada à adoção de medidas que dotem a coordenação de sistemas de segurança social de uma dimensão externa, através da qual é feita a ligação entre ordenamentos europeus e Estados Terceiros, várias são as hipóteses que se apresentam como viáveis.

Desde logo, o art. 79.º, n.º 2, al. b) permite ao Parlamento Europeu e ao Conselho adotar medidas conducentes à definição dos direitos de nacionais de países terceiros que residam legalmente num EM, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e permanência nos outros EMs. Numa primeira abordagem esta poderá parecer a norma mais adequada, não obstante, é necessário ter em consideração o contexto em que esta disposição se insere. Tal como realça a AG Kokott nas suas conclusões gerais no caso relativo ao EEE<sup>3423</sup>, este artigo faz parte do Título V, Cap. II, referente a políticas relativas ao controlo de fronteiras, ao asilo e à imigração, pelo que qualquer medida adotada ao abrigo desta disposição deve ter como objetivo a gestão de fluxos migratórios, o tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos EMs, bem como a prevenção do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos. Ora, nos três casos aqui analisados, o escopo das alterações propostas não diz respeito apenas a nacionais de países terceiros. Pretende-se, para além disso, regular os direitos sociais dos cidadãos europeus aquando da sua interação com ordens jurídicas externas. Assim, o escopo do art. 79.º, n.º 2, al. b) afigura-se como manifestamente insuficiente para servir de alicerce legal à adoção das Decisões impugnadas.

Relativamente ao uso do art. 48.º TFUE, existem três potenciais problemas (Melin, 2015, p. 448) que parecem afastar a sua utilização como base legal. Um deles é mencionado pelo Reino Unido que refere, na sua argumentação, que o escopo pessoal deste artigo se restringe a cidadãos europeus. Por outro lado, na visão da AG Kokott, também o âmbito de aplicação territorial desta norma é limitado ao território da UE,

---

<sup>3423</sup> Conclusões AG Kokott, Reino Unido/Conselho, C-431/11, EU:C:2013:187, n.º 39.

quer no que diz respeito a nacionais de Estados terceiros, quer quanto a cidadãos da UE<sup>3424</sup>.

Ora, relativamente ao argumento apresentado pelo Reino Unido, o caso *Khalil*, estudado supra, clarificou que o art. 48.º TFUE não pode, de facto, ser utilizado para estender o âmbito de aplicação pessoal da coordenação de sistemas de segurança social a nacionais de países terceiros, apesar de tal não resultar de forma inequívoca da letra da lei (Rennuy & Elsuwege, 2014, p. 943). O TJ limitou, assim, o âmbito de aplicação deste Art. a cidadãos europeus<sup>3425</sup>, pelo que apenas estes podem usufruir da liberdade de circulação plasmada no TFUE (Pennings, 2015c, p. 136). Quanto ao argumento do âmbito de aplicação territorial, de facto a invocação do art. 48.º está limitada a situações que se desenrolem no território da UE, ou que com este tenham um vínculo suficientemente estreito<sup>3426</sup>.

Não obstante, o TJ acaba, nos casos do EEE e da Suíça, por concluir que esta é a base legal adequada, fundamentando a sua decisão na equiparação daqueles países a EMs da UE e dos seus nacionais a cidadãos da UE. Por oposição, no caso que concerne o acordo entre UE e a Turquia, o TJ recusou o emprego isolado do art. 48.º. Afasta-se assim, e com base no tipo de relação e acordo da UE com aquele país, qualquer tipo de equiparação semelhante à utilizada para os países da EFTA e para a Suíça.

Por último, o terceiro problema relativo à utilização do art. 48.º diz respeito à inclusão de pessoas economicamente não ativas. De facto, o enquadramento sistemático desta norma no Cap. do TFUE referente a trabalhadores levanta algumas dúvidas sobre a sua utilização como base legal de medidas que visam a população inativa. Na opinião da AG Kokott, esta inclusão não é “decisiva para a escolha de uma base jurídica”, devendo esta basear-se exclusivamente na “componente preponderante do conteúdo normativo”<sup>3427</sup>. No Ac. referente ao acordo com a Suíça, o TJ acabou por se pronunciar sobre esta questão, indo ao encontro das conclusões da AG. Este raciocínio não colhe junto doutrina que qualifica o argumento como insuficiente (van der Mei, 2014, p. 174), realçando que o próprio Regulamento n.º 883/2004, que passou a abranger não só trabalhadores, mas qualquer nacional de um EM que esteja ou tenha estado sujeito à legislação de um ou mais Estados-Membros, foi adotado com base no art. 45.º em conjunto com o art. 352.º TFUE. A utilização deste último artigo, referente à cláusula dos poderes necessários, permite a adoção de medidas consideradas necessárias para atingir

---

<sup>3424</sup> Conclusões AG Kokott, Reino Unido/Conselho, C-431/11, EU:C:2013:187, n.º 50; Conclusões AG Kokott, Reino Unido/Conselho, C-81/13, EU:C:2014:2114, n.º 72.

<sup>3425</sup> Para além dos cidadãos europeus, também os apátridas e refugiados se consideram abrangidos pelo art. 48.º, como resultado de prescrições internacionais que obrigam os Estados a um tratamento igualitário entre os seus nacionais e esta “categoria muito limitada de pessoas” – *Khalil* § 57.

<sup>3426</sup> Ac. de 29 de junho de 1994, Aldewereld/Staatssecretaris van Financiën, C-60/93, EU:C:1994:271, n.º 14; Ac. de 7 de junho de 2012, Bakker, C-106/11, EU:C:2012:328, n.º 28.

<sup>3427</sup> Conclusões AG Kokott, Reino Unido/Conselho, C-431/11, EU:C:2013:187, n.º 45.

os objetivos delineados nos Tratados, ainda que estes não prevejam poderes de ação para o efeito. Notou-se, portanto, uma insuficiência dos preceitos do Título IV, Cap. I do TFUE para servirem de base legal à adoção de normas relativas a pessoas economicamente inativas. Mei considera mesmo que, nos casos referentes à Suíça e ao EEE, a opção do TJ pelo art. 48.º resultou das limitações das bases legais alternativas disponíveis (van der Mei, 2014, p. 178).

No que ao art. 217.º diz respeito, é importante notar que este apenas foi mencionado no caso do Acordo UE – Turquia, o único dos três casos em análise em que o TJ considerou não existir uma possível equiparação daquele país a um EM. Tal como referido anteriormente, este artigo confere à UE a prerrogativa de celebrar, com países terceiros ou organizações internacionais, acordos que criem uma associação.

A conjugação deste artigo com o art. 48.º é vista, por alguns autores, como um mero veículo para externalizar uma competência interna (Melin, 2015, p. 452). Por outro lado, não é claro que possa ser utilizado, isoladamente, como uma base legal substantiva que permita, para além da conclusão do acordo internacional propriamente dito, a adoção de uma posição relativa a medidas de coordenação externa, por parte da UE, no contexto de órgãos instituídos por aquele acordo (Rennuy & Elsuwege, 2014, pp. 945-946).

Em suma, a procura por uma base legal que permita dotar a coordenação dos sistemas de segurança social de uma dimensão externa está longe de ter uma resposta uniforme. Nos casos analisados o TJ baseou-se na relação entre a UE e os países terceiros envolvidos para justificar o emprego das normas selecionadas, não obstante, esta postura poderá criar incerteza jurídica que prejudicará o objetivo de uma abordagem comum da UE (Melin, 2015, p. 452).

### **3.2. Limites das soluções atuais**

Atualmente, a coordenação de sistemas de segurança social entre EMs da UE e países terceiros poderá tomar uma de duas vias. Por um lado, poderá ser resultado de acordos bilaterais celebrados entre os próprios EMs e os países terceiros, a fim de proteger os cidadãos que se encontrem naquele país, atraindo empreendimentos e mão de obra, ou como forma de reforçar laços políticos entre os países signatários. Por outro lado, a coordenação poderá acontecer através de instrumentos adotados a nível europeu, sejam eles Regulamentos, Diretivas, Acordos de Associação ou Acordos de Estabilização e Associação. As duas vias apresentam limites e falhas que exploraremos de seguida.

### a.) **Acordos bilaterais entre Estados Membros e países terceiros**

Os acordos bilaterais, celebrados em matéria de segurança social, são os instrumentos mais antigos a garantir aos cidadãos a portabilidade dos seus direitos em situações de interação com outros ordenamentos jurídicos (Strban, 2018, p. 129). Existem atualmente mais de 350 acordos bilaterais celebrados entre EMs e países terceiros (Vonk, 2018, p. 209), sendo que o primeiro destes acordos data do Séc. XIX<sup>3428</sup>.

Por se tratar de instrumentos extremamente flexíveis, celebrados numa lógica *ad hoc*, acabam por refletir padrões migratórios (Strban, 2009, p. 88), ajustando-se às necessidades dos países signatários e dos seus cidadãos. Fruto da facilidade de construção do seu conteúdo, não será fácil encontrar semelhanças entre eles. Existe, de facto, um alheamento dos EMs em relação aos processos negociais em que outros países da UE estão envolvidos (Pennings, 2018, p. 162), o que torna o conjunto de acordos bilaterais numa rede incompleta, desigual e fragmentada (Verschueren, 2016, p. 404).

Não obstante, é possível encontrar algumas características comuns, como o facto de o escopo material se basear, normalmente, no conjunto de riscos sociais elencados na Convenção n.º 102 da OIT, ou de plasmarem, em menor ou maior medida, princípios como a totalização e exportação de períodos de contribuições e o princípio da igualdade entre cidadãos dos países signatários (Strban, 2009, pp. 91-95).

Relativamente à interação destes acordos com o DUE, a única menção a acordos bilaterais celebrados por EMs surge no art. 8.º do Regulamento n.º 883/2004, que estabelece a substituição dos acordos celebrados entre os próprios EMs pelo Regulamento<sup>3429</sup>. Não obstante o disposto no art. 351.º TFUE<sup>3430</sup>, a celebração de acordos com países terceiros não está isenta da supremacia do DUE, estando sujeita aos princípios que pautam o ordenamento jurídico europeu.

A decisão do TJ no caso *Gottardo*<sup>3431</sup> espelha exatamente esse primado. *In casu*, a Sra. Gottardo, de nacionalidade francesa, tinha trabalhado em Itália, na Suíça e em França, sendo à data pensionista dos sistemas suíços e franceses, sem que tivesse sido feita totalização de períodos, uma vez que cumpria os requisitos mínimos sem necessidade de agregação. No entanto, a Sra. Gottardo desejava receber uma pensão de velhice italiana, para a qual seria necessário proceder à totalização dos períodos de trabalho cumpridos não só em França, mas também na Suíça. Para isso requereu a

---

<sup>3428</sup> Acordo celebrado entre França e o Ducado de Parma.

<sup>3429</sup> Continuam, no entanto, a aplicar-se as disposições de convenções em matéria de segurança social celebradas pelos EMs antes da data de entrada em vigor do Regulamento n.º 883/2004, quando sejam mais favoráveis para os beneficiários ou se resultarem de circunstâncias históricas específicas e forem temporalmente limitadas (art. 8.º, n.º 1, 2.ª parte).

<sup>3430</sup> O art. 351.º TFUE resguarda os direitos e obrigações decorrentes de convenções celebradas, entre EMs ou entre EMs e países terceiros, antes de 1 de janeiro de 1958 ou em data anterior à sua adesão à UE. No entanto, a discricionariedade dos EMs é restringida pelos limites dos princípios fundadores do ordenamento jurídico da UE (Arena, 2018, p. 317).

<sup>3431</sup> Ac. de 15 de janeiro de 2002, *Gottardo*, C-55/00, EU:C:2002:16.

aplicação do Acordo bilateral celebrado entre Itália e a Confederação Helvética, uma vez que, apesar de não ser nacional de nenhum dos Estados signatários, o facto de ser nacional de um EM fazia com que lhe fossem aplicáveis as mesmas condições concedidas aos nacionais italianos.

O TJ acabou por considerar que o princípio fundamental da igualdade de tratamento impõe ao EM, signatário de uma convenção bilateral de segurança social, a “obrigação de conceder aos nacionais dos outros EMs os mesmos benefícios de que beneficiam os seus próprios nacionais por força da referida convenção”<sup>3432</sup>. Deu-se assim origem ao Princípio *Gottardo*.

No entanto, ainda que os EMs estejam sujeitos à supremacia do DUE, o mesmo não se pode dizer de países terceiros. Assim, apesar de o princípio *Gottardo* ter efeito automático, é requerida a cooperação dos países signatários externos à UE (Strban, 2018, p. 137), pelo que os Estados devem proceder à inserção de uma cláusula no acordo que garanta o princípio de não discriminação de cidadãos europeus. Não obstante, nem todos os países terceiros estão a favor desta extensão do escopo pessoal do acordo bilateral, seja porque receiam encargos administrativos adicionais (International Labour Organization, 2012, p. 8), ou porque não desejam estender a cooperação a outros países, pelo que nesses casos o sistema de coordenação criado não terá um carácter recíproco (Vonk, 2014, p. 63).

A doutrina discute ainda outra questão relacionada com o princípio *Gottardo*: aplicar-se-á este princípio a nacionais de países terceiros aquando das suas movimentações entre pelo menos dois EMs e um país terceiro com o qual um dos EMs envolvido celebrou um acordo bilateral? Sendo certo que o Ac. *Gottardo* foi proferido à luz do DUE, em especial das disposições do TFUE sobre livre circulação de trabalhadores, as quais apenas se aplicam a cidadãos europeus, a conclusão poderia então ser a inaplicabilidade daquele princípio a nacionais de países terceiros (Straban, 2009, p. 92). No entanto, os EMs estão sujeitos ao cumprimento das obrigações impostas pelo DUE e resulta do Regulamento 1231/2010, que estende o âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 883/2004 a nacionais de países terceiros, que estes devem beneficiar das mesmas condições que os cidadãos europeus (Vonk, 2014, p. 62).

Em suma, apesar de os acordos bilaterais se apresentarem como especialmente eficazes na missão de coordenar sistemas de segurança social de países que interagem entre si como fruto de movimentos migratórios, não deixa de ser verdade que apresentam falhas que comprometem o objetivo de abordagem comum proposto pela UE. Resultado do leque variado de acordos celebrados pelos EMs, a coordenação dos sistemas de segurança social proporcionada por estes instrumentos apresenta-se como

---

<sup>3432</sup> *Ibid.*, § 34.

manifestamente desigual uma vez que, ao serem construídos para responder às necessidades dos países envolvidos na sua negociação, o seu conteúdo irá divergir de outros acordos negociados por outros países. Para além disto, o facto de se tratar de um conjunto de convenções incompleto significa, em alguns casos, a inexistência de acordos com o país em questão. Na prática tal poderá resultar na perda de direitos sociais já adquiridos ou em curso de aquisição (Verschuere, 2016, p. 405).

#### **b.) Diretivas europeias**

Os acordos bilaterais celebrados pelos EMs com países terceiros não tornam supérflua a existência de instrumentos da UE, uma vez que, para além de apresentarem as lacunas expostas *supra*, não se apresentam como aptos para dar resposta a situações multinacionais (Pennings, 2018, p. 171). Como resposta a esta necessidade, a UE tem adotado medidas unilaterais em matéria de migrações, exemplo disso é o vasto conjunto de Diretivas Europeias dedicadas ao tema.

Estas Diretivas são o resultado de uma abordagem sectorial com diplomas dedicados a: estudantes e investigadores<sup>3433</sup>, trabalhadores altamente qualificados<sup>3434</sup>, nacionais de países terceiros em situação irregular<sup>3435</sup>, trabalhadores sazonais<sup>3436</sup>, trabalhadores nacionais de países terceiros em situação de transferência dentro das empresas<sup>3437</sup>, entre outras. É importante realçar que, ao longo das diferentes Diretivas, os direitos e obrigações conferidos aos nacionais de países terceiros diferem. É disso exemplo a configuração do direito à igualdade em matéria de segurança social<sup>3438</sup>.

O facto de se proceder ao tratamento individual de cada circunstância faz com que se falhe o objetivo de uma abordagem coesa e uniforme proposto pela UE. Esta desconexão entre as diferentes Diretivas resulta de dois fatores. Por um lado, deve-se à relutância de os EMs transferirem competências legislativas para a UE e, por outro lado,

---

<sup>3433</sup> Diretiva (UE) 2016/801 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2016 relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação, de estudos, de formação, de voluntariado, de programas de intercâmbio de estudantes, de projetos educativos e de colocação *au pair*.

<sup>3434</sup> Diretiva 2009/50/CE do Conselho de 25 de maio de 2009 relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado.

<sup>3435</sup> Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2009 que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

<sup>3436</sup> Diretiva 2014/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa às condições de entrada e de permanência de nacionais de países terceiros para efeitos de trabalho sazonal.

<sup>3437</sup> Diretiva 2014/66/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no quadro de transferências dentro das empresas.

<sup>3438</sup> A Diretiva 2009/52 não contém qualquer disposição relativa à igualdade de tratamento de trabalhadores nacionais de países terceiros em situação irregular. Os seus direitos em matéria de segurança social dependem exclusivamente da legislação nacional de cada EM. O art. 23.º, n.º 2, al. i) da Diretiva 2014/36 permite aos Estados Membros restringir a igualdade de tratamento, excluindo o acesso a prestações familiares e de desemprego.



é também consequência da seletividade de prioridades legislativas (Verschueren, 2018, p. 112).

### **c.) Acordos de associação e acordos de estabilização e associação**

Antes de mais importa definir os conceitos de acordo de associação e de acordo de estabilização e associação.

O art. 217.º TFUE confere à UE a faculdade de celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais, com vista à criação de uma associação com direitos e obrigações recíprocos, ações comuns e procedimentos especiais. Esta prerrogativa existe desde o início do processo de integração europeia e faz parte do escopo de ação internacional mais alargado, estabelecido no art. 205.º TFUE (Kahil-Wolff, 2015, p. 536). Os Conselhos de Associação, estabelecidos por estes acordos, serão responsáveis pela adoção de medidas, sob a forma de Decisões, através das quais implementem, neste caso, regras de coordenação de segurança social para trabalhadores e respetivas famílias que circulem entre a UE e o país associado (Eisele, 2018, p. 117). Estas Decisões, que constituem uma parte integral do ordenamento jurídico europeu (Hartley, 2014, p. 191), resultam de posições adotadas pela UE no seio destes Conselhos, fruto do procedimento estabelecido no art. 218.º, n.º 9 e de negociações com o Estado parte do acordo.

A UE tem-se “socorrido” destes acordos para proteger trabalhadores migrantes que circulam entre os EMs e países terceiros. Não obstante, apesar do conjunto de acordos desenvolvido ao longo do tempo, as suas implicações práticas na área da coordenação da segurança social têm sido reduzidas. Tal deve-se ao facto de os acordos celebrados consagrarem apenas artigos de enquadramento, ao abrigo dos quais as Associações adotarão, posteriormente, Decisões com medidas concretas<sup>3439</sup>. Contudo, até ao momento, apenas foram adotadas Decisões referentes à coordenação de sistemas de segurança social ao abrigo do Acordo de Associação UE – Turquia (Decisão 3/80)<sup>3440</sup>. Outras propostas de Decisão, ao abrigo do Acordo de Estabilização e Associação com os países balcânicos e dos Acordos de Associação com a Argélia, Marrocos e Tunísia, continuam pendentes de aprovação no respetivos Conselhos de Associação (Eisele, 2018, p. 126). Até serem aprovados, a coordenação entre os sistemas de segurança social destes países e dos EMs da UE continua a ser assegurada por acordos bilaterais, se existentes (Verschueren, 2016, p. 401). Nas palavras de Vonk (2015, p. 460), as disposições-quadro

---

<sup>3439</sup> Cumpre-nos destacar, neste ponto, o papel preponderante do TJ ao afirmar o efeito direto da proibição de discriminação com base na nacionalidade, em matéria de Segurança Social, prescrito pelos Acordos.

<sup>3440</sup> Também a propósito da proibição de discriminação com base nacionalidade, o TJ afirmou o efeito direto da disposição que a consagra na Decisão 3/80, a propósito do caso *Sürül* (C-262/96) (Verschueren, 1999, p. 376).

contidas nos Acordos permanecerão “belas adormecidas à espera de serem acordadas por um beijo de medidas adicionais das partes contratantes”. E, ainda que tal acontecesse, persistiriam algumas lacunas importantes como a regulação dos trabalhadores por conta própria e de pessoas economicamente inativas (Verschueren, 2009, p. 52).

Em suma, apesar de os Acordos de Associação serem parte integrante da estratégia da UE para uma visão uniforme da dimensão externa da coordenação dos sistemas de segurança social, o facto de as Decisões que lhes conferem operabilidade não terem sido aprovadas compromete este objetivo. Para além disso, a falha na sua aprovação demonstra uma certa relutância dos Estados parte em aceitarem as condições impostas (Eisele, 2018, p. 127). Também o facto de o próprio conteúdo e proteção conferida pelos Acordos divergir, ajustando-se ao tipo de relação existente entre a UE e o país terceiro em causa, contribui para uma abordagem fragmentada (Eisele, 2014, p. 384). Criam-se, assim, vários níveis de conexão entre nacionais de Estados terceiros e a UE, desde Acordos que instituem uma “quase-cidadania europeia” (Kochenov & Martijn, 2015, p. 90) (instituída por Acordos como o EEE – que consagra uma extensão das quatro liberdades europeias fundamentais) a Acordos que preveem apenas a adoção de medidas relativas a segurança social.

---

### **3.3. Discussão de possíveis soluções**

A Comunicação de 2012 da Comissão reconhece que os trabalhadores migrantes que entram na UE são confrontados com legislações de segurança social fragmentadas que criam obstáculos de entrada, saída e deslocação no território europeu. No entanto, os instrumentos existentes apresentam-se, pelo que expusemos supra, como manifestamente insuficientes para responder a estas dificuldades.

É importante realçar que, no estudo de possíveis soluções, estaremos sempre constrangidos pelos limites impostos pelas normas dos Tratados. Não faria sentido encontrar soluções que requeressem alterações dos Tratados (Pieters & Schoukens, 2011, p. 54).

#### **a.) Extensão da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social**

Alguns autores referem a Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social (2007) como uma oportunidade para conectar o sistema europeu de coordenação com outro sistema já existente (Vonk, 2015, p. 465). Este acordo, do qual fazem parte

Portugal, Espanha e 13 países da América Latina, constitui uma experiência pioneira com o objetivo principal de proteger os direitos dos trabalhadores migrantes Ibero-Americanos e das suas famílias, que circulam entre a América Latina, as Caraíbas e a Europa (Jiménez Fernández, 2014, p. 73).

As propostas apresentadas para fazer a ponte entre os dois sistemas divergem em complexidade, contudo, é certo que o facto de a Convenção seguir a mesma fórmula já estabelecida no sistema Europeu (Cortázar Nebreda, 2016, p. 30) – procura coordenar as diferentes legislações nacionais, sem alterar o seu conteúdo, permitindo garantir a igualdade de tratamento e protegendo os direitos adquiridos ou em vias de aquisição<sup>3441</sup> – contribui para a articulação dos dois sistemas. Numa configuração simplista, a expansão do sistema europeu poderia ser feita através da codificação do Princípio *Gottardo*, já aplicável a Portugal e Espanha, relativamente a indivíduos compreendidos no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 883/2004 (Vonk, 2018, p. 213). Desta forma, Portugal e Espanha serviriam de ponte para os nacionais de qualquer um dos EMs. Contudo, as lacunas desta abordagem são claras, nomeadamente no que diz respeito ao carácter não recíproco do Princípio *Gottardo*, que não vincularia os países da América Latina.

Por outro lado, existe, ainda, possibilidade seria a celebração de um Acordo entre a UE e todos os países envolvidos na Convenção Multilateral Ibero-Americana, em que se vincularia todos os Estados à obrigação de ter em conta os períodos de contribuição completados quer ao abrigo do Regulamento n.º 883/2004, quer do Acordo Ibero-Americano. Assegurar-se-ia, desta forma, a criação de uma zona de coordenação entre a UE e os países Ibero-Americanos capaz de dar resposta aos fluxos migratórios entre as duas zonas.

#### **b.) Acordo celebrado pela União Europeia**

Uma das soluções propostas pela Comissão Europeia na sua Comunicação de 2012 é a celebração de novos acordos de coordenação de segurança social pela própria UE. De facto, na visão da Comissão poderá existir, em alguns casos e em relação à negociação de acordos com determinados Estados terceiros, uma necessidade de atuação conjunta por parte dos EMs. Abrir-se-ia, assim, uma janela de oportunidade para a celebração de novos acordos, com uma abordagem mais flexível comparativamente aos atuais Acordos de Associação. Para além disso, poderiam ser realizados acordos sem necessidade de celebração prévia de Acordos de Associação.

---

<sup>3441</sup> Preâmbulo da Convenção.

Apesar desta visão otimista da Comissão em relação a este novo tipo de instrumento, é necessário ter em consideração alguns pontos prévios como, por exemplo, a base legal a ser usada. Tal como discutimos, anteriormente, o art. 48.º TFUE limita-se à coordenação interna dos sistemas de segurança social e o art. 79.º, n.º 2, al. b), não abrange a proteção dos direitos de cidadãos europeus. Uma combinação de ambos os artigos seria possível e espelharia as duas componentes envolvidas (Melin, 2020, p. 269). É importante realçar, contudo, que o uso de uma dupla base legal é visto com alguma reserva pelo TJ, que já afirmou a necessidade de demonstrar a indissociabilidade e igual preponderância dos dois objetivos prosseguidos, bem como a compatibilidade dos procedimentos de ambos os artigos<sup>3442</sup>. Apesar de, neste caso, estes requisitos se encontrarem preenchidos<sup>3443</sup>, o recurso ao art. 48.º para a negociação e celebração de um instrumento de coordenação com países terceiros parece extravasar o âmbito de aplicação territorial previsto naquela norma<sup>3444</sup>.

Coloca-se, ainda, a questão do uso do art. 153.º ou do art. 352.º como base legal para acordos celebrados pela UE (van der Mei *et al.*, 2018, p. 85). Quanto ao art. 352.º, a cláusula dos poderes necessários apenas será ativada como último recurso, quando se preveja a impossibilidade de adotar legislação com base noutra disposição legal. Relativamente ao art. 153.º, n.º 2, al. b), este refere que, no domínio da segurança social e proteção social dos trabalhadores, o Parlamento e o Conselho podem apenas adotar prescrições mínimas progressivamente aplicáveis. Este mecanismo nunca foi utilizado e não parece haver uma vontade política para a sua utilização num futuro próximo (Verschuere, 2012a, p. 392).

Também a al. a) deste artigo poderia afigurar-se como promissora, uma vez que permite a adoção, por parte do Parlamento Europeu e do Conselho, de medidas que incentivem a cooperação entre os EMs. Não obstante, deparamo-nos, uma vez mais, com os limites de ação impostos, porquanto a conclusão de um Acordo em matéria de coordenação de segurança social com países terceiros extravasaria o conceito de fomentação da cooperação entre EMs. De forma a contornar a ausência de uma competência externa ao abrigo do art. 153.º, poderá colocar-se a hipótese de conjugar este Art. com o art. 216.º TFUE, fazendo uso do princípio das competências implícitas (Melin, 2020, p. 270). Neste caso seria necessário demonstrar que a celebração de um Acordo desta tipologia se afigura como essencial para alcançar o objetivo de proteção social (art. 151.º). Esta hipótese encontraria, por certo, alguma resistência por parte dos

---

<sup>3442</sup> Ac. de 29 de abril de 2004, Comissão/Conselho, C-338/01, EU:C:2004:253, n.º 56.

<sup>3443</sup> Para além de ambos os artigos fazerem uso do procedimento legislativo ordinário, é clara a indissociabilidade e igual importância dos objetivos prosseguidos por cada um deles.

<sup>3444</sup> A utilização do art. 79.º, n.º 2, al. b) levanta a possibilidade de a Irlanda não fazer parte deste mecanismo, através da cláusula *opt-in* do Protocolo n.º 21. Significaria também a exclusão automática da Dinamarca (Protocolo n.º 22).

EMs, em virtude da disposição do n.º 4 do art. 153.º que resguarda a soberania nacional em matéria de definição de princípios fundamentais dos sistemas de segurança social e protege o equilíbrio financeiro destes sistemas.

### **c.) Acordo modelo elaborado pela União Europeia**

Alguns autores avançam, como possível solução para a falta de uniformidade da abordagem realizada pelos diferentes EMs ao problema da dimensão externa da coordenação, a realização de um acordo modelo desenhado pela UE. À semelhança dos documentos usados pela OCDE<sup>3445</sup> e pela ONU<sup>3446</sup> para servirem como modelo à celebração de convenções sobre dupla tributação, o objetivo seria formular um “protótipo”, passível de ser usado pelos EMs na celebração de acordos bilaterais, ou pelas instituições europeias aquando da negociação e formalização de Acordos de Associação (van der Mei *et al.*, 2018, p. 85). Através desta estratégia concluir-se-iam acordos com disposições mais sincronizadas entre si, sem que isso significasse a harmonização e perda de autonomia dos sistemas nacionais (Spiegel, 2018, p. 160).

Este Acordo Modelo pode tomar uma de duas formas: poderá, por um lado, ser resultado do trabalho da Comissão Administrativa para a Coordenação dos Sistemas de Segurança Social<sup>3447 3448</sup> ou, por outro lado, poderá ser adotado sob a Recomendação pela própria Comissão Europeia (art. 292.º TFUE) após debate na Comissão Administrativa.

---

<sup>3445</sup> Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património.

<sup>3446</sup> Modelo de Convenção sobre Dupla Tributação das Nações Unidas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

<sup>3447</sup> Composição, funcionamento e atribuições definidas pelos arts. 71.º e 72.º do Regulamento n.º 883/2004.

<sup>3448</sup> Tratando-se de um instrumento intergovernamental e não de legislação adotada pela UE, seria, à partida, ultrapassada a necessidade de suporte legal nos Tratados (Melin, 2020, p. 288).

## Conclusão

Ao longo da presente dissertação procurámos estudar o mecanismo de coordenação dos sistemas de segurança social dos EMs, em especial a sua vertente externa, ou seja, a forma como o ordenamento jurídico europeu interage com os sistemas de segurança social dos diferentes Estados terceiros.

O instituto da coordenação de sistemas de segurança social conta com mais de 60 anos de implementação e é, por esta altura, um mecanismo sólido que responde de forma ajustada e flexível às situações que lhe são apresentadas. No entanto, é importante destacar as limitações deste instrumento no que à situação de nacionais de países terceiros diz respeito. Apesar da extensão do escopo de aplicação pessoal, muitos são os obstáculos que se levantam à correta integração destes trabalhadores no mercado de trabalho europeu. A exigência de um elemento transfronteiriço reduz as possibilidades destes trabalhadores terem acesso aos benefícios sociais oferecidos aos cidadãos europeus, ainda que se encontrem em situação de igualdade. Por outro lado, mesmo na eventualidade de todos os requisitos de aplicabilidade se encontrarem preenchidos, nenhum elemento presente na legislação da UE vincula os EMs a exportar benefícios sociais para países terceiros. É, exatamente neste ponto, que se nota a preponderância dos acordos bilaterais celebrados pelos EMs com países terceiros e dos Acordos de Associação celebrados pelas instituições europeias.

A Comunicação da Comissão, de 2012, veio reconhecer as limitações do atual sistema e representa um passo importante na construção de uma dimensão externa mais eficaz. Todavia, esse esforço poderá ser inviabilizado devido à querela em torno da procura de uma base legal uniforme para a adoção de medidas relativas à coordenação dos sistemas de segurança social da UE e de países terceiros. Com efeito, uma abordagem uniforme, qualquer que seja a forma adotada, requer, necessariamente, uma base legal uniforme.

Atualmente, nacionais de países terceiros esperam encontrar na UE uma coesão e simplificação que corresponda à ideia de construção sociopolítica sinónimo de estabilidade e segurança. Em vez disso, são confrontados com um cenário fragmentado, incompleto e desigual. Ilustrando esta ideia através de um exemplo: um trabalhador que venha para a UE trabalhar, encontrará diferentes formas e níveis de proteção e garantia dos seus direitos sociais, dependendo do EM de destino.

Não poderemos almejar uma harmonização de legislações internas. Estabelecer esse objetivo seria contrário à preservação de identidades nacionais. Podemos, isso sim, ambicionar construir um sistema de coordenação mais eficiente. Um trabalhador que procure na UE um desafio profissional e até, talvez, uma melhoria das condições de vida, não poderá posteriormente ser confrontado com a perda desses anos de contribuições,

aquando do seu regresso ao país de origem. O mesmo se aplica a cidadãos europeus que regressam ao EM de origem após trabalharem num país terceiro. Significaria dar a estes cidadãos uma falsa segurança que em nada traduz os valores europeus.

As soluções que aqui apresentámos de forma breve, constituem algumas das propostas capazes de responder a estes desafios. Não deixa de ser verdade que todas elas são passíveis de levantar questões quanto aos aspetos práticos da sua concretização. Sem embargo, todas elas se afiguram mais auspiciosas quando comparadas com o cenário de heterogeneidade atual.

De entre as três propostas apresentadas, o Acordo Modelo elaborado pela UE, para utilização dos EMs e das instituições europeias, seria a solução mais exequível a curto prazo e com provas dadas noutras organizações. Esta opção encontraria menos obstáculos em termos de base legal, se implementada sob a forma de recomendação, no entanto seria também aquela através da qual se atingiriam resultados menos significativos, como consequência desse carácter não vinculativo. Não obstante, quanto maior for o nível de envolvimento dos EMs na preparação e elaboração deste Acordo Modelo, maior será o seu entrosamento com este instrumento, o que tornará mais provável a sua utilização na celebração de futuros acordos bilaterais. Este mecanismo poderá afigurar-se, quanto a nós, como a opção mais viável para solucionar o enigma da dimensão externa, conferindo alguma uniformidade às relações entre EMs e países terceiros, no que à coordenação dos sistemas de segurança social diz respeito.

---

Procurámos, ao longo deste estudo, explorar e relançar a discussão sobre a proteção oferecida pelo mecanismo de coordenação de segurança social dos EMs. Trouxemos para o centro do debate a vertente externa desta coordenação e explorámos as insuficiências com que nos deparamos, procurando encontrar formas de as corrigir. Não obstante, são notórias as limitações do estudo que agora se conclui. Desde logo, aquando da exploração dos instrumentos europeus utilizados, nomeadamente no que às Diretivas diz respeito, mas também dos Acordos de Associação em vigor. É importante referir que os três Acordos aqui estudados foram escolhidos como elementos exemplificativos, mas sobretudo, pela discussão jurisprudencial e doutrinal que envolvem. Também quanto às soluções propostas, é necessário mencionar as limitações no estudo das suas implicações práticas e das suas próprias deficiências. Estes são aspetos que procuraremos, por certo, explorar noutros trabalhos e que contribuirão para a construção de uma UE mais inclusiva, justa e coerente sem que isso signifique a perda de identidades nacionais como marca inalienável de uma união de 27 EMs aberta ao Mundo.

## Bibliografia

ARENA, A. (2018). The twin doctrines of primacy and pre-emption. In Schütze, R. & Tridimas, T. *Oxford principles of European Union law: The European Union legal order*, pp. 300-349. Oxford: Oxford University.

BALANDI, G. & RENGA, S. (2000). Italy. In van Vugt, J. & Peet, J. *Social security and solidarity in the European Union: Facts, evaluations and perspectives*, pp. 127-142. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

Barnard, C. (2005). EU citizenship and the principle of solidarity. In Spaventa, E. & Dougan, M. *Social welfare and EU law*. Hart Publishing.

BARNARD, C. (2016). *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 5<sup>th</sup> Edition. Oxford: Oxford University.

CONCEIÇÃO, A. (2017). *Segurança social: Manual prático*, 10.<sup>a</sup> Edição. Almedina.

CORNELISSEN, R. (2008). Third-country nationals and the European coordination of social security. *European Journal of Social Security*, vol. 10, no. 4, pp. 347-371.

CORNELISSEN, R. (2009a). 50 years of European social security coordination. *European Journal of Social Security*, vol. 11, no. 1-2, pp. 9-45.

CORNELISSEN, R. (2009b). The European co-ordination of social security and third country nationals. In Pieters, D. & Schoukens, P. *The social security co-ordination between the EU and non-EU countries*, pp. 1-17. Intersentia.

CORNELISSEN, R. (2010). Regulation 1231/2010 on the inclusion of third-country nationals in EU social security coordination: Reach, limits and challenges. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 86-99.

CORTÁZAR NEBREDA, C. G. (2016). *Coordination of social security schemes between the European Union and Euromed countries*. European Economic and Social Committee.

DELSEN, L., VAN GESTEL, N. & VAN VUGT, J. (2000). European integration: Current problems and future scenarios. In van Vugt, J. & Peet, J. *Social security and solidarity in the European Union – Facts, evaluations and perspectives*, pp. 223-253. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

EISELE, K. (2014). *The external dimension of the EU's migration policy – Different legal positions of third-country nationals in the EU: A comparative perspective*. Koninklijke Brill.

EISELE, K. (2018). Social security agreements: Is a common EU approach with third countries in sight? *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 116-128.

FUCHS, M. & Cornelissen, R. (2015) Introduction. In Fuchs & Cornelissen. *EU social security law – A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos.

HAILBRONNER, K. (2005). Union citizenship and access to social benefits. *Common Market Law Review*, vol. 42, pp. 1245-1267.

Hartley, T. C. (2014). *The foundations of European Union law: An introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, 8<sup>th</sup> Edition. Oxford: Oxford University.



HIROSE, K., NIKAC, M. & TAMAGNO, E. (2011). *Social security for migrant workers: A rights-based approach*. International Labour Organization.

HOLZMANN, R. (2016). Do bilateral social security agreements deliver on the portability of pensions and health care benefits? A summary policy on four migration corridors between EU and non-EU member states. *IZA Journal of European Labour Studies*, vol. 5, no. 17, pp. 1-35.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2012). *Social security coordination for non-EU countries in South and Eastern Europe: A legal analysis*.

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. (2014). Social security coordination in Ibero-America: Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security. In *Social Security and migrant workers: Selected studies of cross-border social security mechanisms*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, vol. 84, pp. 71-79.

JOSENS, Y. & VAN OVERMEIREN, F. (2009). General principles of coordination in Regulation 883/2004. *European Journal of Social Security*, vol. 11, no. 1-2, pp. 47-79.

JOSÉ MENÉNDEZ, A. (2010). European citizenship after Martinez Sala and Baumbast: Has European law become more human but less social? In Poiares Maduro, M. & Azoulai, L. *The past and future of EU law – The classics of EU law revisited on the 50<sup>th</sup> anniversary of the Rome Treaty*, pp. 363-393. Hart Publishing.

KAHIL-WOLFF, B. (2015). Association agreements. In Fuchs, M. & Cornelissen, R. *EU social security law: A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, pp. 536-548. C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos.

KOCHENOV, D. & MARTIJN, B. (2015). Pretending there is no Union: Non-derivative quasi-citizenship rights of third-country nationals in the EU. In Thym, D. & Zoetewij-Turhan, M. *Rights of third-country nationals under EU association agreements*, pp. 65-100. Nijhoff: Brill.

MELIN, P. (2015). The search of EU competence(s) for the externalization of social security coordination: Where there's a will, there's a way (Case C-81/13 United Kingdom v. Council (Turkish Case)). *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, no. 3, pp. 440-452.

MELIN, P. (2020). *The external dimension of EU social security coordination: Towards a common approach*. Nijhoff: Brill.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2012). Artículo 34: Seguridad social y ayuda social. In Monereo Atienza, C. & Pérez Comares, J. *La Europa de los derechos – Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, pp. 893-936.

O'LEARY, S. (2011). Free movement of persons and services. In Craig, P. & de Búrca, G. *The evolution of EU law*, 2<sup>nd</sup> Edition, pp. 499-545. Oxford: Oxford University.

PAIS, S. (2013). Acórdão do TJ de 17 de setembro de 2002 – Processo C-413/99 *Baumbast*, R. c. Secretary of State for the Home Department. In Pais, S. *Princípios fundamentais de direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, pp. 270-301. Coimbra: Almedina.

PENNINGS, F. (2012). EU citizenship: Access to social benefits in other EU Member States. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, no. 33, pp. 307-333.

PENNINGS, F. (2015a). *European social security law*, 6<sup>th</sup> Edition. Intersentia.

PENNINGS, F. (2015b). Principles of EU coordination of social security. In Pennings, F. & Vonk, G. *Research handbook on European social security law*, pp. 321-343. Edward Elgar Publishing.

PENNINGS, F. (2015c). The approaches of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights vis-à-vis discrimination on the ground of nationality in social security. In Pennings, F. & Vonk, G. *Research handbook on European social security law*, pp. 121-145, Edward Elgar Publishing.

PENNINGS, F. (2018). National approaches of EU Member States in concluding social security agreements with third countries: The case of the Netherlands. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 162-172.

PIETERS, D. & SCHOUKENS, P. (2011). Improving the social security of internationally mobile researchers. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, vol. 13, pp. 50-60.

PIETERS, D. (2006). *Social security: An introduction to the basic principles*. Kluwer Law International.

RENNUY, N. & ELSUWEGE, P. (2014). Integration without membership and the dynamic development of EU law: United Kingdom v. Council (EEA) Case C-431/11, United Kingdom v. Council (EEA), Judgment of the Court of 26 September 2013. *Common Market Law Review*, vol. 51, pp. 935-954.

RIEDEL, E. (2007). The human right to social security: Some challenges. In Riedel, E. *Social Security as a human right – Drafting a general comment on article 9 ICESR: Some challenges*, pp. 17-28. Springer.

SCHULER, R. (2015). Article 5. In Fuchs, M. & Cornelissen, R. *EU social security law – A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, pp. 118-123. C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos.

SPIEGEL, B. (2018). National approaches of EU Member States in concluding bilateral social security agreements with third countries: The case of Austria. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 148-161.

STRABAN, G. (2009). The existing bilateral and multicultural social security instruments binding EU States and non-EU States. In Pieters, D. & Schoukens, P. *The social security co-ordination between the EU and non-EU countries*, pp. 85-113. Intersentia.

STRABAN, G. (2018). Member States' approaches to bilateral social security agreements. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 129-147.

TAHA, N., SIEGMANN, K. & MESSKOUB, M. (2015). How portable is social security for migrant workers? A review of the literature. *International Social Security Review*, vol. 68, no. 1, pp. 95-118.

VAN DER MEI, A. (2014). De EU-bevoegdheid betreffende de externe coördinatie van sociale zekerheid. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Rechi*, vol. 5, pp. 172-178.

VAN DER MEI, A. *et al.* (2018). Editorial: The external dimension of EU social security coordination. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 81-85.

VERSCHUEREN, H. (1999). The Sürül Judgment: Equal treatment for Turkish workers in matters of social security. *European Journal of Migration and Law*, vol. 1, pp. 371-384.

VERSCHUEREN, H. (2009). Social Security co-ordination in the agreements between the EU and the Mediterranean countries, in particular Turkey and the Maghreb countries. In Pieters, D. & Schoukens, P. *The Social Security co-ordination between the EU and non-EU countries*, pp. 19-55. Intersentia.

VERSCHUEREN, H. (2012a). Changes in the EU Social Security coordination due to the case-law of the Court of Justice of the European Union. *Pravnik*, vol. 67, no. 5-6, pp. 391-432.

VERSCHUEREN, H. (2012b). The renewed EU Social Security coordination in Regulation no. 883/2004 and its link with bilateral tax agreements. *EC Tax Review*, vol. 2, pp. 98-111.

VERSCHUEREN, H. (2015). EU migrants and destitution: The ambiguous EU objectives. In Pennings, F. & Vonk, G. *Research handbook on European Social Security Law*, pp. 413-445. Edward Elgar Publishing.

VERSCHUEREN, H. (2016). Employment and Social Security rights of third-country labour migrants under EU law: An incomplete patchwork of legal protection. *European Journal of Migration and Law*, vol. 18, pp. 373-408.

VERSCHUEREN, H. (2018). Employment and social security rights of third-country nationals under the EU labour migration directives. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 100-115.

VONK, G. (2014). Social Security rights of migrants: Links between the hemispheres. In Social security and migrant workers: Selected studies of cross-border social security mechanisms, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, vol. 84, pp. 47-68. Wolters Kluwer.

VONK, G. (2018). Sailing the Seven Seas: A schematic overview of mechanisms that can be used to strengthen the social security protection of persons moving in and out of the EU. *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 2, pp. 204-216.

VONK, G. (2015). Social Security protection of migrants from outside Europe. In Pennings, F. & Vonk, G. *Research handbook on Social Security law*, pp. 446-467. Edward Elgar Publishing.

WATSON, P. (2014). *EU social and employment law*, 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford: Oxford University.

## **Jurisprudência**

Acórdão de 19 de março de 1964, Unger/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, C-75/63, EU:C:1964:19.

Acórdão de 16 de novembro de 1972, Allgemeine, C-16/72, EU:C:1972:100.

Acórdão de 21 de outubro de 1975, Petroni, C-24/75, EU:C:1975:129.

Acórdão de 15 de janeiro de 1986, Pinna, C-41/84, EU:C:1986:1.

Acórdão de 30 de setembro de 1987, Demirel, C-12/86, EU:C:1987:400.

Acórdão de 7 de junho de 1988, Roviello, C-20/85, EU:C:1988:283.

Acórdão de 22 de setembro de 1992, Petit, C-153/91, EU:C:1992:354.

Acórdão de 29 de junho de 1994, Aldewereld/Staatssecretaris van Financiën, C-60/93, EU:C:2012:328.

Acórdão de 27 de novembro de 1997, Meints, C-57/96, EU:C:1997:564.

Acórdão de 12 de maio de 1998, Martinez Sala, C-85/96, EU:C:1998:217.

Acórdão de 20 de setembro de 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458.

Acórdão de 11 de outubro de 2001, Khalil, C-95/99 a C-98/99 e C-180/99, EU:C:2001:532.

Acórdão de 15 de janeiro de 2002, Gottardo, C-55/00, EU:C:2002:16.

Acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/Conselho, C-338/01, EU:C:2004.

Acórdão de 18 de dezembro de 2007, Habelt, C-396/05, C-419/05 e C-450/05, EU:C:2007:810.

Acórdão de 3 de abril de 2008, Chuck, C-331/06, EU:C:2008:188.

Acórdão de 18 de novembro de 2010, Xhymshiti, C-247/09, EU:C:2010:698.

Acórdão de 7 de junho de 2012, Bakker, C-106/11, EU:C:2012:328.

Acórdão de 26 de setembro de 2013, Reino Unido/Conselho, C-431/11, EU:C:2013:589.

Acórdão de 27 de fevereiro de 2014, Reino Unido/Conselho, C-656/11, EU:C:2014:97.

Acórdão de 18 de dezembro de 2014, Reino Unido/Conselho, C-81/13, EU:C:2014:2449.

Acórdão de 24 de janeiro de 2019, Balandin, C-477/17, EU:C:2019:60.

---

**A responsabilidade civil inerente à  
cartelização mediada por algoritmos**

---

Marta Teixeira Pires

Sob a orientação da  
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

---

**Trabalho de Investigação Premiado**

Prémio APDE 2021 – Edição em homenagem à Dra. Isabel Jalles

Associação Portuguesa de Direito Europeu

---

À minha família,  
À de sangue e àquelas que fui escolhendo.

## Resumo

A presente exposição atende aos mais recentes avanços da economia digital, em concreto, da inteligência artificial, para daí procurar fornecer um contributo atual, essencialmente dialogante com a Doutrina e a Jurisprudência a nível nacional e europeu, no tocante às implicações jusconcorrenciais e consequente responsabilidade civil dos cartéis. cremos que essas duas realidades se revelam, agora, mais do que nunca, próximas e, em alguns casos, confundíveis, pois que os cartelistas parecem “preferir”, progressivamente, as salas físicas – onde acordavam, essencialmente, preços e outros aspetos relevantes das suas políticas comerciais com os seus concorrentes – relativamente a “salas virtuais” onde criam e/ou colocam os mais variados algoritmos ao seu serviço.

Desafiante é, pois, o exercício de procurar prever, com clareza, os reais cenários que resultarão de uma massificação da utilização de algoritmos. Optar-se-á por encetar uma adaptação crítica (quando e se possível) de hipotéticos cenários à atual legislação do Direito da Concorrência, em especial a aplicável em Portugal, tanto a nível do *public enforcement* como do *private enforcement*.

**Palavras-chave:** Economia digital; direito da concorrência; direito privado; acordos de cooperação horizontal; cartéis; *public enforcement*; *private enforcement*; Diretiva 2014/104/UE; Lei n.º 23/2018; inteligência artificial; algoritmos; impactos jusconcorrenciais; responsabilidade civil; consumidores.

---



## **Abstract**

This study meets the most recent advances in digital economy, in particular, in artificial intelligence, in order to provide a current contribution, first and foremost, through the dialogue with literature and jurisprudence at national and European level regarding competition matters and its consequent impacts in civil liability of cartels. We believe that these two realities are now, more than ever, close and, in some cases, confusable, since cartelists seem to progressively “discard” physical rooms – where they essentially agreed on prices and other relevant aspects of their commercial policies with its competitors – in comparison with “virtual rooms”, where they create and/or put a whole variety of algorithms at their service.

Therefore, being able to clearly predict the real scenarios that will result from a widespread use of algorithms turns up to be a challenging exercise. We will then choose to embark upon a critical adaptation (when and if possible) of hypothetical scenarios to the current Competition Law, especially the one applicable in Portugal, in terms of both public and private enforcement.

**Keywords:** Digital economy; competition law; private law; horizontal co-operation agreements; cartels; public enforcement; private enforcement; Directive 2014/104/EU; Law No. 23/2018; artificial intelligence; algorithms; competition matters; civil liability; consumers.

---

## Lista de siglas e abreviaturas

|               |                                                                            |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Ac.           | Acórdão                                                                    |
| AdC           | Autoridade da Concorrência Portuguesa                                      |
| ANC           | Autoridades Nacionais da Concorrência                                      |
| art./ arts.   | artigo/ artigos                                                            |
| CC            | Código Civil                                                               |
| CCP           | Código dos Contratos Públicos                                              |
| CE            | Comissão Europeia                                                          |
| Cfr.          | Confrontar                                                                 |
| CMA           | Competition and Markets Authority                                          |
| CNMC          | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia                         |
| CPP           | Código de Processo Penal                                                   |
| ECN           | European Competition Network                                               |
| EEE           | Espaço Económico Europeu                                                   |
| EM            | Estados-Membros                                                            |
| EUA           | Estados Unidos da América                                                  |
| <i>et al.</i> | e outros                                                                   |
| OCDE          | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico                  |
| JOCE/ JOUE    | Jornal Oficial das Comunidades Europeias/ Jornal Oficial da União Europeia |
| n.º/ n.ºs     | número/ números                                                            |
| Ofgem         | Office of Gas and Electricity Markets                                      |
| p./pp.        | página/ páginas                                                            |
| RJC           | Regime Jurídico da Concorrência; Lei n.º 19/2012, de 8 de maio             |
| TFUE          | Tratado de Funcionamento da União Europeia                                 |
| TG            | Tribunal Geral                                                             |
| TJ            | Tribunal de Justiça                                                        |
| UE            | União Europeia                                                             |

US United States

v. *versus*

Vol. Volume

---

# Índice

Introdução

Parte I – Os algoritmos e o “acordo ou prática concertada entre concorrentes”

Capítulo I – Os cartéis enquanto prática restritiva da concorrência

Capítulo II – O papel dos algoritmos na facilitação do cartel

1. O cenário de “Messenger”
2. O cenário de “Hub And Spoke”
3. O cenário de “Predictable Agent”
4. O cenário de “Digital Eye”
5. Transversalidades

Capítulo III – Implicações jusconcorrenciais

Parte II – A (ir)responsabilidade dos algoritmos

Capítulo I – A responsabilidade civil no direito da concorrência

*O private enforcement*

Capítulo II – Entre a imputação ao algoritmo e a responsabilização da(s) empresa(s)

Capítulo III – Questões procedimentais relativas ao dano

A quantificação dos danos

Considerações finais

Bibliografia citada

Comunicações, decisões e jurisprudência citadas

---

## Introdução

A digitalização da economia, isto é, a “passagem” e/ou a presença da atividade económica para o (e/ou no) mundo digital (da Internet), lograda sobretudo através do recurso às mais recentes tecnologias da informação, ao mesmo tempo que acarreta uma oportunidade (muito relevante) de crescimento económico<sup>3449</sup> e é, em geral, uma forma de satisfação dos interesses dos consumidores, acarreta, também, inevitáveis desafios, em particular, de âmbito regulatório e, para o que aqui nos interessa, do Direito da Concorrência.

Com efeito, se a legislação atual vem permitindo responder aos problemas oriundos da denominada “economia tradicional”, a digitalização desta comporta “um admirável mundo novo” que necessitará de uma nova ou, pelo menos (e numa primeira fase), adaptada regulamentação em consonância com a (nova) realidade que corporiza.

Neste âmbito, poderão ser vários os desafios que se avizinham, desde logo – e talvez aquele que mais vem sendo abordado pela nossa doutrina – o relativo à utilização de plataformas digitais e à consequente (des)proteção de dados pessoais ou, ainda, o atinente à delimitação dos mercados, ou melhor, dos (novos) “ecossistemas digitais”.

Desde logo, parece-nos empírico que a introdução da inteligência artificial no nosso quotidiano tem vindo a alterar não somente o modo como nos deslocamos, trabalhamos ou socializamos, mas também a forma como compramos e como vendemos e, ainda, como “acordamos”, “pactuamos” ou “alinhamos” com os nossos concorrentes os mais variados aspetos – sensíveis – da nossa conduta autónoma no mercado. Ou seja, a inteligência artificial a dizer-nos como se carteliza, no presente.

A convivência humano-algorítmica comporta indubitáveis vantagens e contemplamos com graus de eficiência que, em outras áreas científicas, já deram as suas provas<sup>3450</sup>. Mas também nos apresenta desafios novos, diferentes e, acima de tudo, mais complexos.

Através deste escrito, procuraremos, essencialmente, abordar um deles: a cartelização mediada por algoritmos e a consequente (ir)responsabilidade destes tanto no plano do *public enforcement* como no do *private enforcement*.

Para que se possa cumprir tal preceito, principiaremos pelo *public enforcement* numa busca pela noção, regime e atuais desafios inerentes ao cartel propriamente dito para, de seguida, averiguarmos o papel dos algoritmos na sua facilitação. Aí chegados, deslindaremos as principais implicações jusconcorrenciais resultantes dos possíveis

---

<sup>3449</sup> De acordo com a previsão de Liang Hua, *chairman* da Huawei, apontada na mais recente “Web Summit”, a economia digital deverá ser responsável, em 2025, pela geração de mais de 30% do PIB mundial, disponível em: <https://www.dn.pt/dinheiro/economia-digital-sera-responsavel-por-30-do-pib-mundial-nos-proximos-cinco-anos-13100426.html>, consultado a: 26/12/2020.

<sup>3450</sup> Veja-se, a este propósito, a capacidade algorítmica sobre-humana na deteção e localização de tumores, cfr. Liu *et al.*, 2017.

cenários colusivos que entendemos como potencialmente concretizáveis e/ou imagináveis. Por fim, transportaremos as conclusões daí resultantes para o plano do *private enforcement* onde, após breve descrição da sua *ratio essendi* e atual regime, procuraremos concluir pela (ir)responsabilidade a assacar aos algoritmos. Tal aspeto já se poderá, de qualquer modo, ir adivinhando pelo curso natural que esta exposição tomará desde a nascente até à sua foz.

---

## Parte I – Os algoritmos e o “acordo ou prática concertada entre concorrentes”

### Capítulo I – Os cartéis enquanto prática restritiva da concorrência

Atendendo à literalidade do art. 101.º do TFUE e, no plano nacional, à letra do seu homólogo, art. 9.º, n.º 1 do RJC, a expressão “cartel” não surge no elenco tipificado de práticas restritivas da concorrência, isto é, não parece configurar um ilícito típico (*stricto sensu*).

Na verdade, o conceito de cartel<sup>3451</sup> foi apenas introduzido no Direito Derivado pela Diretiva 2014/104/UE<sup>3452</sup> e, mesmo quando aí é introduzido, não surge como a “previsão de um tipo de ilícito”, mas como um “critério delimitador do benefício do regime dito clemência”<sup>3453</sup>.

Todavia, apesar de não se tratar de uma daquelas realidades expressamente previstas na letra da lei, o certo é que a colusão ou o conluio entre empresas, isto é, uma situação de cartel, ocupa o grosso dos processos contraordenacionais por infrações ao Direito da Concorrência, sendo, por isso, relevante compreender o seu modo de configuração. Trata-se, afinal, de uma realidade tipológica que não poderia, nunca, ver-se resumida a uma alínea de um elenco normativo, pois que, na prática, acaba por poder abranger vários desses pequenos “pedaços de realidade”<sup>3454</sup>. Com efeito, o cartel corresponde, de um modo geral, a um acordo ou a uma prática concertada entre empresas<sup>3455</sup> – muitas vezes com carácter “secreto” – com o objeto ou efeito de impedir,

---

<sup>3451</sup> Art. 2.º, n.º 14 da Diretiva 2014/104/UE relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do Direito da Concorrência dos EM e da UE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE L 349/1, de 05/12/2014).

<sup>3452</sup> Definição idêntica à apresentada no considerando (1) da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 298/17, de 08/12/2006), na qual ainda se denota que “[e]stas práticas figuram entre as infrações mais graves ao disposto no artigo 81.º do Tratado CE [atual art. 101.º TFUE]”.

<sup>3453</sup> Moura e Silva, 2018, p. 630.

<sup>3454</sup> Como avança Miguel Moura e Silva, “a não autonomização do conceito de cartel enquanto ilícito é compreensível, pois os autores do Tratado quiseram, tal como sucede nos Estados Unidos com o artigo 1.º do Sherman Act, impedir formas colusórias de restrição da concorrência, independentemente da natureza formal do acordo”, cfr. Moura e Silva, 2018, p. 630.

<sup>3455</sup> Neste ponto, note-se que o conceito de “empresa” abrange todas as entidades que exerçam uma atividade económica, isto é, ofereçam bens ou serviços no mercado, cfr. Ac. do TJ, de 19 de fevereiro de 2002, no caso “Wouters”, processo C-309/99, pontos 46-47, independentemente do seu estatuto jurídico ou modo de financiamento (cfr. Ac. do TJ, de 23 de abril de 1991, no caso *Höfner*, processo C-41/90, ponto 21), abrangendo “os inventores, os cantores de ópera e os advogados [mas não] os trabalhadores assalariados, os agentes que atuam por conta do comitente sem assumirem riscos financeiros ou comerciais, bem como certas entidades que desenvolvem atividades regidas pelo princípio da solidariedade [...] ou que prosseguem atividades de interesse público, desempenhando nomeadamente uma função essencial do Estado, e dispondo para o efeito de poderes de autoridade pública (...). [A] empresa é ainda vista como uma unidade económica, facto que vai influenciar o tratamento a dar às empresas dentro de um grupo”, cfr. Pais, Sofia

falsear ou restringir a concorrência e de, assim, permitir aos intervenientes obter um controlo mais eficaz do mercado interno ou nacional. Apesar de não expressamente delimitado na letra da lei, o ilícito encontra enquadramento legal no art. 101.º do TFUE e no art. 9.º, n.º 1 do RJC, consoante o mercado afetado revista dimensão europeia ou nacional, respetivamente. Trata-se, além do mais, de um comportamento passível de ser justificado à luz do art. 101.º, n.º 3 do TFUE ou do art. 10.º do RJC quando, mediante certos requisitos, contribua para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou de serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico.

Não só por se tratar de uma prática restritiva por objetivo ou por objeto<sup>3456</sup>, mas também pelo secretismo típico que normalmente a envolve, o legislador da UE previu, com as comunicações da CE de 1996, 2002 e 2006<sup>3457</sup>, os conhecidos programas de clemência, na altura, e ainda hoje, considerados formas basilares de auxílio das ANC na deteção mais eficaz deste tipo de comportamentos. Bafejada pelo exemplo norteamericano, a instituição deste mecanismo procurou garantir imunidade – um “prémio” ou, pelo menos, um “incentivo” – à empresa participante num cartel que, em primeiro lugar, e antes de qualquer uma das outras, forneça à CE informações e elementos de prova relevantes, suscetíveis de permitirem a identificação e a subsequente punição dos autores materiais de uma determinada prática restritiva. A tentativa de introdução de maiores graus de eficácia na perseguição e deteção deste tipo de comportamentos não se quedou, porém, por aqui. Também as empresas que, em segundo e subseqüentes lugares, forneçam elementos de prova que apresentem um valor significativo e acrescentado

---

Oliveira, 2011, pp. 203-204 e, ainda, cfr. Ac. do TJ, de 17 de fevereiro de 1993, no caso *Poucet et Pistre*, processo C-159/91 e 160/91, Ac. do TJ, de 21 de setembro de 1999, no caso *Albany*, processo C-67/96, Ac. do TJ, de 24 de outubro de 1996, no caso *Viho*, processo C-73/95 P, entre outros.

<sup>3456</sup> Comunicação da Comissão sobre Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 101/97, de 27/04/2004), ponto 21. Veja-se, ainda, o Ac. do TJ, de 11 de setembro de 2014, no caso *Cartes Bancaires*, processo C-67/13 P, no qual se entende como “pacífico que determinados comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser considerados de tal modo suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado (...). Com efeito, a experiência mostra que esses comportamentos provocam reduções da produção e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos em prejuízo, especialmente, dos consumidores”, ponto 51. Aliás, na esteira do entendimento da OCDE de que os cartéis “hard core” são considerados como a mais grave prática restritiva da concorrência, cfr. OCDE, 1998, p. 2, há autores que, defendendo a sua dignidade penal e necessidade de tutela, procuram caracterizar o próprio cartel como um crime, cfr. Loureiro, 2017. Este entendimento tem tido acolhimento noutras latitudes em que a prática de cartel é considerada como crime e não como uma contraordenação. Em defesa de uma autonomia do Direito Nacional da Concorrência e da alegada incongruência sistemática promovida pelo legislador, veja-se Marques, 2019.

<sup>3457</sup> Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JOCE C 207/4, de 18/7/1996); Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOCE 45/3, de 19/2/2002) e Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 298/17, de 8/12/2006).



relativamente aos que já se encontrem na posse da CE, poderão beneficiar de uma redução do montante da coima<sup>3458</sup>.

Além dos programas de clemência, também os procedimentos de transação – pela sua simplicidade e pela aceleração processual que permitem – configuram ferramentas importantes para a deteção e investigação deste tipo de infrações graves ao Direito da Concorrência. Para tal, bastará a comunicação voluntária da empresa, participante na infração, na qual aquela reconheça (ou não conteste) a sua participação, reduzindo-se a duração do processo e economizando-se, por conseguinte, os recursos da CE (ou da ANC competente)<sup>3459</sup>. As empresas que optem por este procedimento beneficiarão, também, de uma redução no montante da coima<sup>3460</sup>. Na prática, o sucesso destes mecanismos dependerá, pois, do teor das cedências que cada uma das partes estará disposta a fazer, tratando-se de um mecanismo de teor fortemente consensualista.

A popularidade e a eficácia dos programas de clemência, que foram, aliás, adotados pela generalidade dos EM, reflete-se e é evidenciada pelas estatísticas. De facto, o número de imunidades concedidas nas deteções de cartéis, pela CE, com aplicação de coima, aumentou de 10 % (1 em 10) no período de 1996 a 2000, para mais de 61 % (20 em 33) no período de 2001 a 2005, 81 % (25 em 31) no período de 2006 a 2011 e, ainda, 91 % (21 em 23) no período de 2011 a 2015<sup>3461</sup>.

No entanto, “as empresas só revelarão que participaram em cartéis secretos se dispuserem de um grau suficiente de segurança jurídica de que irão beneficiar da não aplicação de coimas”, sendo que “[a]s diferenças acentuadas entre os programas de clemência nos Estados-Membros geram insegurança jurídica para os potenciais requerentes de clemência”<sup>3462</sup>. Por assim ser, a Diretiva 2019/1/UE, também conhecida por Diretiva ECN+ – a ser transposta pelos EM até 4 de fevereiro de 2021 –<sup>3463</sup>, prevê o

---

<sup>3458</sup> Neste ponto, parece-nos relevante atentar que um possível motivo pelo qual na definição de “cartel” enquanto critério delimitador do benefício do regime dito clemência se optou pelo afastamento das decisões de associações de empresas é o facto de estas resultarem de um ato unilateral da associação em causa que não deverá ser merecedora desta “delação premiada”.

<sup>3459</sup> Note-se que, em termos gerais, a Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ apresentada ao Governo – Exposição de Motivos, prevê a possibilidade de “recurso a este instituto, não apenas em caso de reconhecimento da responsabilidade da empresa pela infração que lhe é imputada, mas igualmente nos casos em que a empresa renuncia a contestar a sua participação na infração, conquanto que assumindo o pagamento da coima que lhe seja aplicada neste contexto”, cfr. AdC, Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ – Exposição de Motivos, p. 33, disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20E2%80%93%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Motivos.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20E2%80%93%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Motivos.pdf).

<sup>3460</sup> Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de junho de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE L 171/3, de 1/7/2008).

<sup>3461</sup> Wils, 2016, p. 10.

<sup>3462</sup> Diretiva 2019/1/UE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE L 11/3, de 14/01/2019, considerando (11)).

<sup>3463</sup> A 20 de maio de 2021, foi aprovada em Conselho de Ministros a Proposta de Lei, a submeter à Assembleia da República, que transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva ECN+, cfr. Comunicado do Conselho de Ministros, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de>

alargamento do escopo adjetivo e substantivo da proteção dos requerentes de dispensa da coima, a troco de uma cooperação genuína dos mesmos.

Neste sentido, a AdC avançou com uma *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+* que, nesta temática, procede (i) ao alargamento do regime de imunidade a pessoas singulares e (ii) ao estabelecimento de regras e procedimentos subjacentes à instrução deste tipo de pedidos. Proposta esta que serviu de base à Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.<sup>a</sup>, aprovada, a 20 de maio de 2021, em Conselho de Ministros. Acresce que, além da referida Proposta, está prevista uma alteração à alínea c) do n.º 1 do art. 55.º do CCP, retirando do leque de entidades impedidas a apresentar a sua candidatura em qualquer procedimento concursal aquelas que tenham sido objeto de uma sanção administrativa derivada de uma qualquer infração prevista no RJC<sup>3464</sup> e uma alteração ao CPP, que, através do aditamento de dois números ao atual art. 280.º<sup>3465</sup>, passa a prever que (i) “[s]e o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista no Regime Jurídico da Concorrência a dispensa da coima, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido, determina o arquivamento do processo, com a concordância do juiz de instrução, que deve ser concedida sempre que se verificarem os pressupostos daquela dispensa” e (ii) [c]aso o Ministério Público, após o arquivamento do processo, conclua pelo incumprimento dos pressupostos da dispensa prevista no número anterior, procede à respetiva reabertura nos termos do n.º 1 do artigo 279.º”<sup>3466</sup>, alterando-se, em conformidade, o art. 279.º, n.º 1 do CPP<sup>3467</sup>.

Ora, cremos que a necessidade aqui espelhada de reforço do *public enforcement*, patente nas referências sucessivas à necessidade de garantir a aplicação mais eficaz das regras da concorrência nos EM da UE, se afigura, também, reflexo da evolução tecnológica e da necessidade que daí decorre no sentido da adaptação dos instrumentos e metodologia adotados pelas ANC, designadamente em matéria de acesso e recolha de

---

conselho-de-ministros?i=423. A aprovação da Proposta de Lei, em plenário da Assembleia da República, encontra-se agendada para o dia 7 de julho de 2021.

<sup>3464</sup> AdC, *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ apresentada ao Governo*, disponível em:

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo.pdf), p. 42.

<sup>3465</sup> O art. 280.º do CPP, prevendo o arquivamento em caso de dispensa da pena, possibilita ao Ministério Público decidir pelo arquivamento do processo, mediante determinados requisitos, em vez de deduzir acusação. Para tal, na fase de inquérito (n.º 1), é necessária a concordância do juiz de instrução. Na fase da instrução (n.º 2) o arquivamento pode ser promovido pelo juiz de instrução, bebendo de iguais requisitos, e com a necessária concordância do Ministério Público.

<sup>3466</sup> AdC, *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ apresentada ao Governo*, op. cit., p. 42.

<sup>3467</sup> Esta proposta de alteração do CPP acaba por gerar, no nosso ponto de vista, uma espécie de dualidade no regime jurídico-penal, tendo em conta que, hoje, não é, entre nós, admissível uma “delação premiada”, isto é, a hipótese de um “arrepentido colaborador” ser utilizado como um meio de obtenção da prova de modo a, com isso, obter um “prémio”, seja este uma isenção ou redução da pena.

elementos de prova<sup>3468</sup>, e de, a final, identificação das entidades visadas pelos procedimentos de contraordenação (ou crime, quando aplicável), facto que se afigura ainda mais premente quando se tenha em mente que, no caso de cartéis, a tecnologia é, não raras vezes, usada como subterfúgio para, precisamente, garantir o carácter oculto da prática anticoncorrencial e, assim, evitar o seu rastreamento pelas Autoridades competentes<sup>3469</sup>. Não nos parece, pois, despicienda a indagação sobre a possibilidade de a substituição generalizada das pessoas físicas por programas algorítmicos poder vir a potenciar ou a originar novas (e ainda mais “secretas”) formas de cartelização, afigurando-se-nos, portanto, necessário compreender qual poderá ser o papel dos algoritmos na facilitação do cartel.

---

<sup>3468</sup> Nesta sede, a Diretiva ECN+ vem permitir às ANC a utilização de ferramentas adequadas à economia digital, abrindo a possibilidade de acederem a computadores portáteis, telemóveis e, também, a documentos armazenados na *cloud*, cfr. considerando (30) da Diretiva, *op. cit.*

<sup>3469</sup> Com este reforço do *public enforcement* parece-nos sair igualmente reforçada a tese defendida por alguns autores de que, o nosso legislador, fazendo “uma opção nominalmente clara pelo modelo sancionatório contraordenacional”, vindo “depois atribuir à AdC poderes até aqui reconhecidos aos órgãos de polícia criminal e respetivas autoridades judiciais [...] tornando pouco claras as fronteiras entre o direito de mera ordenação social e o direito penal no que respeita à repressão das práticas restritivas da concorrência”, cfr. Loureiro, 2017, pp. 326-327.

## Capítulo II – O papel dos algoritmos na facilitação do cartel

Muito embora o conceito de “algoritmo” pré-exista, inclusive, à criação dos primeiros computadores, não existe uniformidade quanto à sua significação<sup>3470</sup>.

No campo das ciências da computação, qualquer conjunto de regras relativas à transformação de “entradas digitais” (*inputs*) em “saídas digitais” (*outputs*) é, em sentido amplo, um “algoritmo”<sup>3471</sup>. Nesta aceção, um algoritmo nada mais é do que uma sequência ordenada e finita de instruções que hão de ser aplicadas a um determinado conjunto finito de dados e, à semelhança de uma “receita culinária”, desempenhadas numa ordem exata, de maneira a, assim, (i) se executar uma determinada tarefa ou conjunto de tarefas, ou (ii) se resolver um determinado problema ou conjunto de problemas<sup>34723473</sup>. Um algoritmo é, portanto, um *software* de tomada de decisão<sup>3474</sup>.

Não se poderá, porém, concluir que esse *software* seja único. Desde logo, diferentes “instruções” e diferentes dados (*inputs*) conduzirão a diferentes resultados e/ou soluções (*outputs*), tal como a conjugação de diferentes ingredientes originará diferentes refeições. Além disso, um só *software* poderá consistir num ou mais algoritmos<sup>3475</sup>.

Acresce que são várias as tipologias de algoritmos que poderão ser construídas, consoante (i) a tarefa desempenhada – caso em que distinguimos algoritmos de monitorização e recolha de dados, algoritmos de preços, algoritmos de personalização baseados nos dados dos consumidores e algoritmos de *ranking* –, (ii) os parâmetros de “entrada” (*inputs*) – tipo e conteúdo de dados com os quais os algoritmos são “alimentados” –, (iii) o seu método de “aprendizagem” – algoritmos “fixos” e algoritmos de “aprendizagem automática” (*machine learning*) –, (iv) o seu grau de “interpretação e comportamento” – algoritmos “*white box*” (interpretáveis pelos humanos) e algoritmos “*black box*” (difícilmente interpretáveis pelos humanos) – e, por fim, (v) o seu “programador” – que poderá ser a própria empresa que pretende utilizar o(s) algoritmo(s) ou uma entidade terceira<sup>3476</sup>.

Não obstante esta variedade tipológica, o objeto do nosso estudo e discussão centrar-se-á, sobretudo, nos algoritmos de preços (nos termos da tipificação e categorização *supra*), por serem aqueles que potencialmente acarretam as consequências económicas e os impactos concorrenciais mais gravosos.

---

<sup>3470</sup> Moschovakis, 2001, p. 919.

<sup>3471</sup> OECD, 2017b, p. 2.

<sup>3472</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 3.

<sup>3473</sup> Martín-Laborda, 2018, p. 4.

<sup>3474</sup> OECD, 2017b, p. 2.

<sup>3475</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 4.

<sup>3476</sup> Idem, pp. 4-14.

Na verdade, com a expansão dos modelos empresariais assentes na utilização de dados (*data-driven business models*), verifica-se que as empresas se socorrem, cada vez mais, e com maior intensidade, de algoritmos digitais que “aprendem” com os dados que processam<sup>3477</sup>. Nesta senda, gerou-se uma onda de inquietação no seio da comunidade *antitrust* quanto à possibilidade de – com o rápido desenvolvimento da aprendizagem automática e a crescente popularidade dos algoritmos de preços – as empresas desenvolverem estratégias mais sofisticadas de colusão, numa coordenação de preços incomparavelmente mais eficiente do que aquela que alguma vez poderia ser desencadeada pelo Homem<sup>3478</sup>.

Com efeito, de acordo com o inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de produtos de consumo e de conteúdos digitais conduzido pela CE, entre junho de 2015 e março de 2016<sup>3479</sup>, foi possível verificar que 53% das empresas inquiridas monitorizavam os preços *online* dos seus concorrentes, das quais 67% recorriam a um *software* para esse efeito. Mais se retira que 78% das empresas que utilizavam um *software* para monitorizar os preços *online* dos seus concorrentes ajustavam os seus [preços] de acordo com variações dos preços dos seus concorrentes<sup>3480</sup>. Estes resultados encontram-se, de um modo geral, em linha com a realidade das empresas portuguesas com presença *online* dado que, através de um inquérito conduzido pela AdC<sup>3481</sup>, em abril de 2019, foi possível atestar – ainda que com base numa amostra reduzida<sup>3482</sup> – que 47,4% das empresas inquiridas monitorizavam “sistematicamente os preços online dos seus concorrentes, das quais 77,8% declararam recorrer a um software para esse efeito”<sup>3483</sup>. No mais, “[d]as empresas inquiridas que declararam utilizar um software para monitorizar de forma sistemática os preços online dos seus concorrentes, 78,6% referiram que ajustam os seus preços em resposta a variações dos preços dos seus concorrentes”<sup>3484</sup>.

Não obstante, no tocante à automatização de preços, isto é, ao recurso a um *software* que determina e ajusta os preços de forma automática – algoritmo de preços – apenas o declararam utilizar 8% das empresas inquiridas por parte da CE<sup>3485</sup>,

---

<sup>3477</sup>Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1778.

<sup>3478</sup> Capobianco, Antonio/ Gonzaga, Pedro, 2017, p. 1.

<sup>3479</sup> Globalmente, a CE recebeu respostas de 1051 empresas retalhistas europeias, com presença *online*, ao inquérito que conduziu, cfr. Commission Staff Working Document, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, (SWD (2017) 154 final, de 10/05/2017), p. 29.

<sup>3480</sup> Commission Staff Working Document, *op. cit.*, p. 51.

<sup>3481</sup> Neste inquérito conduzido pela AdC com o “propósito de compreender o papel das novas tecnologias digitais na estratégia das empresas” foi “recolhida informação de 38 empresas com presença online ativas em Portugal em diversos setores de atividade”, cfr. AdC, 2019b, p. 46.

<sup>3482</sup> Apesar da reduzida dimensão da amostra – 38 empresas inquiridas –, em Portugal, de acordo com dados de 2019, apenas 39,3% das empresas tinham presença *online*, cfr. PORDATA, *Empresas com presença na Internet em % do total das empresas: por escalão de pessoal ao serviço*, disponível em: <https://www.pordata.pt/Portugal/Empresas+com+presen%C3%A7a+na+Internet+em+percentagem+do+total+de+empresas+por+escal%C3%A3o+de+pessoal+ao+servi%C3%A7o-1145>.

<sup>3483</sup> AdC, 2019b, pp. 46-47.

<sup>3484</sup> Idem, p. 47.

<sup>3485</sup> Commission Staff Working Document, *op. cit.*, p. 175.

percentagem quase totalmente coincidente com os 7,9% das empresas que, de igual modo, afirmaram utilizar algoritmos de preços no inquérito conduzido pela AdC<sup>3486</sup>.

Assim, e apesar dos algoritmos de preços parecerem ter, ainda, pouca expressividade na economia digital europeia, a proposta de reforço da capacidade industrial e tecnológica da UE com a adoção e utilização da inteligência artificial na economia poderá potenciar a sua utilização<sup>3487</sup>.

Mas, mais do que qualquer outro aspeto, e seguindo Margrethe Vestager, do ponto de vista da concorrência, relevante é a forma como esses algoritmos são, de facto, utilizados<sup>3488</sup>.

Ancorando-se no exemplo dos dois livreiros que, em consequência da utilização do algoritmo de preços da *Amazon*, vendiam, em abril de 2011, o livro “*The making of a fly*” por cerca de 23 milhões de dólares, Margrethe Vestager procurou demonstrar que o efeito de um algoritmo depende da forma como – e dos limites com que – ele é configurado e que, por essa razão, o Direito da Concorrência não deverá suspeitar ou condenar, sem mais, todos aqueles que se servem destes algoritmos<sup>3489</sup>, até porque não se podem esquecer as demais vantagens a eles associadas, ao nível da alocação mais eficiente dos recursos, com tudo o que isso implica ao nível da redução dos preços finais<sup>3490</sup>.

Todavia, no reverso desta alegada “transparência”, é possível indagar se os algoritmos, em especial, os algoritmos de preços, poderão implicar o fim dos cartéis “clássicos” ou a criação de novas formas de colusão. Como notam Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, sempre foram os humanos a força motriz da cartelização e se, mesmo com a aplicação de avultadas coimas e com o recurso a programas de clemência, os cartéis ainda persistem, é relevante questionar se através desta alteração paradigmática – em que os humanos são progressivamente substituídos por algoritmos – a colusão poderá conhecer formas mais subtis e/ou além do crivo da lei<sup>3491</sup>.

Deste modo, para avaliar o papel dos algoritmos na facilitação dos cartéis, Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke hipotetizaram quatro cenários nos quais a facilitação algorítmica poderá ocorrer<sup>3492</sup>: (i) o cenário de “*Messenger*” – no qual são utilizados

---

<sup>3486</sup> AdC, 2019b, p. 48.

<sup>3487</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Inteligência artificial para a Europa, (COM (2018) 237 final, de 25/04/2018).

<sup>3488</sup> Vestager, 2017.

<sup>3489</sup> Idem. Note-se que estes dois livreiros utilizavam dois algoritmos de preços distintos: no caso de um deles, o algoritmo estava essencialmente programado para igualar o preço dos seus concorrentes e, no caso do outro, o algoritmo estabelecia sempre um preço 27% mais elevado do que o primeiro. Apercebendo-se do efeito gerado, os livreiros ajustaram, manualmente, o preço do livro.

<sup>3490</sup> Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1781.

<sup>3491</sup> Ezrachi & Stucke, 2016, pp. 35-36.

<sup>3492</sup> Retenha-se que esta categorização não é única ou definitiva e que os diferentes cenários apresentados poderão sobrepor-se e/ou ser mais ou menos laboriosos de destrinçar na realidade prática. No entanto,

algoritmos como “mensageiros”, apenas para executar a vontade humana –, (ii) o cenário de “*Hub and Spoke*” – que consiste na utilização, por parte das empresas concorrentes, de um mesmo (ou de um único) algoritmo<sup>3493</sup> de forma a determinar o preço de mercado ou reagir a mudanças no mercado –, (iii) o cenário de “*Predictable Agent*” – em que cada empresa adota e “desenha” o seu próprio algoritmo – e (iv) o cenário de “*Digital Eye*” – através do qual os computadores unilateralmente criam e/ou utilizam algoritmos para atingir um determinado objetivo, como a maximização do lucro<sup>3494</sup>.

## 1. O cenário de “*Messenger*”

Utilizando a taxonomia proposta, no cenário de “*Messenger*”, os humanos continuam a ser os “mestres que mapeiam o cartel”<sup>3495</sup>, servindo-se dos algoritmos apenas como seus “mensageiros”. Assim, e sem qualquer intervenção no acordo ou prática concertada, os algoritmos acabam por contribuir para a estabilidade do cartel através da coordenação, monitorização e/ou consequente punição dos dissidentes. Trata-se de um cenário considerado “tradicional” e no qual se poderão incluir os casos *US v. Airline Tariff Publishing Company, et. al.*, de 17 de março de 1994<sup>3496</sup> – no qual as companhias aéreas *Airline Tariff Publishing Company, Alaska Airlines, Inc., et al.*, socorrendo-se dos seus serviços computadorizados de divulgação de preços, negociaram aumentos de preços superiores aos que se verificariam em mercado concorrencial –; *US v. David Topkins*, de 30 de abril de 2015<sup>3497</sup> – no qual David Topkins acordou com os seus concorrentes fixar, aumentar, manter e estabilizar preços de certos *posters* vendidos online na *Amazon Marketplace*, utilizando algoritmos de preços para coordenar o acordo – e *US v. Daniel William Aston and Trod Limited*, de 11 de agosto de 2016<sup>3498</sup> – que, envolvendo uma sociedade constituída e regulada pela jurisdição do Reino Unido, à semelhança do caso anterior, atuou, contudo, no mercado dos EUA, na venda *online* de *posters* na *Amazon Marketplace*, através da coordenação de preços, com recurso a algoritmos de preços, todos na jurisdição dos EUA. Poderão, ainda, ser aqui incluídos o

---

parece-nos que estes quatro cenários apresentados permitem colocar, de uma forma clara, em evidência, as principais perquirições da comunidade *antitrust*.

<sup>3493</sup> Embora não avançado por Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, poderá incluir-se num cenário mais amplo de “*Hub and Spoke*” a utilização, por partes das empresas concorrentes, não só de um mesmo (ou de um único) algoritmo, mas também de algoritmos de alguma forma coordenados de modo a produzirem um resultado colusivo, cfr. Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 31.

<sup>3494</sup> Ezrachi & Stucke, 2016, pp. 36-37.

<sup>3495</sup> Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1784.

<sup>3496</sup> *US v. Airline Tariff Publishing Company, et. al.*, de 17 de março de 1994, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/competitive-impact-statement-3>, consultado a 04/02/2020.

<sup>3497</sup> *US v. David Topkins*, de 30 de abril de 2015, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins>.

<sup>3498</sup> *US v. Daniel William Aston and Trod Limited*, de 11 de agosto de 2016, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited>, consultado a: 04/02/2020.

caso *Trod and GBE*, de 12 de agosto de 2016<sup>3499</sup> – em tudo semelhante ao caso anterior, mas, desta feita, atuando a sociedade na *Amazon UK Marketplace* – e a decisão *Ofgem*, de 26 de julho de 2019<sup>3500</sup> – na qual a Ofgem – entidade reguladora do setor da eletricidade e gás natural no mercado da Grã-Bretanha – constatou que dois fornecedores de energia acordaram em não “aliciar” os clientes um do outro, utilizando, para o efeito, um algoritmo de forma a “bloquear” um possível contacto entre qualquer um dos dois fornecedores e os clientes do outro fornecedor –, ambos do Reino Unido (à data, Estado-Membro da UE).

## 2. O cenário de “*Hub and Spoke*”

No cenário do tipo “*Hub and Spoke*”, as empresas concorrentes utilizam um mesmo (ou um único) algoritmo<sup>3501</sup>, isto é, socorrem-se de “um mesmo fornecedor de algoritmos de preços”<sup>3502</sup>, “algum algoritmo de preços considerado standard na indústria”<sup>52</sup> ou, ainda, “algoritmos de preços em comum caso estes estejam disponíveis em código aberto (*open source*) no mercado”<sup>52</sup>. Neste caso, o fornecedor (ou a fonte) comum de algoritmos funciona como um “*hub*”, um centro, que “serve” os “*spokes*” (as empresas concorrentes, os “raios” em torno do “centro”), podendo originar decisões similares de preços e, assim, um alinhamento horizontal<sup>3503</sup>. Trata-se, pois, de uma forma de alinhamento num plano horizontal, assente, contudo, numa lógica triangular.

Este alinhamento poderá ocorrer através do próprio algoritmo, ao nível do *output* – como no caso *Eturas*, que culminou no Ac. do TJ, de 21 de janeiro de 2016<sup>3504</sup>, no qual diversas agências de viagens utilizaram um sistema informatizado comum de oferta de viagens, providenciado pela *Eturas*, e que limitava automaticamente as taxas de descontos nas compras de viagens *online* – bem assim ao nível dos *inputs* (dos dados com que é alimentado)<sup>3505</sup> – como no caso das *tabaqueiras espanholas*<sup>3506</sup>, divulgado através de nota de imprensa de 12 de abril de 2019, no qual um distribuidor grossista (a *Logista*) forneceu às principais tabaqueiras acesso às suas vendas diárias, permitindo

---

<sup>3499</sup> CMA, Caso 50223, *Trod and GBE*, de 12 de agosto de 2016, disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products>.

<sup>3500</sup> Decisão *Ofgem*, de Acordo de 26 de julho de 2019, disponível em: [https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision\\_on\\_economy\\_energy\\_-\\_e\\_gas\\_and\\_electricity\\_-\\_dyball\\_associates\\_infringement\\_of\\_chapter\\_i\\_ca98\\_doorstep\\_sales\\_redacted\\_decision\\_document\\_26\\_july\\_2019.pdf](https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision_on_economy_energy_-_e_gas_and_electricity_-_dyball_associates_infringement_of_chapter_i_ca98_doorstep_sales_redacted_decision_document_26_july_2019.pdf).

<sup>3501</sup> Para uma conceção mais ampla de “*Hub and Spoke*” veja-se a nota de rodapé 3494.

<sup>3502</sup> AdC, 2019b, pp. 66-67.

<sup>3503</sup> Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1787.

<sup>3504</sup> Ac. do TJ, de 21 de janeiro de 2016, no caso *Eturas*, processo C-74/14.

<sup>3505</sup> OECD, 2017c, p. 10.

<sup>3506</sup> Nota de Imprensa publicada pela CNMC, de 12 de abril de 2019, disponível em: <https://www.cnmc.es/en/node/374435>.



àquelas conhecer, diariamente e com total precisão, as compras de todos os produtos de qualquer marca de cigarro pelas tabacarias, eliminando a incerteza no mercado.

Retenha-se que este segundo cenário, contrariamente ao anterior, não consiste já na mera execução, pelos algoritmos, de ordens humanizadas decorrentes de um acordo anticoncorrencial arquitetado pelas empresas concorrentes. Trata-se, antes, da utilização de um mesmo algoritmo de preços comum a todos os concorrentes, o que lhes permite estabilizar os preços e diminuir a concorrência<sup>3507</sup>. Neste ponto, é relevante a distinção entre o “*Hub and Spoke*” tradicional, no qual a intenção das empresas concorrentes é a colusão horizontal, aproveitando-se, para o efeito, da sua relação vertical com um mesmo “*hub*”, do “*Hub and Spoke*” não intencional, isto é, dos casos em que a colusão horizontal é a consequência, mas não necessariamente o objetivo das empresas concorrentes<sup>3508</sup>. Um exemplo deste último cenário sobrevirá nos casos em que o “*hub*” é um consultor externo que assessora diversas empresas concorrentes relativamente à utilização de algoritmos ou, ainda, um programador que providencia semelhantes implementações de *software* a empresas concorrentes, hipótese esta tendente a crescer, dado o recurso cada vez mais frequente ao “*outsourcing*” das estratégias de preços por parte das empresas. As empresas concorrentes poderão, no limite, não saber (ou razoavelmente prever) que utilizam o mesmo (ou semelhantes) algoritmo(s)<sup>3509</sup>.

### 3. O cenário de “*Predictable Agent*”

É o cenário de “*Predictable Agent*” que nos transporta para o mundo da concorrência virtual, caso em que não existirá qualquer acordo anticoncorrencial entre os representantes humanos das empresas concorrentes – formal ou informal – assumindo-se os algoritmos como verdadeiros “protagonistas”<sup>3510</sup>.

Neste concreto cenário, cada empresa concorrente cria, portanto, unilateralmente, o seu próprio algoritmo. No entanto, inexistindo uma colusão explícita, e podendo estar em causa um mero aspeto de racionalidade económica, impulsionado pela transparência dos mercados, o “paralelismo consciente”, também denominado de “colusão tácita”, apesar de poder conduzir a um resultado anticompetitivo (nomeadamente, preços

---

<sup>3507</sup> Ezrachi & Stucke, 2016, p. 48.

<sup>3508</sup> Idem, p. 48.

<sup>3509</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, *Algorithms and competition*, 2019, pp. 31-32.

<sup>3510</sup> Não obstante esta possibilidade poder vir ser uma realidade a curto-médio prazo, ainda não se conhece, à data, qualquer caso no seio deste cenário, cfr. Schwalbe, 2018, p. 21.

supracompetitivos<sup>3511</sup>), não poderá ser, *per si*, reputado de proibido<sup>3512</sup>, sendo fundamental fazer prova da intenção das empresas concorrentes no resultado colusivo, isto é, a existência de um acordo – de uma “concordância de vontades”<sup>3513</sup> –, ainda que informal<sup>3514</sup>. Nesta exata medida, os algoritmos poderão, então, ser utilizados como uma ferramenta muito eficiente de coordenação do “acordo informal” através da eliminação do “custo de sinalização”<sup>3515</sup>. Isto porque se, até aqui, as empresas eram forçadas a aumentar os seus preços durante um período de tempo significativo (com todos os riscos inerentes, em relação à perda de clientes), pois só assim criariam um “sinal” evidente para os seus concorrentes, agora, com o recurso a estes algoritmos, as empresas poderão executar incontáveis variações de preços instantaneamente detetáveis pelos concorrentes<sup>3516</sup>. No entanto, nesta sub-hipótese que aqui avançamos, deixaríamos de estar no âmbito de uma colusão tácita para de novo regressarmos a uma colusão explícita.

#### 4. O cenário de “*Digital Eye*”

Por fim, o último cenário hipotetizado – “*Digital Eye*” – habitando, como o que lhe precedeu, no mundo da concorrência virtual poderá ser ainda mais quimérico do que o anterior<sup>3517</sup>, na medida em que pressupõe a capacidade de um computador processar grandes volumes de dados em tempo real, de modo a atingir uma visão onisciente do mercado<sup>3518</sup>, criando e/ou utilizando algoritmos que “aprendem” com esses dados através de redes neurais artificiais<sup>3519</sup> mais ou menos avançadas – algoritmos de “aprendizagem automática” (*machine learning*) – capazes de atingir, autonomamente,

---

<sup>3511</sup> Não é inusitada esta probabilidade de, existindo colusão tácita, esta conduzir a preços supracompetitivos uma vez que efetuada uma determinada redução do preço por parte de uma empresa, os seus concorrentes poderão, com a utilização de algoritmos e a crescente transparência dos mercados, quase instantaneamente, acompanhar essa redução. Assim, existe uma menor probabilidade de a empresa que faz a primeira redução de preço beneficiar dessa redução com um aumento de consumidores. Deste modo, não havendo incentivos ao desconto, os preços manter-se-ão elevados, cfr., entre outros, Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1792.

<sup>3512</sup> Martín-Laborda, 2018, pp. 10-11.

<sup>3513</sup> Ac. do TG, no caso *Bayer AG v. Comissão*, de 26 de outubro de 2000, processo T-41/96, no qual se lê: “[d]aqui resulta que o conceito de acordo na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, como foi interpretado pela jurisprudência, baseia-se na existência de uma concordância de vontades entre duas partes pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas”, ponto 69.

<sup>3514</sup> Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1783. Recorde-se que a noção de “acordo” para efeitos do art. 101.º do TFUE e do n.º 1 do art. 9.º do RJC é uma noção ampla, compatível com o seu carácter informal, veja-se, a este propósito, o Ac. do TJ, de 15 de julho de 1970, no caso *ACF Chemiefarma N.V. v. Comissão*, processo 41/69, pontos 110-114 e 163-169.

<sup>3515</sup> OECD, 2017a, p. 30.

<sup>3516</sup> Capobianco & Gonzaga, 2017, p. 3.

<sup>3517</sup> Calvano *et al.*, através de uma abordagem experimental na qual utilizaram algoritmos de aprendizagem por reforço (*reinforcement learning*) – algoritmos *Q-learning* – em cenários económicos alegadamente realistas, concluíram que a colusão algorítmica é mais do que uma remota ou quimérica construção teórica e que, de facto, os algoritmos deste tipo – sem instruções específicas para a colusão e sem qualquer comunicação com outros algoritmos – poderão mesmo aprender a atingir, propositadamente – apenas com a definição de uma “função-objetivo” –, um equilíbrio colusório: colusão tácita, cfr. Calvano *et al.*, 2019, pp. 3 e 38.

<sup>3518</sup> Ezrachi & Stucke, 2016, p. 71.

<sup>3519</sup> Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1795.

um determinado objetivo (*target*), definido pelo computador. Existindo, aqui, colusão tácita, ela não será já fruto de um qualquer *design* humano, mas, antes, resultado da evolução, aprendizagem automática e execução autónoma da “máquina”<sup>3520</sup>.

Além deste primeiro cenário – de colusão tácita –, não será ilusório questionar a possibilidade de estes algoritmos “inteligentes” se envolverem numa prática de colusão explícita, estabelecendo comunicações entre si (à semelhança do que se verificaria com a intervenção humana), por interpretarem ser este, quiçá, o melhor caminho para alcançarem o seu objetivo (*target*). A este propósito, Ulrich Schwalbe entende, à luz de diversas experiências realizadas, que, apesar de o desenvolvimento deste tipo de algoritmos estar, hoje, e ainda, na sua fase embrionária, a rápida progressão da inteligência artificial faz aumentar, de dia para dia, a probabilidade de a colusão algorítmica explícita se converter em realidade<sup>3521</sup>.

Neste ponto, será relevante perceber que a aprendizagem automática (*machine learning*), fazendo parte de um amplo conjunto de ferramentas movidas a inteligência artificial, conhece duas proeminentes variações: a aprendizagem profunda (*deep learning*) e a aprendizagem por reforço (*reinforcement learning*). A primeira resulta na possibilidade de o algoritmo encontrar padrões através dos dados com que é alimentado – como o reconhecimento facial ou de voz –; a segunda, na aprendizagem através de “tentativa e erro”, na qual o algoritmo vai repetindo uma determinada ação até obter um *feedback* positivo e, quando tal acontece, reforça essa ação – como quando um algoritmo aprende a jogar, estrategicamente, um determinado jogo<sup>3522</sup> <sup>3523</sup>. De facto, com algoritmos com redes neurais artificiais cada vez mais complexas, especialmente no caso dos algoritmos de aprendizagem por reforço, auditá-los e fiscalizá-los poderá ser uma tarefa de Sísifo<sup>3524</sup>, o que torna qualquer decisão por eles encetada praticamente indecifrável, sob o prisma anticoncorrencial<sup>3525</sup>.

## 5. Transversalidades

Aqui chegados, não se poderá olvidar que, em todos estes cenários apresentados, o impacto efetivo da utilização de algoritmos na estabilidade do cartel é *a priori* incerto e depende das características do mercado em causa: quer estruturais (número de empresas, barreiras à entrada, frequência das interações e transparência), quer quanto

---

<sup>3520</sup> Idem, p. 1795.

<sup>3521</sup> Schwalbe, 2018, p. 21.

<sup>3522</sup> Recorde-se que o *AlphaGo* – um programa de computador que utiliza um algoritmo de aprendizagem por reforço – venceu, em 2015 e pela primeira vez, um jogador profissional do jogo “Go”, mundialmente conhecido por envolver uma elevada capacidade estratégica, cfr. Silver *et al.*, 2017.

<sup>3523</sup> OECD, 2017c, p. 25.

<sup>3524</sup> É devido à sua opacidade que, a estes algoritmos dificilmente interpretáveis pelos humanos, se chamam “*black box*”.

<sup>3525</sup> OECD, 2017c, p. 25.

às variáveis da oferta (assimetria entre as empresas, diferenciação dos produtos e inovação)<sup>3526</sup>.

De um modo geral, é seguro afirmar-se que os algoritmos poderão reduzir os custos de coordenação em mercados com um maior número de empresas, e que, por definição, seriam menos suscetíveis à cartelização<sup>3527</sup>. Em contrapartida, entende-se que, em relação às barreiras à entrada, os efeitos potenciais são ambíguos, dado que as mesmas tanto poderão resultar aumentadas – devido à capacidade instalada que se torna necessária para implementar um algoritmo –, como diminuídas, dado que, graças a eles, poderão ser criadas estratégias de preços mais eficazes<sup>3528</sup>. Já no que respeita à frequência das interações, os algoritmos são, via de regra, facilitadores da colusão, em particular, tornando os ajustes de preços mais rápidos e/ou menos dispendiosos<sup>81</sup>. Além do mais, ao nível da monitorização e da punição, os algoritmos poderão, ainda, aumentar a transparência do mercado, facilitando a deteção de desvios à cartelização por parte dos concorrentes e permitindo, assim, agir mais rapidamente sobre os dissidentes<sup>81</sup>. Importa, contudo, notar que a “transparência” aqui referida poderá tanto potenciar o lucro dos agentes dissidentes, como exponenciar as perdas decorrentes das punições a que estiverem sujeitos<sup>3529</sup>. Ou seja, surgem, novamente, efeitos potenciais antagónicos.

E a incerteza não queda por aqui, pois também ao nível das assimetrias poderão os algoritmos intervir, seja no sentido de as aumentar, seja no de as diminuir<sup>3530</sup>. Por último, no tocante à inovação, entendemos que a utilização dos algoritmos induz as empresas a privilegiarem os lucros a curto prazo (ou seja, os desvios) em detrimento dos benefícios a longo prazo (ou seja, a cooperação). Por outras palavras, promovendo a inovação, os algoritmos poderão acabar por diminuir a estabilidade da colusão<sup>83</sup>.

Em suma, muito embora nos possa parecer exagerado afirmar que os algoritmos irão mudar, de forma exponencial, o paradigma atual do Direito da Concorrência, seria imprudente ignorar os claros sinais de mudança nos mercados e as possíveis implicações daí resultantes<sup>3531</sup>, devendo, parece-nos, evitar-se abordagens simplistas.

---

<sup>3526</sup> OECD, 2017a, pp. 20-21. Note-se, em particular, a tabela n.º 2 relativa ao impacto dos algoritmos na colusão.

<sup>3527</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 19.

<sup>3528</sup> Idem, p. 18.

<sup>3529</sup> Idem, pp. 18-19.

<sup>3530</sup> Idem, p. 19.

<sup>3531</sup> Capobianco & Gonzaga, 2017, p. 1.

### Capítulo III – Implicações jusconcorrenciais

“Facilitar” o cartel – ou, por outras palavras, tornar o cartel potencialmente mais estável – não equivale a (ou não é necessariamente suficiente para) encetar um cartel<sup>3532</sup>. Assim, as implicações jusconcorrenciais dos algoritmos na facilitação do cartel decorrem, necessariamente, do enquadramento jurídico do cartel enquanto prática restritiva da concorrência, isto é, da aplicação do art. 101.º do TFUE ou do art. 9.º, n.º 1 do RJC.

Ou seja, parece-nos permanecer imperioso não só verificar a existência de um acordo ou prática concertada entre empresas concorrentes – formal ou informal e assente na “convergência de vontades”<sup>3533</sup> –, como, ainda, aferir se esse acordo ou prática concertada tem como objetivo coordenar o comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação ou a coordenação de preços, eliminando ou fragilizando, com isso, a autonomia e independência por que se deve pautar a condução, pelas empresas, das suas políticas de mercado<sup>3534</sup>. Seja como for, “esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes [ainda que tal possa originar colusão tácita], [mas] opõe-se (...) rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos direto[s] ou indireto[s] entre tais operadores que tenha por objetivo ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado”<sup>3535</sup>.

Ora, quando o papel do(s) algoritmo(s) se limita à facilitação de um acordo ou prática concertada pré-existente – como no cenário de “*Messenger*” –, não nos parece necessária a adaptação das regras da concorrência atuais, uma vez que estaremos, ainda, perante uma forma de colusão explícita (ou tácita, mas pelo menos, evidente), ainda que potencialmente mais “estável”.

De facto, no caso *Trod and GBE*, a que já se aludiu, muito embora tenha sido reconhecida a utilização de um algoritmo de preços como elemento facilitador do cartel, no sentido em que poderia coartar a dissuasão por parte das empresas concorrentes, a sua utilização não foi determinante ou sequer relevante para a subsunção jurídica da

---

<sup>3532</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 19.

<sup>3533</sup> A este propósito, veja-se o disposto na página 22 desta exposição.

<sup>3534</sup> Ac. do TJ, de 16 de dezembro de 1975, no caso *Suiker Unie v. Comissão*, processos apensos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, ponto 173.

<sup>3535</sup> *Idem*, ponto 174.

prática à norma respetiva, tendo apenas sido considerada para efeitos do cálculo da medida da coima<sup>3536</sup>.

Em face do exposto, parece-nos que – nos casos subsumíveis a este primeiro cenário –, a resposta da CE ou das ANC, apesar de poder dispensar a análise pormenorizada da intervenção algorítmica<sup>3537</sup>, não poderá deixar de, pelo menos, ponderar essa intervenção ao nível da determinação da medida da coima. De outra forma, estar-se-ia a desresponsabilizar as empresas que recorrem aos algoritmos, precisamente, para poderem atingir uma forma de colusão mais “estável”. A utilização dos algoritmos convoca, aqui, a presença de um elemento agravante, pela circunstância volitiva associada, e que, portanto, não poderá deixar de ser tomada em consideração no momento da determinação da medida da coima, o que é, efetivamente, viável, dado o carácter não taxativo do elenco do art. 69.º, n.º 1 do RJC.

Por outro lado, quando estamos em cenário do tipo “*Hub and Spoke*”<sup>3538</sup>, a aplicação “tradicional” das normas da concorrência já merecerá cuidados adicionais.

Seja como for, e conforme já se avançou, há que não esquecer que o contacto entre as empresas concorrentes poderá ser mediado por um terceiro, isto é, poderá tratar-se de um contacto indireto, neste caso, por via de um “*hub*”. Neste âmbito, a 21 de março de 2019, a AdC acusou<sup>3539</sup> e, em 21 de dezembro de 2020, condenou<sup>3540</sup> seis grandes grupos de distribuição alimentar – supermercados – (“*spokes*”) de, através da utilização do seu relacionamento comercial com três fornecedores de bebidas (“*hubs*”), alinharem os preços de venda ao consumidor. No total, e até ao momento presente, as investigações da AdC resultaram em 7 (sete) acusações de “*Hub and Spoke*” dirigidas à maioria das cadeias de supermercados presentes em Portugal.

Ademais, a empresa poderá, ainda, vir a ser considerada responsável por uma prática concertada assente em atos praticados por um prestador de serviços independente, como será o caso de um fornecedor comum de algoritmos de preços –, desde que se verifique que (i) “o prestador de serviços opera na realidade sob a direção

---

<sup>3536</sup> CMA, Caso 50223, *Trod and GBE*, de 12 de agosto de 2016, *op. cit.*, ponto n.º 6.23, c).

<sup>3537</sup> Note-se, neste ponto, que a análise da intervenção algorítmica poderá ser relevante em virtude da possibilidade de estes acordos ou práticas concertadas poderem ser justificados, quer ao abrigo do art. 101.º, n.º 3 do TFUE, quer ao abrigo do art. 10.º do RJC. Assim, poderão ocorrer casos – como o caso do “*Webtaxi* luxemburguês” – em que a intervenção algorítmica poderá justificar a infração ao Direito da Concorrência. No caso referenciado, um acordo segundo o qual vários operadores de táxi determinaram conjuntamente – com o auxílio de um algoritmo de preços – as tarifas dos serviços de táxi, a Autoridade da Concorrência Luxemburguesa acabou por justificar o acordo devido aos ganhos de eficiência resultantes da utilização do algoritmo, cfr. Decisão do *Conseil de la Concurrence* n.º 2018-FO-01, de 7 de junho de 2018, disponível em: <https://concurrency.public.lu/dam-assets/fr/decisions/ententes/2018/decision-n-2018-fo-01-du-7-juin-2018-version-non-confidentielle.pdf>, consultado a: 17/02/2020.

<sup>3538</sup> Para a CMA, tendo em consideração todos os cenários apresentados, este é aquele que apresenta um risco mais imediato uma vez que para a sua concretização apenas se requere a utilização comum do mesmo algoritmo de preços. CMA, 2018, p. 4.

<sup>3539</sup> AdC, 2019a.

<sup>3540</sup> AdC, 2020b.

ou fiscalização da empresa visada; ou (ii) essa empresa tinha conhecimento dos objetivos anticoncorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo prestador de serviços e tencionava contribuir para tais objetivos através do seu próprio comportamento; ou ainda (iii) a referida empresa podia prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e do prestador de serviços e estava disposta a aceitar esse risco”<sup>3541</sup>.

Acresce que – recordando os termos da definição de prática concertada, enquanto “forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas”<sup>3542</sup> – não poderemos, também, deixar de notar que se uma empresa utiliza algum algoritmo de preços considerado *standard* na indústria ou, ainda, algoritmos de preços em comum caso estes estejam disponíveis em código aberto (*open source*) no mercado, ciente de que com essa utilização poderá promover a colusão, não poderá deixar de ser responsabilizada pela prática concertada que enceta, ainda que de forma menos “ativa”<sup>3543</sup>.

Diferente é o caso em que essa consciencialização não se encontra presente, isto é, quando passamos de um cenário de “*Hub and Spoke*” tradicional para um cenário de “*Hub and Spoke*” não intencional, no qual as empresas concorrentes não poderiam razoavelmente ter previsto o cenário colusivo. Nesta aceção, se a consciencialização, por parte de uma determinada empresa, não puder ser demonstrada, a sua participação numa determinada prática concertada não poderá, em salvaguarda da presunção da inocência, ser inferida “sem que se demonstre com base noutros indícios objetivos e concordantes que a mesma consentiu tacitamente em participar numa ação anticoncorrencial”<sup>3544</sup>.

Assim, para os casos em que as empresas utilizam um prestador de serviços independente – como aqueles em que recorrem a um mesmo fornecedor de algoritmos –, no cenário de “*Hub and Spoke*” não intencional, deverão, ainda, analisar-se os termos do contrato celebrado, dado que do mesmo se poderá, eventualmente, retirar (i) uma cláusula de confidencialidade, à luz da qual a contraparte quede impedida de divulgar dados da empresa, quando estes extravasem o objeto contratual, bem como (ii) uma previsão que obste ao fornecimento de serviços a empresas concorrentes, em virtude dos

---

<sup>3541</sup> Ac. do TJ, de 21 de julho de 2016, no caso *VM Remonts*, processo C-542/14, ponto 33.

<sup>3542</sup> Ac. do TJ, de 4 de junho de 2009, no caso *T-Mobile Netherlands BV et al*, processo C-8/08 ponto 26.

<sup>3543</sup> Neste sentido, veja-se o Ac. do TJ, de 8 de julho de 1999, no caso *Anic Partecipazioni SpA*, processo C-49/92 P, no qual se concluiu pela desnecessidade de uma participação ativa na colusão para que a empresa possa, por esta, ser responsabilizada, cfr. pontos 87-90.

<sup>3544</sup> Ac. do TJ, de 21 de janeiro de 2016, no caso *Eturas*, *op. cit.*, pontos 40 e 45. Relevante é, de igual modo, a Decisão do Tribunal de Apelação de Paris, de 19 de julho de 2018, no caso n.º 16/01270, disponível em: [https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca\\_15d19.pdf](https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca_15d19.pdf), o qual considerou que quando uma empresa não tenha participado em qualquer reunião colusória, mas tenha recebido informações confidenciais dos seus concorrentes, sem nunca as haver solicitado ou aceitado e das quais não se aproveitou, essa recetação de informação não poderá ser considerada suficiente para que se considere que tal empresa tenha participado na colusão.

possíveis conflitos de interesses que daí adviriam. Neste ponto, poderá ser relevante questionar se a possibilidade de violação desta obrigação contratual (ou do estabelecido num qualquer outro código de conduta) pelo prestador de serviços se afigura razoavelmente previsível por parte da empresa, de modo a que se possa concluir, ainda que não pelo seu conhecimento, pelo menos, pela possibilidade de o obter, o que poderá, também, militar no sentido da sua responsabilização<sup>3545</sup>. A este propósito, e dado que a violação de uma obrigação contratual se apresenta sempre possível e, por isso, previsível, parece-nos paradoxal que a violação da obrigação prevista em cláusula contratual ou no código de conduta possa automaticamente gerar a responsabilização da contraparte, excetuados, claro está, os cenários de responsabilização da empresa-mãe pelas condutas perpetradas pela empresa-filha<sup>3546</sup>. A ser esse o caso, esvaziar-se-ia de sentido um dos mais elementares princípios da nossa ordem jurídica: o princípio da presunção da inocência.

Ainda nesta senda, há que não olvidar que o próprio “hub” poderá vir a ser responsabilizado pela cartelização, nos termos do art. 101.º do TFUE e do art. 9.º, n.º 1 do RJC, como “facilitador” da mesma, ainda que atuando num mercado distinto das empresas concorrentes<sup>3547</sup>.

Importante é, pois, discernir os cenários em que há colusão daqueles em que é possível avançar uma explicação racional para os comportamentos e/ou resultados atingidos.

Em termos práticos, deslindar a colusão tácita da colusão explícita<sup>3548</sup> poderá revelar-se uma tarefa hercúlea. Por isso mesmo, a Jurisprudência do TJ, bebendo inspiração na proposta de Richard Posner<sup>3549</sup>, tem-se focado “na identificação dos fatores que podem conduzir à colusão, seja ela explícita (e como tal ilícita, ainda que de difícil

---

<sup>3545</sup> Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt, 2019, p. 37.

<sup>3546</sup> Veja-se, a este propósito, o Ac. do TJ, de 14 de março de 2019, no caso *Skanska*, processo C-724/17.

<sup>3547</sup> Veja-se, a este propósito, o Ac. do TJ, de 22 de outubro de 2015, no caso *AC-Treuhand AG v. Comissão*, processo C-194/14 P, no qual a *AC-Treuhand* – sociedade de consultoria – foi responsável por ter participado, através da organização de múltiplas reuniões a que assistiu e nas quais participou ativamente, num cartel envolvendo o setor dos estabilizadores de estanho (1987-2000) e o setor ESBO/ésteres (1991-2000). Mais recentemente, a Autoridade da Concorrência Francesa, adotou uma decisão na qual responsabilizou a Ordem dos Notários francesa pela facilitação de um cartel entre os notários que faziam parte da “*ede GIE Notimo*”, cfr. Autorité de la Concurrence, Decisão 19-D-12, de 24 de junho de 2019, disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-par-des-notaires-dans-le-secteur-de-la-negociation>.

A este propósito, a AdC revelou, a 4 de dezembro de 2019, ter em curso diversas investigações respeitantes a cenários de “*Hub and Spoke*”, cfr. OECD, 2019, p. 3. A este propósito note-se o, *op. cit.*, Comunicado 02/2019 da AdC.

<sup>3548</sup> Em virtude desta dificuldade, uma medida radical assente na “dissolução obrigatória de oligopólios que concentrassem num pequeno número de empresas uma parte substancial da produção” chegou a ser “seriamente ponderada nos anos 60 e início dos anos 70 nos EUA”, cfr. Moura e Silva, 2018, p. 689.

<sup>3549</sup> A proposta de Richard Posner assenta na identificação das características dos mercados propícias à colusão, para através delas depreender se o “alinhamento de preços” verificado (não) poderá ter outra origem que não a cartelização. Idem, p. 691.



deteção), seja tácita (e, como tal, insuscetível de qualificação como prática concertada em termos jurídicos)”<sup>3550</sup>, cfr. os casos *Corantes*<sup>3551</sup> e *Pasta de Papel II*<sup>3552</sup>.

A este propósito, a AdC já fez notar que a utilização de um algoritmo comum ou o recurso a um mesmo fornecedor de algoritmos de preços, principalmente em mercados mais propícios à colusão, poderá indiciar a existência de um cenário de “*Hub and Spoke*”<sup>3553</sup>.

Nos cenários de “*Predictable Agent*” e de “*Digital Eye*”, a lógica é a de que os algoritmos assumem o papel principal e as empresas que os utilizam, o papel secundário. Em ambos os cenários, a colusão poderá ser tácita ou explícita, mas o “acordo ou prática concertada” deixará de ser um entre empresas concorrentes, para se dar entre os próprios algoritmos por estas criados, abandonando, pelo menos diretamente, o escopo do art. 101.º do TFUE e do art. 9.º, n.º 1 do RJC. Por mais quiméricos que estes cenários nos possam parecer, não poderemos olvidar as suas potenciais implicações jusconcorrenciais.

Segundo Margrethe Vestager, há que tornar claro para as empresas que optem pela utilização de algoritmos de preços de que as mesmas poderão ser responsabilizadas pelo comportamento daqueles<sup>3554</sup>, o que parece afastar a hipótese de atribuir essa mesma responsabilidade ao próprio algoritmo ou a ninguém<sup>3555</sup>. Ora, Sebastian Felix Janka e Severin Benedict Uhsler, não deixando de considerar tal visão “atraente”, na medida em que evitaria lacunas de responsabilidade, contornando a difícil averiguação do responsável pela violação da lei, consideram que essa “taxatividade” redundaria num desincentivo à criação ou utilização de algoritmos de preços<sup>3556</sup>, com todos os prejuízos que semelhante posicionamento convoca ao nível dos ganhos de eficiência, produtividade e competitividade inerentes à utilização da inteligência artificial<sup>3557</sup>.

---

<sup>3550</sup> Idem, p. 691.

<sup>3551</sup> Ac. do TJ, de 14 de julho de 1972, no caso *ICI*, processo 48/69, também conhecido como *Corantes*. Atente-se, em especial, o ponto 54 onde se lê: “[n]ão é plausível que, sem uma concertação prévia, os principais produtores que abastecem o mercado comum tenham, por várias vezes, aumentado com percentagens idênticas e praticamente no mesmo momento os preços de uma mesma e importante série de produtos, incluindo os produtos especiais cujo grau de intermutabilidade seria muito reduzido ou mesmo nulo, tendo tal prática lugar em vários países onde as condições do mercado dos corantes são diferentes”.

<sup>3552</sup> Ac. do TJ, de 31 de março de 1993, no caso *Pasta de Papel II*, processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85. Aqui, para auxiliar a sua decisão, o TJ mandou elaborar um relatório pericial onde “foi pedido que descrevessem e analisassem as características do mercado durante o período abrangido pela decisão e que dissessem se, à luz dessas características, o normal funcionamento do mercado devia conduzir a uma estrutura de preços diferenciados ou a uma estrutura de preços uniformes”, cfr. ponto 32. Daqui resultou que, “[s]egundo os peritos, as características oligopolísticas do mercado e o seu altíssimo grau de transparência não são os únicos fatores responsáveis pela estabilidade dos preços observada durante o período de 1975-1977”, cfr. ponto 109.

<sup>3553</sup> OECD, 2019, p. 10.

<sup>3554</sup> Vestager, 2017.

<sup>3555</sup> Capobianco & Gonzaga, 2017, p. 5.

<sup>3556</sup> Janka & Uhsler, 2018, p. 121.

<sup>3557</sup> Comissão Europeia, 2020, p. 25.

Assim, consideram os Autores que, para que uma empresa possa ser diretamente responsabilizada pelos algoritmos que cria ou utiliza, também nestes “químéricos” cenários teria de ter razoavelmente previsto a hipótese de colusão<sup>3558</sup>. Não obstante, e porque tal implicaria um detalhado escrutínio ao algoritmo (que, como vimos, se afigura (quase) impossível, especialmente tendo em conta a opacidade de alguns tipos de algoritmos, como os algoritmos “*black box*”), há quem defenda (i) uma inversão do ónus da prova para as empresas, acompanhada da criação de um código de conduta que determine um conjunto de orientações e princípios gerais de “*compliance by design*”<sup>3559</sup>, o que passa, na verdade, pela adoção de um “princípio da precaução” nesta matéria ou (ii) pela aplicação de uma espécie de responsabilidade civil (pelo risco) do comitente (empresa) pelos danos do comissário (algoritmo), à luz do art. 500.º do CC e já difundido, na UE, pelo Ac. do TJ, de 7 de junho de 1983, no caso *Musique Diffusion Française*<sup>3560 3561</sup>.

Em suma, tudo o que possa servir para obviar à necessidade de uma análise mais detalhada do algoritmo (e dos investimentos avultados na especialização tecnológica das ANC, para o efeito) parece-nos de aplaudir. Há, porém, que afastar soluções que se bastem com a responsabilização *tout court* das empresas que criam ou utilizam esses algoritmos, uma vez que tal poderá desincentivar a utilização dos mesmos e, ainda, minar qualquer possibilidade de alinhamento assente em motivos de racionalidade económica. Acresce que uma solução deste género subverte, por completo, a lógica da presunção da inocência a favor de uma completa inversão do ónus da prova.

Parece-nos, no entanto, adequado, ou, pelo menos, razoável, propugnar pela adoção de um “princípio da precaução” nesta matéria, que abordaremos, adiante, com maior detalhe, impondo a quem cria ou utiliza algoritmos a vinculação a um “código de conduta” que, pelo menos estruturalmente, negue qualquer forma de colusão. Esta hipótese necessita, contudo, de uma regulamentação adequada e que poderá passar pela atualização da Diretiva Produtos Defeituosos (Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985) e da Diretiva Máquinas (Diretiva 2006/42/CE, de 17 de maio de 2006)<sup>3562</sup>.

---

<sup>3558</sup> Janka, & Uhsler, 2018, p. 121.

<sup>3559</sup> OECD, 2017c, p. 23. Nas palavras de Margrethe Vestager, “tal significa que os algoritmos de preços necessitam de ser criados de maneira a não poderem originar um cartel. Como uma versão mais honrada do computador HAL, no filme 2001, necessitam de responder a uma oferta de colusão afirmando “Peço desculpa, mas penso que não posso fazer isso”, Vestager, 2017, tradução nossa.

<sup>3560</sup> Ac. do TJ, de 7 de junho de 1983, no caso *Musique Diffusion Française*, processos apensos 100-103/80, no qual se considerou que não é necessária a prática de um ato ou sequer o conhecimento do mesmo por parte dos sócios ou gerentes de uma determinada empresa, sendo suficiente para haver responsabilidade da empresa que a ação tenha sido praticada por uma pessoa autorizada a agir em seu nome, cfr. ponto 97.

<sup>3561</sup> OECD, 2017b, p. 9.

<sup>3562</sup> Nesta senda, a CE já fez notar que já foram feitas “avaliações” a ambas as Diretivas, cfr. Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Inteligência artificial para a Europa*, op. cit., p. 18.

## Parte II – A (ir)responsabilidade dos algoritmos

### Capítulo I – A responsabilidade civil no Direito da Concorrência

#### O *Private Enforcement*

O reforço do *public enforcement* da concorrência, exacerbado com a garantia de uma atuação mais eficaz pelas ANC<sup>3563</sup>, não pode deixar de se relacionar com as preocupações que surgem, também, no plano da litigância entre particulares<sup>3564</sup>. O *private enforcement*, cuja interação com o *public enforcement* se acentuou, sobretudo, com o surgimento dos programas de clemência, a que já aludimos, é, pois, pertinente.

Com importância para o tema, importa relevar o Ac. do TJ, de 14 de junho de 2011, no caso *Pfleiderer*<sup>3565</sup>, no qual se averiguou a compatibilidade do Direito da UE com uma legislação nacional que permitia o acesso, por um particular lesado, e para efeitos da efetivação do seu direito de indemnização, às declarações proferidas no âmbito de um programa de clemência. Contrariando as conclusões do advogado-geral, o TJ entendeu que o Direito da UE não se opõe “a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infração”, incumbindo, “porém, aos órgãos jurisdicionais dos EM, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União”<sup>3566</sup>. Nesta senda, discutiu-se se o TJUE tinha, com este acórdão, dado primazia ao *private enforcement*, ao permitir o acesso a documentos fornecidos num quadro de clemência, comprometendo, assim, o *public enforcement*. Como nota Sofia Oliveira Pais, “não nos parece (...) ser essa a melhor interpretação da jurisprudência em análise, uma vez que o Tribunal de Justiça se limitou a sublinhar a finalidade comum do regime de clemência e da ação de indemnização, sem, todavia, os hierarquizar expressamente”<sup>3567</sup>.

O casuísmo daqui resultante levou a que os tribunais dos EM fossem proferindo decisões divergentes, o que culminou na busca, pelos particulares, da jurisdição mais “amiga dos lesados” e que permitisse a divulgação dos documentos relativos a um

---

<sup>3563</sup> Recorde-se, neste ponto, as considerações tecidas, no Capítulo I, Parte I, relativas à Diretiva ECN+.

<sup>3564</sup> Como faz notar Wils, 2017, p. 3, nota de rodapé 2, as ações de *private enforcement* podem igualmente ser intentadas por entidades públicas que, como consumidoras de produtos ou serviços, sofram danos em resultado de uma infração às regras da concorrência.

<sup>3565</sup> Ac. do TJ, de 14 de junho de 2011, no caso *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, processo C-360/09.

<sup>3566</sup> Ac. do TJ, de 14 de junho de 2011, no caso *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, *op. cit.*, ponto 32. Note-se, a este propósito, a recente Comunicação da Comissão sobre a proteção de informações confidenciais pelos tribunais nacionais no âmbito dos processos relativos à aplicação privada do direito da concorrência da UE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 242/1, de 22/07/2020).

<sup>3567</sup> Pais, 2012, p. 10.

procedimento de clemência (fenómeno conhecido como “*forum shopping*”, no caso, “*document-shopping*”) <sup>3568</sup>.

Foi da necessidade da construção de um regime uniforme, aplicável aos vários EM e impeditivo do *forum shopping*, que, em junho de 2013, surgiu uma proposta legislativa da CE<sup>3569</sup>, na origem da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, também conhecida como Diretiva *Private Enforcement*<sup>3570</sup>.

Note-se, neste ponto, o considerando (15) da Diretiva, que enuncia que: “uma vez que a litigância no domínio do direito da concorrência da União se caracteriza por uma assimetria da informação, convém assegurar que os demandantes tenham o direito de obter a divulgação dos elementos de prova relevantes para o seu pedido, sem necessidade de especificarem elementos de prova individuais, (...) esses meios também deverão estar disponíveis aos demandados em ações de indemnização, de modo a que estes possam requerer a divulgação dos elementos de prova por esses demandantes”<sup>3571</sup>. Na verdade, como nota Matt Bogdan, a CE constatou que apenas 25% das infrações às regras *antitrust* foram efetivamente seguidas por ações de indemnização bem-sucedidas, enquanto mais de 75% dos particulares estariam dispostos a defender os seus direitos contra os infratores se tivessem meios legais adequados para o fazer<sup>35723573</sup>.

Em Portugal, antes da transposição da Diretiva *Private Enforcement* pela Lei n.º 23/2018, de 5 junho, a responsabilidade civil por violação de normas da concorrência encontrava o seu fundamento<sup>3574</sup>, de um modo geral, na segunda parte do n.º 1 do art. 483.º do CC, relativo à responsabilidade civil por factos ilícitos<sup>3575</sup>. A este propósito, já o Tribunal da Relação de Lisboa, em 20 de junho de 2013, e o Supremo Tribunal de Justiça, em 7 de dezembro de 2012, haviam considerado “que os consumidores e empresas lesados se enquadram no escopo de proteção das normas de concorrência”<sup>3576</sup>, admitindo, por isso, “a possibilidade de se mobilizarem regras da concorrência no

---

<sup>3568</sup> De Stefano, 2012, p. 103, tradução nossa.

<sup>3569</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de junho de 2013, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do Direito da Concorrência dos EM e da UE (texto relevante para efeitos do EEE) (COM (2013) 404 final).

<sup>3570</sup> Diretiva 2014/104/UE, *op. cit.*

<sup>3571</sup> Diretiva 2014/104/UE, *op. cit.*, considerando (15).

<sup>3572</sup> Bogdan, 2014.

<sup>3573</sup> Mesmo após a entrada em vigor da Diretiva *Private Enforcement* e, bem assim, da Diretiva ECN+, tendo em conta o carácter não vinculativo da mesma e o número de condições necessárias a ser preenchidas para que um “*disclosure*” possa ser ordenado, há quem entenda que, em termos de prova, as vítimas de cartel continuam numa “penosa batalha”, cfr. Andersson, 2019, pp. 133-151.

<sup>3574</sup> Esta fundamentação, contudo, nunca foi totalmente isenta de críticas, tendo em conta que o não estabelecimento de critérios de imputação delimitadores do âmbito de proteção da norma ou da própria responsabilidade civil por violação das normas da concorrência poderia rapidamente escalar para uma responsabilidade civil sem limites, possibilitando a indemnização de danos puramente patrimoniais que, entre nós, se entende como não admissível. Sobre esta problemática veja-se, entre outros, Menezes Leitão, 2009.

<sup>3575</sup> Carvalho, 2011, p. 206.

<sup>3576</sup> Sousa Ferro, 2016, pp. 187-191.

quadro da responsabilidade civil”<sup>3577</sup>. Esta posição foi também sufragada pela Doutrina, entre outros, por Agostinho Guedes, que, a este propósito, considerou que o conceito de ilicitude e, bem assim, os seus requisitos específicos não deveriam obviar à aceitação, por parte dos tribunais portugueses, de pedidos de indemnização relacionados com infrações às normas do Direito da Concorrência por se deverem entender estas normas, “sem qualquer dúvida”, como disposições legais destinadas a proteger interesses alheios<sup>3578</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2018, de 5 junho, entrou também “em vigor” a especialidade deste regime de responsabilidade civil. Com efeito, nas palavras de J.C. Brandão Proença, tal “provocou (e provoca) a necessidade de uma articulação entre o direito geral de cada Estado-Membro e o regime especial resultante da atividade jurídica da Comunidade”, de maneira que “[e]studar, hoje, o direito europeu (e internacional) da responsabilidade civil é tarefa obrigatória”<sup>3579</sup>.

Não obstante, esta especialidade não se pode entender como que disruptiva face ao regime geral, “[p]elo contrário, o artigo 3.º, n.º 1, remete expressamente para o artigo 483.º do CC. Não obstante, haveremos de ser particularmente cuidadosos na interpretação das diferentes soluções para que não se abra por esta via as portas a situações de hiper-responsabilidade”<sup>3580</sup>.

---

<sup>3577</sup> Barbosa, 2019a, pp. 603-604.

<sup>3578</sup> Guedes, 2016, p. 91.

<sup>3579</sup> Brandão Proença, 2018, p. 59.

<sup>3580</sup> Barbosa, 2019a, pp. 605-606.

## Capítulo II – Entre a imputação ao algoritmo e a responsabilização da(s) empresa(s)

Atendendo ao art. 1.º, n.º 1 da Diretiva *Private Enforcement* e, bem assim, ao art. 3.º da Lei 23/2018, a responsabilidade (direta) por violação de normas do Direito da Concorrência recai sobre a empresa ou associação de empresas que cometerem uma infração ao Direito da Concorrência e, ainda, sobre a pessoa ou pessoas que tenham exercido influência determinante<sup>3581</sup> sobre a infratora, durante a infração, nos termos do n.º 3 do art. 36.º do RJC. Acresce ainda que, resultando a infração ao Direito da Concorrência do comportamento conjunto de duas ou mais empresas, a responsabilidade dos co-infratores é solidária, mas não ilimitada, nos termos do art. 5.º da Lei 23/2018.

Da necessária articulação desta previsão especial com a previsão geral do art. 483.º do CC resulta, ainda, a necessidade do preenchimento de vários pressupostos, desde logo (i) a existência de um facto voluntário do agente, ora lesante, objetivamente controlável ou dominável pela sua vontade que (ii) “infrinja objetivamente qualquer das regras disciplinadoras da vida social”<sup>3582</sup>, no caso, que viole as normas destinadas à proteção do Direito da Concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos seus homólogos nacionais, arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC), (iii) acompanhado de um nexo de imputação do facto ilícito ao lesante (seja através do dolo ou da mera culpa<sup>3583</sup>), do qual sobrevenha (iv) um dano para o lesado (note-se, neste ponto, a presunção de danos do cartel, cfr. art. 9.º, n.º 1 da Lei 23/2018) e, por último, (v) a existência de um nexo de causalidade entre o facto e o dano, limitando-se a obrigação de indemnizar apenas aos danos objetivamente resultantes da infração<sup>3584</sup>. Com efeito, presumindo-se o dano do cartel, “o lesado terá de provar simplesmente que se integra entre aqueles que a norma visava tutelar”<sup>3585</sup>, e que inclui, de um modo geral, os clientes ou os fornecedores diretos do infrator (cfr. art. 2.º, alínea f) da Lei 23/2018)<sup>3586</sup>.

---

<sup>3581</sup> Neste ponto, presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário, cfr. art. 3.º, n.º 3 da Lei 23/2018, de 5 de junho. No entanto, o exercício de uma influência determinante não se limita a esta presunção, mas à possibilidade de exercício por parte de uma pessoa, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, sobre a atividade de outra pessoa, nomeadamente, mas não exclusivamente, através da aquisição da totalidade ou de parte do capital social; da aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa e da aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa, cfr. art. 36.º, n.º 3 do RJC.

<sup>3582</sup> Antunes Varela, 2017, p. 526.

<sup>3583</sup> Retenha-se que, nos termos do art. 483.º, n.º 2 do CC, só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

<sup>3584</sup> Menezes Leitão, 2018, p. 338.

<sup>3585</sup> Barbosa, 2019a, p. 614.

<sup>3586</sup> Assim, não nos parece que quaisquer clientes ou consumidores potenciais (que, no limite, poderíamos ser todos nós) estejam abrangidos pelo escopo de proteção das normas do Direito da Concorrência. Não

Feita esta ressalva, cumpre-nos averiguar a responsabilidade propriamente dita do infrator-cartelista que utiliza ou cria algoritmos, provocando danos aos particulares, geradores de uma obrigação de indemnizar.

Ressalvada a tautologia, a verdade é que, no *private enforcement*, a discussão relativa à responsabilidade das empresas que optem pela utilização de algoritmos de preços não se assume diferente daquela que, a propósito do *public enforcement*, já tivemos oportunidade de deslindar. Assim, em virtude da necessária coerência e interação entre os dois regimes, parece-nos que, na medida em que a atuação algorítmica seja imputável à própria empresa, também ela, em termos de *private enforcement*, deverá ser considerada como a principal responsável.

O cerne da questão coloca-se, no entanto, na (im)possibilidade de imputação da responsabilidade à própria empresa, o que faz erigir a questão de saber se a responsabilidade deverá ser assacada ao próprio algoritmo ou ao produtor, proprietário ou utilizador do mesmo<sup>3587</sup>.

Neste sentido, para uma responsabilização do próprio algoritmo, não nos parece resultar outra opção que não a de nele reconhecer um centro de imputação de direitos e deveres. A este propósito, compreender aquilo que define uma subjetividade juridicamente relevante assume particular relevância, uma vez que o seu nível de autonomia está diretamente relacionado com o seu nível de responsabilidade<sup>3588</sup>, motivo pelo qual não nos parece que esta opção se coloque para algoritmos que não detêm autonomia face ao seu produtor, proprietário ou utilizador, ou seja, a alternativa só deverá ser equacionada, salvo melhor opinião, para os algoritmos de “aprendizagem automática” (*machine learning*) e, mesmo quanto a estes, apenas quando a sua autonomia possa ser demonstrada, isto é, quando se comprove que o ser humano deixa de ter controlo sobre as suas ações.

Além do mais, ainda que seja possível ponderar a personalização do algoritmo, utilizando, como ponto de referência, a personalidade jurídica atribuída a pessoas coletivas<sup>3589</sup>, não poderemos deixar de concordar com Nuno Sousa e Silva quando, a este

---

obstante, não poderá ser negada a (alguma) proteção dos clientes e fornecedores indiretos (cfr. art. 2.º, alínea g) da Lei 23/2018), nomeadamente quando tais clientes ou fornecedores provem a existência e o âmbito de uma eventual repercussão dos custos adicionais resultantes da infração ao Direito da Concorrência no preço praticado (cfr. art. 8.º, n.º 2 da Lei 23/2018). Esta possibilidade merece o nosso destaque, uma vez que poderá fazer renascer, entre nós, a controvérsia relativa à indemnização dos danos puramente patrimoniais que, sem qualquer limite, poderá desencadear situações de hiper-responsabilidade.

<sup>3587</sup> Barbosa, 2019b, p. 788.

<sup>3588</sup> Karanasiou & Pinotsis, 2017, p. 3.

<sup>3589</sup> Solum, 1992, pp. 1238 e seg. Note-se, ainda a este propósito, que a atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas, ainda que possa residir em diferentes fundamentos, não parece, em qualquer caso, resultar de uma *dignitas* humana, mas antes da existência de interesses humanos que estão na base da sua constituição, cabendo a sua própria representação aos humanos por detrás do coletivo, cfr. Andrade, 1997, pp. 51-52.

propósito, refere não poder existir “culpa sem liberdade”<sup>3590</sup> e com Mafalda Miranda Barbosa, que entende que “a ponderação dos interesses humanos por detrás do robot [leia-se, algoritmo] não a explica, exceto se com ela quisermos forjar um mecanismo de desresponsabilização do sujeito (humano, entenda-se), o que parece contrariar o próprio sentido do direito”<sup>3591</sup>.

A CE parece também afastar esta possibilidade, uma vez que, no documento de trabalho<sup>3592</sup> sobre a temática, procura apenas analisar as questões que envolvem uma adaptação da Diretiva Produtos Defeituosos e da Diretiva Máquinas, que passa, desde logo, pela atualização do conceito de “produto”, para efeitos de nele incluir o *software*, uma vez que “produto”, nos termos da Diretiva, é ainda definido como um bem móvel<sup>3593</sup>.

No mais, muito embora o regime de *private enforcement* nos remeta para uma responsabilidade subjetiva, à luz do art. 483.º do CC, parece-nos que a remissão não poderá constituir um entrave à criação ou ponderação de um regime de responsabilidade objetiva, isto é, de responsabilidade pelo risco inerente à utilização de algoritmos<sup>3594</sup>. Na verdade, a adoção de um regime deste tipo remeter-nos-ia sempre para o n.º 2 do art. 483.º do CC, que legitima a obrigação de indemnizar, independentemente de culpa. Ora, abrindo-se as portas à consagração de seguros obrigatórios nesta matéria<sup>3595</sup>, parece-nos tanto natural como necessário que a cobertura dos mesmos inclua os lesados privados.

Por último, além do *private enforcement*, a responsabilidade do(s) infrator(es) poderá, ainda, derivar do incumprimento contratual e, assim, resultar em responsabilidade obrigacional ou contratual, à luz do art. 762.º e seguintes do CC, decorrente, por exemplo, do incumprimento de uma previsão contratual, explícita ou implícita, respeitante ao dever de cumprir as disposições estatutárias relativas à concorrência (derivadas, ou não, de um código de conduta) e/ou, até, ao dever geral de agir de boa-fé<sup>3596</sup>.

---

<sup>3590</sup> Silva, 2017, p. 526.

<sup>3591</sup> Barbosa, 2019b, p. 792.

<sup>3592</sup> Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies*, (SWD (2018) 137 final, de 25/04/2018).

<sup>3593</sup> Art. 2.º da Diretiva do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (85/374/CEE, de 07/08/1985).

<sup>3594</sup> Defendido, entre nós, por Barbosa, 2019b, p. 792-793.

<sup>3595</sup> Antunes, 2020, pp. 31-33. Veja-se, ainda, a Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à CE sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (C 252/239, de 18.7.2018), na qual, ressalvada a analogia, se procura garantir a utilização de fundos de compensação que não sirvam apenas para garantir uma compensação no caso de os danos causados por um *robot* não serem abrangidos por um seguro [cfr. considerando (59b)]. Esta solução não nos parece, contudo, a mais indicada no sentido em que a não subsidiariedade de um fundo de compensação acabaria por minar a própria responsabilidade.

<sup>3596</sup> Guedes, 2016, pp. 93-94. Assim, será possível verificar-se, nestes casos, uma situação de concurso da responsabilidade contratual com a extracontratual que, sem embargo das teses do “cúmulo das responsabilidades” ou das teses do “não cúmulo” ou da “não acumulação” (nas quais se incluem as teses da “consunção”) e de todas as questões doutrinárias e jurisprudenciais controversas que esta temática comporta, se concorda, na generalidade, com Antunes Varela – por não ter sido tomada qualquer opção por parte do legislador português nesta matéria – quando entende que, quanto ao lesado, “há que reconhecer-lhe plena liberdade de agir, correndo o risco da opção que faça”, cfr. Antunes Varela, 2017, p. 637.



## Capítulo III – Questões procedimentais relativas ao dano

### 1. A quantificação dos danos

A presunção de danos do cartel, consagrada no art. 9.º, n.º 1 da Lei 23/2018, não obvia – uma vez apurada a responsabilidade civil do infrator numa determinada ação de *private enforcement*<sup>3597</sup> – a uma quantificação desses danos, na qual se incluirá, não só o prejuízo causado (dano emergente), como ainda os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (lucro cessante), calculados desde o momento da ocorrência do dano, em concordância com os arts. 564.º, n.º 1 e 566.º, n.º 2 do CC, acrescido do montante devido a título de juros moratórios, contados desde o momento da decisão e até efetivo e integral pagamento, cfr. art. 4.º Lei 23/2018.

Não obstante, para que não se espoletem situações de hiper-responsabilidade, encontra-se, entre nós, e em paralelo com o plasmado no art. 12.º da Diretiva *Private Enforcement*, expressamente prevista a possibilidade de defesa através da repercussão dos custos adicionais, isto é, a chamada “*passing-on defence*”. A esta luz, possibilita-se ao lesante (Réu) invocar, como meio de defesa, o facto de o lesado (Autor) ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao Direito da Concorrência no preço praticado a jusante na cadeia de produção ou de distribuição, evitando-se, com essa prova – que incumbe ao lesante (Réu) –, o enriquecimento sem causa do lesado<sup>3598</sup> (Autor), cfr. art. 8.º, n.º 1 da Lei 23/2018<sup>3599</sup>.

Em face do exposto, a complexidade e a especificidade inerentes à quantificação de danos resultam facilmente compreensíveis, sobretudo pela necessária “avaliação hipotética do modo como as condições de mercado e as interações entre os participantes

---

<sup>3597</sup> De notar que esta ação deverá ser intentada no prazo de cinco anos - sem prejuízo do prazo ordinário da prescrição, de vinte anos, contado sobre a data do facto ilícito, previsto no art. 309.º do CC – a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento (i) do comportamento em causa, e de que este constitui uma infração ao Direito da Concorrência; (ii) da identidade do infrator e (iii) do facto de a infração ao Direito da Concorrência lhe ter causado danos, ainda que com desconhecimento da extensão integral dos danos, cfr. art. 6.º da Lei 23/2018. Note-se que esta disposição derroga o regime geral previsto para as ações de responsabilidade civil que estabelece um prazo de prescrição de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, cfr. art. 498.º do CC. Destarte, nem a Diretiva *Private Enforcement*, nem a Lei 23/2018 ou o CC esclarecem que data deverá ser (presumivelmente) essa e se, por um lado, alguma Doutrina e Jurisprudência a considerem como o momento em que a autoridade da concorrência competente publica uma Decisão Condenatória, por outro lado, inexistindo tal Decisão, isto é, não sendo o *private enforcement* precedido de *public enforcement*, a dúvida quanto a essa “data” permanecerá, cfr. Pais, 2019, p. 73.

<sup>3598</sup> Note-se que não admitir a possibilidade de “*passing-on defence*” seria o equivalente a admitir, no plano da responsabilidade civil, uma indemnização punitiva – *punitive damages* –, isto é, a fixação de um quantitativo superior ao dano visando, ao enriquecer o lesado, punir o lesante pela sua conduta. A admissibilidade de uma indemnização punitiva é uma questão controversa e muito discutida pela Doutrina e Jurisprudência. A nível europeu, apesar de o legislador a afastar na Diretiva *Private Enforcement* e, por isso, no domínio das infrações *antitrust*, o TJ já admitiu a sua possibilidade, designadamente no Ac. do TJ, de 13 de julho de 2006, no caso *Manfredi*, processos apensos C-295/04 a C-298/04.

<sup>3599</sup> Esta repercussão dos custos adicionais, isto é, a “*passing on*”, também poderá ser utilizada pelos clientes indiretos ou fornecedores do infrator (potencial lesante) como fundamento para a ação de *private enforcement* a intentar. Neste caso, o ónus da prova cabe aos próprios clientes indiretos ou fornecedores, sem prejuízo da presunção da repercussão dos custos adicionais prevista no n.º 3 do art. 8.º da Lei 23/2018, cfr. Art. 8.º, n.ºs 2 e 4 da Lei 23/2018.

no mercado teriam evoluído na ausência da infração”<sup>3600</sup>. Esta, somada à elevada probabilidade da existência de uma assimetria de informação entre lesado e lesante, poderia deixar o lesado privado de indemnização<sup>3601</sup>. É assim que, de modo a auxiliar a tarefa do Tribunal e a minimizar o impacto destes “obstáculos”, e primando pelo respeito pelo princípio da efetividade e da proporcionalidade, se admite que o Tribunal possa calcular os danos por recurso a uma estimativa aproximada (algo idêntico ao preceituado no art. 566.º, n.º 3 do CC). Para estes efeitos, poderá o juiz encontrar alguma orientação<sup>3602</sup> na Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos<sup>3603</sup>, cfr. art. 9.º, n.º 2 da Lei 23/2018, e na Comunicação da Comissão sobre as orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos<sup>3604</sup><sup>3605</sup>.

No mais, sendo o algoritmo considerado um elemento facilitador do cartel, defendemos, à semelhança da nossa posição ao nível do *public enforcement*, que também em sede de *private enforcement* esta facilitação deve ser considerada. Deste modo, nas situações em que o *private enforcement* é precedido pelo *public enforcement*, estamos em crer que o Tribunal deverá ter em consideração o diferencial aplicado na medida da coima, repercutindo-o na indemnização a atribuir ao lesado.

---

<sup>3600</sup> Ponto 3 da Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 167/19, de 13/06/2013).

<sup>3601</sup> A este propósito, Rodger *et. al.* defendem, orientados por uma decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, uma distribuição mais flexível do ónus da prova, tendo em conta que a presunção de danos do cartel implica necessariamente a existência de danos (mais de zero), não podendo, por isso, o Tribunal privar o lesado de obter uma indemnização, cfr. Rodger *et. al.*, 2018, p. 49.

<sup>3602</sup> Retenha-se que estas orientações são meramente metodológicas, podendo levar, consoante o material probatório disponibilizado pelas partes, a *quanta* indemnizatórios distintos, cfr. Marcos, 2020, no qual o autor verificou, no âmbito do conhecido “cartel dos camiões” – cfr. Decisão da Comissão relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE, de 19 de julho de 2016 (JOUE C 108/6, de 06/04/2017) –, variações de 5% a 15% nas estimativas judiciais de danos, num universo de 66 sentenças espanholas.

<sup>3603</sup> Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 167/19, de 13/06/2013).

<sup>3604</sup> Comunicação da Comissão sobre as orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 267/4, de 09/08/2019).

<sup>3605</sup> A AdC também poderá prestar, neste âmbito, assistência ao Tribunal, a pedido deste, podendo, no entanto, requerer a dispensa fundamentada de prestação de tal assistência, cfr. art. 9.º, n.º 3 da Lei 23/2018. Esta hipótese, apesar de curiosa, parece-nos que comportará pouca relevância prática.

## Considerações finais

A problemática relativa à cartelização mediada por algoritmos assume, hoje, particular importância, não apenas pelas novas formas de cartelização que fomos deslindando – e que, em virtude dos ganhos de eficiência esperados e consequente redução de custos, presumivelmente, proliferarão –, mas, sobretudo, pela dificuldade adicional de destrinça entre um alinhamento assente em fundamentos legítimos de racionalidade económica e um cenário de colusão explícita – no fundo, entre aquilo que é legal e aquilo que é ilegal e resulta de conluio. Esta diferenciação, originalmente ténue, mais ténue se torna quando um alinhamento de preços decorra da utilização de algoritmos individuais e não “comunicantes”, num mercado cada vez mais transparente e sem “responsáveis”.

Contribuindo para a premência desta problemática, é relevante relembrar que alguns dos cenários avançados, designadamente o cenário de “*Messenger*” e o cenário de “*Hub and Spoke*”, já se afiguram uma realidade atual ou presente, tendo esta última forma de cartelização, ainda que não algorítmica, sido objeto das primeiras condenações em Portugal, desde o caso do “cartel dos supermercados”, a que já se fez referência<sup>3606</sup>. Ora, com a massificação do comércio digital, é difícil não antecipar que as formas de cartelização algorítmica existentes se tornem cada vez mais frequentes e, bem assim, que aquelas que ainda fazem parte do mundo teórico possam ganhar algum “animismo”<sup>3607</sup>.

Com a importância que tem vindo a ser dada, pela AdC, ao setor da grande distribuição, atenta a importância (e essencialidade) que tem para a generalidade dos consumidores portugueses, enquanto garante do abastecimento diário das famílias, a colusão já verificada (ainda que não algorítmica) do tipo “*Hub and Spoke*” pode, com a digitalização, confluir para a colusão de tipo algorítmico. Note-se, a este propósito, o surgimento em Portugal de um supermercado *online*, o “360 hyper”, plataforma que assegura, através de vários retalhistas (concorrentes), entregas de produtos de retalho ao domicílio em (apenas) 4h.

Não obstante o exposto, parece-nos que, a montante de uma qualquer alteração das normas concorrenciais – que, atendendo à realidade prática, não nos parecem desajustadas face ao acervo legislativo e jurisprudencial do Direito da Concorrência, permitindo-se, salvo melhor opinião, uma compatibilização teórico-prática da cartelização algorítmica atual – deverá garantir-se uma efetiva proteção dos consumidores nesta matéria, desde logo tendo em conta que a “positiva” transparência que o digital para estes [consumidores] comporta surge lado-a-lado com os “*secret*

---

<sup>3606</sup> Vejam-se as notas de rodapé 92 e 93 da presente exposição.

<sup>3607</sup> A massificação do comércio digital verificou-se, ainda com mais vigor, aquando do surto pandémico de Covid-19. A este propósito, a AdC emitiu o Comunicado 05/2020, cfr. AdC, 2020a, no qual esclareceu que, apesar do surto pandémico, o respeito pelas normas da concorrência continuará a ser verificado.

*deals*”<sup>3608</sup>, isto é, com a discriminação comportamental do potencial consumidor através da análise da sua “pegada digital”, levando, no limite, a que a dois consumidores diferentes seja apresentado, para um mesmo produto, um preço diferente.

Assim, na medida em que a proteção dos consumidores parece surgir entre as preocupações do legislador europeu, desde logo tendo em conta a recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho nesta matéria<sup>3609</sup>, não se compreende o motivo da exclusão do Direito da Concorrência, em especial, do domínio *antitrust*, do escopo da Proposta, especialmente tendo em conta a potencialidade de danos que um cartel poderá provocar aos consumidores, sobretudo nos países que, em sede de *private enforcement*, não preveem mecanismos de ações coletivas do tipo *opt-out*<sup>3610</sup>.

Importa notar que garantir a efetividade das regras *antitrust* é garantir que qualquer alteração introduzida em termos de *public enforcement* deva ver-se repercutida, em igual medida, no *private enforcement*, permitindo-se, com isso, maior dissuasão e obviando-se a uma impunidade dos infratores.

Defendemos, por isso, e numa primeira fase, que, ao lado do estabelecimento de regras claras de “*compliance by design*”, isto é, de regras que não deixem dúvidas às empresas e aos consumidores sobre o modo de atuarem no mercado digital, sem, contudo, obstarem a esta necessária (r)evolução em curso, haja lugar a uma aplicação flexível e em conformidade com as decisões que têm vindo a ser proferidas nesta matéria da legislação atualmente em vigor. E isto porque, quanto a algumas formas de colusão algorítmica, não nos parece, pelo menos para já, prudente avançar com considerações futurísticas, que poderão não vir a ter a adesão da realidade da altura.

Num futuro (próximo), parece-nos necessária uma interligação entre as várias áreas do direito, desde logo, do Direito da Concorrência, Direito Civil, Direito Societário e Direito Processual (civil e penal), para que, de forma interligada, se (re)pense uma regulamentação adequada e concatenada em face dos desafios que, nas diversas áreas, se têm vindo a apontar e que, de modo isolado, não poderão ser (eficazmente) resolvidos.

---

<sup>3608</sup> OECD, 2017c, pp. 11-12.

<sup>3609</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, (COM(2018) 185 final, de 11/04/2018).

<sup>3610</sup> Atente-se no considerando (13) da Diretiva *Private Enforcement* onde se lê: “[a] presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva [ação coletiva do tipo “*opt-out*”] para efeitos da aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE”. Todavia, uma ação coletiva do tipo “*opt-out*” tem-se reputado mais efetiva na proteção dos consumidores do que a sua alternativa do tipo “*opt-in*”, cfr., entre outros, Rodger *et. al.*, 2018, pp. 54-55. Entre nós, está prevista, neste âmbito, a possibilidade de recurso a uma ação coletiva do tipo “*opt-out*”: a ação popular, consagrada no art. 19.º da Lei 23/2018.

## Bibliografia citada

AdC, (2019a). *Comunicado 02/2019*, disponível em: [http://concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_201902.aspx](http://concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201902.aspx).

AdC, (2019b). *Ecossistemas digitais, big data e algoritmos*, disponível em: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Estudos\\_Economicos/Outros/Documents/Ecossistemas%20digitais,%20Big%20Data%20e%20Algoritmos.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecossistemas%20digitais,%20Big%20Data%20e%20Algoritmos.pdf).

AdC, (2020a). *Comunicado 05/2020*, disponível em: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_202005.aspx?lst=1&Cat=2020](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202005.aspx?lst=1&Cat=2020).

AdC, (2020b). *Comunicado 22/2020*, disponível em: [http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_202022.aspx?lst=1&Cat=2020](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202022.aspx?lst=1&Cat=2020).

ANDERSSON, H. (2019). *The quest for evidence – Still an uphill battle for cartel victims?* pp. 133-151. In Strand, M. et. al. *EU competition litigation: Transposition and first experiences of the new regime*, vol. XII. Swedish Studies in European Law. Oxford Hart Publishing.

ANDRADE, M.A.D. (1997). *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I. Coimbra: Almedina.

ANTUNES, H.S. (2020). Inteligência artificial e responsabilidade civil. In *Inteligência artificial & direito*, pp. 19-25. Coimbra: Almedina.

ANTUNES VARELA, J.M. (2017). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

Autorité de la Concurrence/ Bundeskartellamt (2019). *Algorithms and competition*, disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>.

BARBOSA, M.M. (2019a.) Da responsabilidade civil por violação de normas da concorrência ao novo regime do *private enforcement* da concorrência: Disrupção ou continuidade em relação ao modelo delitual português? *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, pp. 590-625.

BARBOSA, M.M. (2019b). Inteligência artificial e blockchain: Desafios para a responsabilidade civil. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, pp. 782-807.

BOGDAN, M. (2014). *Private enforcement of EU competition law: Worth the risk?*, disponível em: <http://www.keepcalmtalklaw.co.uk/private-enforcement-of-eu-competition-law-worth-the-risk/>.

BRANDÃO PROENÇA, J.C. (2018). *Estudos de direito das obrigações: Contrato-promessa, responsabilidade civil, da proporcionalidade obrigacional*. Porto: Universidade Católica Editora.

CALVANO, E., CALZOLARI, G., DENICOLÒ, V. & PASTORELLO, S. (2019). *Artificial intelligence, algorithmic pricing and collusion*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3304991>.

CAPOBIANCO, A. & GONZAGA, P. (2017). *Algorithms and competition: Friends or foes?*, disponível em: <https://dev.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/08/CPI-Capobianco-Gonzaga.pdf>.

CARVALHO, A.S. (2011). *Ilícito concorrencial e dano*. Coimbra: Coimbra Editora.

CMA (2018). *Pricing algorithms – Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*, disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/746353/Algorithms\\_econ\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf).

COMISSÃO EUROPEIA, (2020). *White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf).

DE STEFANO, G. (2012). Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: A fast-evolving scenario. *Global Competition Litigation Review*, vol. 3, disponível em: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/access-of-damage-claimants-eu-cartel-investigations>.

EZRACHI, A. & STUCKE, M.E. (2017). *Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591874>.

EZRACHI, A. & STUCKE, M.E. (2016). *Virtual competition*. Cambridge: Harvard University Press.

GUEDES, A. (2016). Actions for damages under Portuguese law for infringements of the competition law – A comparative analysis of the Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council, pp. 89-98. In Pais, S.O. *Competition law challenges in the next decade*. Brussels: Presses Interuniversitaires Européennes.

JANKA, S.F. & UHSLER, S.B. (2018). Antitrust 4.0 – The rise of artificial intelligence and emerging challenges to antitrust law. *European Competition Law Review*, vol. 39, no. 3, pp. 112-123.

KARANASIOU, A.P. & PINOTIS, D.A. (2017). *A study into the layers of automated decision-making: Emergent normative and legal aspects of deep learning*, disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/313202025\\_A\\_Study\\_into\\_the\\_Layers\\_of\\_Automated\\_Decision\\_Making\\_Emergent\\_Normative\\_and\\_Legal\\_Aspects\\_of\\_Deep\\_Learning](https://www.researchgate.net/publication/313202025_A_Study_into_the_Layers_of_Automated_Decision_Making_Emergent_Normative_and_Legal_Aspects_of_Deep_Learning).

LIU, Y. *et al.* (2017). Detecting cancer metastases on gigapixel pathology images, disponível em: [arXiv:1703.02442](https://arxiv.org/abs/1703.02442).

LOUREIRO, F.N. (2017). *Direito penal da concorrência – A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*. Coimbra: Almedina.

MARCOS, F. (2020). *Aportación de sentencias como prueba en los litigios de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones (I)*, disponível em: <https://almacenederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-i/>.

MARQUES, N.C. (2019). *Contributo para a autonomia do Direito Nacional da Concorrência – em particular na criminalização dos cartéis*. Porto: Universidade Católica Editora.

MARTÍN-LABORDA, A.R. (2018). *Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3170631>.

MENEZES LEITÃO, A. (2009). *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina.

MENEZES LEITÃO, T.M.T. (2018). *Direito das obrigações – Vol. I*, 15.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MOSCHOVAKIS, Y.N. (2001). *What is an algorithm?* In Engquist, B. & Schmidt, W. *Mathematics unlimited*, disponível em: [https://doi.org/10.1007/978-3-642-56478-9\\_46](https://doi.org/10.1007/978-3-642-56478-9_46).

MOURA E SILVA, M. (2018). *Direito da concorrência*. Lisboa: AAFDL Editora.

OECD, (1998). *Recommendation of the OCDE council concerning effective action against hard core cartels*, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

OECD, (2017a). *Algorithms and collusion – Competition policy in the digital age*, disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.

OECD, (2017b). *Algorithms and collusion – Note from the European Union*, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)12/en/pdf).

OECD, (2017c). *Algorithmic collusion: Problems and counter-measures – Note by A. Ezrachi & M. E. Stucke*, disponível em: <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>.

OECD, (2019). *Hub-and-spoke arrangements – Note by Portugal*, disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2019\)86&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2019)86&docLanguage=En).

PAIS, S.O. (2012). Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso? – Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14.6.2011, Proc. C-360/09. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, janeiro/março de 2012, pp. 3-11.

PAIS, S.O. (2011). *Entre inovação e concorrência – Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PAIS, S.O. (2020). EU competition litigation: Transposition and first experiences of the new regime. *Swedish Studies in European Law*, vol. XII, pp. 63-75. Oxford: Hart Publishing.

RODGER, B.J. et. al. (2018). *A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3444376>.

SCHWALBE, U. (2018). *Algorithms, machine learning, and collusion*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3232631>.

SILVER, D., SCHRITTWIESER, J., SIMONYAN, K. *et al.* (2017). *Mastering the game of Go without human knowledge*, disponível em: <https://doi.org/10.1038/nature24270>, consultado a: 09/02/2020.

SOLUM, L.B. (1992). *Legal personhood for artificial intelligences*, disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol70/iss4/4>.

SOUSA FERRO, M. (2016). *Jurisprudência de private enforcement*, disponível em: [https://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto\\_4\\_grupo\\_III/Jurisprudencia\\_de\\_Private\\_Enforcement.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf).

SILVA, N.S. (2017). *Direito e robótica: Uma primeira aproximação*. Revista da Ordem dos Advogados, vol. I/II – janeiro/junho, Lisboa.

SILVER, D., SCHRITTWIESER, J., SIMONYAN, K. *et al.* (2017). *Mastering the game of Go without human knowledge*, disponível em: <https://doi.org/10.1038/nature24270>.

VESTAGER, M. (2017). *Algorithms and Competition – Bundeskartellamt 18<sup>th</sup> Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017*, disponível em: [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221650/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221650/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en).

WILS, Wouter P.J. (2016). *The use of leniency in EU cartel enforcement: An assessment after twenty years*, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2793717](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2793717), consultado a: 22/02/2020.

WILS, Wouter P.J. (2017). *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2865728](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865728), consultado a: 20/02/2020.

---

## **Comunicações, decisões e jurisprudência citadas**

Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JOCE C 207/4, de 18/7/1996).

OCDE, *Recommendation of the OCDE Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 1998, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>, consultado a: 23/02/2020.

Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOCE 45/3, de 19/2/2002).

Comunicação da Comissão sobre Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 101/97, de 27/04/2004).

Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 298/17, de 8/12/2006).



Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 167/19, de 13/06/2013).

Commission Staff Working Document, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, (SWD (2017) 154 final, de 10/05/2017).

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor (COM(2018) 185 final, de 11/04/2018).

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Inteligência artificial para a Europa, (COM (2018) 237 final, de 25/04/2018).

Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies*, (SWD (2018) 137 final, de 25/04/2018).

Comunicação da Comissão sobre as orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 267/4, de 09/08/2019).

Comunicação da Comissão sobre a proteção de informações confidenciais pelos tribunais nacionais no âmbito dos processos relativos à aplicação privada do direito da concorrência da UE (texto relevante para efeitos do EEE) (JOUE C 242/1, de 22/07/2020).

Resumo da Decisão da Comissão relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE, de 19 de julho de 2016 (JOUE C 108/6, de 06/04/2017).

Decisão do “*Conseil de la Concurrence*” n.º 2018-FO-01, de 7 de junho de 2018, disponível em: <https://concurrency.public.lu/dam-assets/fr/decisions/ententes/2018/decision-n-2018-fo-01-du-7-juin-2018-version-non-confidentielle.pdf>, consultado a: 17/02/2020.

Decisão do Tribunal de Apelação de Paris, de 19 de julho de 2018, no caso n.º 16/01270, disponível em: [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca\\_15d19.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca_15d19.pdf)

Autorité de la Concurrence, Decisão 19-D-12, de 24 de junho de 2019, disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-par-des-notaires-dans-le-secteur-de-la-negociation>, consultado a: 18/02/2020.

Decisão *Ofgem*, de Acordo de 26 de julho de 2019, disponível em: [https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision\\_on\\_economy\\_energy\\_-\\_e\\_gas\\_and\\_electricity\\_-\\_dyball\\_associates\\_infringement\\_of\\_chapter\\_i\\_ca98\\_doorstep\\_sales\\_redacted\\_decision\\_document\\_26\\_july\\_2019.pdf](https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision_on_economy_energy_-_e_gas_and_electricity_-_dyball_associates_infringement_of_chapter_i_ca98_doorstep_sales_redacted_decision_document_26_july_2019.pdf), consultado a 04/02/2020.

Acórdão do TJ, de 15 de julho de 1970, no caso “*ACF Chemiefarma N.V. v. Comissão*”, processo 41/69.

Acórdão do TJ, de 14 de julho de 1972, no caso “*ICI*”, processo 48/69.

Acórdão do TJ, de 16 de dezembro de 1975, no caso “*Suiker Unie v. Comissão*”, processos apensos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73.

Acórdão do TJ, de 7 de junho de 1983, no caso “*Musique Diffusion Française*”, processos apensos 100-103/80.

Acórdão do TJ, de 23 de abril de 1991, no caso “*Höfner*”, processo C-41/90.

Acórdão do TJ, de 17 de fevereiro de 1993, no caso “*Poucet et Pistre*”, processo C-159/91 e 160/91.

Acórdão do TJ, de 31 de março de 1993, no caso “*Pasta de Papel II*”, processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85.

Acórdão do TJ, de 24 de outubro de 1996, no caso “*Viho*”, processo C-73/95 P.

Acórdão do TJ, de 8 de julho de 1999, no caso “*Anic Partecipazioni SpA*”, processo C-49/92 P.

Acórdão do TJ, de 21 de setembro de 1999, no caso “*Albany*”, processo C-67/96.

Acórdão do TG, no caso “*Bayer AG v. Comissão*”, de 26 de outubro de 2000, processo T-41/96.

Acórdão do TJ, de 19 de fevereiro de 2002, no caso “*Wouters*”, processo C-309/99.

Acórdão do TJ, de 13 de julho de 2006, no caso “*Manfredi*”, processos apensos C-295/04 a C-298/04.

Acórdão do TJ, de 4 de junho de 2009, no caso “*T-Mobile Netherlands BV et al*”, processo C-8/08.

Acórdão do TJ, de 14 de junho de 2011, no caso “*Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*”, processo C-360/09.

Acórdão do TJ, de 11 de setembro de 2014, no caso “*Cartes Bancaires*”, processo C-67/13 P.

Acórdão do TJ, de 22 de outubro de 2015, no caso “*AC-Treuhand AG v. Comissão*”, processo C-194/14 P.

Acórdão do TJ, de 21 de janeiro de 2016, no caso “*Eturas*”, processo C-74/14.

Acórdão do TJ, de 21 de julho de 2016, no caso “*VM Remonts*”, processo C-542/14.

Acórdão do TJ, de 14 de março de 2019, no caso “*Skanska*”, processo C-724/17.

*US v. Airline Tariff Publishing Company, et. al.*, de 17 de março de 1994, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/competitive-impact-statement-3>, consultado a 04/02/2020.

*US v. David Topkins*, de 30 de abril de 2015, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins>, consultado a: 04/02/2020.

*US v. Daniel William Aston and Trod Limited*, de 11 de agosto de 2016, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited>, consultado a: 04/02/2020.

CMA, Caso 50223, *Trod and GBE*, de 12 de agosto de 2016, disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products>, consultado a: 04/02/2020.

**Responsibility to protect:**

**Conflict prevention through mediation**

---

Marta Sofia Mayer Rodrigues Vera-Cruz

Sob a orientação da Professora  
Doutora Maria Isabel Tavares

---

Aos meus pais, Isabel e Júlio,

Aos meus tios, Helena e Sten,

E aos meus padrinhos, Arcelina e Gilberto.

## **Peace**

What's peace? Now first of all it's really  
Not a simple issue of no-war.  
It's no-injustice, no-intolerance, no-hatred.  
It's thinking good not bad of everyone.

---

It recognizes one humanity  
In which all lives are precious  
And worthy to be loved and given help  
Towards fulfilment.

Peace is an inner state  
Reflected outwardly in actions,  
In loving care for anyone in need,  
Its qualities are wisdom and compassion.

Our work for peace is work for harmony  
Among all beings. Through peace  
We pray that God's will may be done  
On earth as it is in heaven.

*Adam Curle*

## **Agradecimentos**

Agradeço a Isabel Tavares, pela cuidadosa orientação. A Sten Harck, pelo precioso apoio. A Manuel Graça, pelas valiosas fontes. A todos, pela troca de ideias.

A Marshall Rosenberg, pela inspiração e legado.

Agradeço também

Aos meus pais e às minhas irmãs, que são os maiores pilares da minha vida.

Aos meus padrinhos Arcelina e Beto, que tanto estimo e que tão bem cuidam de mim.

Aos meus amigos, em especial, à Sofia, à Maria, ao Diogo, à Inês e ao Herlander, que me ensinam que o Tempo tem um valor e com quem o Tempo tudo vale.

O agradecimento mais especial faço à minha tia Helena. Não existem palavras que façam jus à bondade e ao carinho que marcam a nossa relação. Aprendi que a Família é uma constelação ancestral e que os laços desta vida podem ser tão imensos quanto o Amor.

---

## **Resumo**

Na presente dissertação propomo-nos a explorar a possibilidade do desenvolvimento de um regime jurídico vinculativo, que possa ser desencadeado em contextos de crises humanitárias. O objetivo será agir eficazmente para prevenir a erupção ou escalada da violência e de conflitos armados. Em termos legais, é discutido se tal parâmetro preventivo já existe e, conseqüentemente, se as normas jurídicas internacionais impõem um dever à comunidade internacional de reagir perante graves violações de Direitos Humanos perpetradas pelos Governos. Concluimos que tal regime normativo existe, emanando do princípio da “responsabilidade de proteger” e do dever de cooperação estabelecido no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados. No entanto, carece de força vinculativa. Um dos obstáculos à adoção pelos Estados de regimes de prevenção de conflitos vinculativos tem sido a sua conotação com a intervenção militar para fins humanitários. Por este motivo, pretendemos reforçar a importância da prevenção de conflitos em contextos anteriores à comissão de grandes atrocidades. Damos ênfase à mediação como método de prevenção de conflitos com especial relevância em contextos de conflitos internos. Analisamos a crise na Venezuela e a possibilidade da emergência de um costume internacional que valide a prática da Mediação como norma legal. A nossa análise assenta numa abordagem interdisciplinar, colhendo ensinamentos das Relações Internacionais, bem como (ainda que em menor extensão) dos Estudos da Paz e da Psicologia.

---

**Palavras-chave:** Responsabilidade de proteger; dever de cooperação, mediação; prevenção de conflitos; Venezuela.

## **Abstract**

This study explores the possibility of developing a legally binding framework for conflict prevention which could be enacted in contexts of humanitarian crisis. The goal would be to prevent the eruption or escalation of violence and armed conflicts. We discuss, in legal terms, whether such a preventive framework already exists, and whether general norms of International Law impose on States a duty to react to grave violations of Human Rights conducted by Governments. We conclude that such a regime exists and emanates both from the principle of “Responsibility to Protect” and from the duty of cooperation established under the ILC’s Draft Articles. However, the regime lacks binding character. One obstacle to the adoption by States of legally binding mechanisms for conflict prevention is the fact that the latter has been associated with military intervention for humanitarian purposes. For this reason, we intend to reinforce the importance of conflict prevention in contexts prior to the commission of mass atrocities. Mediation is emphasised as a conflict prevention method with special relevance in contexts of internal conflict. We analyse the Venezuelan crisis, and the possibility of emergence of a customary norm, which validates the practise of mediation as a legal rule. We conduct an interdisciplinary analysis, retrieving lessons from International Relations, as well as – to a lesser extent – Peace Studies and Psychology.

**Keywords:** Responsibility to protect; duty of cooperation; mediation; conflict prevention; Venezuela.

---



## **Index**

- I. Introduction
- II. Discourse on conflict prevention
  - 1. Introducing the concept of conflict prevention
  - 2. UN legal and institutional framework for conflict prevention
    - a. The Charter
    - b. ILC's Draft Articles on States Responsibility for Wrongful Acts
    - c. Responsibility to Protect (R2P)
    - d. Institutional framework
    - e. The Secretary-General pledges
    - f. A normative gap?
  - 3. The use of force to prevent conflict escalation
    - a. Sovereignty as responsibility
  - 4. Lessons
- III. Mediation
  - 1. Peaceful dispute settlement mechanisms briefly
  - 2. Conflict transformation
  - 3. Mediation
    - a. The mediator
    - b. Readiness to negotiate theory
  - 4. Mediation techniques: Nonviolent communication
  - 5. Challenges
- IV. Case study: Venezuela
  - 1. Overview
  - 2. Security Council's division
  - 3. Norway mediation
  - 4. Considerations
- V. Conclusions
- VI. Bibliography

## **Preface/ Prefácio**

Neste prefácio, vou resumir, utilizando linguagem leiga e de forma sucinta, o pensamento subjacente nesta prova científica. A paz impõe-se de dentro para fora. Isto significa que uma verdadeira paz, a paz positiva, se alcança quando se adereçam as raízes dos conflitos. Os mecanismos que desencadeiam a Paz são preferencialmente ativados antes do escalar da violência. A isso se chama a prevenção de conflitos. A empatia pode ser aprendida e desenvolvida nas diferentes esferas de atuação social – desde as relações interpessoais, às do indivíduo com as instituições de autoridade e destas entre si, até às relações entre entidades supranacionais e internacionais. A Mediação é um mecanismo utilizado pela humanidade desde tempos imemoriais. Porém, não está devidamente regulada no Direito Internacional. Por este motivo, nem sempre se faz Mediação de uma forma adequada, atempada ou eficaz. Ainda assim, na pior das hipóteses, a Mediação contribui para o início de uma relação de comunicação entre as partes. Na melhor, resolve o conflito de forma definitiva e duradoura, transformando uma realidade conflituosa numa paz positiva. As Nações Unidas surgem como um potencial Messias, o garante da manutenção de uma paz sustentável. No entanto, de momento observa-se que são necessárias certas transformações no seio deste organismo, que tem sido corrompido pelos balanços e contrabalanços de poderes e interesses geopolíticos. Vivemos um momento crítico de rutura das relações pacíficas, com repercussões muito gravosas para a humanidade. Urge que as Nações se unam em prol dos valores da vida, da segurança e da paz. Os mecanismos para o fazer já foram pensados nos Estudos da Paz, bem como no ramo das Relações Internacionais, e testados na Psicologia. Adicionalmente, já existem normas jurídicas de Direito Internacional que os preveem. Falta que os diferentes ramos científicos acolham, em diálogo, as diferentes contribuições. A maior barreira ao desenvolvimento de estruturas sólidas de prevenção de conflitos tem sido a falta de vontade política para atuar preventivamente e, em paralelo, de dispor recursos financeiros a esse propósito. Ainda assim, nas últimas décadas tem-se verificado um crescente entusiasmo pela Mediação e mecanismos afins. O caso da Venezuela revela indícios de uma mudança de paradigma, sendo que a mediação do conflito pode ser determinante na operacionalização dessa tão desejada transição. O tempo para agir é muito limitado, dada a fragilidade da situação e a já lançada ameaça de guerra. Acredito que toda a produção literária e discussão pública sobre o assunto contribuam para a consciencialização social. As sementes das quais uma mudança de paradigma vai florescer já foram lançadas ao ar. Falta que cada Estado prepare o seu jardim. E esse trabalho começa na mente de cada indivíduo. Lanço, assim, o mote que desencadeou o processo de aprendizagem que vivi nos últimos meses, e que desenvolvi ao longo destas páginas.

## **I. Introduction**

According to the Upsala Conflict Data Program (UCDP) statistical data on global conflicts, in 2018, 162 conflicts<sup>3611</sup> were happening around the world, 77 of which were State-based violence, 52 non-State violence, and 33 one-sided violence conflicts. These numbers are the highest since 1975<sup>3612</sup>.

Acknowledging the urgent redefinition of the International Community's diplomatic approaches towards on-going and emerging conflicts around the Globe, this study aims to explore the relevance of Mediation techniques from a conflict prevention perspective, taking into account the legal scope of Responsibility to Protect and chapter VI of the United Nations Charter, entitled Pacific Settlement of Disputes.

The United Nations (UN) was historically assigned with a worldwide mandate of sustaining a durable peace. In fact, Art. 1 of the Charter of the United Nations states that the aim of the organization is to "maintain international peace and security". However, since its creation, the United Nations has been through ups and downs in the pursuit of this goal<sup>3613</sup>. In recent years, Secretary-Generals have been putting their efforts into creating and restoring mechanisms suitable for preventing the eruption of major humanitarian crises and the emergence of armed conflicts. It is not an easy task to find the necessary balance in-between the games of geopolitical interests and forces and, perhaps for this reason, States have been very cautious and reluctant in adopting legally binding solutions for conflict prevention.

We argue that dialogue between different fields of knowledge would help the finding of legal solutions to the current global peace crisis. International Law and International Relations already have a symbiotic relationship. Moreover, in addition to a more intensive exchange between International Law and International Relations, the contribution of Psychology and Peace Studies would perhaps yield success in achieving the desired and needed outcomes.

Realities such as the one lived in Venezuela cause great damage to all mankind and affect international peace, security and stability. These facts are recognized by the international community. Despite this, concise mechanisms to react in a timely manner to prevent the escalation of violence have not yet been developed. Drawing on the Conflict Transformation theory, this process could overcome the inherent barriers of Law, ultimately involving a structural reformulation of social institutions, paving the way for constructive and continuous dialogue between peoples and authorities.

Responsibility to Protect represents the first normative step in the right direction. In 2005, the General Assembly adopted the principle, which establishes an international

---

<sup>3611</sup> The UCDP defines conflict as the following: "An armed conflict is a contested incompatibility that concerns government and/or territory where the use of armed force between two parties, of which at least one is the government of a state, results in at least 25 battle-related deaths in one calendar year".

<sup>3612</sup> <https://ucdp.uu.se/>.

<sup>3613</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 25.

responsibility of territorial States to protect their populations, and to cooperate in a complementary way, through the United Nations, to protect inhabitants of States incapable or unwilling to do so. Furthermore, the formulation of the concept emphasises the importance of preventive action.

As an introductory remark, it should be noted that the principle of “Conflict Prevention” is an evolving concept. As a discipline and policy, its scope is wide and, consequently, defining it is a challenge. David Carment and Albrecht Schabel<sup>3614</sup> define Conflict Prevention as a

“medium and long-term proactive operational or structural strategy undertaken by a variety of actors, intended to identify and create the enabling conditions for a stable and more predictable international security environment”.

Several mechanisms suit conflict prevention purposes. In this study, we highlight Mediation as a virtuous approach to international conflict. It is a tool which enables dialogue among individuals, civil society and other stakeholders of the international community, while serving Justice and peace-making purposes. Retrieving lessons from the fields of International Relations and Peace Studies, we present a brief insight of how a mediation process develops and how it changes conflicts’ dynamics.

Below, we argue that the International Community should strengthen and further develop a legal preventive framework to respond to humanitarian crises outside the scope of mass atrocity crimes. Furthermore, taking into account the legal and political scholarly debates in the aftermath of the wars in the Former Republic of Yugoslavia, it will be analysed whether, and to what extent, the International Community has an obligation to react to grave violations of Human Rights conducted by Governments<sup>3615</sup>.

Our assessment is threefold, and it goes from a generic and theoretical discourse to a more specific and practical approach. In Chapter II, we present theories about conflict prevention and explore the path which led to its legal conceptualization. Considerations about the development of the concept of sovereignty are made. Furthermore, the issue of military intervention for humanitarian purposes is discussed. In Chapter III, we address Mediation as a method for the prevention of conflicts. The role mediators play and their influence in conflict dynamics are underscored. Finally, in Chapter IV, we try to apply the theoretical framework to the current Venezuelan crisis. After this analysis, we will conclude on the possibility to use Mediation as a means of active conflict prevention in the light of the principle of Responsibility to Protect.

---

<sup>3614</sup> Carment, 2003, p. 11.

<sup>3615</sup> See Nolte, 1999, pp. 629 ff.

## **II. Discourse on conflict prevention**

This chapter intends to specify and deepen the cornerstones of Conflict Prevention. For the purpose, we have analysed doctrine from International Relations in order to understand the scope of the concept of conflict prevention. We address its legal and institutional framework within the United Nations system, and explore the use of force in preventing conflicts. Finally, we reflect upon the different approaches taken in International Relations and International Law. From our point of view, only a cooperative dialogue between the two fields could lead to an effective preventive normative framework of the “Responsibility to Protect” principle. The goal should be to establish a broader, preventive paradigm which could replace the current regime of a subsequent possibility of (war crime) trials at various international tribunals.

### **1. Introducing the concept of conflict prevention**

The fall of the Berlin Wall in November 1989, the subsequent opening of the Iron Curtain between Eastern Europe and Western Europe in the 1990’s, the collapse of the Soviet Union, and the end of the Cold War initiated an intensive search for and discussion about an effective tool for conflict prevention in International Relations’ theory. In particular, the 1994 Rwandan massacre pushed discussions about the International Community’s inertia and, consequently, failure to act proactively in the face of imminent major humanitarian catastrophes<sup>3616</sup>. In view of Art. 1 of the Charter of the United Nations and obligations of the United Nations to prevent such deplorable events, it became clear that a change of perspective was necessary, and that the traditional *a posteriori* reaction paradigm (war crimes tribunals) should move further to a proactive, early and preventive approach.

In our view, it is important to distinguish the principles of “conflict prevention” and “atrocity prevention” as policies. Whereas the latter focuses on dissuading actors from committing atrocities, the former aims at finding a mutually agreeable settlement. They involve different strategies, which often are incompatible with each other<sup>3617</sup>. One crucial difference is that strategies for preventing conflicts usually aim at the elimination of violence, whereas atrocity prevention policies might involve the recourse to military action, especially at a later stage<sup>3618</sup>. We will return to this topic.

Earlier, we introduced David Carment and Albrecht Schabel’s<sup>3619</sup> definition of Conflict Prevention. According to these Authors, Conflict Prevention

---

<sup>3616</sup> Igrapé Institute, 2018.

<sup>3617</sup> Bellamy, 2018, p. 142.

<sup>3618</sup> Sharma, 2015, p. 9.

<sup>3619</sup> Carment, 2003, p. 11.

“is a medium and long-term proactive operational or structural strategy undertaken by a variety of actors, intended to identify and create the enabling conditions for a stable and more predictable international security environment”.

This definition assumes that Conflict Prevention (i) involves attitudinal change, (ii) is malleable as a concept and as a policy, (iii) can be multi-sectoral, (iv) can be applied at different phases of conflict, and (v) can be implemented by a range of actors acting either independently or in various groups/ constellations<sup>3620</sup>.

Moreover, the Authors add the idea, which we paraphrase, that conflict prevention is a way of thinking, a state of mind, or even a culture innate to policy makers engaged in implementing preventive diplomacy, be they Nongovernmental Organizations (NGOs), States, or regional/ global International Organizations.

Another underlying assumption is that conflicts are a natural expression of heterogeneity of interests, values and beliefs, being, therefore, an intrinsically embedded aspect of societies from which social change arises. This means that conflicts are as much inevitable as they are needed and should be perceived as positive<sup>3621</sup>. The focus of conflict management theory and practice, as a wide theoretical field, is, as scholars argue, the way conflicts are dealt with. One pre-requisite is, nevertheless, that habits and choices can be changed.

It should be pointed out that there is a common tendency to focus on so-called *ad hoc* Conflict Prevention – actions directed at specific countries in the imminence of conflicts<sup>3622</sup>. This is often related to the concept of *negative peace* – a rather limited and narrow definition of “Conflict Prevention” in which peace is the absence of war<sup>3623</sup>.

Another part of conflict prevention, in a long-term perspective, even when no signs of conflict have emerged yet, is the adoption of global and/or region-level conventions or other normative standards of Human Rights and Democracy by States<sup>3624</sup>.

Generically, all measures aimed at reducing poverty and increasing economic growth suit the prevention of humanitarian crisis, as does the promotion of Human Rights and the protection of minorities’ rights<sup>3625</sup>. Increasing cooperation in the educational, health, social, cultural and related fields is also believed to decrease conflict<sup>3626</sup>. This set of measures can be referred to as *a priori* conflict prevention, and one illustrative direct action would be the creation of international courts such as the International Criminal Court (ICC), which is

---

<sup>3620</sup> Idem.

<sup>3621</sup> Ramsbotham et al., 2005, p. 11. Mani, 2018.

<sup>3622</sup> Lund, 2009.

<sup>3623</sup> Diehl, 2016.

<sup>3624</sup> Ramsbotham et al., 2005, pp. 141 ff.

<sup>3625</sup> Monteiro, 2000.

<sup>3626</sup> Strauss, 2015.

believed to have a deterrent effect on populations, aside from punishing individuals for committed crimes<sup>3627</sup>.

The International Criminal Court has been the subject of criticism, namely regarding demonstrated operational and political problems, as well as limitations with institutional legitimacy<sup>3628</sup>. We will not, however, exhaust this topic. The Statute of the ICC is a treaty, adopted at the Rome Conference in 1998 and entered into force in 2002. The Court's jurisdiction has, therefore, a voluntary nature. The Court can exercise jurisdiction over crimes against humanity, war crimes, genocide and the crime of aggression (Article 5).

From the Preamble of the Statute and from Article 1 and Article 17 emanates a rule of complementarity as to the admissibility of cases<sup>3629</sup>. The preamble and Article 1 provide that the "International Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions". This means that State cooperation is vital to the effective functioning of the Court<sup>3630</sup>. However, the Statute of the Court does not apply to a significant number of States (the United States, China, Russia and India, for example, are not parties to the Rome Statute, leaving a big part of the world population outside the jurisdiction of the Court). Moreover, ICC mechanisms to enforce the duty to cooperate are seemingly flawed<sup>3631</sup>. Finally, the Court is criticised for its "selectivity", both in the definition of so-called "international crimes" and in the range of situations where its jurisdiction is exercised<sup>3632</sup>. Critical scholars point to the fact that the Court's activities have been, so far, focused on Africa, which has led to some States, such as Burundi, withdrawing their ratifications of the Rome Statute<sup>3633</sup>.

Returning to the matter of conflict prevention, in its turn, so-called *a priori* conflict prevention relates to the concept of *positive peace*. The latter is a much broader definition, in which the absence of high levels of violence is an element, encompassing nevertheless other features that can be applied in different contexts, such as human rights, justice and conflict management. Further components of positive peace would be State-to-State relations, national societies, and group interactions. Building positive peace is, therefore, a long-term process and requires extensive and ongoing commitments by the International Community<sup>3634</sup>.

---

<sup>3627</sup> Lund, 2009.

<sup>3628</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 449. Guilfoyle, 2016, pp. 95 ff.

<sup>3629</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 445

<sup>3630</sup> Sluier, 2009. Guilfoyle, 2016, p. 92.

<sup>3631</sup> See Sluier, 2009. Guilfoyle, 2016, p. 92.

<sup>3632</sup> Guilfoyle, 2016, p. 90.

<sup>3633</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 449.

<sup>3634</sup> Diehl, 2016.

## **2. UN legal and institutional framework for conflict prevention**

The next step of our analysis falls under the current legal and institutional framework for Conflict Prevention within the United Nations system. Our legal assessment follows a chronological sequence. We start from the Charter of the United Nations, adopted in 1945 and its chapter VI, entitled “Pacific Settlement of Disputes”. Then, we move onto the International Law Commission (ILC)’s Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which date from 2001. Finally, we introduce the latest normative effort, namely Responsibility to Protect (R2P), which has its legal source in the adoption of the 2005 World Summit Outcome Document (WSOD) by the General Assembly, and its subsequent endorsement by the Security Council (in, e.g., Resolution 1674 (2006) on Protection of civilians in armed conflict).

### **a. The Charter**

Article 2(3) and Article 33 of the UN Charter, the founding document of the organisation, establish a general obligation for States to settle legal and political disputes peacefully. Furthermore, they contain a general prohibition of the threat or use of force in international relations. In combination, these rules set a changing point in the international legal system after the Second World War.

Article 33 is relevant in respect of States’ responsibility for wrongful acts. This article encompasses a general obligation for States to resort to peaceful methods of dispute settlement, such as mediation, negotiations or arbitration, when reparation – which, being the case, must have been requested in the first place – is not made or considered unsatisfactory<sup>3635</sup>.

Following Cassese’s<sup>3636</sup> explanation, there are two categories of State accountability. The first concerns the “private” relation between States bounded by contractual obligations due to bilateral or multilateral treaties. This is the responsibility for *ordinary* breaches of International Law and protects States’ interests of an economic, commercial or diplomatic nature. The second form of accountability is an *aggravated* responsibility for violations of general community rules, *erga omnes* obligations protecting fundamental rights – peace, Human Rights, the self-determination of people, or obligations *erga omnes contractantes*. In this case, a *public* relation arises between the infringing State and all the other States (in the case of treaty breaches, all the other contracting States). Consequently, even third States which are not affected by the illegal act of a violating State may be entitled to react if all States have a legal interest in the protection of specific rights<sup>3637</sup>.

---

<sup>3635</sup> Cassese, 2001, p. 186.

<sup>3636</sup> Idem, pp. 182 ff.

<sup>3637</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 293.



**b. ILC's Draft Articles on States Responsibility for Wrongful Acts**

In view of the importance of the concept of State Responsibility, the International Law Commission's (ILC) Draft Articles on States Responsibility for Wrongful Acts, from 2001, deal, in chapter III, with "Serious breaches of obligations under peremptory norms of general International Law". This implies that the presented draft falls under the scope of the above-mentioned *aggravated* responsibility for violations of *erga omnes* obligations.

From a Conflict Prevention point of view, the relevant articles are Article 41 and article 48. The former entails a positive duty for States to cooperate in ending serious breaches of International Law, whether they are individually affected by it or not. The latter authorizes non-injured States to invoke the responsibility of the wrongdoer. As Wyler and Castellanos-Jankiewicz<sup>3638</sup> observe, States have the right to react against crimes in the name of every member of society. The ILC stated<sup>3639</sup> that this duty of cooperation must be pursued through lawful means and can be either institutionalized – through the UN, for example – or non-institutionalized. Nevertheless, this cooperation can assume a variety of forms.

**c. Responsibility to Protect (R2P)**

"Responsibility to Protect" (R2P) is an international legal principle which creates legal and political obligations for States. Its legal foundations arise from the 2005 World Summit Outcome Document (WSOD), paragraphs 138 and 139<sup>3640</sup>, and several United Nations Security Council (UNSC) resolutions (e.g.: Resolution 1674 (2006) on Protection of civilians in armed conflict), combined with International *Jus Cogens* norms, such as the Genocide Convention<sup>3641</sup>.

The doctrine essentially encompasses two different sets of responsibilities. The first one would be the responsibility of each State to protect its own population. This obligation follows from *Jus Cogens* norms. In the specific case of e.g. genocide prevention, the International Court of Justice (ICJ), in its judgment of the *Srebrenica Case*, has explained that States have an international responsibility to take all measures available to them which might have "a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent", whether it be in their territory or in the territory of another State, within the limits of International Law<sup>3642</sup>.

---

<sup>3638</sup> Wyler, 2014.

<sup>3639</sup> ILC Report on the Work of its Sixty-First Session, GAOR 64th Sess., Suppl. no. 10, Doc. A/64/10 of 4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009.

<sup>3640</sup> [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_60\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf).

<sup>3641</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Adopted by the general assembly of the United Nations on 9 December 1948.

<sup>3642</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, paragraphs 428-438.

The second set of responsibilities lies within the sphere of the principal category of international legal persons, States, acting through the United Nations, within the scope of its delegated powers. When a State manifestly fails to protect its population or commits genocide, war crimes, ethnic cleansing, crimes against humanity, there should be an international effort to assist in the reestablishment of peace and security. These efforts should preferably be conducted through peaceful means, and as a last resort, the international community could resort to the measures of chapter VII of the Charter of the United Nations.

In view of the above, it can be concluded that territorial States have the primary responsibility to protect and assist their citizens and, should they manifestly fail to do so, the International Community, namely through the UN, is bound to assist in the reestablishment of peace and security. This secondary responsibility is, however, limited to the imminence of or commission of any of the four categories of crimes listed in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)<sup>3643</sup>.

“Responsibility to Protect” is also commonly summarized in “three pillars”: the first one being the primary responsibility of each State towards its citizens; secondly, the pledge to assist other States in fulfilling their responsibility; and the third one, as members of the International Community, the readiness to act collectively in cases of “manifest” failure of a State in protecting its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing or crimes against humanity<sup>3644</sup>.

One final consideration about the concept of “Responsibility to Protect” is that its current formulation is consistent with the model of “sovereignty as responsibility”, as developed by Francis Deng. In Deng’s view<sup>3645</sup>, sovereignty is a two-dimensional concept. It encompasses the above-mentioned responsibility for the welfare of each State’s population and entails an implicit assumption of accountability. The International Community renders complementary protection and assistance to those in need and holds Governments accountable for the discharge of their national responsibility towards their population. As Francis Deng further explains, international normative parameters of Humanitarian and Human Rights Law compel the international community to react to humanitarian crises. The only way to balance this idea with the concept of sovereignty is by establishing minimum standards of responsibility and having the international community take a complementary role in protecting populations.

Below, we will return to the concept of sovereignty and address some questions which arose in scholarly debates concerning the acceptance of Francis Deng’s “sovereignty as responsibility” concept.

---

<sup>3643</sup> Bellamy, 2010.

<sup>3644</sup> Idem.

<sup>3645</sup> Deng, 2010.

#### **d. Institutional framework**

Turning our attention to the current institutional UN framework, in 2008, the Secretary-General appointed the first Special Adviser for the Responsibility to Protect and later in 2011, a joint office with the Special Adviser on the Prevention of Genocide was established, the Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. The two Special Advisers report directly to the Secretary-General and share a common methodology for early warning, assessment, convening, learning, and advocacy in order to protect populations from the four categories of atrocity crimes, as well as their incitement. They have a preventive focused mandate to act as catalysts in raising awareness of the causes and dynamics of atrocity crimes, having none of the Special Advisers judicial or *quasi*-judicial powers<sup>3646</sup>.

Ekkehard Strauss<sup>3647</sup> points to the fact that, despite the Office's needed and pertinent mandate to fulfil a gap within the UN institutional structure for early warning and early action towards mass atrocities, the reality is that in practice it falls short on achieving its objective. One of the reasons emphasised by Strauss is the lack of consistency of the concept of Responsibility to Protect, since the content of this concept is still being discussed. In order to correctly implement Responsibility to Protect, it is necessary that the Member States of the United Nations agree on its legal, operational, and methodological framework.

#### **e. The Secretary-General pledges**

António Guterres has consistently pledged for a switch of the International Community response paradigm to a preventive one. In his 2017 Report entitled "Implementing the responsibility to protect: accountability for prevention"<sup>3648</sup>, highlighted in paragraph 13 are the legal obligations of States to address the root causes of atrocity crimes, which entail the "creation of State structures and institutions that are functioning and legitimate, respect human rights and the rule of law, deliver services equitably and can address or defuse sources of tension before they escalate".

In his 2018 Report "Responsibility to protect: from early warning to early action"<sup>3649</sup>, he refers to the need to strengthen international cooperation and multilateral institutions to respond to conflicts, namely through mechanisms of early warning and early action. Moreover, he stresses that inclusive and sustainable development are the best form of prevention against all kinds of humanitarian risks, including the risk of atrocity crimes. The Secretary-General further states that the most effective preventive approaches are inclusive,

---

<sup>3646</sup> Information retrieved from the United Nations Office on Genocide Prevention and Responsibility to Protect website page: <https://www.un.org/en/genocideprevention/2011.shtml#>.

<sup>3647</sup> Strauss, 2015.

<sup>3648</sup> <https://undocs.org/A/71/1016>.

<sup>3649</sup> <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/1808811E.pdf>.

integrated, adaptive, flexible and sustained, and require the active participation of civil society, the business sector, religious and traditional leaders and individuals. Emphasis is given to ending gender-based discrimination and empowering the role of women as agents of atrocity prevention.

**f. A normative gap?**

As much as a normative development of the concept of “Responsibility to Protect” is needed, it appears that legal scholars and practitioners have mainly focused their attention on the reaction to mass atrocities under Responsibility to Protect. We have asked ourselves whether there is a legal gap for conflict prevention or if the current legal norms need to be further developed, in order to reach contexts outside the committing of mass atrocities.

In view of the above, we suggest that the duty of cooperation established under the Draft Articles and its assumed open format, in combination with the first two pillars of Responsibility to Protect may be key in legitimizing the referred normative development.

As Hitoshi Nasu<sup>3650</sup> observes, the International Community’s responsibility under pillars II and III of “Responsibility to Protect” doctrine is different in nature from the State’s responsibility towards its population. Article 1(3) of the Charter of the United Nations provides that one of the purposes of the United Nations is “to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural or humanitarian character”. However, the system of the United Nations lacks law enforcement mechanisms to enable assuming a positive obligation to ensure the protection of Human Rights and respect for Humanitarian Law<sup>3651</sup>.

Following Nasu’s explanation, the positive duty of cooperation established under Article 40 and Article 41 of the ILC’s Articles on State Responsibility could provide the legal basis for the International Community’s responsibility to protect. Quoting the ILC’s commentary, “such cooperation, especially in the framework of international organizations, is carried out already in response to the gravest breaches of international law”<sup>3652</sup>.

The term “Responsibility” in the concept of Responsibility to Protect is limited to the occurrence or imminence of mass atrocity crimes, directing its scope away from a preventive context where mass atrocity is nowhere to be seen, thus making it difficult to invoke its rhetoric in such a situation. As a result, we denote that the current legal definition of the principle results in a contradiction with its enunciation regarding preventive action in a context far from the occurrence of mass atrocities.

---

<sup>3650</sup> Nasu, 2011.

<sup>3651</sup> Idem.

<sup>3652</sup> See note 29.

Moreover, Francis Deng's above mentioned "sovereignty as responsibility" norm, besides opening the doors for legitimate *reaction* from third States, is especially relevant for prevention concerns. Jentleson<sup>3653</sup> defends the need to strengthen this norm in order to legitimize early action to prevent deadly conflicts, arguing its coherence with articles 2 (7) and chapter VII of the Charter of the United Nations. The author also emphasises that the Charter of the United Nations protects the "sovereignty of the peoples", in Kofi Annan's words, and, accordingly, allows an intervention in the name of Human Rights and the protection of human dignity, as well as in compliance with the Security Council's mandate of maintaining international peace and security. Thus, it can prevail over national territorial sovereignty. Nolte<sup>3654</sup> explains that the concept of "sovereignty as responsibility", besides being relevant in case of military intervention, is important in the context of terrorism, human rights, and other areas. Conceiving sovereignty not only as a set of rights, but also obligations makes the point that States are effectively obligated to control their territory, respect human rights, and, to a certain degree, exercise good governance<sup>3655</sup>. The normative framework, however, remains weaker in what concerns preventive action.

### **3. The use of force to prevent conflict escalation**

The general prohibition of the use of force in international relations is a principle of International Law. The prohibition results from the obligation to respect the territorial integrity and political independence of States<sup>3656</sup>. The framework of this principle emanates from Article 2(4), Article 42 and Article 51 of the Charter of the United Nations. This rule is also a rule of international consuetudinary law<sup>3657</sup>, and the International Court of Justice (ICJ) recognized it as a *Jus Cogens* rule in case *Nicaragua vs. United States*<sup>3658</sup>.

Article 2(4) of the Charter of the United Nations provides that "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations"<sup>3659</sup>. Article 42<sup>3660</sup> and Article 51 of the Charter of the United Nations encompass two exceptions to the prohibitive principle.

---

<sup>3653</sup> Jentleson, 2003.

<sup>3654</sup> Nolte, 2005.

<sup>3655</sup> Idem.

<sup>3656</sup> Tavares, 2015, p. 122.

<sup>3657</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 452.

<sup>3658</sup> Idem, p. 452.

<sup>3659</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 452. Tavares, 2015, p. 128.

<sup>3660</sup> "Article 42: Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations".

The norm within Article 51 is considered the main exception to the principle<sup>3661</sup>. It recognizes the “inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations”. This means that the right of self-defence exists when a State suffers a previous armed attack<sup>3662</sup>. The ICJ has recognized the consuetudinary nature of this right in the *Nicaragua* case<sup>3663</sup>, and stated that not all aspects of this right are directly regulated by the Charter of the United Nations. Nevertheless, the right of self-defence is limited by the legal parameters of the Charter<sup>3664</sup>.

As Maria Isabel Tavares<sup>3665</sup> observes, the principle prohibiting the use of force is related to the principle of the peaceful settlement of disputes. Tavares explains that if States shall refrain from the use of force in their international relations, then, naturally, alternative options must be conceived. This interpretation is reinforced by an examination of other provisions of the Charter<sup>3666</sup>. Article 2(3) provides that “All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered. This view was also supported in the *Corfu Channel* case<sup>3667</sup>.

The doctrine of Humanitarian Intervention professes the intention to protect citizens from the oppression of their own Government, typically consisting of invasion and bombardment of State territory<sup>3668</sup>. However, this is not permitted by the Charter of the United Nations<sup>3669</sup>. Moreover, under Article 3 and Article 5 of the General Assembly Resolution 3314 (1974)<sup>3670</sup>, humanitarian intervention is a crime of aggression. Article 3 provides that invasion and bombardment of State territory are examples of aggression. Article 5 states that “no consideration of whatever nature, whether political, economic, military or otherwise, may serve as a justification for aggression”.

Finally, in the aftermaths of 1999 NATO’s intervention in Former Republic of Yugoslavia, 132 States adopted the Havana Declaration<sup>3671</sup>, in 2000, stating that “We reject the so-called ‘right’ of humanitarian intervention, which has no legal basis in the UN Charter or in the general principles of international law”<sup>3672</sup>.

Under the Responsibility to Protect principle, when national authorities are unable or unwilling to protect their citizens, the duty shifts to the international community. When

---

3661 Tavares, 2015, pp. 132 ff.

3662 Tavares, 2015, p. 133. Orakhelashvili, 2019, p. 456.

3663 Tavares, 2015, p. 131.

3664 Idem, p. 132.

3665 Idem, pp. 126-127.

3666 Orakhelashvili, 2019, p. 452.

3667 Idem, pp. 452 and 453: The Court stated that “only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law”.

3668 Idem, p. 468.

3669 Idem.

3670 United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), adopted by the United Nations General Assembly on December 14, 1974 as a non-binding recommendation to the United Nations Security Council on the definition it should use for the crime of aggression.

3671 [http://www.g77.org/summit/Declaration\\_G77Summit.htm](http://www.g77.org/summit/Declaration_G77Summit.htm).

3672 Havana, 10-14 April 2000, para. 54. Orakhelashvili, 2019, p. 470.

diplomatic, humanitarian and other methods of protecting populations at risk are insufficient, it may be necessary for the Security Council to act under chapter VII of the Charter. It must be borne in mind that those would be situations of the utmost exceptionality.

One of the strongest criticisms towards Responsibility to Protect concerns the possible political derogation of the prohibition of use of force. In fact, this aspect has received the greatest attention by scholars and politicians, who cautiously doubt Responsibility to Protect rhetoric.

The concept of “Responsibility to Protect” was first announced by the International Commission on State Intervention and Sovereignty (ICCS) in its 2001 Report entitled “Responsibility to Protect”. The ICCS emerged in 2000, in response to Kofi Annan’s pledge for consensus regarding the parameters for authorization of external military intervention for human protection purposes. At the time, pursuing the event of the NATO’s led intervention in Kosovo in 1999, the topic of humanitarian intervention was highly controversial. Some authors<sup>3673</sup> point to the fact that the report left several aspects unclear, such as the meaning of the term “International Community”, since, as critical scholars pointed out, it remained unclear whether an authorization by the Security Council was always necessary<sup>3674</sup>.

However, with the adoption of the principle by the General Assembly in 2005, it became very clear that military intervention, being a last resort mechanism, could only occur with authorization of the Security Council<sup>3675</sup>. Following this fact, we assert the idea that a historical and systematic interpretation of this norm within the United Nations legal framework is consistent with the Organization’s goal of maintaining international peace and security<sup>3676</sup>, being, therefore, inconsistent with a doctrine of unilateral intervention for humanitarian purposes.

In view of the above, it can be concluded that, within the scope of “Responsibility to Protect”, military intervention is legitimized through a collective decision-making process, resulting in the adoption of a Security Council resolution. The doctrine of Humanitarian Intervention, which professes a right of unilateral military intervention, is incompatible with the principles of International Law. Distinguishing these two doctrines is of paramount importance when it comes to developing a legal framework for conflict prevention.

Furthermore, in his report *In larger freedom* from 2005, Kofi Annan emphasised the need for the Security Council to set the guiding principles for the authorization of the use of force. The former Secretary-General recommended that the Council, when considering whether to authorize or endorse the use of military force, arrive at a common view on (i) how to weight the seriousness of the threat; (ii) the proper purpose of the proposed military action;

---

<sup>3673</sup> Nolte, 2005.

<sup>3674</sup> Idem.

<sup>3675</sup> Bellamy, 2010.

<sup>3676</sup> Article 1 UN Charter.

(iii) whether means short of the use of force might plausibly succeed in stopping the threat; (iv) whether the military option is proportional to the threat at hand; and (v) whether there is a reasonable chance of success<sup>3677</sup>.

In this report, Kofi Annan also made important considerations regarding the concept of sovereignty. The former Secretary-General stated that “no legal principle – not even the sovereignty – should ever be allowed to shield genocide, crimes against humanity and mass human suffering”<sup>3678</sup>. Referring to the “sovereignty as responsibility” norm, emphasis was given to its “collective”<sup>3679</sup> aspect. As Georg Nolte<sup>3680</sup> notes, caution is required in translating Responsibility to Protect into a legal norm. There is a risk that established legal procedures are overcome by powerful States, such as happened in Kosovo 1999. We will develop this topic in the following section.

### **a. Sovereignty as responsibility**

Sovereignty<sup>3681</sup> is a plastic concept which has been readapted over time, namely since the Westphalian paradigm<sup>3682</sup> up to contemporary concepts such as Deng’s “sovereignty as responsibility”. As George Nolte notes, “the concept of sovereignty invites projections by its interpreters of their respective *Weltanschauung*, their vision of the world”<sup>3683</sup>.

Nolte further explains that in the past, sovereignty was described as an absolute power and intrinsically related to the right to go to war, being the basis for the rule of law in interstate relations and the prohibition on going to war, whereas nowadays the concept of sovereignty is discussed in its relationship with globalization.

Georg Nolte points to two functions of the concept of sovereignty: “(i) sovereignty must leave enough room for the requirements of globalization; (ii) sovereignty must protect against undue interference by equals”<sup>3684</sup>. In legal terms, the liberty of States can be restricted in the general interest; however, their status as equals should be preserved<sup>3685</sup>.

Conceiving the concept of sovereignty as implicitly encompassing a set of responsibilities is not a new idea. Max Huber, in the *Island of Palmas* arbitration case (1928), said that

---

<sup>3677</sup> SG Report “In larger freedom”, paragraph 126, <https://undocs.org/A/59/2005>.

<sup>3678</sup> Paragraph 129.

<sup>3679</sup> Paragraph 135.

<sup>3680</sup> Nolte, 2005.

<sup>3681</sup> As Alexander Orakhelashvili explains, saying that a State is sovereign means that the State is independent and autonomous (is not in dependence of another State). One key implication of sovereignty is that no rule of International Law can bind a State without its consent. Another aspect of sovereignty is that the use of sovereignty leads to the assumption of legal obligations by States through the expression of their consent. See Orakhelashvili, 2019, pp. 10 ff.

<sup>3682</sup> “This framework emphasizes the equality of all States as participants in the international legal system, the necessity of consent both express and implied for the application of the Law upon a State, and the exclusion of external actors from the State’s “domestic jurisdiction”. Kenny, 2018, p. 147.

<sup>3683</sup> Nolte, 2015.

<sup>3684</sup> Idem.

<sup>3685</sup> Idem.



“Territorial sovereignty (...) has as its corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other states”<sup>3686</sup>.

However, it should be noted that it can prove dangerous, and it did in the past, to make use of Responsibility to Protect rhetoric only to overcome the barrier of a more restrictive concept of sovereignty. In 1999, the Kosovo war represented a case where a military appraisal was engaged against an alleged infringing State without the Security Council’s authorization. Additionally, when the Security Council addressed the case in resolution 1244, from 10 June 1999, it remained silent as to the question of legitimacy for the use of force. As Azeredo Lopes<sup>3687</sup> remarked, this could represent a precedent for legitimizing the doctrine of unilateral military intervention. However, following Azeredo Lopes’ opinion, such argument cannot proceed.

Azeredo Lopes<sup>3688</sup> further explains that the NATO-led intervention in Kosovo was conducted outside the limits of International Law. NATO’s declarations often invoked *moral* justifications for the use of force based on humanitarian urgency and necessity due to the risks suffered by Kosovans. Moreover, this behaviour can be understood through the fact that prior to Kosovo’s intervention, the United States and the United Kingdom had tried to justify the use of force against the Former Republic of Yugoslavia (based on Security Council’s resolutions 1199 and 1201). Having failed to obtain the Security Council’s authorization, the referred States opted to act outside the scope of the Council’s authority.

### **3. Lessons**

As we have pointed out above, Conflict Prevention is normatively poorly delimited. Taking the view that, in order to fulfil this gap, cooperation between International Law and International Relations scholars and practitioners is necessary<sup>3689</sup>, one way to foster a prosperous dialogue would be to bring the two scientific fields together.

Law and Politics are intrinsically related, since politicians are lawmakers. Moreover, international rules are materialized in international relations, the two fields being constantly in symbiosis. Responsibility to Protect, as it is today, theoretically conceptualized by the 2005 World Summit Outcome Document, emerged from political will and has progressively gained a more secure legal foundation – the United Nations (and, specifically, the Security Council) being the primary stakeholder pushing for its development.

---

<sup>3686</sup> Island of Palmas Case (Neth. v. USA), 2 R.I.A.A. 829, 839 (Perm. Ct. Arb. 1928) apud. Nolte, G. 2005.

<sup>3687</sup> Lopes, 2003, pp. 1063 ff.

<sup>3688</sup> Idem, pp. 1064-1065.

<sup>3689</sup> Taking the view of authors such as Michael Byers (Byers, 2008), who has highlighted that although the profound connection between International Law and International Relations, this matter has received very little attention from scholars on both sides.

However, on the one hand, we currently observe a fragmentation of world politics. It has continuously become clear that States are too cautious to commit to preventive binding rules. Under-developed States fear preventive rhetoric may only be a Trojan horse for sovereignty breaches, while the rest of the world is held back by economic concerns<sup>3690</sup>. Another factor is, as Michael Lund<sup>3691</sup> notes, the fact that successful cases of peaceful prevention of conflicts usually go unnoticed and, thus, there is a general unawareness, outside the professional circles, on how peace is maintained. This contributes to a certain degree of “pessimism”, in Lunds’s words, towards the value of Conflict Prevention efforts.

On the other hand, there is a communicational gap between the fields of (Public) International Law and International Relations. Experts from both fields, as well as politicians and actors of international society, theorize about the necessity of a change of the paradigm of the International Community’s action concerning massive violence and atrocity<sup>3692</sup>. However, the two fields adopt contradicting standpoints regarding the concept of “Responsibility to Protect”. International Relations scholars are reluctant to conceptualize Responsibility to Protect as a legal principle<sup>3693</sup>, whereas international lawyers assume its legal nature<sup>3694</sup>. Dialogue becomes difficult when one reality is theorized in such different formats.

As a consequence, we underline an inadequate operation of Responsibility to Protect by the International Community’s actors, who have chosen to enhance only the reactive aspect of this doctrine, calling on it to “legally” justify the use of force – such as in the Libya Case<sup>3695</sup>. Monica Naime<sup>3696</sup>, analysing the Libya case, has reflected on the context under which the Security Council Resolution No. 1973 was adopted and on the synergy between law-making and world politics/geopolitical interests. Five members – the “BRIC” (Brazil, Russia, India and China), together with Germany – abstained from the vote, some of them alleging the disproportion of the measures. Naime notes that they were all economic powers with special interests in Libya oil contracts. However, instead of exercising their veto right, these countries choose an abstention. Perhaps this State behaviour was merely a political decision in order to avoid a direct confrontation with Libya, and no opposition to the resolution text.

On the other hand, as Graham Cronogue<sup>3697</sup> explains, the abstaining countries were also concerned that the authorization of force would be used as authority for a regime change. In fact, the decision not to exercise their veto right was made under the assurance that the use of force was limited to protecting civilians. However, NATO stepped beyond the scope of its

---

<sup>3690</sup> Namely interests/costs assessments which usually put more weight on immediate action than in preventive action, denoting that States are usually more willing to wait than to early act, under the assumption that it will be less costly. However, reality shows the inaccuracy of the underlying logic. See Jentleson, 2003.

<sup>3691</sup> Lund, 2009.

<sup>3692</sup> See, for all, Ackermann, 2003.

<sup>3693</sup> See, for all, Reike & Bellamy, 2010. The authors conduct a legal assessment about Responsibility to Protect. However, they conclude that it is not a legal norm.

<sup>3694</sup> As we earlier presented it.

<sup>3695</sup> S/RES/1973 (2011), [https://www.undocs.org/S/RES/1973%20\(2011\)](https://www.undocs.org/S/RES/1973%20(2011)).

<sup>3696</sup> Naime, 2012.

<sup>3697</sup> Cronogue, 2012.

stated rules of engagement and the Security Council authorization. As a consequence, both China and Russia felt that they had been misled by the United States and other Western powers. In the aftermaths of the intervention in Libya, Chinese and Russian officials vowed to never approve such kind of intervention again<sup>3698</sup>.

From our perspective, there is an urgent need for a better understanding of the synergies between International Law and International Relations, as well as an overture from both sides to interchange and reciprocity. The Libya case illustrates how political games may undermine the chances of acceptance by States of legally binding parameters of conflict prevention.

The use of force in preventing the escalation of conflicts is the most fragile aspect of the Responsibility to Protect doctrine and, thus, the most contested. Nevertheless, the focus should be on peaceful methods which can be used as a replacement for bullets. In our point of view, the speech about conflict prevention and, consequently, death and mass atrocity prevention should encompass peace-making discourse. Otherwise, we are talking about fighting fire with fire.

### **III. Mediation**

In this chapter, we intend to provide a theoretical insight on Mediation. Firstly, we briefly introduce the topic of peaceful dispute settlement mechanisms and the theory of so-called Conflict Transformation. Together, these two concepts set the context for our analysis on the relevance of Mediation. Then, we introduce some doctrinal contributions for the understanding of the outcome of Mediation by explaining the role Mediators play in the process and how they affect conflict structures. Lastly, we present some concrete techniques which could be used in the course of Mediation, namely under Nonviolent Communication auspices.

Our goal is to show how Mediation could also be a tool for conflict prevention. At the same time, we intend to provide ground for exchanges between several scientific fields and their respective approaches regarding this mechanism. Ultimately, we adopt the view that international actors should combine efforts to develop a common framework for an appropriate and timely enactment of Mediation. By doing this, we pave the way for a shifting paradigm which we have been referring to above.

---

<sup>3698</sup> Idem.

## 1. Peaceful dispute settlement mechanisms briefly

Chapter VI of the Charter of the United Nations deals with the peaceful settlement of disputes and with the peaceful adjustment of situations which might give rise to a dispute<sup>3699</sup>. According to Tomuschat<sup>3700</sup>, a dispute arises when one State addresses another State with opposing claims. The term “situations” refers to contexts of political tension between States from which further negative consequences may flow. Article 33, which should be interpreted in combination with Article 2(3) of the Charter<sup>3701</sup>, provides that

“1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means”.

Article 33 (1) explicitly mentions the principle of free choice of means for the peaceful settlement of disputes<sup>3702</sup>. Although States are obliged to settle their disputes by peaceful means, they may not be tied to a specific procedure<sup>3703</sup>. Among traditional mechanisms for pursuing the prevention or the peaceful settlement of disputes, two classes of means can be distinguished: the ones which aim at inducing the disputants to reach agreement, and those which are designated to confer a third party the power to settle the dispute by a legally binding decision<sup>3704</sup>. Examples of the first set of mechanisms are negotiation, inquiry or fact-finding, good offices, mediation and conciliation.

**Arbitration** is an example of a traditional mechanism for settling disputes by a legally binding decision<sup>3705</sup>, an option provided for in several treaties and endeavoured by the creation of permanent bodies, such as the Permanent Court of Arbitration (PCA), settled in 1899 by the First Hague Convention on the Peaceful Settlement of International Disputes and situated in the Peace Palace, in the Hague<sup>3706</sup>.

States resort to international arbitration courts, which typically have a contractual jurisdiction limited to a small number of States<sup>3707</sup>. These are effective peaceful dispute settlement mechanisms, suited to resolving certain types of disagreements within the context of treaty law. One example could be the World Trade Organization dispute settlement system.

---

<sup>3699</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 512.

<sup>3700</sup> Tomuschat, 2002, p. 107.

<sup>3701</sup> Tomuschat, 2002 p. 584.

<sup>3702</sup> Tomuschat, 2002, p. 59.

<sup>3703</sup> Idem.

<sup>3704</sup> Cassese, 2001, p. 213.

<sup>3705</sup> That is, besides traditional international courts, like the International Court of Justice (ICJ) and the International Criminal Court (ICC).

<sup>3706</sup> Cassese, 2001, p. 214.

<sup>3707</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 552.

This mechanism's "qualitative step", in Cassese's words, concerns the judicial nature of the process and the fact that the courts' findings are legally binding to the parts.

In view of this, it can be concluded that Arbitration is particularly relevant in "ordinary responsibility" cases, and it undeniably represents a big achievement for Public International Law. Nevertheless, each of the above-mentioned peaceful settlement mechanisms suit different contexts of conflict. Disputing States shall exercise their free choice of means in order to elect the most appropriate method in each situation.

## **2. Conflict transformation**

The shifting paradigm we have been referring to finds conceptualization in *Conflict Transformation*, as John Paul Lederach<sup>3708</sup> presented it. In his opinion, Peace is embedded in Justice and conflict is normal in human relations, acting as a motor of change. The definition proposed by the author is that Conflict Transformation

"is to envision and respond to the ebb and flow of social conflict as life-giving opportunities for creating constructive change processes that reduce violence, increase justice in direct interaction and social structures, and respond to real-life problems in human relationships<sup>3709</sup>".

In summary, and paraphrasing Lederach, this is a constructive paradigm with the focus on the creation of adaptive responses to human conflict through change processes which increase justice and reduce violence. The targets are our face-to-face interactions and the ways we structure our social, political, economic and cultural relationships. Peace is viewed as a continuously evolving and developing quality of relationships, and non-violent approaches are at the centre of Peace work. The process is, thus, based on constant dialogue structures.

It is nonetheless important to emphasize that so-called Conflict Transformation approaches involve those conflict resolution solutions which are best suited to each conflict. By choosing this approach, it will be possible for the International Community to solve a crisis in a quick and definite way. The difference is that a strict conflict resolution approach would miss the chance to raise the appropriate questions which would include social/structural change.

In his report from 1992, *An Agenda for Peace*, Boutros Boutros-Ghali referred explicitly to the Conflict Transformation theory. At that time, the report was ground-breaking and served as a basis for restructuring the United Nations' perspective towards the International Community's approaches to conflicts after the Cold War<sup>3710</sup>. Quoting its 59<sup>th</sup> paragraph:

---

<sup>3708</sup> Lederach, 2014.

<sup>3709</sup> Idem, p. 21.

<sup>3710</sup> Herz, 1999 apud Ayres Pinto, 2014.

“There is a new requirement for technical assistance which the United Nations has an obligation to develop and provide when requested: *support for the transformation of deficient national structures and capabilities, and for the strengthening of new democratic institutions*. The authority of the United Nations system to act in this field would rest on the consensus that *social peace is as important as strategic or political peace*. There is an obvious connection between democratic practices – such as the rule of law and transparency in decision-making – and the achievement of true peace and security in any new and stable political order. These elements of good governance need to be promoted *at all levels of international and national political communities* (emphasis added)”.

The change of approach within the UN is still taking place and, more recently, the Security Council expressed its intention to consider the role and responsibilities of the UN within peacekeeping and peace-building mandates in supporting efforts aimed at addressing the “root causes of conflicts”<sup>3711</sup>.

### **3. Mediation**

Mediation is an ancient tool and effective method for preventing, managing and resolving conflict, as well as for peace building purposes in post-conflict environments. Its roots stem back to as far as ca. 2000 BC, from references in the Bible<sup>3712</sup>, going up to 209 BC, when an attempt at mediating the First Macedonian War between the Aetholian League and Macedonia was made<sup>3713</sup>. Furthermore, it has been present in multilateral treaties since the 1899 and 1907 Hague Conventions for the Pacific Settlement of International Disputes, to the 1982 Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes<sup>3714</sup>.

In the United Nation’s 1992 *Handbook on the peaceful settlement of disputes between States*<sup>3715</sup>, Mediation is defined as “a method of peaceful settlement of an international dispute where a third party intervenes to reconcile the claims of the contending parties and to advance his own proposals aimed at a mutually acceptable compromise solution”.

Jacob Bercovitch<sup>3716</sup>, providing a more extensive analysis of the definition of Mediation, summarizes its characteristics as follows:

“(1) Mediation is an extension and continuation of the parties' own conflict management efforts.

(2) Mediation involves the intervention of an individual, group or organization into a dispute between two or more actors.

---

<sup>3711</sup> See S/PRST/2017/27, twelfth paragraph.

<sup>3712</sup> Bercovitch, 2003.

<sup>3713</sup> Greig, 2012.

<sup>3714</sup> United Nations, 1992.

<sup>3715</sup> Adopted by General Assembly resolution 37/10, annex (United Nations, 1992).

<sup>3716</sup> Bercovitch, 2003.

(3) Mediation is a non-coercive, non-violent and ultimately non-binding form of intervention.

(4) Mediation turns an original bilateral dispute into triadic interaction of some kind. By increasing the number of actors from two to three, mediation effects considerable structural changes and creates new focal points for an agreement.

(5) A mediator enters a dispute in order to affect, change, resolve, modify or influence it in some way.

(6) Mediators bring with them, consciously or otherwise, ideas, knowledge, resources and interests of their own or of the group or organization they represent. Mediators are often important actors with their own assumptions and agendas about the dispute in question. International mediators are both interested and concerned parties.

(7) Mediation is a voluntary form of intervention. This means the parties retain their control over the outcome (if not always the process) of their dispute, as well as their freedom to accept or reject mediation or mediator's proposals.

(8) Mediation operates on an *ad hoc* basis only”.

From the information above, we would like to highlight three essential aspects of Mediation: firstly, Mediation involves restructuring a conflict by introducing a third party. Furthermore, Mediation is non-violent. Finally, Mediation is a voluntary process by nature. We will address these three main issues by elaborating on the role of the mediator.

#### **a. The Mediator**

Paul F. Diehl and J. Michael Greig<sup>3717</sup> point to the diversity of cases in which Mediation is applicable as a conflict management tool. The range goes from divorce settlement talks, to labour management negotiations and peace efforts between warring States. Common to these processes is the introduction of a third party into the negotiation process.

Since this third party is crucial to the Mediation process, it is necessary to elaborate on the role of this third party. In order to understand this role, it is necessary to comprehend the voluntary nature of Mediation. In the first place, Mediation processes depend on the existence of an outsider entity willing to engage in the dispute. On a second level, both disputing parties must consent to the Mediation process. Furthermore, during negotiations, any suggestion made by the mediator aimed at the settlement of the dispute is submitted to acceptance by the contending parties. Especially in international mediation, it is necessary to acknowledge the underlying reasons for both the mediator and the parties to participate in the process<sup>3718</sup>.

---

<sup>3717</sup> Greig, 2012, p. 1.

<sup>3718</sup> Idem, pp. 61 ff.

In the following, we briefly explain four different roles mediators can play: (i) outsider-neutral, (iii) transformative, (ii) insider-partial and (iv) international mediator.

Wehr and Lederach<sup>3719</sup> introduced the insider-partial concept, relating it to the outsider-neutral and the international mediator. What differentiates these concepts is the degree of externality, neutrality and impartiality, as well as the authority of the mediator in the process.

An outsider-neutral mediator is both external to the conflict and impartial. In this case, the third party is not related to either disputing parties and has no interest outside the settlement of the dispute. These qualities specify the choice of the mediator for a process. This kind of mediator suits inter-group or inter-personal conflict management.

In transformative mediation<sup>3720</sup>, mediators focus solely on the process of conflict transformation. Besides being neutral, impartial and external to the conflict, transformative mediators are not authoritative. Their role is to support the parties as they discuss issues between themselves, as well as their “empowerment” and “recognition shifts”. Transformative mediators do not lead or guide the discussion, nor do they intend to influence the outcome.

In its turn, an insider-partial mediator is “the mediator from within the conflict”. Their success relies on connectedness and trusted relationships with the conflicting parties<sup>3721</sup>. In trust-based mediation, thus, the relationship between mediators and disputants continues after the settlement of the conflict.

In complex international and intercultural disputes, the mediator needs to take on a variety of roles. For this reason, the concept of an international mediator remains open. However, as Wehr and Lederach explain, neutrality and impartiality are usually not requisites for successful international mediation, whereas externality is perceived as important.

## **b. Readiness to Negotiate Theory**

In order to understand how mediators change and restructure conflict dynamics, we will briefly discuss Dean G. Pruitt’s Readiness to Negotiate Theory<sup>3722</sup>.

Prior to the concept of *readiness to negotiate* is the concept of *conflict escalation* – the shifting of one or both parties to more extreme tactics. According to Pruitt, blame and distrust, as well as dehumanization of the other party, are both products and sources of conflict escalation<sup>3723</sup>.

Readiness for conflict resolution is a variable which pertains to a single party, rather than the situation between the two parties. Thus, a party’s *readiness* is in direct proportionality to the likelihood of entering and staying in negotiation, or mediation, putting

---

<sup>3719</sup> Wehr, 1991.

<sup>3720</sup> Bush, 2002.

<sup>3721</sup> Wehr and Lederach suggest this mediator role may be adequate to more traditional societies.

<sup>3722</sup> Pruitt, 2005.

<sup>3723</sup> Pruitt, 2005.



human resources into the negotiation, making concessions, and taking risks – in order to achieve a peaceful outcome.

As Pruitt further explains, two states of mind contribute to readiness: *motivation to escape the conflict* and *optimism*<sup>3724</sup>. The former derives from the circumstances the parties are in and their conviction about the conflict's dysfunctionality and counter productiveness. Optimism, on the other hand, if it develops at all, derives largely from events that occur after both sides have become motivated to escape and move beyond the conflict. It means that the parties have a sense that it is possible to move towards a mutually acceptable agreement. Consequently, for optimism to be maintained, a party must perceive the outlines of a possible agreement.

This is where third parties, acting as intermediaries, make the difference. They can encourage optimism from both parties, by stimulating a "courtship dance", a circular reassurance process. In addition to this, by entering the dispute, third parties become affected by this state of mind. As a consequence, the greater the chances of settling the dispute, the harder they will work. Third parties, *inter alia*, enable *communication chains* between the two sides, which lead to the increase of optimism and its components.

#### **4. Mediation techniques: Nonviolent communication**

In this part of our analysis, we will focus on the process of Mediation and on providing an example of concrete techniques. During this analysis, we will point out the underlying theoretical conceptualization – which may be used by mediators to enable communication between the disputing parties.

As a starting point, reference is made to the UNESCO Constitution's preamble<sup>3725</sup>, where it is stated that "since wars begin in the minds of men, it is in the minds of men that the defences of peace must be constructed".

From this quote, it follows that Mediation encompasses parts of Psychology. Nonviolent Communication (NVC)<sup>3726</sup> was developed by Dr. Marshall B. Rosenberg (1934-2015), and it is sometimes called "compassionate communication" or "the language of life". Nonviolent Communication techniques enable self-expression in a way that supports empathy for both oneself and for others. Moreover, it is credited with allowing an overcoming of religious, cultural and language constraints<sup>3727</sup>.

---

<sup>3724</sup> Idem.

<sup>3725</sup>

[http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=15244&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html#targetText=The%20purpose%20of%20the%20Organization,Charter%20of%20the%20United%20Nations](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#targetText=The%20purpose%20of%20the%20Organization,Charter%20of%20the%20United%20Nations).

<sup>3726</sup> For a more in-depth analysis of the principles of Nonviolent Communication works, we refer to Marshall Rosenberg's books. In the present thesis, we will only summarize those principles that are relevant to Mediation processes. We denote, however, that the scope of Nonviolent Communication is much broader.

<sup>3727</sup> Bazirake, Zimmermann, 2018.

In *Speak peace in a world of conflict: What you say next will change your world*<sup>3728</sup>, Rosenberg expresses his belief that at the core of violence is the mind-set which pertains that reward and punishment are deserved. As individuals, as groups and as a society, we have become accustomed to thinking and judging each other in ways that imply that reward is justified and punishment is justified. Illustrating, Rosenberg refers to retributive principles which inform judicial systems and reinforce the referred idea<sup>3729</sup>. Further, the author of the book affirms that Nonviolent Communication implies awareness regarding blame and judgement. When we worry about how we are going to be judged by other people, we lose consciousness regarding our own needs. Finally, under this mind-set, we develop language that disconnects us from ourselves and other people, making compassion very difficult.

Related to this, as source of conflict, are *enemy images* – the thinking that there is something wrong with individuals, or groups “which act in ways we don’t like” (*gangs*, in Rosenberg’s terminology<sup>3730</sup>). In view of this, it is often difficult to recognize that those who are doing these things are human beings like us. Rosenberg explains that in Mediation processes, whether the parties are two individuals, two groups, or two countries, he commonly found that people do not know how to properly express their needs and requests<sup>3731</sup>. Instead, they begin the discussion with enemy images, i.e., pointing out what is wrong with the other person/group/country.

In this book, Marshall Rosenberg describes how he mediated a conflict between two warring tribes in northern Nigeria. When he arrived, violence was intense and one hundred of the four hundred people in the community had been killed that year. The conflict was about how many stands each tribe would get in the marketplace. Rosenberg explains that the first thing he usually said in a Mediation process was “I’m confident that if anybody’s needs get expressed and understood, we’ll find a way to get everybody’s needs met. So, who would like to begin, please? I’d like to hear what needs of yours are not being met”. From here, parties usually express criticisms, judgments and enemy images. By resorting to Nonviolent Communication, the mediator translates these images into needs. One of the tribe’s chief had answered the first question by saying “You’re murderers”. Rosenberg reformulated this statement, asking “Chief, are you expressing a need for safety that isn’t being met? You have a need for safety. You would hope that no matter what’s going on, things could be resolved with nonviolence, correct?”. After understanding the needs behind judgments, such as demonstrated, the mediator ensures that the other party hears those needs. So, he asks the other party to repeat what needs were expressed. In this case, Rosenberg had to repeat the message two or more times until the other party was able to tell him what had been said. The

---

<sup>3728</sup> Rosenberg, 2005.

<sup>3729</sup> Idem, p. 106.

<sup>3730</sup> Idem, p. 107.

<sup>3731</sup> Idem, p. 121.

process develops following this pattern. The mediator asks questions, reformulates answers and asks the parties to repeat what is being said, in order to enable communication. As Rosenberg states, conflicts can be resolved peacefully if we can express our needs without putting it in an enemy image<sup>3732</sup>.

## **5. Challenges**

Grieg and Diehl<sup>3733</sup> discuss the challenge of distinguishing between Mediation success and failure. As these authors explain, it is not unusual for a Mediation effort to produce a cease-fire without achieving a permanent conflict settlement. For example, during the war in the former Yugoslavia, forty-six separate mediated cease-fires were subscribed. However, even when perceived as a failure, Mediation efforts may contribute to peace in the long run, as well as help build trusting relations between the disputants by bringing the two sides to conversation<sup>3734</sup>. Context conditions, such as the severity of the conflict and issues over which it is fought, tell more about success and failure than statistical rates regarding the achievement of a full settlement.

Afolabi and Idowu<sup>3735</sup> conducted an assessment of negotiation and mediation performed in the Mano River Basin<sup>3736</sup>. These authors refer to the high level of migration, internally displaced persons, and refugees in the region, relating them to the failure of negotiation and mediation processes. A lack of effective supervision and management of internally displaced persons and refugees is linked to a multiplication of violence and conflicts. Despite the significant drop denoted, the level of violence and conflicts has remained intermittent. For this reason, Afolabi and Idowu question the effectiveness and viability of negotiation and mediation. Among other factors, the authors point to the lack of financial funding as a limitation of negotiations and mediation processes, as well as to the disregard for indigenous structures and institutions. Emphasis is also given to a lack of neutrality of the mediators. Nevertheless, the authors recognize the usefulness of negotiation and mediation techniques in the pursuit of sustainable peace in the Mano River Basin.

In view of this, it can be stated that a theoretical discourse about Conflict Prevention through Mediation involves constant reality checking. It is important to comprehend that contexts within violence-torn societies are extremely fractured and, thus, relations are very fragile<sup>3737</sup>. Issues brought to negotiation tables are, consequently, of utmost sensitivity. Additionally, it is required to conceptualize an assistance framework that can enable setting

---

<sup>3732</sup> Idem, p. 124.

<sup>3733</sup> Greig, 2012.

<sup>3734</sup> Idem.

<sup>3735</sup> Afolabi, 2018.

<sup>3736</sup> <https://peacekeeping.un.org/en/mano-river-basin-25-years-of-peacekeeping>.

<sup>3737</sup> Doughty, 2014.

the proper conditions for negotiations or mediation, as well as other activities aimed at creating peace, to take place. All of this depends on the existence of both political will and availability of financial resources. Moreover, it is only achievable through cooperation between various civil society and international actors.

## **IV. Case study: Venezuela**

So far, we have addressed Conflict Prevention from a purely theoretical point of view. In the present chapter, we aim at complementing our assessment by analysing the current Venezuelan crisis. The aim of this chapter is to provide insight on theory that can be applied to reality.

Venezuela's case was elected for its contemporaneity, because it illustrates several concepts presented throughout our dissertation, and mirrors some of the concerns expressed. The analysis is based on information retrieved from news sources (journals, newspapers), United Nations Meetings Coverage and Press Releases, and reports from United Nations agencies, namely, the International Organization for Migration (IOM) and the International Monetary Fund (IMF), as well as related NGOs. Our commentaries are based on the theories and discussions presented in the preceding chapters.

### **1. Overview**

In May 2018, Nicolás Maduro was elected President of the Republic for the second time. The election was controversial and boycotted by most opposition parties. Under allegation that the election was not fair, the National Assembly, controlled by opposition, did not recognise Maduro's re-election. On 23<sup>rd</sup> January 2019, Juan Guaidó, president of the National Assembly, declared himself acting president, under the scope of Article 233 and Article 333 of Venezuela's Constitution<sup>3738</sup>.

Venezuela's political crisis has had an economic, social and humanitarian impact. Around a quarter of the country's population (an estimated seven million people) are currently in need of urgent humanitarian assistance<sup>3739</sup>. In addition, it is estimated that over 4.3 million Venezuelans have fled the country<sup>3740</sup>, a situation referred to as unparalleled in Latin America's modern history<sup>3741</sup>. In their daily lives, hyperinflation is perhaps the biggest

---

<sup>3738</sup> Source: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-36319877>.

<sup>3739</sup> According to data provided by United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), via ReliefWeb, from 14 August 2019. In: <https://data.humdata.org/group/ven>.

<sup>3740</sup> According to an overview by the International Organization for Migration (IOM), dated from September. 2019. In: <https://www.iom.int/venezuela-refugee-and-migrant-crisis>.

<sup>3741</sup> Statement of Eduardo Stein, Joint Representative of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Organization for Migration (IOM), in Security Council's 8506th Meeting. UN Meeting Coverage of Security Council's 8506th meeting of 10 April 2019, in: <https://www.un.org/press/en/2019/sc13771.doc.htm>

problem faced by Venezuelans. According to the International Monetary Fund<sup>3742</sup>, Venezuela's inflation rate amounted to 10 million% in April 2019.

On 27<sup>th</sup> September 2019, an Independent International Fact-Finding Mission on the Bolivarian Republic of Venezuela was established by the United Nations Human Rights Council, through resolution 42/25<sup>3743</sup>, for a period of one year, to assess alleged human rights violations since 2014.

## **2. Security Council's division**

The Security Council debated the situation in Venezuela for the fourth time on 10<sup>th</sup> of April 2019<sup>3744</sup>. The geopolitical division is visible through statements made by the different States' representatives. Michael R. Pence, Vice-President of the United States (US), declared support to Juan Guaidó as the legitimate President of Venezuela, describing Maduro's regime as a threat to peace and stability in the wider region. Pence urged Member States to support the text of a resolution being drafted by the United States recognizing the legitimacy of the interim President. Furthermore, he stated that although the US would continue to exert pressure for the restoration of peace and democracy, "all options are on the table".

Vassily A. Nebenzia, representing the Russian Federation, contested the United States' declarations and referred to Maduro's Government as the legitimate Government, further alleging that Venezuelans have the right to determine their own future. Additionally, Nebenzia established a parallel between the situation in Venezuela and the crises in Syria, Iraq and Libya, which, under his view, resulted from Western interventions.

In its turn, Venezuela's representative Samuel Moncada referred to United States' statements as a threat of war. Moncada revealed concerns regarding a "plan by the United States and United Kingdom to wreak economic destruction by provoking a social implosion that could be used as a pretext for military intervention under the guise of the responsibility to protect"<sup>3745</sup>. Samuel Moncada further recognized that the Government is killing its own people<sup>3746</sup>. However, he accused the United States and the United Kingdom of worsening the situation with the application of economic sanctions without the Council's consent.

---

<sup>3742</sup> In: <https://www.imf.org/external/datamapper/PCIPCH@WEO/VEN?zoom=VEN&highlight=VEN>

<sup>3743</sup> In: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/284/21/PDF/G1928421.pdf?OpenElement>

<sup>3744</sup> Op. cit., note 43.

<sup>3745</sup> This statement illustrates what in section four of chapter II we have mentioned about under-developed countries fearing responsibility to protect rhetoric may be used has a Trojan horse for sovereignty breaches.

<sup>3746</sup> Source: UN Meeting Coverage of Security Council's 8506th meeting of 10 April 2019, in: <https://www.un.org/press/en/2019/sc13771.doc.htm>.

### 3. Norway mediation

In May, representatives from both Venezuelan “presidents” met in Oslo, upon agreement, to initiate a dialogue process mediated by the State of Norway. Further negotiations took place in the Caribbean Island of Barbados. The Ministry of Foreign Affairs of Norway made several announcements from May 2019 to August 2019. According to these, parties were in search of a constitutional solution for the country aiming at the well-being of Venezuelans. The solutions to be found should include political, economic and electoral matters<sup>3747</sup>.

At the time of writing, however, the mediation process was suspended. In a public statement, Maduro announced that the dialogue had been interrupted, following the economic sanctions imposed by the Government of the United States, which, as he stated, Guaidó’s administration supports<sup>3748</sup>.

For a Mediation process to succeed, both parties need to maintain their *optimism* regarding the achievement of a solution agreed upon (in “Readiness to Negotiate” terminology). Although little is known about the Mediation process, which by nature is secret, the parties had shown resistance to make concessions in public statements. For example, on 6<sup>th</sup> September 2019, Nicolás Maduro declared that he would remove himself from the negotiations’ table if Juan Guaidó did not change his position regarding Guayana Esquiba<sup>3749</sup>. Such a statement, of course, undermines the chances of achieving success in a peaceful settlement of the dispute. Nevertheless, the Government of Norway reaffirmed its availability to further conduct the Mediation process. On 15<sup>th</sup> September 2019, Dag Halvor Nylander<sup>3750</sup>, who had been facilitating the process, published the following statement on his Twitter account:

“Norway is facilitating the negotiation process in Venezuela at the request of the principal political actors in the country, and reiterates its readiness to continue in this role as long as the parties consider it useful, and advance in the search of a negotiated solution”.

Also against the chances of success are the visible *enemy images* which the parties have been demonstrating publicly. For example, Vice-President of Venezuela, Delcy Rodriguez Gomez, addressing the UN General Assembly on 27<sup>th</sup> September 2019, referred to Juan Guaidó’s self-declaration as interim president as a “coup d’état”<sup>3751</sup>. In turn, Juan Guaidó has

---

3747 Norway’s Ministry of Foreign Affairs Press releases from 29/05/2019, and from 02/08/2019. In: [https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/uttalelse\\_venezuela/id2652785/](https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/uttalelse_venezuela/id2652785/), and <https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/statement-on-venezuela-2-august-2019/id2663576/>, respectively.

3748 Source: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49273326>.

3749 Source: [https://elpais.com/internacional/2019/09/07/america/1567824876\\_031923.html](https://elpais.com/internacional/2019/09/07/america/1567824876_031923.html).

3750 Dag Halvor Nylander is a Norwegian diplomat who formerly served as the Personal Representative of the United Nations Secretary-General on the Border Controversy between Guyana and the Bolivarian Republic of Venezuela.

3751 Source: <https://news.un.org/en/story/2019/09/1048012>.

referred to Maduro's led Government as an "usurpation"<sup>3752</sup>. As we saw earlier, in the chapter on Readiness theory, blame and distrust are sources of conflict escalation. Referring to the teachings of Marshall Rosenberg<sup>3753</sup>, these *enemy images* can be worked throughout mediated conversations. For a lasting agreement to be celebrated, parties need to engage in a non-violent dialogue and overcome these barriers to communication.

As to the role of the mediator, Norway is an outsider-neutral party. In a speech at the UN General Assembly on 27<sup>th</sup> September 2019<sup>3754</sup>, Norway's Prime Minister Erna Solberg stated that since the end of the Cold War, mediation and conflict resolution have been cornerstones of the State's foreign policy. Solberg added that at the request of the parties, Norway has been engaged in resolving conflicts in Colombia, Venezuela, the Philippines, Afghanistan, in Africa, and in the Middle East.

We believe that the statement of Norway could pave the way for an international norm of customary law<sup>3755</sup>. As e.g. the ICJ stated in the Nicaragua Case, custom embodies consent tacitly given through practice, repetition of conduct, and legal conviction as to the legal nature of the underlying rule<sup>3756</sup>. Furthermore, the Court affirmed the constitutional requirements of the existence of custom, under article 38 of its Statute, of generality of State practice and its acceptance as law<sup>3757</sup>. As Orakhelashvili observes, State practise can be gathered, among others, from statements made by government spokespersons to Parliament, to the press, at international conferences and at meetings of international organisations<sup>3758</sup>. Moreover, the author explains that the amount of practice required to create a customary rule is relatively small if there is no practice which goes against the alleged rule of customary law and if such practice is well-known, carries out either the intention to create or maintain the relevant rule, and meets no significant opposition from other States<sup>3759</sup>.

## 4. Considerations

In view of the above, and applying theories from the previous chapters, the following considerations can be made.

In the first place, Mediation by the Government of Norway fulfils the duty of cooperation established under the ILC's Draft Articles. As the ILC stated in commentary to the Draft Articles, the duty of cooperation can be non-institutionalized. In addition, international

---

<sup>3752</sup> For example, in his Twitter account publication of 14 October 2019. <https://twitter.com/jguaido/status/1183768685112156161>.

<sup>3753</sup> See section four of chapter III.

<sup>3754</sup> <https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/norways-statement-at-the-united-nations-general-assembly/id2670474/>.

<sup>3755</sup> Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) provides that "international custom, as evidence of a general practise accepted as law" is a source of International Law. See Orakhelashvili, 2019, pp. 31 ff.

<sup>3756</sup> Orakhelashvili, 2019, p. 33.

<sup>3757</sup> Idem, p. 35.

<sup>3758</sup> Idem, p. 36.

<sup>3759</sup> Idem, p. 40.

assistance is being provided by States hosting the four million Venezuelan refugees and migrants. Mostly, people have been fleeing to the neighbouring countries Colombia, Peru, Ecuador, Chile and Brazil<sup>3760</sup>.

Secondly, the contentious case illustrates the principle of “sovereignty as responsibility”, since Norway is assisting Venezuela in solving its internal political crisis. As we have explained above, international standards of Human Rights compel the International Community to react in rupturing cases, such as is the case of Venezuela. In the Security Council’s meeting, Samuel Moncada, admitted that the country is itself perpetrating the killing of its own people. Besides, the State has not been able to provide a safe environment for the population; neither has it assured basic humanitarian standards of living. If the State of Venezuela is not able to fulfil its responsibilities towards its inhabitants, under the principle of “sovereignty as responsibility” the country is not in charge of its sovereignty. Additionally, the internal conflict has already spilt over to neighbouring countries, given the high outflow of migration and related tensions at the countries’ borders.

In view of the above, we consider that the current reality in Venezuela exemplifies a context which could be covered by the Responsibility to Protect framework. The prevention of mass atrocities begins long before they can possibly take place. However, the United Nations has not yet invoked the principle of ‘Responsibility to Protect’. Nevertheless, Secretary-General António Guterres has demonstrated support for Norway’s facilitation initiative<sup>3761</sup>.

Above, we noted that “Responsibility to Protect” scope of application is limited to the committing of mass atrocity crimes. Thus, invoking this principle implies admitting that such crimes are being committed. Moreover, the demonstrated division among the Members of the Security Council concerning the situation in Venezuela, as well as Russia and China’s concerns regarding past misuse of the Responsibility to Protect doctrine, can be an impediment to a collective reaction under the Council.

Regrettably, the United Nations system does not foresee a concise normative response for cases such as the one which is currently happening in Venezuela. In situations like this, taking into consideration the welfare of human beings, the complementary responsibility of the international community must be enacted. Mediation by the Government of Norway – who, in principle, is an outsider-neutral entity in the process – is representative of the shifting responsibility from territorial States to the International Community, and perhaps an attempt at shaping international customary law.

We consider the case of Venezuela an illustration of a timely enactment of conflict prevention measures. Despite the ongoing Fact-Finding Mission established by the United Nations Human Rights Council, concerning the possible violation of human rights in the

---

<sup>3760</sup> According to an International Organization for Migration overview, op. cit., note 44, <https://www.iom.int/venezuela-refugee-and-migrant-crisis>.

<sup>3761</sup> Source: <https://www.un.org/press/en/2019/sgsm19688.doc.htm>.



country, and without underestimating the severity of the situation lived by the Venezuelan people, the conflict has not yet escalated into a civil war. It is still possible to prevent the eruption of an armed conflict in Venezuela.

Finally, after suspending the mediation process with the opposition, Maduro confirmed that negotiations between the Government of Venezuela and the Government of the United States have been taking place for months<sup>3762</sup>. The United States have not recognized the Government of Maduro as legitimate. However, the reality is that Maduro has *de facto* power over the territory, since the military are in support of the Government. Thus, the United States have imposed economic sanctions upon Venezuela<sup>3763</sup> in order to exert pressure on the Government of Maduro, so that the opposing leader Juan Guaidó can assume control of the Government and call new elections.

---

<sup>3762</sup> Source: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49421110>.

<sup>3763</sup> Source: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/08/06/its-not-us-embargo-new-venezuela-sanctions-are-all-about-citgo/>.

## V. Conclusions

Globalization has had an impact on the concept of territorial sovereignty, which is no longer perceived as an absolute power held by States. The elevation of the individual as a subject of innate and inalienable human rights and fundamental freedoms has become a corollary of the respective duty shared between each State and the International Community to protect these standards. Thus, nowadays, the concept of sovereignty encompasses a set of responsibilities held by States towards their populations.

The idea of so-called “sovereignty as responsibility” had been articulated in the 1928 arbitration case *Island of Palmas*. More recently, since the beginning of the century, scholars such as Francis Deng have brought to debate the development of normative parameters to enforce the responsibility of States to protect their citizens from mass atrocities. Under the proposed framework, the International Community plays a complementary role in the protection of populations, and shall provide assistance or take collective action when a State is manifestly failing or unwilling to do so.

International Law imposes on States a general duty to ensure respect for Human Rights within their territory or jurisdiction. Moreover, specifically under the Genocide Convention, they are required to exercise due diligence in preventing genocide. On the other hand, the responsibility of the International Community to act proactively is different in nature. The ILC’s Articles on State Responsibility (namely its Articles 40, 41 and 48) provide a positive duty of cooperation to end a serious breach, by a State, of an obligation arising under a peremptory norm of International Law. However, as observed in the ILC’s commentary, the question whether general International Law proscribes such duty remains open.

The Preamble and Purposes of the United Nations are consistent with the existence of the duty of cooperation. Nevertheless, the organization lacks mechanisms of enforcement to enable compliance with Human Rights Law and Humanitarian Law. The creation of such a legal framework is dependent on States’ political will, which, among other factors, has been the biggest challenge faced by scholars who defend the need to develop the normative parameters of the so-called “Responsibility to Protect” principle.

The military intervention in Libya represented the first time the Security Council passed a resolution under the “Responsibility to Protect” scope. The members of the Council were divided, and concerns emerged regarding a possible attempt by the United States and other Western countries to interfere with the sovereignty of the State of Libya and force a change of regime. The Security Council’s authorization for the use of force was limited to the protection of civilians. However, NATO acted in breach of the agreed rules. In the aftermath of the Libya case, the adoption by the Security Council of such normative parameters became undermined, as China and Russia felt that they had been misled by the Western States.

This geopolitical division of the Members of the Security Council is a constant challenge faced by the International Community in dealing with conflicts around the globe. More than ever, it is urgent to change the current reactive paradigm of dealing with the effects of mass atrocities in post-war tribunals. It is necessary to conceive preventive procedures that could be enacted in a timely manner.

The Venezuela case is already a sign of a change of paradigm. Although the Mediation process has not succeeded in ending the internal dispute, we believe it has opened the doors for the subsequent negotiating process which is taking place between the Government led by Maduro (who has *de facto* power over the territory) and the Government of the United States.

Moreover, Norway has publicly stated that Mediation and conflict resolution are cornerstones of the country's foreign policy. From our point of view, this statement could pave the way for the development of a legal norm of customary law that would enable the enactment of Mediation in a timely manner in situations of internal conflicts.

Finally, putting on Conflict Transformation lenses, it must be emphasised that even if the International Community succeeds in preventing the outbreak of a war – thereby achieving a state of negative peace – Venezuela still has a long way to go in the pursuit of positive peace. Conflict is an opportunity to raise the appropriate questions, which potentially allows restructuring and reforming national institutions. Furthermore, root causes of conflict must be addressed. People should be given the opportunity to actively participate in the process. Thus, dialogue structures are necessary. This can be achieved through cooperation among different national and international actors.

## VI. Bibliography

ACKERMANN, A. (2003). The idea and practice of conflict prevention. *Journal of Peace Research*, vol. 40, no. 3, pp. 339-347. <https://doi.org/10.1177/0022343303040003006>.

AYRES PINTO, D. J. (2014). Mediação de conflitos no âmbito internacional: Premissas e modelo de ação. *Revista do Advogado*, n.º 123, pp. 152-161.

BAZIRAKE, J. B., & Zimmermann, G. (2018). Peace profile: Marshall Rosenberg. *Peace Review*, vol. 30, no. 2, pp. 246-253. <https://doi.org/10.1080/10402659.2018.1458970>.

BELLAMY, A. & REIKE, R. (2010). The responsibility to protect and international law. *Global Responsibility to Protect*, vol. 2, no. 3, pp. 267-286. <https://doi.org/10.1163/187598410X500390>.

BERCOVITCH, J., & RUBIN Z., J. (Eds.). (2003). *Mediation in international relations*. <https://doi.org/10.4135/9781412959636.n352>.

BUSH, R. A. B., & POPE, S. (2002). Changing the quality of conflict interaction: The principles and practice of transformative mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, no. 1, pp. 67-96.

BYERS, M. (2008). International law. In *Historicism and the human sciences in Victorian Britain*. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199219322.003.0035>.

CARMENT, D. & SCHNABEL, A. (2003). Conflict prevention – Taking stock. In D. Carment & A. Schnabel (Eds.). *Conflict prevention: Path to peace or grand illusion?* United Nations University Press.

CASSESE, A. (2001). *International law*. New York: Oxford University Press Inc.

CRONOGUE, G. (2012). Responsibility to protect Syria: the law, politics, and future of humanitarian intervention post-Libya. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 3, no. 1, pp. 124-159. <https://doi.org/10.1163/18781527-00301004>.

DIEHL, P. F. (2016). Thinking about peace negative terms versus positive outcomes. *Strategic Studies Quarterly*, vol. 10, no. 1, pp. 3-9. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/26271085>.

DOUGHTY, K. (2014). Our goal is not to punish but to reconcile: Mediation in post genocide Rwanda. *American Anthropologist*, vol. 116, no. 4, pp. 780-794.

GREIRG, J. M., & DIEHL, P. F. (2012). *International mediation*. Polity Press.

GUILFOYLE, D. (2016). *International criminal law*. Oxford University Press.

Igrapé Institute. (2018). *The handbook of conflict prevention*.

JENTLESON, B. (2003). The realism of preventive statecraft. In D. Carment & A. Schnabel (Eds.). *Conflict prevention: Path to peace or grand illusion?*, pp. 26-46. United Nations University Press.

KENNY, C.; BUTLER, S. (2018). The legality of intervention by invitation in situations of R2P violations. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 51, no. 11, pp. 135-178.

LEDERACH, J. (2014). *The little book of conflict transformation*. Good Books; Original ed. (2003).

LOPES, J. (2003). *Entre solidão e intervencionismo. Direito de autodeterminação dos povos e reações de estados terceiros*, col. Gabinete de estudos internacionais. Porto: Publicações Universidade Católica – Porto.

LUND, M. S. (2009). Conflict prevention: Theory in pursuit of policy and practice: An idea whose time has come and gone? *The Sage handbook of conflict resolution*.

MANI, R., & PONZIO, R. (2018). Peaceful settlement of disputes and conflict prevention. In T.G. Weiss & S. Daws (Eds.) *The Oxford handbook on the United Nations*, vol. 1, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198803164.013.22>.

MONTEIRO, A. (2000). As Nações Unidas e a prevenção de conflitos. *Nação e Defesa*, n.º 95/96, pp. 55-67.

NAIME, M. (2012). Libya and Resolution 1973: The law of politics. *Journal of Strategic Security*, vol. 5, no. 2, pp. 105-112. <https://doi.org/10.5038/1944-0472.5.2.6>.

NASU, H. (2009). Operationalizing the “responsibility to protect” and conflict prevention: Dilemmas of civilian protection in armed conflict. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, no. 2, pp. 209-241. <https://doi.org/10.1093/jcs/krp017>.

NOLTE, G. (1999). *Intervention upon invitation – Use of force by foreign troops in internal conflicts at the invitation of a government under international law*. Berlin: Springer.

NOLTE, G. (2005). Sovereignty as responsibility? In *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 99, pp. 389-392.

ORAKHELASHVILI, A. (2019). *Akehurst's modern introduction to international law*, 8<sup>th</sup> Edition. Oxon: Routledge.

PRUITT, D. (2005). Escalation, readiness for negotiation, and third-party functions. In Zartman, I. & Faure, G. (Eds.). *Escalation and negotiation in international conflicts*, pp. 251-270. Cambridge University Press.

RAMSBOTHAM, O.; WOODHOUSE, T.M.H. (2005). Contemporary conflicts. In *Contemporary conflict resolution*, 2<sup>nd</sup> Edition, p. 399. Blackwell Publishing Professional.

ROSENBERG, M. (2005). *Speak peace in a world of conflict: What you say next will change your world*. Centre for Nonviolent Communication. Puddle Dancer Press.

SHARMA, S. & WELSH, J. (2015). Introduction. In S.K. Sharma & J.M. Welsh (Eds.). *The responsibility to prevent*, pp. 1-20. Oxford University Press.

SLUITER, G. (2009). Cooperation of states with international criminal tribunals. In A. Cassese (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*, pp. 187-200. Oxford University Press.

STRAUSS, E. (2015). Institutional capacities of the United Nations to prevent and halt atrocity crimes. In S. Sharma & J.M. Welsh (Eds.). *The responsibility to prevent*, pp. 38-82. Oxford University Press.

TAVARES, M. (2015). Guerra e responsabilidade: A intervenção militar no Iraque em 2003. Porto: Universidade Católica Editora.

TOMUSCHAT, C. (2002). Ch. VI – Pacific settlement of disputes, Article 33. In Simma et al. (Eds.). *The Charter of the United Nations: A commentary*, 2<sup>nd</sup> Edition, reimpr. 2010. Oxford: Oxford University Press.

United Nations. Codification Division. (1992). *Handbook on the peaceful settlement of disputes between states*.

WEHR, P., & LEDERACH, J. P. (1991). Mediating conflict in Central America. *Journal of Peace Research*, vol. 28, no. 1, pp. 85-98.

WYLER, E. & CASTELLANOS-JANKIEWICZ, L. (2014). In serious breaches of peremptory norms. In Nollkaemper & Plakokefalos (2014). *Principles of shared responsibility in international law: An appraisal of the state of the art*.

## **Links**

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49421110>.

<https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/08/06/its-not-us-embargo-new-venezuela-sanctions-are-all-about-citgo/>.

<https://www.un.org/press/en/2019/sgsm19688.doc.htm>.

[https://elpais.com/internacional/2019/09/07/america/1567824876\\_031923.html](https://elpais.com/internacional/2019/09/07/america/1567824876_031923.html).

<https://news.un.org/en/story/2019/09/1048012>.

<https://www.un.org/press/en/2019/sc13771.doc.htm>.

[https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/uttalelse\\_venezuela/id2652785/](https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/uttalelse_venezuela/id2652785/).

<https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/statement-on-venezuela-2-august-2019/id2663576/>.

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49273326>.

<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-36319877>.

<https://www.un.org/press/en/2019/sc13771.doc.htm>.

<https://data.humdata.org/group/ven>. – last consulted on 18/10/2019.

<https://ucdp.uu.se/>.

**A proteção de dados pessoais no TJ**

**Entre o direito à privacidade e a  
retenção de dados de comunicações eletrónicas**

Miguel António Faria Mendes de Castro

Sob orientação da Professora  
Doutora Sofia Oliveira Pais

## **Agradecimentos**

À Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, por me ter inspirado para a elaboração desta dissertação e por me orientar ao longo deste projeto com dedicação, disponibilidade e simpatia, partilhando generosamente a sua sabedoria e oferecendo sempre motivação.

A todos os Professores com quem me cruzei ao longo deste mestrado, dirijo o meu reconhecimento pela inspiração proporcionada ao partilharem o seu valioso conhecimento com paixão, confiança e generosidade.

Agradeço, de forma especial, à minha família, por sempre me ter apoiado e encorajado ao longo de toda a jornada – académica e pessoal – e aos meus amigos, que me lembraram, sempre que precisei, que estava no caminho certo e que os obstáculos são sempre ultrapassáveis.



## **Resumo**

Os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, num mundo cada vez mais rendido à comunicação eletrónica, têm sido tema de conversa quotidiana e de intenso debate jurídico. A comunicação eletrónica tornou-se um meio prioritário, utilizado diariamente, muitas vezes sem a consciência de que os dados pessoais daí resultantes podem ser alvo de retenção.

No contexto da UE, a proteção dos dados pessoais está devidamente consagrada, enquanto direito fundamental, mas vê-se ameaçada perante o sistema de vigilância que a União criou e regulou, essencialmente com fins de prevenção e repressão criminais. Levanta-se, assim, a questão: até que ponto poderemos estar perante uma violação do direito da UE?

A complexidade e atualidade deste problema levou-nos a investigar, com base na jurisprudência do TJ, de que forma a União tem vindo a harmonizar estas duas realidades em constante confronto – a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a necessidade dos Estados de reter os seus dados de comunicação. Pretendemos, com esta investigação, clarificar os complicados contornos das vertentes em contraposição e explorar o debate em torno do caminho jurisprudencial que temos observado.

**Palavras-chave:** Carta dos Direitos Fundamentais da UE; dados de comunicação eletrónica; dados pessoais; direito à privacidade; jurisprudência do TJ; proteção de dados; retenção de dados.

## **Abstract**

In a world increasingly surrendered to electronic communication, the fundamental rights to respect for privacy and protection of personal data have been the subject of daily dialogue and intense legal debate. Electronic communication has become a preferred medium, used daily, often without the awareness that the resulting personal data may be retained.

In the context of the EU, the protection of personal data is properly enshrined as a fundamental right, but it is threatened by the surveillance system that the Union has set up and regulated, mainly for the purposes of criminal prevention and prosecution. Therefore, the question arises as to the extent to which we may be facing a violation of EU law.

The complexity and presentness of this problem has led us to investigate, based on the jurisprudence of the ECJ, how the EU has been harmonizing these two realities in constant confrontation – the protection of citizens' fundamental rights and the need for States to retain their communication data. With this investigation, we intend to clarify the complicated traits of the opposing aspects and explore the debate around the jurisprudential path that we have been observing.

**Keywords:** Charter of Fundamental Rights of the European Union; data protection; data retention; ECJ case law; electronic communications data; personal data; right to privacy.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|                 |                                                   |
|-----------------|---------------------------------------------------|
| Al.             | Alínea                                            |
| Art.            | Artigo                                            |
| Arts.           | Artigos                                           |
| CDFUE           | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia |
| CE              | Comissão Europeia                                 |
| Cfr.            | Conferir                                          |
| <i>Cit.</i>     | Citado(a)                                         |
| EM              | Estado-Membro / Estados-Membros                   |
| <i>Et al.</i>   | E outros                                          |
| <i>Ibid.</i>    | Na mesma fonte                                    |
| <i>Id.</i>      | Na mesma fonte, no lugar citado                   |
| <i>Loc cit.</i> | No lugar citado                                   |
| <i>N.º</i>      | Número                                            |
| <i>Op cit.</i>  | Obra citada                                       |
| P.              | Página                                            |
| Pp.             | Páginas                                           |
| TFUE            | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia   |
| TJ              | Tribunal de Justiça                               |
| UE              | União Europeia                                    |
| V.              | Ver                                               |

# Índice

Introdução

1. O tratamento de dados pessoais de comunicações eletrónicas na UE

1.1. Breve Contextualização

1.2. Quadro Jurídico

2. Análise jurisprudencial

2.1. *Digital Rights Ireland e o.*

Resumo dos factos

Decisão do TJ

Análise

2.2. *Tele2 Sverige e Watson e o.*

Resumo dos factos

Decisão do TJ

Análise

2.3. *Ministerio Fiscal*

Resumo dos factos

Decisão do TJ

Análise

2.4. *Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.*

Resumo dos factos

Análise

2.5. *Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.*

Resumo dos factos

Análise

3. Considerações finais

3.1. A verificação do princípio da proporcionalidade e a retenção em massa de dados de comunicação

3.2. O conceito de ingerência grave nos direitos fundamentais à proteção da privacidade e dos dados pessoais

3.3. Crime grave como conceito europeu autónomo?

4. Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência consultada

## Introdução

Os direitos fundamentais à proteção da vida privada e dos dados pessoais, num mundo cada vez mais rendido à comunicação eletrónica, têm sido tema de diálogo quotidiano e de intenso debate jurídico. A comunicação eletrónica tornou-se um meio prioritário, sendo utilizado diariamente, muitas vezes sem a consciência de que os dados pessoais daí resultantes podem ser alvo de retenção.

No contexto da UE, a proteção da vida privada e dos dados pessoais está devidamente consagrada enquanto direito fundamental, nos arts. 7.º e 8.º da CDFUE, respetivamente, mas vê-se ameaçada perante o sistema de vigilância que a União criou e regulou, essencialmente com fins de prevenção e repressão criminais, e que é levado a cabo pelos EM. Levanta-se, assim, a questão: até que ponto poderemos estar perante uma violação da Carta por parte dos Estados?

A complexidade e atualidade desta problemática levou-nos a investigar, com base na jurisprudência do TJ, de que forma a União tem vindo a harmonizar estas duas realidades em constante confronto – a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a necessidade dos Estados de reter os seus dados de comunicação, com especial foco na verificação do *princípio da proporcionalidade* e nos conceitos de *crime grave* e de *ingerência grave* nos direitos fundamentais.

Para apresentar esta investigação, começaremos por contextualizar a matéria, expondo o caminho percorrido pela UE até ao presente, no que toca à conciliação entre a proteção e a retenção de dados pessoais, assim como o seu enquadramento jurídico, partindo depois para uma análise jurisprudencial de casos que chegaram ao TJ e que demonstram as dúvidas que se fazem sentir, neste aspeto, nos EM.

Em síntese, pretendemos clarificar os complicados contornos das vertentes em contraposição e explorar o debate em torno do caminho jurisprudencial que temos observado através da explanação do quadro jurídico, da jurisprudência e da doutrina relevantes.

## **1. O tratamento de dados pessoais de comunicações eletrônicas na UE**

A progressiva utilização de meios de comunicação eletrônica trouxe consigo a crescente preocupação com a retenção dos dados pessoais aí gerados. Esta controversa retenção surge como um meio de os EM da União garantirem uma efetiva prevenção, investigação e repressão de infrações penais, mas a que custo?

A um esforço penal, que passa pela retenção dos dados pessoais gerados num novo contexto tecnológico, está subjacente uma nova ameaça à privacidade dos seus utilizadores. Será a retenção de dados pessoais de comunicações eletrônicas um preço justo a pagar por uma investigação, repressão e prevenção penais mais efetivas?

Ao longo desta investigação desenvolveremos esta questão, explorando as formas como o direito da UE traça a linha entre a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos relativos à sua privacidade e medidas que, embora constituam uma ingerência nos seus direitos fundamentais, são devidamente justificadas.

Antes de aprofundarmos mais esta questão, é importante entender em que contexto se desenvolveu a previsão legal do tratamento de dados pessoais dos cidadãos da União. Começaremos por contextualizar teoricamente este regime e, seguidamente, analisaremos os instrumentos jurídicos em causa.

### **1.1. Breve contextualização**

O principal alerta para a necessidade de um reforço da vigilância coletiva foi o pânico gerado pela ocorrência de ataques terroristas<sup>3764</sup>. Depois do alarme social do ataque de 11 de setembro de 2001 às Torres Gémeas, nos Estados Unidos, o direito à proteção dos dados pessoais tornou-se vulnerável “a um grau inimaginável”<sup>3765</sup>. No contexto europeu, pouco tempo depois, ocorreram os atentados de Madrid e de Londres, em 2004 e 2005, respetivamente, direcionando a atenção, que antes estava virada para a proteção da privacidade, para a necessidade de prevenir e punir os crimes.

Mais concretamente, e sem nos alargarmos, para já, na exposição dos instrumentos legais, num primeiro momento o tratamento de dados era regulado pelas Diretivas 95/46 e 2002/58, que previam a possibilidade de os Estados adotarem medidas restritivas da proteção de dados, com vista à realização de certos interesses fundamentais, entre os quais a prevenção e deteção criminais.

---

<sup>3764</sup> Ouaki, 2015, pp. 615 e 616.

<sup>3765</sup> Vedaschi & Lubello, 2015, p. 15 (tradução nossa).

A adoção de medidas deste tipo veio exigir da União uma harmonização entre as legislações dos vários EM, o que resultou na adoção de um novo instrumento legal – a Diretiva 2006/24<sup>3766</sup>. Este instrumento foca-se exatamente na retenção de dados – que passa a ser exigida aos Estados<sup>3767</sup> – e já não na sua proteção<sup>3768</sup>. Para compreender esta novidade, é importante notar que esta Diretiva surge num ambiente de grande pressão política face à urgência da luta contra o terrorismo<sup>3769</sup>, e se era claro que o conteúdo das comunicações eletrónicas teria de permanecer privado, em respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, o mesmo já não era tão óbvio no que toca aos dados de tráfego e de localização<sup>3770</sup>.

Assim, nasce na União uma obrigação de retenção<sup>3771</sup> de dados de comunicações eletrónicas pelos fornecedores de redes, criando-se um sistema de vigilância que procede a uma verdadeira retenção em massa<sup>3772</sup> de todos os dados pessoais de tráfego e de localização de todos os utilizadores, sem necessidade de uma prévia ordem de um órgão jurisdicional. Estes dados poderão ser conservados por períodos de seis meses a dois anos desde a data de comunicação, ficando o período exato à escolha do EM.

O novo rumo do direito da União parecia estar plenamente definido, até que em abril de 2014 o TJ atravessa o caminho declarando que a Diretiva 2006/24 foi “longe demais”<sup>3773</sup>, através de uma decisão prejudicial. Abre-se, assim, a “caixa de Pandora” de questões acerca do alcance do sistema de vigilância da União e da sua compatibilidade com a proteção dos direitos fundamentais, protagonizando o TJ o papel de orientador dos Estados nesta difícil conciliação.

## 1.2. Quadro jurídico

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, foi especialmente importante para a proteção de dados essencialmente por dois motivos: esta proteção

---

<sup>3766</sup> Ouaki, 2015, p. 616.

<sup>3767</sup> White, 2016.

<sup>3768</sup> Vendaschi & Lubello, 2015, p. 18.

<sup>3769</sup> Nesterova, 2017, p. 4.

<sup>3770</sup> Nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2002/58 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, *dados de tráfego* são “quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas”, e *dados de localização* são “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível”.

<sup>3771</sup> Note-se que falamos de *retenção* de dados e não de *preservação* de dados, que ocorre quando um órgão jurisdicional requiere a um fornecedor de serviço de comunicação que preserve os dados relativos a determinado cidadão suspeito de atividade criminosa no âmbito de uma investigação. Cfr. Guild & Carrera, 2014, p. 2.

<sup>3772</sup> Para uma análise mais detalhada do fenómeno da *retenção em massa* de dados pessoais na UE, v. Bigo, 2013.

<sup>3773</sup> White, 2016 (tradução nossa).

passou a estar prevista pelo TFUE<sup>3774</sup> – o n.º 1 do art. 16.º do Tratado afirma que “[todas] as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” – e a CDFUE tornou-se obrigatória e parte do ordenamento jurídico da União de tal forma que apesar de “formalmente não fazer parte dos Tratados, tem o mesmo valor daqueles”<sup>3775</sup>.

A Carta reveste especial importância no que toca à proteção de dados pessoais pois prevê no seu art. 7.º o *respeito pela vida privada e familiar* e no seu art. 8.º a *proteção de dados pessoais*. Analisando sumariamente estes dois artigos, no que toca ao primeiro, é referido que “[todas] as pessoas têm direito ao respeito (...) pelas suas comunicações”. Como observa Cristina Máximo dos Santos, os direitos que este artigo garante são os mesmos a que se refere o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas a expressão “correspondência” foi substituída por “comunicações”, o que já demonstra a atenção à evolução tecnológica<sup>3776</sup>. Quanto ao segundo, o seu n.º 2 menciona que os dados pessoais “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”.

No que toca ao campo de aplicação da Carta, o n.º 1 do art. 51.º prevê que as suas disposições terão como destinatários os EM “apenas quando apliquem o direito da União” e o art. 52.º limita o âmbito dos direitos previstos, prevendo a possibilidade da sua restrição, desde que respeite o seu conteúdo essencial e esteja prevista por lei. As restrições terão de observar o princípio da proporcionalidade e, dessa forma, “só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União”, como refere o n.º 1. Concretizando com base na jurisprudência do TJ, terá de ser feita uma ponderação entre meios e fins que indique que as medidas em causa são razoáveis e, além de aptas a concretizar o objetivo em causa, não ultrapassam essa concretização<sup>3777</sup>.

A primeira Diretiva a regular o tratamento de dados pessoais foi a Diretiva 95/46 (Diretiva dos Dados Pessoais)<sup>3778</sup> que, mais especificamente, regulava a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados<sup>3779</sup>, devendo-se entender por *tratamento de dados pessoais*

---

<sup>3774</sup> Teixeira, 2013, p. 78.

<sup>3775</sup> Pais, 2012, p. 121.

<sup>3776</sup> Santos, 2004, p. 90.

<sup>3777</sup> Silveira, 2013, p. 605.

<sup>3778</sup> Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

<sup>3779</sup> Cfr. art. 1.º da Diretiva *cit.*



“qualquer operação ou conjunto de operações” que tenha por objeto “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”<sup>3780</sup>.

A aplicação desta Diretiva não se verificava face ao tratamento de dados que tivesse como objeto “a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (...) e as atividades do Estado no domínio do direito penal”<sup>3781</sup> e estavam previstos objetivos que justificariam medidas dos Estados restritivas do alcance deste instrumento, entre os quais a segurança estadual, a defesa, segurança pública e a prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais<sup>3782</sup>.

O art. 4.º previa situações em que os EM deveriam aplicar as disposições nacionais resultantes da transposição desta Diretiva. Neste âmbito, a CE notou que havia diferenças significativas entre as várias disposições nacionais adotadas, sacrificando o objetivo visado<sup>3783</sup>. Assim, a Diretiva acabou por não conseguir evitar a “fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares” devido à falta de consistência na sua execução e aplicação<sup>3784</sup>, tendo a União optado por criar um Regulamento em sua substituição – o Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)<sup>3785</sup>.

Uma novidade deste instrumento é a adição de novos elementos identificadores da pessoa singular – além do número de identificação são ainda referidos, a título de exemplo, dados de localização e identificadores por via eletrónica<sup>3786</sup>. Esta novidade evidencia o caráter extremamente mutável do conceito de *dados pessoais*, dada a rápida e incessante evolução tecnológica, e a exigência de “aperfeiçoamentos cirúrgicos pontuais”, nas palavras de Menezes Cordeiro<sup>3787</sup>.

No que toca ao âmbito de aplicação, está excluído o tratamento “para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais”<sup>3788</sup> e, territorialmente, a aplicação restringe-se ao tratamento de dados pessoais de titulares que estejam no território da União, nos termos do n.º 2 do art. 3.º<sup>3789</sup>.

---

<sup>3780</sup> *Ibid.*, artigo 2.º

<sup>3781</sup> *Ibid.*, art. 3.º, n.º 2, primeiro travessão.

<sup>3782</sup> *Ibid.*, art. 13.º

<sup>3783</sup> Wong, 2012, p. 238.

<sup>3784</sup> Considerando 9 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

<sup>3785</sup> Regulamento (UE) 2016/679, *cit.*

<sup>3786</sup> Cfr. art. 4.º, n.º 1 do Regulamento *cit.*

<sup>3787</sup> Cordeiro, 2018, p. 2.

<sup>3788</sup> Cfr. art. 2.º, al. d) do Regulamento *cit.*

<sup>3789</sup> A versão portuguesa do Regulamento refere que este se aplica “ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento”; no entanto, a expressão “residentes” resulta de um erro de tradução, como se observa pela leitura das outras versões do

É importante notar que o considerando 4 refere que o “direito à proteção de dados pessoais não é absoluto”, devendo ser “equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”.

No âmbito mais específico do sector das comunicações eletrónicas, o tratamento de dados pessoais é regulado pela Diretiva 2002/58 (Diretiva E-privacy)<sup>3790</sup>. A regulação oferecida por este instrumento visa “impedir o acesso não autorizado às comunicações”<sup>3791</sup>, tendo os EM de garantir “a confidencialidade das comunicações e respetivos dados de tráfego”<sup>3792</sup>.

Quanto ao âmbito de aplicação, mais uma vez, o tratamento feito no âmbito de “atividades relacionadas com a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (...) e as atividades do Estado em matéria de direito penal” vê-se excluído<sup>3793</sup>.

O art. 15.º, que apresenta um conteúdo semelhante ao art. 13.º da *Diretiva dos Dados Pessoais*, prevê no seu n.º 1 objetivos que possibilitam a adoção de medidas nacionais que se traduzem numa restrição da confidencialidade das comunicações – entre eles, a prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais. A possibilidade de adoção de uma medida deste tipo é apresentada “em termos um tanto vagos”<sup>3794</sup>: esta terá de ser “necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática”. Terá também de ser conforme com os princípios gerais do direito europeu, pelo que esta disposição deverá ser lida à luz dos arts. 7.º e 8.º da CDFUE, uma vez que possibilita ingerências nos direitos fundamentais aí consagrados – respeito pela vida privada e proteção dos dados pessoais, respetivamente.

Esta Diretiva poderá vir a ser revogada brevemente, tendo a CE já apresentado, em janeiro de 2017, uma Proposta de Regulamento relativa ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas<sup>3795</sup>. Esta proposta mantém “o essencial do artigo 15.º da Diretiva Privacidade e Comunicações Eletrónicas”<sup>3796</sup>, dando

---

Regulamento. Na versão inglesa podemos ler que o Regulamento se aplica ao tratamento de “personal data of data subjects who are in the Union”, não fazendo qualquer referência à residência. Assim, a tradução correta seria “O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares que estão no território da União”.

<sup>3790</sup> Esta Diretiva, *cit.*, foi já alvo de alterações em duas ocasiões – em 2006, através da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março; e em 2009, através da Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro. Esta última alterou a *Diretiva E-Privacy* enquanto parte do quadro regulamentar das redes e serviços de comunicações eletrónicas, cuja aplicação “está sujeita a revisão periódica pela Comissão, com vista, em especial, a determinar a eventual necessidade de alteração à luz da evolução tecnológica e do mercado” (cfr. considerando 1).

<sup>3791</sup> Cfr. considerando 21 da Diretiva 2002/58, *cit.*

<sup>3792</sup> *Ibid.*, art. 5.º

<sup>3793</sup> *Ibid.*, art. 3.º, n.º 1.

<sup>3794</sup> López-Lapuente, 2008, p. 73.

<sup>3795</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58 (COM/2017/010 final - 2017/03 (COD)).

<sup>3796</sup> Cfr. parágrafo 1.3.

aos EM a liberdade de regular a matéria, desde que o façam de acordo com o direito da UE. Além disso, o art. 11.º permite aos Estados uma restrição do princípio da confidencialidade desde que, como refere no n.º 1, “tal restrição respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária, adequada e proporcionada”. Como refere Matthew White, esta restrição poderá ser através da retenção dos dados de comunicação e seu fornecimento a autoridades<sup>3797</sup>.

Ainda no âmbito dos serviços de comunicação eletrónica, é importante recuar no tempo e mencionar a “controversa”<sup>3798</sup> Diretiva 2006/24 (Diretiva da Conservação de Dados)<sup>3799</sup>, à qual a doutrina se refere como um dos passos “mais contundentes”<sup>3800</sup> por parte do legislador europeu.

Como relembram os seus considerandos 10 e 11, o Conselho reafirmou, na sua condenação aos ataques terroristas de 2005 em Londres, a necessidade de aprovar “medidas comuns relativas à conservação de dados de telecomunicações” dada a sua importância para a investigação, deteção e repressão de infrações penais. Esta conservação não abrangia o conteúdo da comunicação<sup>3801</sup>, portanto foi vista como respeitadora dos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais, consagrados na CDFUE<sup>3802</sup>. Sendo esta Diretiva anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que concedeu força vinculativa à Carta no direito da UE, esta é a única referência que lhe é feita<sup>3803</sup>.

Sendo a principal motivação deste instrumento a harmonização das legislações dos EM para garantir a disponibilidade dos dados para efeitos penais<sup>3804</sup>, pode argumentar-se que as garantias de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos passaram para segundo plano, o que suscitou “as mais veementes críticas por parte dos [seus] defensores”<sup>3805</sup>. A polémica continuou na fase de transposição nos diversos Estados<sup>3806</sup>, dificultada pelo seu “caráter invasivo da privacidade”<sup>3807</sup> e por “suspeitas de desconformidade (...) no plano constitucional” na legislação nacional daí resultante<sup>3808</sup>.

---

<sup>3797</sup> White, 2017a.

<sup>3798</sup> Vidaschi & Lubello, 2015, p. 14 (tradução nossa).

<sup>3799</sup> Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

<sup>3800</sup> López-Lapuente, 2008, p. 72 (tradução nossa).

<sup>3801</sup> Cfr. considerando 13 da Diretiva *cit.*

<sup>3802</sup> *Ibid.*, considerando 22.

<sup>3803</sup> Ouaki, 2015, p. 617.

<sup>3804</sup> Cfr. art. 1.º, n.º 1 da Diretiva *cit.*

<sup>3805</sup> Ouaki, 2015, p. 641.

<sup>3806</sup> Guild & Carrera, 2014.

<sup>3807</sup> Neves, 2011, p. 74.

<sup>3808</sup> Ramalho & Coimbra, 2016, p. 998.

Apesar de todo o debate político que este instrumento suscitou desde o seu nascimento, foi com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), e a força vinculativa da CDFUE daí resultante, que esta Diretiva se viu realmente ameaçada, acabando por ser invalidada, como será explorado na análise jurisprudencial.

## **2. Análise jurisprudencial**

Feita esta contextualização, podemos avançar para uma análise mais profunda do tema central desta investigação – a contraposição entre a necessidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais relativos à privacidade e a necessidade de reter dados pessoais de comunicações eletrónicas para efeitos penais, tendo por palco o TJ.

Para tal análise, seleccionámos cinco casos – *Digital Rights Ireland e o.*, *Tele2 Sverige e Watson e o.*, *Ministerio Fiscal*, *Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.* e *Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.* No que toca aos três primeiros, analisaremos as questões prejudiciais submetidas e a decisão prejudicial do TJ. Quanto aos dois últimos, ao tempo da investigação, o TJ ainda não havia facultado a sua decisão, por isso a exposição irá reservar-se às questões submetidas e opinião do advogado-geral.

Podemos desde já referir que a exposição que se segue permitirá observar que é deveras uma conciliação complexa, claramente sem uma resposta fixa, e que o juiz europeu está a percorrer um caminho a cada esclarecimento e orientação que oferece, mas os passos percorridos nem sempre se mostram pacíficos entre a doutrina.

Dos acórdãos selecionados, percebe-se que os esforços do TJ ao longo deste caminho para harmonizar estas duas necessidades levantam o véu sobre, essencialmente, três questões de relevo – qual o alcance do princípio da proporcionalidade enquanto balizador da possibilidade de retenção de dados pessoais, o que se deve entender por *ingerência grave* nos direitos fundamentais relativos à privacidade, e a quem cabe e qual o preenchimento do conceito de *crime grave*.

### **2.1. *Digital Rights Ireland e o.***<sup>3809</sup>

#### **Resumo dos factos**

A *Digital Rights Ireland* pede ao *High Court* que declare a nulidade da Diretiva 2006/24, que obriga os fornecedores de serviços de comunicações a conservarem dados de tráfego e de localização para efeitos penais.

---

<sup>3809</sup> Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland e o.* (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238).

O *High Court* suspendeu a instância e questionou o TJ acerca da proporcionalidade e adequação entre a exigência de conservação desta Diretiva e a restrição dos direitos que daí resulta – direito ao respeito pela vida privada (art. 7.º da Carta) e direito à proteção dos dados pessoais (art. 8.º da Carta).

#### 4) Decisão do TJ

O TJ afirma que a conservação generalizada de dados e acesso aos mesmos pelas autoridades constitui uma ingerência “de grande amplitude e [que] deve ser considerada particularmente grave”<sup>3810</sup>.

Uma vez que estamos perante direitos fundamentais previstos pela Carta, o juiz europeu teve de “passar ao crivo”<sup>3811</sup> os requisitos ditados pelo art. 52.º, n.º 1, entre os quais o que suscita mais dúvidas, no caso, é o respeito pelo princípio da proporcionalidade, que dita que “os atos das instituições da União sejam adequados à realização dos objetivos legítimos prosseguidos pela regulamentação em causa e não excedam os limites do que é adequado e necessário à realização desses objetivos”<sup>3812</sup>.

Esta Diretiva abrange “todos os meios de comunicação eletrónica e todos os dados relativos ao tráfego”, não contendo uma limitação face ao seu objetivo material de luta contra a criminalidade grave, e afeta “todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas”, não se limitando a quem está “numa situação suscetível de dar lugar a ações penais”<sup>3813</sup>. Além disso, o número de pessoas com autorização de acesso aos dados conservados e a duração temporal de conservação dos dados não se apresentam balizados por critérios objetivos que garantam o limite do estritamente necessário<sup>3814</sup>.

Após a enumeração de vários pontos criticáveis, o TJ conclui que a Diretiva 2006/24 é inválida<sup>3815</sup> por desrespeitar o princípio da proporcionalidade nas ingerências que faz nos direitos ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais.

---

<sup>3810</sup> Cfr. parágrafo 37 do acórdão *cit.*

<sup>3811</sup> Ouaki, 2015, p. 619.

<sup>3812</sup> Cfr. parágrafos 45 e 46 do acórdão *cit.*

<sup>3813</sup> *Ibid.*, parágrafos 57 e 58.

<sup>3814</sup> *Ibid.*, parágrafos 62 e 64.

<sup>3815</sup> É de salientar que não estamos perante uma anulação de um ato legislativo decorrente de um recurso de anulação (art. 263.º do TFUE) mas sim uma declaração de invalidade afirmada no âmbito de um reenvio prejudicial. O Parlamento e o Conselho ficaram responsáveis por acatar a decisão tomada, optando, no caso, por anular a Diretiva. V. Ramalho & Coimbra, 2016, pp. 1018-1030.

## Análise

Um ponto curioso em relação a esta Diretiva é que a sua base legal tinha sido alvo de debate quando, no caso *Irlanda vs. Parlamento e Conselho*<sup>3816</sup>, a Irlanda pediu ao TJ que anulasse a mesma por não ter sido adotada com fundamento numa base jurídica adequada: a base é o funcionamento do mercado interno e a Irlanda argumenta que seria a cooperação policial e judiciária em matéria penal. O TJ discorda e afirma que a base legal era a correta, tendo em conta o seu conteúdo material<sup>3817</sup>. É importante verificar que esta decisão data de 10 de fevereiro de 2009, ou seja, é anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, consequentemente, a Carta ainda não constituía direito primário da União, o que torna mais compreensível a decisão.

Desta vez, a Diretiva foi invalidada somente com recurso a artigos da Carta, afirmando-se, em termos práticos, o papel constitucional do TJ<sup>3818</sup> e a utilidade de se conceder à União “o seu próprio instrumento jurídico em matéria de direitos fundamentais”, nas palavras de Myriam Ouaki<sup>3819</sup>.

Várias questões surgiram após este acórdão, essencialmente no que toca ao delineamento da fronteira entre as competências dos EM e da UE<sup>3820</sup>. As dúvidas foram adensadas pelo facto de a CE não ter tomado a iniciativa de criar uma nova Diretiva em sua substituição, deixando a matéria de conservação de dados ao poder dos Estados, sujeita à previsão do art. 15.º da Diretiva 2002/58<sup>3821</sup>.

Agências de segurança e serviços de inteligência receberam mal esta novidade, temendo a proibição absoluta da retenção de dados, mas houve quem alertasse, mais otimisticamente, que o cerne da questão é a necessidade de prever condições apertadas para justificar essa retenção, algo que a Diretiva em causa não previa<sup>3822</sup>.

Perante isto, haverá margem para a retenção de dados em massa? Steve Peers opina que não será possível, pois quer uma possível Diretiva substituta quer a legislação dos Estados neste domínio terão de efetuar uma especificação de comunicações particularmente ligadas a *crimes graves*, já que uma vigilância indiscriminada será sempre uma ingerência injustificável no âmbito da Carta<sup>3823</sup>. Concordamos com esta ideia, mas a verdade é que esta dúvida continua a ecoar nos EM (como poderemos observar na restante exposição jurisprudencial).

---

<sup>3816</sup> Acórdão de 10 de fevereiro de 2009, *Irlanda/Parlamento e Conselho* (C-301/06, EU:C:2009:68).

<sup>3817</sup> Parágrafos 84 e 85 do acórdão *cit.*

<sup>3818</sup> Vidaschi & Lubello, 2015, p. 17.

<sup>3819</sup> Ouaki, 2015, p. 629.

<sup>3820</sup> Lynskey, 2013b.

<sup>3821</sup> Verbruggen et al., 2018.

<sup>3822</sup> *Id.*

<sup>3823</sup> Peers, 2014b, e Peers, 2014a.

A definição europeia de *crime grave*, ou a sua falta, é também uma das maiores questões. A este propósito, Arianna Vidaschi e Valerio Lubello relembram que, na prática, os Estados preencheram este conceito de formas muito diversas, tendo alguns adotado listas de crimes considerados graves, ao passo que outros utilizam como critério a moldura penal<sup>3824</sup>. Esta discrepância é algo preocupante, pois a gravidade do crime é um limite aos grupos de utilizadores e aos meios de comunicação passíveis de retenção, assim como ao período temporal da sua conservação.

O que observamos, no que toca à doutrina, é a defesa de uma harmonização no preenchimento deste conceito. Neste sentido, Elspeth Guild e Sergio Carrera defendem que terá de haver uma definição comum aos vários Estados<sup>3825</sup>, e Steve Peers afirma que uma nova Diretiva substituta teria de conter regras quanto a esta definição<sup>3826</sup>.

Vanessa Franssen chama a atenção para outro problema neste âmbito: um crime pode começar por ser considerado “normal” e, com o decorrer da investigação, passar a ser considerado grave por haver novas descobertas<sup>3827</sup>, o que traz dificuldades, nomeadamente, quanto ao limite temporal de conservação dos dados (à partida, mais curto, por se considerar, precipitadamente, que não se tratava de um crime grave). Esta observação revela que a gravidade de um crime é, realmente, um conceito muito relevante nesta matéria, levando à urgência de maiores esclarecimentos pelo direito da UE.

Um outro aspeto deste acórdão que merece a nossa atenção é referido por Orla Lynskey – a decisão do TJ não questiona a efetividade da retenção de dados como ferramenta de combate ao crime<sup>3828</sup>, referindo apenas, sucintamente, que “tendo em conta a crescente importância dos meios de comunicação eletrónica, os dados que devem ser conservados em aplicação desta diretiva (...) constituem um instrumento útil nas investigações penais”<sup>3829</sup>. Concordando com a opinião de Lynskey, consideramos que a falta de maiores considerações sobre este tema, nomeadamente com evidência empírica, se revela algo desapontante.

Surgem também dúvidas quanto aos efeitos desta decisão em matéria de aplicabilidade das legislações nacionais de transposição<sup>3830</sup>. Sendo as legislações adotadas com base nas medidas impostas pela Diretiva, as medidas dessas mesmas legislações terão, também elas, de ser confrontadas com a interpretação oferecida pelo

---

<sup>3824</sup> Vidaschi & Lubello, 2015, p. 20.

<sup>3825</sup> Guild & Carrera, 2014, p. 14.

<sup>3826</sup> Peers, 2014b.

<sup>3827</sup> Franssen, 2016.

<sup>3828</sup> Lynskey, 2014.

<sup>3829</sup> Cfr. parágrafo 49 do acórdão *cit.*

<sup>3830</sup> Ramalho & Coimbra, 2016, p. 998.

TJ, pois “o conteúdo das disposições nacionais de transposição poderá ser (...) contrário ao Direito da União”<sup>3831</sup>. Não sendo possível a interpretação conforme, decorre do princípio do primado que as medidas nacionais contrárias às disposições europeias devem ser desaplicadas pelas autoridades do EM<sup>3832</sup>. Nas palavras de Rostane Mehdi, há uma verdadeira obrigação de “excluir as regras internas adotadas em violação da legalidade comunitária”<sup>3833</sup>.

Depois de todas estas dúvidas suscitadas pelo acórdão, um ponto positivo que podemos observar é a afirmação inequívoca de que o acesso a dados de comunicação pode consubstanciar, por si só, uma ingerência grave na vida privada do cidadão, mesmo não tendo as autoridades acesso ao conteúdo dessas comunicações<sup>3834</sup>.

## **2.2. *Tele2 Sverige e Watson e o.*** <sup>3835</sup>

### **Resumo dos factos**

A regulamentação nacional da Suécia previa uma obrigação de os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas conservarem certos dados pessoais pelo período de seis meses contados a partir do fim da comunicação, podendo ser fornecidos às autoridades nacionais se tal se revelasse necessário “para prevenir, impedir ou constatar uma atividade criminosa”<sup>3836</sup>.

A entidade prestadora de serviços de comunicação eletrónica Tele2 Sverige, estabelecida na Suécia, notificou a autoridade sueca de supervisão de telecomunicações Post- och telestyrelsen (PTS) de que não iria continuar a reter dados de comunicação, na sequência da decisão do TJ no acórdão *Digital Rights Ireland*. A Direção Geral da Polícia Nacional apresentou queixa à PTS “pelo facto de a Tele2 Sverige ter deixado de lhe comunicar os dados”<sup>3837</sup>, o que levou a que a PTS ordenasse à Tele2 que, em conformidade com a lei nacional, procedesse à sua retenção.

O órgão jurisdicional de reenvio observa que o art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2002/58 possibilita, em determinadas circunstâncias, a retenção dos dados de comunicações eletrónicas, mas neste caso temos uma obrigação generalizada de conservação, o que suscita dúvidas. Face a isto, questiona se será compatível com o artigo “uma obrigação geral de conservar dados de tráfego (...) sem quaisquer

---

<sup>3831</sup> Ramalho & Coimbra, 2016, p. 1031.

<sup>3832</sup> Ouaki, 2015, p. 635.

<sup>3833</sup> Mehdi, 2007, p. 709 (tradução nossa).

<sup>3834</sup> Guild & Carrera, 2014, pp. 5 e 6.

<sup>3835</sup> Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Watson e o.* (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970).

<sup>3836</sup> Cfr. parágrafo 22 do acórdão *cit.*

<sup>3837</sup> *Ibid.*, parágrafo 45.



distinções, limitações ou exceções, para efeitos do objetivo de combate à criminalidade”<sup>3838</sup>.

## 5) Decisão do TJ

O TJ refere a importância, expressa pelo n.º 1 do art. 52.º da Carta, de uma restrição ao exercício dos direitos e liberdades fundamentais estar “prevista por lei e respeitar o seu conteúdo essencial” e de respeitar o princípio da proporcionalidade, que implica que “as derrogações e as limitações à proteção dos dados pessoais operem na estrita medida do necessário”<sup>3839</sup>.

Uma vez que a regulamentação nacional em causa “prevê uma conservação generalizada e indiferenciada” que abrange os dados de comunicação de “todos os assinantes e utilizadores registados relativos a todos os meios de comunicação eletrónica”, o TJ considera que há uma suscetibilidade de “tirar conclusões muito precisas sobre a vida privada das pessoas cujos dados foram conservados”<sup>3840</sup>.

Assim, estamos perante uma ingerência muito ampla e que deve ser considerada “particularmente grave”, pelo que para efeitos de luta contra a criminalidade “só a luta contra a criminalidade grave pode justificar uma medida deste tipo”<sup>3841</sup>.

Concluindo, esta regulamentação “excede os limites do estritamente necessário e não pode ser considerada justificada”<sup>3842</sup>, portanto deve ser considerada incompatível com o direito da UE.

## Análise

Após as dúvidas levantadas pelo caso *Digital Rights Ireland*, era uma questão de tempo até os juízes dos EM começarem a submeter pedidos de decisão prejudicial<sup>3843</sup>. Se é verdade que com esta decisão o TJ veio esclarecer pontos importantes na saga da retenção de dados, também é verdade que este “está longe de ser o capítulo final”<sup>3844</sup>, como refere Giulia Formici.

Como anteriormente referido, algumas interpretações apontavam no sentido de a retenção de dados ser permitida desde que obedecendo a critérios mais restritivos. Com esta decisão, fica mais claro que é essa a interpretação do TJ. Esses

---

<sup>3838</sup> Cfr. parágrafos 49 a 51 do acórdão *cit.*

<sup>3839</sup> Cfr. parágrafo 96 do acórdão *cit.*

<sup>3840</sup> *Ibid.*, parágrafo 99.

<sup>3841</sup> *Ibid.*, parágrafos 94 a 102.

<sup>3842</sup> *Ibid.*, parágrafo 107.

<sup>3843</sup> Verbruggen et al., 2018.

<sup>3844</sup> Formici, 2019 (tradução nossa).

critérios passam pela especificação das pessoas abrangidas em função dos crimes que levaram à adoção de medidas nacionais que restrinjam o princípio da confidencialidade, limitadas ao estritamente necessário<sup>3845</sup>.

No que toca à retenção de dados em massa, há uma verdadeira “rutura com o passado”<sup>3846</sup>, pois o TJ clarifica, pela primeira vez, que as medidas nacionais que preveem a conservação indiscriminada de dados são excessivas<sup>3847</sup>. Neste âmbito, Orla Lynskey acrescenta que, no Reino Unido, é de lamentar que esta decisão tenha chegado “demasiado tarde”<sup>3848</sup>, pois não impediu a entrada em vigor do *Investigatory Powers Act 2016*, que será posteriormente analisado a propósito do acórdão *Ministerio Fiscal*.

Nas suas conclusões, o advogado-geral Saugmandsgaard Øe tinha oferecido uma interpretação ligeiramente diferente, apontando para a possível justificação de uma retenção indiscriminada de dados. Segundo o advogado-geral, a retenção em massa poderia ser considerada compatível com o direito da União, mas apenas se respeitasse “simultaneamente as exigências estabelecidas no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 e as exigências previstas no artigo 52.º, n.º 1, da Carta”<sup>3849</sup>.

Voltando ao problema da aplicabilidade das legislações nacionais resultantes da transposição da Diretiva 2006/24, numa carta aberta<sup>3850</sup> dirigida à CE, de 25 de junho de 2018, assinada por “sessenta e duas organizações, redes comunitárias e professores académicos, em dezanove Estados”, é referido que esta decisão reitera o que foi afirmado no caso *Digital Rights*, desta vez especificamente em relação a legislação nacional, portanto, face à primazia do direito da União, todas as legislações nacionais que prevejam uma retenção em massa de dados pessoais de comunicação deveriam ser consideradas incompatíveis com o direito da UE; no entanto, “pelo menos 17” EM ainda implementam esta retenção.

---

<sup>3845</sup> Woods, 2016.

<sup>3846</sup> Lynskey, 2017 (tradução nossa).

<sup>3847</sup> Coudert, 2017.

<sup>3848</sup> Lynskey, 2017, *cit.* (tradução nossa).

<sup>3849</sup> Cfr. parágrafo 131 das conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe de 19 de julho de 2016 (C 203/15 e C 698/15, EU:C:2016:572).

<sup>3850</sup> Carta disponível em <https://www.hermescenter.org/wp-content/uploads/2018/06/STOPdataRetention-Open-Letter.pdf> (tradução nossa).

## **2.3. *Ministerio Fiscal*** <sup>3851</sup>

### **Resumo dos factos**

Em fevereiro de 2015, Hernandez Sierra, cidadão espanhol, é vítima de um assalto violento, em Espanha, no qual lhe é roubado o telemóvel. Na sequência deste assalto, é apresentada queixa à polícia.

Com o objetivo de identificar os suspeitos do crime para fins de inquérito penal, a polícia judiciária pretende obter acesso a dados pessoais na posse dos operadores de telefonia móvel – especificamente, os números de telemóvel ativados com o código IMEI do telemóvel roubado, num período de doze dias após o assalto, e, posteriormente, os dados pessoais relativos à identidade (nome e, se necessário, endereço postal) de quem estiver registado como titular desses cartões.

Nos termos do Código de Processo Penal Espanhol, é ao juiz que cabe autorizar a interceção e análise de correspondência telegráfica, se tal for pertinente para o processo<sup>3852</sup>. A polícia judiciária pede ao juiz de instrução criminal que ordene aos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas que cedam esses dados, mas o pedido é indeferido. O juiz entende que esse acesso consubstancia uma ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos arts. 7.º e 8.º da CDFUE e, nos termos da lei nacional espanhola – Lei n.º 25/2007<sup>3853</sup> – para se considerar justificada, o crime em causa terá de ser grave, que não é o caso.

Segundo o Código Penal Espanhol, a determinação da gravidade de um crime é feita através de um critério normativo formal, em que se considera a pena suscetível de ser aplicada. Assim, serão graves as infrações que a lei pune com pena grave, e penas graves são pena de prisão perpétua ou pena de prisão superior a 5 anos<sup>3854</sup>. O crime em causa tem a previsão de pena máxima de 3 anos de prisão, logo não é considerado grave, portanto não haverá justificação para uma intromissão na vida privada dos suspeitos.

Após este indeferimento, entrou em vigor a Lei 13/2015<sup>3855</sup>, que alterou o Código de Processo Penal Espanhol, introduzindo um novo critério de determinação da gravidade de uma infração – o critério material – que considera a gravidade da ofensa aos bens jurídicos da comunidade em que se traduz o comportamento em causa.

---

<sup>3851</sup> Acórdão de 2 de outubro de 2018 (C-207/16, EU:C:2018:788).

<sup>3852</sup> Cfr. art. 579º, n.º 1 do Código de Processo Penal Espanhol.

<sup>3853</sup> Lei relativa à conservação de dados relativos a comunicações eletrónicas e a redes públicas de comunicações, de 18 de outubro de 2007 (BOE n.º 251, de 19 de outubro de 2007, p. 42517).

<sup>3854</sup> Cfr. art. 13.º, n.º 1 e art. 33.º do Código Penal Espanhol.

<sup>3855</sup> Lei Orgânica de modificação da Lei de Acusação Criminal para fortalecimento das garantias processuais e regulação das medidas de investigação tecnológica de 5 de outubro de 2015 (BOE n.º 239, de 6 de outubro de 2015, p. 90192).

Perante isto, o *Ministerio Fiscal* interpõe recurso do despacho de indeferimento, alegando que a comunicação dos dados em causa deveria ter sido autorizada em razão da natureza do assalto. Neste contexto, o tribunal ordena a prorrogação do prazo de conservação dos dados de comunicação pelos serviços de telefonia e suspende a instância.

O órgão jurisdicional entende que o caso cai no âmbito de aplicação da Diretiva 2002/58 e submete duas questões prejudiciais ao TJ: é questionado se a gravidade do crime, “enquanto critério que justifica a ingerência nos direitos fundamentais”, poderá ser determinada apenas com base na pena suscetível de ser aplicada ou se será “necessário identificar na conduta infratora especiais níveis de lesão de bens jurídicos”. A título subsidiário, questiona qual o “limiar mínimo” da pena aplicável, para se considerar a infração grave, e se um limite de três anos seria compatível com o direito da UE<sup>3856</sup>.

## **Decisão do TJ**

Antes da decisão referente às questões prejudiciais submetidas, o TJ tece considerações acerca da sua competência para as responder. O Governo espanhol alega que o TJ não tem essa competência, pois estamos perante matéria excluída do âmbito de aplicação do direito da União, já que, em conformidade com o art. 1.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58, as atividades do Estado em certos domínios, como o penal e da segurança pública, estão excluídas do âmbito de aplicação da Diretiva, e a Carta também não tem aplicação no caso, em conformidade com o seu art. 51.º, n.º 1, que dita que os EM são destinatários das suas disposições somente quando aplicam o direito da UE<sup>3857</sup>.

O TJ entende que, em primeiro lugar, a Diretiva é aplicável ao tratamento de dados pessoais no contexto do fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas (art. 3.º) e, em segundo, as medidas legislativas referidas no art. 15.º, n.º 1, “estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva, mesmo que digam respeito a atividades próprias do Estado ou das autoridades estatais”<sup>3858</sup>. Além disso, se a medidas em causa impõem retenção de dados pessoais, implicam que os fornecedores de serviços façam um tratamento desses dados e, desta forma, tais medidas “não podem ser equiparadas às atividades próprias dos Estados”<sup>3859</sup>. Assim, não há nada a ditar a inaplicabilidade da Diretiva ao caso e o TJ é competente para responder ao pedido de decisão prejudicial.

---

<sup>3856</sup> Cfr. parágrafo 26 do acórdão *cit.*

<sup>3857</sup> Cfr. parágrafo 29 do acórdão *cit.*

<sup>3858</sup> *Ibid.*, parágrafo 34.

<sup>3859</sup> *Ibid.*, parágrafo 37.

O Tribunal vai mais longe e esclarece que é irrelevante o facto de o pedido de acesso apenas dizer respeito à identidade dos titulares dos cartões ativados no telemóvel, porque os dados relativos à identidade estão abrangidos pelo conceito de “dados de tráfego” definido no art. 2.º, segundo parágrafo, al. b), da Diretiva 2002/58<sup>3860</sup>.

Voltando às questões prejudiciais, podemos constatar que o órgão de reenvio pressupõe a autonomização a nível de direito da União do conceito de *crime grave*, e pretende saber como o aplicar corretamente. O TJ, em concordância com a opinião do advogado-geral Saugmandsgaard Øe<sup>3861</sup>, começa por reformular a questão, entendendo que o que deve ser questionado é se uma ingerência não grave nos direitos fundamentais motivada pela luta contra infrações penais só se poderá considerar justificada perante infrações graves. O núcleo do caso é a gravidade da ingerência e não a gravidade do crime<sup>3862</sup>. A resposta à questão reformulada é negativa.

O TJ esclarece que o critério de apreciação da justificação da ingerência é o respeito pelo princípio da proporcionalidade e não, necessariamente, o carácter grave da infração penal, e chama a atenção para o facto de o art. 15.º da Diretiva 2002/58 compreender uma lista exaustiva de objetivos que possam justificar uma derrogação do princípio da confidencialidade das comunicações, como resulta da expressão “pelas razões enunciadas” do segundo período do n.º 1<sup>3863</sup>. Quanto ao objetivo aqui prosseguido, só está prevista na Diretiva a “prevenção, investigação, deteção e repressão de infração penal” e não a sua gravidade.

No caso *Tele2*, diferentemente, os dados conservados possibilitam conhecer “a origem de uma comunicação e o seu destino, (...) a data, a hora, a duração e o tipo de uma comunicação”, portanto fornecem muitas informações sobre a vida privada da pessoa em causa<sup>3864</sup>. Estamos perante uma ingerência grave nos direitos fundamentais que, em respeito pelo princípio da proporcionalidade, só seria suscetível de ser justificada perante a luta contra um crime grave.

No caso em análise, o pedido da polícia judiciária é bastante limitado, uma vez que apenas compreende um período temporal de doze dias, um meio de comunicação específico (o telemóvel roubado) e os dados de identidade, além de que as pessoas afetadas têm a característica especial de serem suspeitas de um crime. Assim, não haverá acesso às datas e horas de comunicação, à duração das chamadas ou seus destinatários,

---

<sup>3860</sup> *Ibid.*, parágrafo 42.

<sup>3861</sup> Cfr. parágrafo 73 das conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe de 3 de maio de 2018 (C-207/16, EU:C:2018:300).

<sup>3862</sup> Artemiou, 2018.

<sup>3863</sup> Cfr. parágrafo 90 do acórdão *cit.*

<sup>3864</sup> Cfr. parágrafos 98 e 99 do acórdão *Tele2*, *cit.*

nem à sua localização ou frequência, portanto não são especialmente invasivas da vida privada das pessoas, logo não estamos perante uma ingerência grave.

Sintetizando, a justificação para uma ingerência não grave nos direitos fundamentais não exige a verificação de um crime grave.

## **Análise**

No que toca à competência do TJ para responder nesta matéria, que foi esclarecida com este acórdão, é importante fazer uma breve referência ao caso *Liberty c. Secretary of State for the Home Department e o.*<sup>3865</sup>. Em traços gerais, *Liberty* – uma organização independente defensora dos direitos humanos – questionou a compatibilidade da *Parte 4* do *Investigatory Powers Act 2016* do Reino Unido com o direito da UE, já que esta lei atribui ao Secretário de Estado o poder de ordenar a retenção de dados pessoais às entidades fornecedoras de serviços de telecomunicações se considerar essa retenção necessária e proporcional face à salvaguarda da segurança nacional, da deteção e prevenção de crimes e da segurança pública, entre outros objetivos listados na lei. O Supremo Tribunal do Reino Unido entendeu que a disposição é incompatível com o direito da UE, na medida em que restringe os direitos fundamentais dos cidadãos sem prever uma limitação ao propósito de luta contra crimes graves nem submeter o acesso aos dados conservados a fiscalização por uma entidade independente, portanto a legislação terá de ser alterada<sup>3866</sup>.

Esta decisão parece-nos criticável no que toca ao âmbito mais específico dos dados de entidade, previstos na lei. A lei prevê que os dados de comunicação que poderão ser conservados compreendem dados de eventos e dados de entidade. O tribunal entende que os dados de eventos caem no campo de aplicação da Diretiva 2002/58, mas os dados de entidade, em relação aos quais refere como exemplo “o nome de uma pessoa na posse de um determinado telemóvel”<sup>3867</sup>, já não estarão dentro do seu âmbito de aplicação, portanto recusa submeter um pedido de decisão prejudicial quanto a esta matéria. Como tivemos a oportunidade de expor, o TJ afirmou, em *Ministerio Fiscal*, que a Diretiva se aplica a este tipo de dados (os mesmos que a polícia judiciária pretende obter nesse caso). A decisão parece, então, ter chegado tarde demais, pois o tribunal do Reino Unido assumiu como externa ao direito da União uma matéria em que o TJ afirmou a sua jurisdição.

---

<sup>3865</sup> Decisão do Supremo Tribunal do Reino Unido *Liberty c. Secretary of State for the Home Department e o.* [EWHC 975 (Admin)], disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2018/975.html>.

<sup>3866</sup> Para uma análise mais aprofundada a este acórdão, v. White, 2018.

<sup>3867</sup> Cfr. parágrafo 145 do acórdão *Liberty c. Secretary of State for the Home Department e o.*, cit.

No que toca às questões prejudiciais respondidas, ao contornar a questão referente ao caráter grave de uma infração, o TJ “foge” ao debate acerca da existência de um conceito europeu autónomo de *crime grave*, o que na opinião de Lorna Woods é uma resposta “tática”<sup>3868</sup>, mas parece-nos que esta fuga foi um adiamento do inadiável pois, na nossa opinião, futuras questões prejudiciais neste sentido irão exigir um esclarecimento inequívoco do juiz europeu.

Por outro lado, houve uma oportunidade claramente aproveitada nesta decisão – a afirmação clara de que as autoridades nacionais continuam a ter poder para tratar dados de comunicação para efeitos de investigação penal, numa altura em que, como refere Eleni Artemiou, tal começava a parecer impossível dada a crescente preocupação do juiz europeu com a proteção de dados pessoais dos cidadãos<sup>3869</sup>.

## ***2.4. Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.***

### **Resumo dos factos**

Neste caso, o *Investigatory Powers Tribunal* do Reino Unido pretende saber se a legislação nacional que prevê a obtenção de dados de comunicação em massa por agências de segurança e serviços de inteligência do Estado, fornecidos por serviços de comunicação eletrónica, é compatível com o direito da UE<sup>3870</sup>.

Mais concretamente, o órgão jurisdicional questiona o TJ se, com base no art. 4.º do Tratado da União Europeia (TUE) e no art. 1.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58, uma imposição de fornecimento destes dados às entidades em causa se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União e da Diretiva 2002/58<sup>3871</sup>.

### **Análise**

O tribunal refere que o litígio contrapõe a proteção da população nacional pelas entidades de segurança à proteção de privacidade do indivíduo<sup>3872</sup>. Tal como afirma Matthew White<sup>3873</sup>, entendemos ser uma afirmação falaciosa, porque a retenção dos dados de comunicação não é feita de forma individualizada, isto é, há uma retenção em

---

<sup>3868</sup> Woods, 2018 (tradução nossa).

<sup>3869</sup> Artemiou, 2018, *cit.*

<sup>3870</sup> Decisão do *Investigatory Powers Tribunal* de 8 de setembro de 2017, disponível em <http://shorturl.at/CHJ45>.

<sup>3871</sup> Pedido de decisão prejudicial de 31 de outubro de 2017 (C-623/17).

<sup>3872</sup> Decisão do *Investigatory Powers Tribunal*, *cit.*, parágrafo 6.

<sup>3873</sup> White, 2017b.

massa. A forma como o tribunal expõe o litígio dá a entender que só os indivíduos que representem uma ameaça ao Estado terão os seus dados conservados, o que seria mais fácil de justificar, mas não é a realidade do caso.

O advogado-geral Sánchez Bordona defende que o art. 15.º, n.º 1, da Diretiva não permite que a transmissão de dados pelos operadores de serviços de comunicação seja excluída do âmbito do direito da União, já que a retenção e posterior transmissão constituem tratamento de dados pessoais de comunicação, “pelo que estão evidentemente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva”, independentemente de haver razões de segurança nacional a motivar este tratamento<sup>3874</sup>. Concluindo, o art. 1.º, n.º 3 da Diretiva opõe-se à legislação nacional em causa<sup>3875</sup>.

Este processo continua pendente e será interessante verificar a decisão tomada porque se o TJ continuar a seguir o caminho que tem seguido com a jurisprudência aqui exposta, colocará o cerne da questão no respeito pelo princípio da proporcionalidade e, assim, a previsão de retenção de dados de comunicação terá de conter limites que a circunscrevam ao necessário para atingir o objetivo de proteção da população nacional. Quanto ao que cabe no conceito de “necessário”, o rumo que tem vindo a ser traçado não aceita que nele se inclua a retenção de dados em massa, mas os juízes nacionais, por sua vez, entendem que essa retenção é “essencial para a proteção da segurança nacional do Reino Unido, nomeadamente nos domínios do combate ao terrorismo, à espionagem e à proliferação nuclear”<sup>3876</sup>.

## **2.5. *Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.***<sup>3877</sup>

### **Resumo dos factos**

Este caso foca-se na Lei de 29 de maio de 2016, lei belga relativa à recolha e à conservação de dados no setor das comunicações eletrónicas, que levanta suspeitas de desconformidade com o direito europeu, por prever uma obrigação geral de os operadores procederem a uma conservação generalizada de dados de comunicação para propósitos como luta contra crimes graves, segurança nacional, investigação criminal e identificação de suspeitos de abuso sexual de crianças que usam meios eletrónicos.

---

<sup>3874</sup> Cfr. parágrafos 30 e 31 da versão provisória das conclusões do advogado-geral Sánchez Bordona de 15 de janeiro de 2020 (C-623/17, EU:C:2020:5).

<sup>3875</sup> *Ibid.*, parágrafo 45.

<sup>3876</sup> *Ibid.*, parágrafo 20.

<sup>3877</sup> Pedido de decisão prejudicial de 2 de agosto de 2018 (C-520/18).



O Tribunal Constitucional Belga submeteu ao TJ um pedido de decisão prejudicial questionando se o art. 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 se opõe a uma regulamentação nacional deste tipo.

Este pedido surge do conflito entre duas interpretações distintas do acórdão *Tele2*<sup>3878</sup>:

Quem entende que a lei é incompatível com o direito da União argumenta que o acórdão *Tele2* clarificou que a retenção de dados em massa será sempre uma violação do princípio da proporcionalidade. A única forma de reter dados justificadamente é fazê-lo somente em relação a determinados grupos. Além disso, o art. 15.º da Diretiva 2002/58 prevê restrições ao princípio da confidencialidade como exceções. Se a retenção em massa for permitida, a exceção torna-se a regra.

Por outro lado, o Governo belga faz uma interpretação diferente, entendendo que a violação do princípio da proporcionalidade da regulamentação em causa, nesse caso, não se devia somente à retenção de dados em massa, mas a vários outros fatores combinados. Na sua argumentação, refere que em muitos casos não se pode fazer uma especificação prévia do grupo de pessoas cujos dados serão necessários, e a título de exemplo temos casos de terrorismo, em que será necessário analisar com quem é que o responsável comunicou; casos em que alguém é dado como desaparecido e é necessário localizar o telemóvel (pode nem estar em causa uma investigação criminal); casos em que é necessário provar o álibi de uma pessoa e a prova só pode ser feita por dados de comunicação (o que mostra que a retenção de dados pode ser útil inclusivamente para o suspeito de crime); entre outros. Isto para concluir que não se pode predeterminar que dados serão necessários, portanto não terá sentido definir grupos de pessoas cujos dados podem ser conservados. Esta definição pode até ser discriminatória. Assim, todos os dados devem ser conservados, mas apenas alguns poderão ser usados, mediante garantias legais estreitas<sup>3879</sup>.

## **Análise**

Como observámos, este caso é muito demonstrativo do debate que se tem gerado em torno da conciliação entre a investigação penal e a proteção da privacidade das comunicações, e evidencia especialmente as dúvidas que se fazem sentir quanto à margem de manobra dos Estados para reterem indiscriminadamente dados pessoais de comunicação.

---

<sup>3878</sup> Verbruggen et al., 2018, *cit.*

<sup>3879</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional Belga de 19 de julho de 2018 *cit.* por Verbruggen et al., 2018.

Nas suas conclusões, o advogado-geral Sánchez-Bordona opina que, em consonância com a linha jurisprudencial que o TJ tem seguido, a retenção dos dados terá de ser limitada, respeitando “o princípio de que só se deve conservar o mínimo (...) imprescindível, em função do risco ou da ameaça, e por um período de tempo limitado”<sup>3880</sup>. Desta forma, o art. 15.º, n.º 1 da Diretiva opõe-se a uma legislação nacional que imponha uma obrigação de retenção em massa de dados pessoais de comunicação, independentemente de os objetivos visados através da dita retenção irem além da investigação, deteção e instauração de procedimento criminal contra um crime<sup>3881</sup>.

Espera-se que, em resposta a este pedido de decisão prejudicial, o TJ venha dar linhas orientadoras mais completas e esclarecedoras e acalmar a discussão gerada.

### **3. Considerações finais**

#### **3.1. A verificação do princípio da proporcionalidade e a retenção em massa de dados de comunicação**

Como observámos, para o TJ o cerne da questão é o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Este princípio é usado como princípio geral de direito na sua jurisprudência desde muito cedo, enquanto “critério sobre a adequação de determinada ação da União ou dos Estados”, que só deve ser tomada perante a “inexistência de outros meios menos prejudiciais” para os mesmos fins, nas palavras de Miguel Gorjão-Henriques<sup>3882</sup>. Como refere João Sérgio Ribeiro, este princípio “serve como um limite inultrapassável que deve ser sempre considerado”<sup>3883</sup> perante compressões dos direitos fundamentais, limitando o poder do Estado.

Aplicando ao caso em estudo, as medidas que prevejam a retenção de dados de comunicação respeitarão o princípio da proporcionalidade se forem adequadas ao fim prosseguido e previsto no art. 15.º da Diretiva 2002/58, e se não ultrapassarem o necessário para atingir esse fim.

No caso da luta contra a criminalidade, estando o período temporal e o grupo de pessoas e de meios de comunicação devidamente limitados em função do objetivo, há ainda a necessidade de se garantir a proporcionalidade entre a retenção dos dados e o crime que a origina, pois se essa retenção levar a que se tirem “conclusões muito precisas

---

<sup>3880</sup> Cfr. parágrafo 127 da versão provisória das conclusões do advogado-geral Sánchez-Henri de 15 de janeiro de 2020 (C-520/18, EU:C:2020:7).

<sup>3881</sup> *Ibid.*, parágrafo 155.

<sup>3882</sup> Gorjão-Henriques, 2010, p. 387.

<sup>3883</sup> Ribeiro, 2018, p. 85.

sobre a vida privada das pessoas cujos dados foram conservados”<sup>3884</sup> trata-se de uma ingerência grave, que só estará justificada perante um crime grave.

Isto mostra que, quando o objetivo prosseguido pela medida nacional impositora da retenção é a investigação, deteção e repressão de infrações penais, o TJ usa a gravidade do crime como requisito essencial para justificar uma ingerência grave na vida privada dos cidadãos.

Posto isto, apesar de ainda haver dúvidas quanto à proibição da retenção em massa de dados pessoais de comunicação, como se observa pelas questões prejudiciais enviadas nos dois últimos casos expostos ainda sem resposta, parece-nos que há, efetivamente, uma proibição absoluta. Todos os acórdãos colocam ênfase no respeito pelo princípio da proporcionalidade, o que implica uma limitação da retenção. Uma retenção indiscriminada mostra-se como o oposto a esta regra.

Finalizando este aspeto, uma delimitação da retenção de dados face à gravidade do crime e da ingerência nos direitos fundamentais do cidadão coloca um maior peso no preenchimento dos conceitos de *ingerência grave* e de *crime grave* no direito da UE. Nos próximos pontos, analisaremos esse mesmo preenchimento.

### **3.2. O conceito de *ingerência grave* nos direitos fundamentais à proteção da privacidade e dos dados pessoais**

O TJ reconhece que haverá diferentes níveis de intromissão na vida privada das pessoas e desse nível dependerá o nível de justificação exigido, mas não clarifica totalmente o que se deve considerar, em termos de direito da UE, como *ingerência grave* nos direitos consagrados nos arts. 7.º e 8.º da Carta.

Sabemos, desde o caso *Digital Rights Ireland*, que não é necessário o acesso ao conteúdo da comunicação para estarmos perante uma ingerência grave, podendo o mero acesso aos dados de tráfego e de localização consubstanciar tal intromissão<sup>3885</sup>. Esta ideia é reafirmada nas conclusões do advogado-geral a propósito do caso Tele2 – “os riscos ligados ao acesso aos dados relativos às comunicações (...) podem ser equivalentes, ou inclusivamente superiores, aos que resultam do acesso ao conteúdo destas comunicações” já que estes dados “permitem catalogar quase instantaneamente uma população no seu conjunto, o que o conteúdo das comunicações não permite”<sup>3886</sup>.

Mesmo considerando que o critério será a quantidade e a precisão de conclusões sobre a vida privada da pessoa que se possa, abstratamente, obter através do acesso aos

---

<sup>3884</sup> Cfr. parágrafos 98 e 99 do acórdão *Tele2*, cit.

<sup>3885</sup> Cfr. parágrafos 27 a 29 do Acórdão *Digital Rights Ireland*, cit.

<sup>3886</sup> Cfr. parágrafo 259 das conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe a propósito do caso *Tele2*, cit.

seus dados, perante casos em que não seja possível fazer essa antevisão de forma clara torna-se difícil perceber se a ingerência é, ou não, grave, e se a retenção poderá ser feita de modo compatível com o direito da União.

Posto isto, entendemos que a garantia de uma correta aplicação do Direito neste âmbito necessita de novos e mais profundos esclarecimentos pelo juiz europeu.

### **3.3. *Crime grave como conceito europeu autónomo?***

O debate em torno da definição de *crime grave* nasce com o acórdão *Digital Rights Ireland* e tudo apontava para que tivesse uma resposta definitiva no acórdão *Ministerio Fiscal*, mas, como referido anteriormente, o TJ “escapou” a esta questão.

Recuando à transposição da Diretiva da Conservação de Dados, a falta de uma definição deste conceito nesse instrumento foi mal vista entre a doutrina. Maria Tzanou descreve-a como “problemática”, por ter permitido “uma ampliação de seu escopo” e, conseqüentemente, uma ampliação da possibilidade de retenção de dados de comunicação<sup>3887</sup>. Na mesma linha, R. van Genderen opina que estamos perante um verdadeiro “problema prático”, dado não haver “uma limitação harmonizada das circunstâncias e pretensões de quando, onde e por quem os dados podem ser utilizados”<sup>3888</sup>.

Antevendo esta dificuldade, o Conselho da UE referiu, na sua Declaração de 10 de fevereiro de 2006, que para esta definição os EM “devem ter em devida conta os crimes enumerados no artigo 2.º, n.º 2 da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu (...) e os crimes que envolvem telecomunicações”<sup>3889</sup>, mas tal não foi suficiente pois, como refere Chris Jones<sup>3890</sup>, a opção de não incluir uma definição acabou por levar a “amplas divergências” entre os EM. Tal facto é demonstrado pelas considerações tecidas no Relatório de Avaliação sobre a Diretiva relativa à Conservação de Dados, que revela que dez EM “definiram ‘crime grave’ tomando como referência uma pena de prisão mínima, a possibilidade de ser aplicada uma pena privativa de liberdade ou uma lista de infrações penais previstas na legislação nacional [e a] legislação de quatro Estados-Membros (...) faz referência a ‘crimes graves’ ou a ‘infrações graves’ sem avançar uma definição”<sup>3891</sup>.

---

<sup>3887</sup> Tzanou, 2017, p. 69 (tradução nossa).

<sup>3888</sup> Genderen, 2016, p. 147 (tradução nossa).

<sup>3889</sup> Conselho da União Europeia, 2005/0182(COD), 10 de fevereiro de 2006, disponível em <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%205777%202006%20ADD%201> (tradução nossa).

<sup>3890</sup> Jones, 2014a (tradução nossa).

<sup>3891</sup> Comissão Europeia, Relatório de Avaliação sobre a Diretiva relativa à conservação de dados, 18 de abril de 2011, p. 7.

Só o futuro dirá se a UE terá o seu próprio conceito de *crime grave* aplicável aos vários EM, mas tal autonomização seria uma tarefa difícil pois, analisando o direito penal dos vários Estados, constatamos a disparidade entre os vários sistemas<sup>3892</sup>. Como refere Marianne L. Wade, podemos até “falar com alguma clareza sobre o que não determina crime grave”, mas o mesmo já não pode ser dito “sobre o que constitui esses crimes”<sup>3893</sup>.

Ao mesmo tempo que constatamos a dificuldade de adoção de um conceito europeu de *crime grave*, vemos também a necessidade de garantir uma aplicação clara e uniforme do direito europeu. Na verdade, o TFUE, no n.º 1 do seu art. 83.º, dá ao Parlamento Europeu e ao Conselho o poder de estabelecerem regras de definição de infrações no âmbito de “criminalidade particularmente grave” e apresenta uma lista de “Eurocrimes”<sup>3894</sup>. A este propósito, Vanessa Franssen questiona se esta lista poderá efetivamente ser considerada “orientação suficiente” para os Estados<sup>3895</sup>, ao passo que Wade lembra que esta disposição se refere somente “a uma forma mais grave [ou] particularmente culpável de um crime (que pode ou não ser um crime grave em si)”<sup>3896</sup>. De facto, a disposição refere-se à criminalidade grave como resultante “da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”. Assim, não são exemplos-padrão de crimes graves, por si só, mas domínios criminais<sup>3897</sup> dentro dos quais as infrações podem vir a ser consideradas graves, dependendo da forma como foram praticadas no caso concreto, o que demonstra a importância de uma análise casuística.

Na nossa opinião, apesar de não ter assegurado a sua inexistência, vemos como positivo o facto de o juiz europeu não ter autonomizado este conceito no contexto europeu nem ter imposto critérios específicos para determinar a gravidade de um crime.

Como refere o advogado-geral Saugmandsgaard Øe nas suas conclusões em *Ministerio Fiscal*, a gravidade de uma infração é uma noção demasiado variável<sup>3898</sup> – varia de Estado para Estado, consoante as suas tradições, crenças, valores e prioridades enquanto comunidade; e varia de época para época, com a própria evolução da criminalidade e das políticas penais e constantes mudanças da necessidade de repressão

---

<sup>3892</sup> Artemiou, 2018, *cit.*

<sup>3893</sup> Wade, 2014, p. 12 (tradução nossa).

<sup>3894</sup> Franssen, 2016, *cit.* (tradução nossa).

<sup>3895</sup> *Id.* (tradução nossa).

<sup>3896</sup> Wade, 2014, *op cit. loc cit.* (tradução nossa).

<sup>3897</sup> Os domínios enumerados pelo artigo são “terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”.

<sup>3898</sup> Cfr. parágrafo 97 das conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe a propósito do caso *Ministerio Fiscal*, *cit.*

penal. O que é grave num Estado poderá não o ser num outro Estado, e o que é considerado grave hoje poderá não o ser no futuro.

Seguir um critério normativo formal para fixar um conceito a nível de direito da UE de infração grave, isto é, fixá-lo com base na pena suscetível de ser aplicada à infração em causa, seria um erro, na medida em que a pena depende dos sistemas repressivos dos diferentes Estados e, em termos globais, não reflete o nível de gravidade de uma infração. Desta forma, o TJ não deve estabelecer um *quantum* de pena que defina o limiar mínimo de gravidade, pois não iria espelhar a real gravidade do crime.

Se, por outro lado, seguirmos um critério material, guiando-nos pelo específico comportamento em causa e bens jurídicos lesados através dele, constatamos, novamente, o perigo de desadequação, pois os bens jurídicos protegidos são diferentes e têm prioridades diferentes de Estado para Estado e de época para época.

Isto evidencia que se considerarmos uma noção autonomizada de *crime grave* para o direito da UE, este conceito perderá a capacidade de se moldar às variáveis em questão, e corremos o risco de ter um preenchimento do conceito desadequado às especificidades do caso. Posto isto, entendemos ser preferível não o autonomizar e deixar o conceito ser preenchido, com os necessários limites, pelos EM.

Consideramos que deve ser estabelecida uma analogia entre o preenchimento do conceito de *crime grave* e o preenchimento dos conceitos de *segurança pública*<sup>3899</sup> e *ordem pública*. Nestes casos, cabe aos Estados preencher as noções, mas estão limitados, nesse preenchimento, pelo direito da UE, pois a jurisprudência estabelece uma interpretação estrita.

No acórdão *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, o TJ refere que apesar de os EM serem “livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais (...) as exigências de ordem pública e de segurança pública (...) estas exigências devem, contudo, ser entendidas em sentido estrito”, não podendo o seu alcance escapar ao “controlo das instituições da União Europeia”<sup>3900</sup>. Aplicando este entendimento ao conceito de *crime grave*, a interpretação do conceito terá de estar

---

<sup>3899</sup> A este propósito, o advogado-geral Saugmandsgaard Øe refere que *segurança pública* é um conceito próximo do de *luta contra criminalidade grave*, portanto é defensável uma analogia entre os dois. Cfr. parágrafo 99 das conclusões a propósito do caso *Ministerio Fiscal*, cit.

<sup>3900</sup> Acórdão *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, de 22 de maio de 2012 (C-348/09, EU:C:2012:300), parágrafos 21 a 23.

A mesma ideia tinha sido transmitida pelo paradigmático acórdão *van Duyn e Home Office*, de 4 de dezembro de 1974, no qual o TJ afirma uma interpretação estrita (nesse caso, de *ordem pública*) “de modo a que o seu âmbito não possa ser unilateralmente determinado por cada Estado-membro sem o controlo das instituições comunitárias” embora seja “necessário reconhecer às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação” (C- 41/74, EU:C:1974:133, parágrafo 18).

sujeita ao controlo das instituições da UE e será balizada pelo princípio da proporcionalidade.

Tal como a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, a gravidade de um crime deve ser vista como sendo de carácter excecional. Um poder ilimitado dos Estados para preencher o conceito poderia traduzir-se na consideração de uma grande maioria dos crimes como graves, transformando a exceção em regra, tanto no que toca ao conceito de *grave*, como no que toca às ingerências possibilitadas pelo art. 15.º da Diretiva 2002/58, pois uma restrição grave de direitos seria facilmente justificada como sendo em função da luta contra um crime grave<sup>3901</sup>.

Densificando esta analogia, é importante verificar os limites e as orientações que se podem aplicar aos EM no preenchimento da definição:

No acórdão *Regina e Pierre Bouchereau*<sup>3902</sup>, o TJ esclarece que “o recurso por uma autoridade nacional à noção de ordem pública pressupõe (...) a existência (...) de uma ameaça *real* e (...) *que afete um interesse fundamental da sociedade*”<sup>3903</sup>. Este limite deverá ter aplicação análoga no que toca ao recurso à noção de *crime grave*. De facto, se a gravidade de um crime tem carácter excecional, este crime deverá traduzir uma ameaça tal como a descrita para obter essa excecionalidade.

O mesmo acórdão estabelece ainda o requisito da atualidade da ameaça – “a existência de uma condenação penal só pode ser tomada em consideração na medida em que as circunstâncias que deram lugar a essa condenação revelam a existência de um comportamento pessoal que constitua uma ameaça *atual* para a ordem pública”<sup>3904</sup>. Este critério também deverá ter aplicação no preenchimento do conceito de *crime grave*, pois se o crime em análise revela uma ameaça que já não é presente, não terá sentido atribuir-lhe um carácter excecionalmente justificativo de uma intromissão gravosa na vida privada do cidadão.

Desta forma, os órgãos jurisdicionais nacionais terão de verificar se, no caso concreto, o crime se traduz numa ameaça que preenche os requisitos necessários – terá de ser real, atual e afetante de um interesse fundamental da sociedade. Só com esta verificação poderá o crime adquirir o carácter excecional de *grave*.

---

<sup>3901</sup> Cfr. parágrafo 27 das conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe a propósito do caso *Ministerio Fiscal*, *cit.*

<sup>3902</sup> Acórdão de 27 de outubro de 1977 (C-30/77, EU:C:1977:172).

<sup>3903</sup> Cfr. parágrafo 35 do acórdão *cit.* (itálico nosso).

A mesma ideia está presente no acórdão de 28 de outubro de 1975, *Roland Rutili e Ministro do Interior* (C-36/75, EU:C:1975:137), parágrafo 28.

<sup>3904</sup> Cfr. parágrafo 28 do acórdão *Regina e Pierre Bouchereau*, *cit.* (itálico nosso).

Esta ideia foi também reproduzida no acórdão de 29 de abril de 2004, *Georgios Orfanopoulos e o. e Land Baden-Württemberg* (C-482/01 e C-493/01).

Uma orientação importante aos Estados é dada pelo já referido art. 83.º do TFUE, que no seu n.º 1 prevê a intervenção do legislador da União na definição das infrações penais nos “domínios de criminalidade particularmente grave”. Como é referido no acórdão *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, as infrações dentro deste domínio “constituem uma violação especialmente grave de um interesse fundamental da sociedade, suscetível de representar uma ameaça direta para a tranquilidade e a segurança física da população”<sup>3905</sup>. Se uma infração deste tipo for cometida com “características especialmente graves, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar com base numa análise individual do caso concreto”<sup>3906</sup>, então enquadrar-se-á no conceito de *crime grave*.

Este mesmo entendimento pode ser aplicado, na nossa opinião, ao elenco de crimes do art. 2.º, n.º 2 da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu, que, como observámos, foi referido pelo Conselho da UE na sua declaração a propósito da transposição da Diretiva da Conservação de Dados como um elenco importante para as definições nacionais de *crime grave*. Parece-nos razoável assumir que as infrações enumeradas na disposição se enquadrarão no conceito em análise desde que – mais uma vez aplicando analogamente o entendimento do TJ – essas infrações tenham sido praticadas com características especialmente graves, no caso concreto.

Concluindo este tópico, a analogia que defendemos permite “fechar a brecha” da falta de uma definição autónoma de *crime grave* a nível europeu, impedindo, graças a uma interpretação estrita, que o seu preenchimento seja feito arbitrariamente pelos EM e leve a uma ingerência injustificada nos direitos fundamentais dos cidadãos, ao mesmo tempo que possibilita uma adaptação da noção às conceções do Estado e da época.

---

<sup>3905</sup> Cfr. parágrafo 28 do acórdão *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, cit.

<sup>3906</sup> Cfr. parágrafo 28 do acórdão *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, cit.



#### 4. Conclusão

Ao longo desta exposição, observámos que a UE tentou responder aos avanços tecnológicos, e criminalidade a estes associada, com um sistema de vigilância que foi longe demais, ultrapassando a barreira exigida pelos direitos fundamentais de respeito pela vida privada e proteção dos dados pessoais. É uma conciliação difícil que ainda não foi completamente solucionada, mas o juiz europeu foi dando preciosas linhas de orientação, sendo que todas tocam o amplo princípio da proporcionalidade.

Com *Digital Rights Ireland*, fica perceptível que o TJ tem um papel constitucional e zelará pela proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas surgem várias dúvidas: Há uma definição europeia de *crime grave*? Há justificação possível para retenção em massa de dados de comunicação?

Com *Tele2*, fica claro que a retenção de dados só é possível quando justificada através de condições apertadas, com delimitação das pessoas e meios de comunicação abrangidos face ao objetivo visado e sempre com uma limitação ao estritamente necessário. Uma das consequências desta orientação é a largamente discutida proibição da retenção em massa de dados de comunicação, mas a delimitação de um grupo de pessoas cujos dados poderão ser retidos para o objetivo de investigação, deteção e repressão penais é também uma opção questionável, como vimos a propósito do caso *Ordre des barreaux francofones*.

Em *Ministerio Fiscal*, há uma reafirmação da jurisdição do TJ na matéria do tratamento de dados, mesmo que o caso envolva medidas nacionais relativas a atividades próprias dos Estados, e fica esclarecido que a gravidade de um crime não é um critério obrigatório para a justificação de uma ingerência na privacidade dos utilizadores de comunicações eletrónicas, sendo somente obrigatória para ingerências consideradas, também elas, graves. Reafirma-se, assim, o princípio da proporcionalidade.

O TJ tem já em mãos novos casos por decidir, neste mesmo âmbito, e será importante analisar as suas considerações, pois daí resultará uma consolidação do caminho jurisprudencial a que temos assistido, ou uma mudança de paradigma e o nascimento de novos debates.

A manter-se esta linha jurisprudencial, as questões que mais ecoam e que devem ser, a nosso ver, esclarecidas pelo juiz nestas novas oportunidades para tal prendem-se com o que se deverá considerar como *ingerência grave* e com a possível existência de um conceito europeu de *crime grave*.

Para já, o que sabemos acerca da primeira questão é que terá de ser feita uma antevisão das conclusões sobre a vida privada do cidadão passíveis de serem extraídas

pela retenção dos seus dados pessoais de comunicação, sendo que uma grande quantidade, com grande precisão, aponta, claramente, para uma ingerência grave, mesmo sem acesso ao conteúdo da comunicação. Voltamos a referir que esta antevisão nem sempre é clara, daí a questão permanecer.

Quanto à segunda questão, recapitulando brevemente as considerações que apresentámos, *crime grave* é um conceito demasiado variável para ter um preenchimento europeu definitivo. Defendemos que a única forma de garantir a sua adequação às especificidades dos Estados e das épocas é atribuir a competência do seu preenchimento aos próprios Estados. Por outro lado, para combater intromissões injustificadas nos direitos fundamentais, é necessário balizar este poder nacional com a imposição de uma interpretação estrita do conceito, tal como a jurisprudência prevê para os conceitos de *ordem pública* e *segurança pública*. Assim, o preenchimento da noção de *crime grave* terá de ter em consideração a excecionalidade da qualificação de uma conduta como *grave*, pelo que os órgãos jurisdicionais nacionais terão de verificar se, no caso concreto, o crime se traduz numa ameaça real, atual e afetante de um interesse fundamental da sociedade. Teremos, assim, simultaneamente, um conceito adequado ao Estado e à época e compatível com o direito da União.

## Bibliografia

ARTEMIOU, E. (2018, June). The way out of Digital Rights Ireland. The CiTiP Blog. Retirado de <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-way-out-of-digital-rights-ireland>.

BIGO, D., *et al.* (2013). Mass surveillance of personal data by EU Member States and its compatibility with EU law. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n.º 62, novembro.

CORDEIRO, A.B.M. (2018). Dados pessoais: Conceito, extensão e limites (Working Paper). Centro de Investigação de Direito Privado, Universidade de Lisboa. Retirado de <https://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce>.

COUDERT, F. (2017, November). In the aftermath of Tele2 and Opinion 1/15: When are data retention measures legitimate? The CiTiP Blog. Retirado de <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/in-the-aftermath-of-tele2-and-opinion-115-when-are-data-retention-measures-legitimate>.

FORMICI, G. (2019, March). ECJ, the floor is yours! The never-ending story between data retention and right to privacy. The CiTiP Blog. Retirado de <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/ecj-the-floor-is-yours-the-never-ending-story-between-data-retention-and-right-to-privacy>.

FRANSSEN, V. (2016, July). The future of national data retention obligations – How to apply Digital Rights Ireland at national level? The European Law Blog – News and Comments on EU Law. Retirado de <https://europeanlawblog.eu/2016/07/25/the-future-of-national-data-retention-obligations-how-to-apply-digital-rights-ireland-at-national-level>.

GENDEREN, R.V.D.H.V (2016). *Privacy limitation clauses: Trojan horses under the disguise of democracy – On the reduction of privacy by national authorities in cases of national security and justice matters*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Universidade Livre de Amsterdão (Vrije Universiteit Amsterdam). Retirado de <https://research.vu.nl/en/publications/privacy-limitation-clauses-trojan-horses-under-the-disguise-of-de>.

GORJÃO-HENRIQUES, M. (2010). *Direito da União – História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6.ª edição. Coimbra: Almedina.

GUILD, E. & CARRERA, S. (2014). The political and judicial life of metadata – Digital rights Ireland and the trail of the Data Retention Directive. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n.º 65.

JONES, C. (2014, April). Content and implementation of the Data Retention Directive. EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/04/implementation-of-data-retention.html>.

LÓPEZ-LAPUENTE, L. (2008). La conservación de los datos por los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 19, janeiro-abril.

LYNSKEY, O. (2014, April). Joined Cases C-293/12 and 594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others – The good, the bad and the ugly. The European Law Blog – News and

Comments on EU Law. Retirado de <https://europeanlawblog.eu/2014/04/08/joined-cases-c-29312-and-59412-digital-rights-ireland-and-seitlinger-and-others-the-good-the-bad-and-the-ugly>.

LYNSKEY, O. (2013, December). Plenty to retain? Opinion of the Advocate General in Joined Cases C-293/12 and 594/12, Digital Rights Ireland ltd and Seitlinger and others. The European Law Blog – News and Comments on EU Law. Retirado de <https://europeanlawblog.eu/2013/12/17/plenty-to-retain-opinion-of-the-advocate-general-in-joined-cases-c-29312-and-59412-digital-rights-ireland-ltd-and-seitlinger-and-others>.

LYNSKEY, O. (2017, January). Tele2 Sverige AB and Watson et al – Continuity and Radical Change. The European Law Blog – News and Comments on EU Law. Retirado de <https://europeanlawblog.eu/2017/01/12/tele2-sverige-ab-and-watson-et-al-continuity-and-radical-change>.

MEHDI, R. (2007). L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif. In Auby, J., Rochère, J.D. (coord.). *Droit administratif européen*, pp. 685-726. Bruxelas: Bruylant.

NESTEROVA, I. (2017). Crisis of privacy and sacrifice of personal data in the name of national security – The CJEU rulings strengthening EU data protection standards. *European Society of International Law Conference Paper Series*, vol. 8, n.º 5.

NEVES, R.C. (2011). *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal – Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*. Coimbra: Coimbra Editora.

OUAKI, M. (2015). Declaração de invalidade de uma diretiva pelo TJ – O caso da conservação de dados. In Silva, L.G., Costa, R. (coord.), *Estudos Comemorativos dos 20 anos da Abreu*, pp. 613-643. Coimbra: Almedina.

PAIS, S.O. (2012). *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

PEERS, S. (2014, April). The data retention judgment – The CJEU prohibits mass surveillance. EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/04/the-data-retention-judgment-cjeu.html>.

PEERS, S. (2014, November). The domino effect – How many EU treaties violate the rights to privacy and data protection? EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/11/the-domino-effect-how-many-eu-treaties.html>.

RAMALHO, D.S. & COIMBRA, J.D. (2016). A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE – Presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves. *O Direito*, n.º 147.

RIBEIRO, J.S. (2018). *Direito fiscal da União Europeia - Tributação direta*. Coimbra: Almedina.

SANTOS, C.M. (2004). As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações. *Revista do Ministério Público*, n.º 99.

SILVEIRA, A. (2013). Artigo 52.º – Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios. In Silveira, A. & Canotilho, M. (coord.). *Carta dos direitos fundamentais da UE – Comentada*, pp. 583-606. Coimbra: Almedina.

TEIXEIRA, M.L.S. (2013). A União Europeia e a proteção de dados pessoais – Uma visão futurista. *Revista do Ministério Público*, n.º 135.

TZANOU, M. (2017). *The fundamental right to data protection: Normative value in the context of counter-terrorism surveillance*. Oxford: Hart Publishing.

VEDASCHI, A., LUBELLO, V. (2015). Data retention and its implications for the fundamental right to privacy. *Tilburg Law Review*, vol. 20, n.º 1.

VERBRUGGEN, F., *et al.* (2018, October). Reconsidering the blanket-data-retention-taboo, for human rights' sake? The European Law Blog – News and Comments on EU Law. Retirado de <http://europeanlawblog.eu/2018/10/01/reconsidering-the-blanket-data-retention-taboo-for-human-rights-sake>.

WADE, M.L. (2014). *Developing a criminal justice area in the European Union*. Estudo para a Comissão de Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu. Retirado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE\\_ET%282014%29493043\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET%282014%29493043_EN.pdf).

WHITE, M. (2017, January). A threat to human rights? The new e-Privacy Regulation and some thoughts on Tele2 and Watson. EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/01/a-threat-to-human-rights-new-e-privacy.html>.

WHITE, M. (2016, March). Data retention and national law: Whatever the CJEU rules, data retention may still survive! EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/data-retention-and-national-law.html>.

WHITE, M. (2017, September). The privacy international case in the IPT – Respecting the right to privacy? EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/09/the-privacy-international-case-in-ipt.html>.

WHITE, M. (2018, May). Data retention incompatible with EU law – Victory? Victory you say? EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/05/data-retention-incompatible-with-eu-law.html>.

WONG, R. (2012). The Data Protection Directive 95/46/EC – Idealisms and realisms. *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 26, n.º 2.

WOODS, L. (2016, December). Data retention and national law – The ECJ ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 Tele2 and Watson (Grand Chamber). EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/12/data-retention-and-national-law-ecj.html>.

WOODS, L. (2018, October). Mobile phone theft and EU e-privacy law – The CJEU clarifies police powers. EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments. Retirado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/10/mobile-phone-theft-and-eu-eprivacy-law.html>.

## **Jurisprudência Consultada**

### **Acórdãos do TJ**

Acórdão de 4 de dezembro de 1974, *van Duyn e Home Office* (C- 41/74, EU:C:1974:133).

Acórdão de 28 de outubro de 1975, *Roland Rutili e Ministro do Interior* (C-36/75, EU:C:1975:137).

Acórdão de 27 de outubro de 1977, *Regina e Pierre Bouchereau* (C-30/77, EU:C:1977:172).

Acórdão de 29 de abril de 2004, *Georgios Orfanopoulos e o. e Land Baden-Württemberg* (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262).

Acórdão de 10 de fevereiro de 2009, *Irlanda/Parlamento e Conselho* (C-301/06, EU:C:2009:68).

Acórdão de 22 de maio de 2012, *P.I contra Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* (C-348/09, EU:C:2012:300).

Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland e o.* (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238).

Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Watson e o.* (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970).

Acórdão de 2 de outubro de 2018, *Ministerio Fiscal* (C-207/16, EU:C:2018:788).

### **Outra Jurisprudência**

Conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe de 19 de julho de 2016, *Tele2 Sverige e Watson e o.* (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:572).

Decisão do *Investigatory Powers Tribunal* de 8 de setembro de 2017, *Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.*, disponível em <http://shorturl.at/CHJ45>

Pedido de decisão prejudicial de 31 de outubro de 2017, *Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.* (C-623/17).

Decisão do Supremo Tribunal do Reino Unido *Liberty contra Secretary of State for the Home Department e o.* [EWHC 975 (Admin)] de 27 de abril de 2018, disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2018/975.html>

Conclusões do advogado-geral Saugmandsgaard Øe de 3 de maio de 2018, *Ministerio Fiscal* (C-207/16, EU:C:2018:300).

Pedido de decisão prejudicial de 2 de agosto de 2018, *Ordre des barreaux francophones and germanophone e o.* (C-520/18).

Versão provisória das conclusões do advogado-geral Manuel Campos Sánchez Bordona de 15 de janeiro de 2020, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.* (C-520/18, EU:C:2020:7).

Versão provisória das conclusões do advogado-geral Manuel Campos Sánchez Bordona de 15 de janeiro de 2020, *Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e o.* (C-623/17, EU:C:2020:5).

**Reflexões críticas acerca do crime  
de recurso à prostituição de menores**

Raquel Simone Pereira Morais

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



## **Agradecimentos**

Antes de mais, agradeço profundamente à Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha por toda a disponibilidade e apoio prestado, não só no decurso da elaboração do presente trabalho, mas muito antes do seu início.

À minha família, deixo o meu mais sincero obrigado, por todo o esforço, motivação e apoio incondicional que demonstraram durante este longo período, bem como no decurso de todas as outras etapas da minha vida.

Agradeço ainda a todos aqueles que me acompanharam durante todo este percurso e que, sempre presentes, me deram força para continuar.

## **Resumo**

A crescente preocupação, nacional e internacional, com a necessidade de conceder uma especial proteção aos menores, vítimas de exploração sexual, tem potenciado um alargamento da criminalização de comportamentos suscetíveis de contender com a sua liberdade e autodeterminação sexual.

Também no âmbito da prostituição de menores, tal preocupação se tem vindo a refletir. Por esse motivo foi introduzido, no ordenamento jurídico português, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no art. 174.º CP, com o objetivo de punir aquele que, sendo maior, pratique atos sexuais de relevo com menor entre 14 e 18 anos, mediante pagamento ou contrapartida. Porém, desde a sua entrada em vigor, o art. 174.º CP não deixou de suscitar alguma discrepância doutrinal relativamente ao bem jurídico por si tutelado. Estará o crime de recurso à prostituição de menores a contribuir para o retorno da tutela da moral sexual, ou a permitir o alargamento da punição de condutas verdadeiramente suscetíveis de lesar o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual?

Contudo, o problema do bem jurídico não será a única questão de relevância acerca do art. 174.º CP. Na verdade, em que consiste o “pagamento ou outra contrapartida” enquanto elemento do tipo? A que exigências deverá atender? Como garantir o equilíbrio na conciliação entre o art. 174.º e os arts. 163.º e 164.º CP? Qual a relação entre o art. 174.º e os arts. 173.º e 175.º CP? Estas são apenas algumas das questões a que a presente dissertação pretende responder.

**Palavras-chave:** Prostituição; adolescência; bem jurídico; liberdade sexual; autodeterminação sexual; pagamento; contrapartida.

## **Abstract**

The growing national and international concern with the need of granting a special protection to minors victims of sexual exploitation has increased the criminalization of behaviours susceptible of contending with their sexual freedom and self-determination. This concern has also been reflected in the prostitution of minors. As regards the Portuguese legal system, the crime of resorting to the prostitution of minors is currently foreseen in art. 174.º CP, punishing adults who practice a sexual act of relevance with a minor between the ages of 14 and 18 in exchange for payment or compensation. However, since its entry into our legal system, art. 174.º CP has raised some doctrinal discrepancy as to the legal interest it intends to protect: is the crime of resorting to prostitution of minors contributing to the return of the protection of sexual morality, or is it allowing the extension of the punishment of conducts truly susceptible of harming the free development of the minor's personality in the sexual field?

The legal interest issue is not the only relevant question when it comes art. 174.º CP. What does "payment or other compensation" truly mean as an element of incrimination? What requirements does it need to meet? How do we guarantee the balance between art. 174.º CP and arts. 163.º and 164.º CP? What is the relation between art. 174.º CP and arts. 173.º CP and 175.º CP? These are just some of the questions the present dissertation intends to answer.

**Keywords:** Prostitution; adolescence; legal interest; sexual freedom; sexual self-determination; payment; compensation.

## Lista de siglas e abreviaturas

|       |                                      |
|-------|--------------------------------------|
| Ac.   | acórdão                              |
| al.   | Alínea                               |
| Art.  | artigo                               |
| Arts. | artigos                              |
| Cap.  | Capítulo                             |
| CC    | Código Civil                         |
| Cf.   | Confronte                            |
| CP    | Código Penal                         |
| CRP   | Constituição da República Portuguesa |
| DAR   | Diário da Assembleia da República    |
| DL    | Decreto-Lei                          |
| Fasc. | Fascículo                            |
| i.e.  | isto é                               |
| n.º   | número                               |
| p.    | página                               |
| pp.   | páginas                              |
| Proc. | Processo                             |
| Rel.  | Relator(a)                           |
| ss.   | seguintes                            |
| STJ   | Supremo Tribunal de Justiça          |
| Supl. | Suplemento                           |
| Tít.  | Título                               |
| TRC   | Tribunal da Relação de Coimbra       |
| TRE   | Tribunal da Relação de Évora         |
| TRL   | Tribunal da Relação de Lisboa        |
| TRP   | Tribunal da Relação do Porto         |
| UE    | União Europeia                       |
| v.g.  | <i>verbi gratia</i> /por exemplo     |
| Vol.  | Volume                               |

# Índice

Introdução

1. A evolução legislativa

1.1. Dos crimes sexuais

1.2. Do crime de recurso à prostituição de menores

2. A ratio da incriminação

2.1. O problema do bem jurídico

2.2. A relevância do consentimento do menor

2.3. A maturidade na adolescência

2.4. A prostituição na adolescência

2.5. A influência do pagamento ou contrapartida na vontade do menor

3. O bem jurídico tutelado pelo art. 174.º do CP

4. O pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo legal de crime

4.1. Definição

4.2. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e os crimes de coação sexual e violação

4.3. A determinação da vontade do menor pelo pagamento ou contrapartida

4.4. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e o crime de atos sexuais com adolescentes

4.5. O momento da prestação da contrapartida

4.6. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e o crime de lenocínio de menores

4.7. A prestação a terceiro e a mera promessa

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

Legislação

## **Introdução**

Com o alarmante aumento das situações de exploração sexual de menores, e com a progressiva consciencialização quanto à gravidade das suas consequências, é cada vez mais evidente o esforço pela prevenção e repressão de condutas suscetíveis de comportarem um aproveitamento abusivo da vulnerabilidade característica da infância e juventude. É precisamente neste contexto que é introduzido, em 2007, no ordenamento jurídico português, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no art. 174.º CP, com o intuito de punir o maior que pratique, com menor entre 14 e 18 anos, atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou contrapartida.

Porém, com gradual alargamento das previsões legais relativas aos crimes sexuais, levantam-se cada vez mais dúvidas acerca da sua verdadeira legitimidade. Daí a importância da análise do art. 174.º CP, especialmente no que concerne ao seu bem jurídico, sendo fundamental determinar se a norma em causa tutela efetivamente o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre 14 e 18 anos, na esfera sexual. Com efeito, o presente trabalho iniciará com uma breve referência, no Cap. I., à evolução legislativa dos crimes sexuais, e ao surgimento e evolução do art. 174.º CP. Por sua vez, aos Cap. II e III concernirá o desenvolvimento da mais controversa questão relativamente à incriminação em causa: a averiguação do seu bem jurídico, e a apreciação das demais questões que com esta temática se relacionam.

Já no Cap. IV caberá a análise do pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo legal de crime, e a apreciação da relação entre o art. 174.º CP e outras normas relacionadas, nomeadamente os arts. 163.º, 164.º, 173.º e 175.º CP. Por fim, no âmbito da conclusão serão apresentadas sugestões com o objetivo de procurar combater alguns dos problemas que poderão surgir no âmbito desta temática.

## **1. A evolução legislativa**

### **1.1. Dos crimes sexuais**

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 introduziam os crimes sexuais no âmbito do Livro II, Tít. 4.º, dedicado aos “Crimes contra as pessoas”, e do Cap. 4.º dedicado aos “Crimes contra a honestidade”. Nesta época, a proteção conferida às infrações sexuais cingia-se a um conjunto limitado de incriminações, fundadas na moral sexual e nos bons costumes, e cuja tutela incidia sobre bens jurídicos supraindividuais<sup>3907</sup>.

Com o Código Penal de 1982 opera-se uma nova inserção sistemática dos crimes sexuais, passando estes a encontrar uma secção própria intitulada “Dos Crimes Sexuais”, no âmbito do Tít. III, referente aos “Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, e do Cap. I, dedicado aos “Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Porém, esta revisão revela-se “incapaz de romper definitivamente com toda e qualquer ascendência moralista” (Raposo, 2003, p. 937), permanecendo clara a presença de influências de índole moral e social – cf. as referências, *v.g.*, aos “atentados ao pudor” enquanto atos capazes de violar gravemente “os sentimentos gerais de moralidade sexual”, aos atos que ofendam “gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual”, ou à “capacidade para avaliar o sentido moral da cópula”<sup>3908</sup>.

Apenas a reforma de 1995 conduz a uma verdadeira transformação do entendimento acerca da criminalidade sexual, que finalmente rompe a sua conexão com a proteção da moral social, para passar a assumir a tutela do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Prevalece, agora, o entendimento de que ao Direito Penal cabe apenas tutelar bens jurídicos fundamentais, como a liberdade e autodeterminação sexual, e “não uma determinada moral sexual, mesmo que seja uma moral sexual “maioritária”” (Cunha, 2017, p. 400). Os crimes sexuais transformam-se em “autênticos (e exclusivos) crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual” (Dias, J., 2012, p. 708), sistematicamente enquadrados no Cap. IV, denominado “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do Tít. II, referente aos “Crimes contra as pessoas”.

Esta reforma configura ainda um marco de destaque no que concerne aos crimes sexuais praticados contra menores, sendo que, nas anteriores versões do CP, pouca distinção era conferida às infrações sexuais cometidas contra menores, face àquelas cometidas contra adultos. A revisão de 1995 revoluciona este paradigma, ao trazer

---

<sup>3907</sup> Alfaiate, 2009, p. 26.

<sup>3908</sup> Cf. arts. 205.º, 212.º e 202.º CP de 1982.

consigo a criação da Secção II do Cap. IV, integralmente dedicada à tutela da autodeterminação sexual de menores.

A preocupação com a proteção dos menores mantém-se com as novidades implementadas pela Lei n.º 65/98 de 2 de setembro, que procura aderir às “políticas adotadas no âmbito da União Europeia no domínio da luta contra a pedofilia”, e pela Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto, especialmente no âmbito da criminalização da “atuação e utilização de menores em material pornográfico” (Lopes & Milheiro, 2019, p. 30).

Já em 2007, com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007 de 2 de setembro, operam-se alterações significativas ao nível dos crimes sexuais, desde o alargamento do conceito de “violação” e dos “atos sexuais de relevo qualificados”, à introdução do tipo legal de importunação sexual<sup>3909</sup>. De salientar, no âmbito dos crimes sexuais contra menores, será a revogação, por inconstitucionalidade, do crime de atos homossexuais com adolescentes<sup>3910</sup>, acompanhada pela autonomização e alargamento das condutas que integram o crime de pornografia de menores, e pela introdução do crime de recurso à prostituição de menores.

Merecem ainda referência as alterações de 2015 decorrentes, em primeiro lugar, da Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto que, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul, opera à autonomização do crime de mutilação genital feminina, e introduz os crimes de perseguição e casamento forçado, além de alterar os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual. Por sua vez, a Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto introduz algumas alterações ao nível dos crimes sexuais praticados contra menores, sendo de destacar a introdução do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, e a criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor.

Por último, quanto às mais recentes alterações decorrentes da Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro, e sem prejuízo de mais tarde nos pronunciarmos mais detalhadamente sobre as mesmas, serão de salientar, em especial, as que concernem aos crimes de coação sexual e violação, nomeadamente no que diz respeito à introdução de um novo número, em ambas as normas, com o intuito de esclarecer o que se deverá entender por “constrangimento” para efeitos do n.º 1.

---

<sup>3909</sup> Dias, M., 2008, p. 226.

<sup>3910</sup> Cf. art. 175.º CP anterior à Lei n.º 59/2007.



## 1.2. Do crime de recurso à prostituição de menores

Como já tivemos oportunidade de mencionar, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no atual art. 174.º CP, é introduzido no ordenamento jurídico português com Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro. Na sua génese encontra-se a Proposta de Lei n.º 98/X, DAR, Série-A, 2.º Supl., de 18/10/2006, cuja Exposição de Motivos evidencia a necessidade de introdução “de um ilícito que se fundamenta no favorecimento da prostituição de crianças e adolescentes”<sup>3911/3912</sup>, com o objetivo de criminalizar as situações de prática de atos sexuais de relevo com menores, mediante pagamento ou contrapartida.

Da leitura da Exposição de Motivos resulta claro que a introdução deste novo tipo legal de crime se justifica, em grande medida, pela necessidade de garantia do cumprimento de “obrigações comunitárias e internacionais”<sup>3913</sup>, assumidas pelo Estado Português, nomeadamente as decorrentes do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25/05/2000<sup>3914</sup>, e da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da UE, de 22/12/2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil<sup>3915/3916</sup>. No seguimento da entrada em vigor da Lei n.º 59/2007 surgem ainda alguns instrumentos que igualmente salientam a relevância do adequado tratamento destas situações, sendo de destacar a Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29/03/2010 relativa à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e pornografia infantil, e ainda a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta Contra a Exploração Sexual de Crianças e Pornografia Infantil de 03/02/2010<sup>3917</sup>.

No ordenamento jurídico português, a incriminação em causa mereceu a epígrafe de “recurso à prostituição de menores” – apesar de o crime punir não só aquele que pratique ato sexual de relevo com menor que se “dedique” à prostituição, mas também aquele que, mediante pagamento ou contrapartida, pratique, ocasionalmente, com menor, ato sexual de relevo. Trata-se de uma definição de “prostituição” que, pela

---

<sup>3911</sup> Cf. Ponto 8 da Exposição de Motivos.

<sup>3912</sup> Julgamos ser infeliz o emprego da expressão “favorecimento” por causar confusão desnecessária com o crime de lenocínio de menores. Talvez fosse mais prudente falar-se de um ilícito que se fundamenta no recurso à prostituição de menores.

<sup>3913</sup> Cf. Ponto 1 da Exposição de Motivos.

<sup>3914</sup> Cf. art. 1.º, 2.º, b) e 3.º, n.º 1, b).

<sup>3915</sup> Cf. arts. 2.º, a), c), ii) e 5.º, n.º 1 e n.º 2.

<sup>3916</sup> Antunes & Santos, 2012, p. 865.

<sup>3917</sup> Antunes & Santos, 2012, pp. 865-866.

ausência da necessidade de reiteração, se poderá afastar do seu sentido clássico<sup>3918</sup>. Para quem sustente a obrigatoriedade de verificação deste pressuposto para se poder falar em “prostituição”, então “[p]oder-se-á dizer que a epígrafe (...) é algo enganosa por classificar como “prostituição de menores” a prática ocasional de um só acto sexual de relevo (...) mediante pagamento ou outra contrapartida” (Dias, M., 2011, p. 248). Contudo, será importante destacar que, neste aspeto, a conceção de “prostituição”, prevista no art. 174.º CP, se encontra de acordo com a definição legal de “prostituição infantil”, prevista em diversos instrumentos internacionais<sup>3919</sup>, e que prescinde de reiteração<sup>3920</sup>.

Desde a sua entrada em vigor em 2007, o art. 174.º CP foi sujeito a uma única alteração, aquando da entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, que incidiu ao nível da pena, e eliminou a pena de multa. De especial relevância, neste contexto, são ainda as alterações ao art. 177.º CP, não só decorrentes da referida revisão de 2015, mas também da Lei n.º 101/2019, e que vieram permitir agravar o crime previsto no art. 174.º CP, em função de este ser praticado conjuntamente por duas ou mais pessoas (n.º 4), de ser praticado contra pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (n.º 1, c)), ou de ser praticado na presença de menor de 16 ou menor de 14 anos (n.º 6 e n.º 7).

Na sua configuração atual, o art. 174.º CP pune, no seu n.º 1, aquele que, sendo maior, praticar, mediante pagamento ou contrapartida, ato sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos. No n.º 2 do referido artigo encontra-se prevista a agravação caso os atos sexuais de relevo consistam em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, enquanto no n.º 3 é punida a tentativa.

A vítima do crime previsto no art. 174.º CP terá uma idade compreendida entre os 14 e 18 anos. Caso o menor apresente uma idade inferior a 14 anos, a punição da conduta caberá ao art. 171.º CP<sup>3921/3922</sup>. Por sua vez, no que ao autor do crime concerne, o tipo legal de crime exige que este seja maior, i.e., que tenha 18 anos ou mais (art. 122.º CC).

---

<sup>3918</sup> Dias, M., 2011, p. 249.

<sup>3919</sup> Cf. *v.g.*, o art. 19.º, n.º 2 da Convenção de Lanzarote e o art. 2.º, d) da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

<sup>3920</sup> Cf. Dias, M., 2011, pp. 250-251 e Albuquerque, 2015, p. 696.

<sup>3921</sup> Neste sentido, cf. Albuquerque, 2015, p. 696, Antunes & Santos, 2012, p. 868 e Cunha, 2017, p. 155.

<sup>3922</sup> No que aos menores de 14 anos diz respeito, no âmbito do art. 171.º CP, nenhuma referência é feita à possibilidade de ser prestado ao menor um pagamento ou contrapartida. Questionamos se não faria algum sentido ponderar, *de jure constituendo*, uma agravante a aplicar nestes casos. No mínimo, entendemos que o impacto manipulador da prestação do pagamento ou contrapartida deve ser ponderado aquando da determinação da medida concreta da pena.

Mais tarde pronunciar-nos-emos em detalhe acerca do pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo<sup>3923</sup>. Por agora, caberá o desenvolvimento da mais controversa questão relativa ao art. 174.º CP: a determinação do seu bem jurídico, e a consequente confirmação da sua dignidade e necessidade penal.

## **2. A *ratio* da incriminação**

### **2.1. O problema do bem jurídico**

Como ensina Figueiredo Dias, “todo o direito penal é um direito do bem jurídico penal” (Dias, J., 2016, p. 251), sendo “função exclusiva do direito penal (...) a tutela de bens jurídico-penais, isto é, de bens jurídicos dignos de pena e carentes de punição” (Dias, J., 2009, p. 42).

Assim, para que a um bem jurídico possa ser reconhecida dignidade jurídico-penal, este deve constituir uma autêntica “concretiza[ção] dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica” (Dias, J., 2009, p. 35, 2016, p. 252). Deste modo, a criminalização de uma conduta dependerá da existência de um bem jurídico capaz de atingir valores fundamentais, “causando um grau de danosidade social que [justifique] a intervenção penal” (Cunha, 1995, p. 217).

Contudo, ao reconhecimento da dignidade penal, deverá imperativamente acrescer a verificação do critério da necessidade ou carência de tutela penal. O Direito Penal, enquanto reação de *ultima ratio* e de natureza subsidiária, apenas deverá intervir na medida em que se apresente como indispensável e adequado à proteção de bens jurídicos fundamentais – inexistindo, ou sendo insuficientes, outros meios de tutela<sup>3924</sup>.

No que aos crimes sexuais diz respeito, já tivemos oportunidade de clarificar que, previamente à revisão de 1995, a tutela incidia sobre bens jurídicos “supra-individuais, comunitários ou estaduais”, claramente norteados por influências de índole moralista (Dias, J., 2012, p. 708). Porém, como refere Conceição da Cunha, “[n]uma sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (...), não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual” (Cunha, 2016, pp. 134-135).

---

<sup>3923</sup> Quanto ao conceito de “ato sexual relevo”, remetemos para as considerações de Figueiredo Dias em Dias, J., 2012, pp. 718-721.

<sup>3924</sup> Carvalho, 2016, p. 65.

Com efeito, atualmente, os crimes sexuais encontram-se inseridos no Cap. V, relativo aos “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que se divide em duas secções: a primeira dedicada aos crimes contra a liberdade sexual, e a segunda aos crimes contra a autodeterminação sexual. Como esclarece Figueiredo Dias, ambas as secções protegem, simultaneamente, o bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual; porém, enquanto a Secção I se encarrega de uma proteção sem qualquer aceção de idade, a Secção II pune condutas que, se praticadas entre adultos, não constituiriam crime, ou possuiriam menor gravidade<sup>3925</sup>. Confere-se, assim, uma especial proteção no que diz respeito ao “livre desenvolvimento da personalidade do menor (...) na esfera sexual” (Dias, J., 2012, p. 711).

Todavia, com o progressivo alargamento da proteção conferida no âmbito da criminalidade sexual, especialmente na vertente da proteção das vítimas menores, tem vindo a questionar-se se, paulatinamente, estará a operar um certo “retrocesso” da justiça penal, ao ponto de ser de “recrear o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes)” (Antunes, 2008, p. 208).

Antecipamos já que, pelo menos por enquanto, não nos parece que seja essa a orientação do alargamento da punição da criminalidade sexual. De forma geral, cremos que o que está verdadeiramente em questão será um alargamento no sentido de corrigir insuficiências da tutela já conferida pela lei penal, ou acautelar novas condutas igualmente suscetíveis de lesar o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual<sup>3926</sup>.

Ainda assim, não deixamos de reconhecer a subsistência de controvérsia relativamente ao bem jurídico tutelado por algumas incriminações, dentro das quais certamente se inclui o art. 174.º CP. Isto porque, como veremos, na senda do entendimento de alguma doutrina, será altamente questionável que a norma em questão tutele, efetivamente, a liberdade e autodeterminação sexual do menor entre 14 e 18 anos.

Porém, antes de procurarmos adotar uma posição relativamente à temática em apreço, importa desmistificar alguns conceitos e desenvolver algumas questões intrinsecamente associadas ao problema do bem jurídico tutelado pelo art. 174.º CP.

## **2.2. A relevância do consentimento do menor**

Antes de mais, caberá equacionar qual a relevância jurídico-penal a atribuir ao consentimento prestado por um menor, no âmbito dos crimes sexuais.

Como clarifica Maria do Carmo Dias, a falta de maturidade inerente à menoridade implica uma especial vulnerabilidade, que deverá ser acautelada através de “uma

---

<sup>3925</sup> Dias, J., 2012, p. 711.

<sup>3926</sup> Cunha, 2017, p. 401.

proteção específica, adicional, complementar da que é dada ao adulto, no pleno gozo das suas capacidades” (Dias, M., 2011, p. 211). Neste sentido, a atual Secção II do Cap. V é integralmente dedicada à tutela dos crimes sexuais cometidos contra menores. Ainda que, neste enquadramento, a proteção incida sobre relacionamentos sexuais sem violência ou coação especialmente grave<sup>3927</sup>, mesmo assim, parte-se do pressuposto de que o menor, por o ser, não terá ainda capacidade para consentir, de forma integralmente livre e esclarecida, na prática de certas condutas de natureza sexual<sup>3928</sup>.

O reconhecimento da capacidade de decisão quanto à prática de condutas de natureza sexual não foi instituído de forma equivalente para todos os menores, independentemente da sua idade. A proteção conferida, neste contexto, apresenta uma natureza escalonada, adequada à aquisição gradativa de autonomia por parte do menor, de forma a garantir que, alcançada uma certa idade, esta já não apresentará uma natureza absoluta – sob pena de, algo paradoxalmente, ao invés de se proteger verdadeiramente o menor, se acabar, na realidade, por restringir excessivamente a sua liberdade sexual.

Assim sendo, quanto aos menores de 14 anos opera uma presunção *iuris et de iure* de incapacidade de consentimento na prática de atos sexuais, pois, tendo em conta a pouca idade da vítima, a prática de condutas sexuais, ainda que ausentes de coação, é suscetível de “prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual” (Dias, J., 2012, p. 834).

Alcançado o patamar dos 14 anos, prevalece o entendimento de que o menor, em certas circunstâncias, “já possui maturidade suficiente para poder avaliar algumas (não todas) das situações em que se envolve ou é envolvido” (Dias, M., 2011, p. 213). Assim, entre os 14 e os 18 anos, a (in)capacidade será apenas relativa, sendo o consentimento prestado pelo menor válido, salvo se se verificar uma relação de domínio capaz de viciar a sua vontade<sup>3929/3930</sup>. A opção do legislador, relativamente aos menores entre 14 e 18 anos, foi, então, no sentido de conferir gradualmente ao jovem “a capacidade de, por si só, decidir da sua vida sexual, embora vedando-lhe ainda determinadas condutas” (Dias, M., 2011, p. 214).

Embora não nos pareça existir grande margem de contestação à proteção absoluta conferida aos menores de 14 anos – por de meras crianças se tratar –, já quanto aos

---

<sup>3927</sup> As situações de violência, coação grave ou dissentimento serão tuteladas no âmbito da Secção I.

<sup>3928</sup> Cunha, 2016, p. 146.

<sup>3929</sup> Cf., *v.g.*, o art. 173.º CP, que apenas pune a prática de atos sexuais de relevo com jovens entre os 14 e 16 caso se verifique um “abuso da inexperiência” do menor, e o art. 172.º CP, cuja punição dependerá da verificação de uma relação de educação ou assistência com o menor.

<sup>3930</sup> Cunha, 2016, pp. 150-151.

jovens entre 14 e 18 anos poder-se-á eventualmente questionar até que ponto fará sentido conferir aos mesmos uma proteção especial, ainda que relativa. A resposta a este problema não poderá deixar de passar pela determinação da idade a partir da qual se poderá dizer que o jovem adquire, não só a maturidade e o discernimento necessário para verdadeiramente compreender o sentido e alcance dos seus comportamentos, mas também autonomia suficiente para que as suas decisões não sejam facilmente manipuladas por fatores externos<sup>3931</sup>.

### **2.3. A maturidade na adolescência**

A adolescência, enquanto período crucial de desenvolvimento e adaptação, “é caracterizad[a] por uma diversidade de aquisições, de comportamentos, de processos de autodefinição e de construção da acção no mundo e na relação com os outros” (Barroso, Manita & Nobre, 2011, p. 428).

No atual contexto social, e especialmente em virtude dos mais variados avanços tecnológicos e da progressiva mutação das mentalidades, é frequente a afirmação de que os jovens adquirem, cada vez mais cedo, variadíssimos conhecimentos e informações, inclusive na área da sexualidade<sup>3932</sup>. Todavia, é importante sublinhar que não é por um menor conhecer os mecanismos e implicações da atividade sexual que este, forçosamente, adquire o discernimento necessário para tomar decisões ou participar em quaisquer comportamentos de natureza sexual<sup>3933</sup>. É essencial compreender, nas palavras de Conceição da Cunha, que “mais conhecimento nem sempre implica mais equilíbrio, estabilidade emocional, capacidade de valoração e de decisão” (Cunha, 2016, p. 148).

São vários os fatores que indiciam que, atualmente, “a entrada na idade adulta demora mais tempo e está menos bem delimitada”, sendo a aquisição da plena maturidade cada vez “menos abrupta e menos claramente marcada” (Papalia, Olds & Feldman, 2001, p. 508). De um ponto de vista sociológico, o alcance da idade adulta encontra-se frequentemente associado à autossuficiência, à independência dos pais, ao término dos estudos, ao início da carreira profissional e à constituição de família, i.e., as fases da vida do jovem que, nos dias de hoje, tendem a ter lugar cada vez mais tarde<sup>3934</sup>.

Já na área da psicologia os mais recentes estudos têm vindo a destacar que a maturação de certas partes do cérebro, como o córtex pré-frontal, “responsável pelo planeamento, pelo estabelecimento de prioridades, supressão de impulsos, ponderação

---

<sup>3931</sup> Cunha, 2016, p. 148.

<sup>3932</sup> Cunha, 2016, p. 148.

<sup>3933</sup> Drobac, 2011, p. 85.

<sup>3934</sup> Cunha, 2016, p. 146 e Papalia, Olds & Feldman, 2001, p. 508.

das consequências dos actos e organização do pensamento” apenas completará o seu desenvolvimento perto dos 25 anos (Fonseca, 2005, p. 52).

O reduzido sentido de orientação futura, a impulsividade na tomada de decisões sem ponderação dos seus riscos, a sensibilidade a recompensas, e a suscetibilidade à influência negativa de pressões, são características típicas da juventude<sup>3935</sup>. Com efeito, o elemento distintivo entre a forma de pensamento de um adolescente e de um adulto “reside no facto de o adulto conseguir pensar em termos de consequências, de resultados, enquanto o adolescente pensa em termos muito concretos de preto e branco” (Fonseca, 2005, p. 51). Neste sentido, face a situações impulsivas que comportem um elevado grau de estimulação emotiva ou social, será espectável que a capacidade de decisão de um jovem, pelo menos até atingir os 18 anos, seja inferior à típica de um adulto – especialmente se a estas circunstâncias acrescer a influência dos grupos, a ausência de supervisão parental, e a possibilidade de obter uma recompensa imediata<sup>3936</sup>.

Certo parece ser que a aquisição de maturidade configura um processo, e não o simples atingir de um patamar. Daí não ser tarefa simples a determinação de um limiar fixo a partir do qual se possa afirmar, com certeza, que um jovem adquire maturidade e discernimento suficientes que legitimem o reconhecimento da plena capacidade de consentimento na prática de condutas de natureza sexual. Seguramente não será espectável que, todo e qualquer jovem, adquira plena maturidade logo que alcance uma determinada etapa da sua vida. Tudo dependerá do jovem em questão, e de variadíssimos outros fatores, internos e externos. Porém, exigências de segurança jurídica impõem como necessário “estabelecer fronteiras para cada segmento da vida, de acordo com um padrão médio de capacidade” (Cunha, 2016, p. 150).

Assim, é importante salientar que, no contexto da aquisição da maturidade, o patamar dos 18 anos tende a assumir uma especial relevância. Note-se que, ao nível dos instrumentos internacionais, é o patamar dos 18 anos que delimita o conceito de “criança”, entendido como “todo o ser humano menor de 18 anos” – cf. art. 1.º da Convenção dos Direitos da Criança, art. 3.º, a) da Convenção de Lanzarote e art. 2.º, a) da Diretiva 2011/92/UE. Ademais, também a um nível interno, o patamar dos 18 anos tem uma especial relevância para a aquisição de variadíssimas competências – *v.g.*, a maioridade civil (art. 122.º CC), o direito ao voto (art. 1.º da Lei n.º 14/79), o direito ao consumo de álcool (art. 3.º do DL n.º 50/2013), e a habilitação de condução (art. 20.º do DL n.º 138/2012)<sup>3937</sup>.

---

<sup>3935</sup> Drobac, 2011, pp. 74-78.

<sup>3936</sup> Steinberg et al., 2009, p. 592.

<sup>3937</sup> Cunha, 2016, p. 150.

Com efeito, e mesmo até por uma questão de coerência legislativa, parece-nos razoável exigir os 18 anos para que o menor seja integralmente capaz de consentir na prática de certos atos sexuais que, pelo impacto que podem comportar no livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual, justifiquem a extensão da tutela até aos 18 anos<sup>3938</sup>.

Esta exigência é, na nossa perspetiva, plenamente compatível com o disposto no art. 38.º, n.º 3 CP, na medida em que esclarece que o consentimento será eficaz quando prestado “por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

No âmbito do consentimento para a prática de atos sexuais, o art. 38.º, n.º 3 CP não deverá ser objeto de uma interpretação excessivamente rígida. Basta considerar o crime de atos sexuais com adolescentes (art. 173.º CP) para se concluir que o art. 38.º, n.º 3 CP não consagra uma regra sem exceções. Isto porque, mesmo aos menores entre 14 e 16 anos – que, em teoria, segundo uma interpretação literal do art. 38.º, n.º 3 CP, não teriam ainda capacidade para consentir –, não é integralmente vedada tal capacidade. Caso não se verifique uma situação de “abuso de inexperiência”, nem uma situação enquadrável nas demais normas do Cap. V, terá de ser valorado o consentimento prestado pelo menor com idade entre os 14 e os 16 anos.

Ademais, cabe não esquecer a segunda parte do art. 38.º, n.º 3 CP. A exigência de que o menor tenha o “discernimento necessário para avaliar o (...) sentido e alcance” do consentimento por si prestado abre portas à elevação da idade de aquisição da capacidade de decisão em situações que, pela sua gravidade e complexidade, se entenda que só um jovem com idade superior possuirá tal discernimento<sup>3939</sup>.

Salientamos ainda que uma interpretação excessivamente rígida do disposto no art. 38.º, n.º 3 CP não implicaria somente questionar a possibilidade de certas incriminações abrangerem a faixa etária dos 16 a 18 anos, mas obrigaria simultaneamente a contestar a validade de qualquer consentimento prestado por menores entre 14 e 16 anos. Com efeito, nesta matéria, julgamos que deverá ser conferida alguma flexibilidade ao art. 38.º, n.º 3 CP, de modo a, por um lado, não conduzir à negação aos jovens mais novos da livre exploração da sua sexualidade – que, ausente de

---

<sup>3938</sup> Cunha, 2017, p. 416.

<sup>3939</sup> Como será o caso das situações enquadráveis no art. 174.º CP. Trata-se de condutas de tal gravidade que, para alguns, justificariam uma punição além dos 18 anos. Chamamos a atenção para considerações do Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade de géneros (2013/2103 (INI)) da Comissão dos Direitos da Mulher da Igualdade de Géneros de 3/02/2014, Relatora Mary Honeyball, onde se sugere a criminalização da compra de serviços a pessoas que se prostituem com idade inferior a 21 anos. Cf. Ponto 22.



vícios, contribui para o seu desenvolvimento neurológico e psicossocial<sup>3940</sup> – e, simultaneamente, garantir, mesmo aos jovens mais velhos, a devida proteção em situações de exploração da sua vulnerabilidade, suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade na esfera sexual.

## 2.4. A prostituição na adolescência

Já em 2005, Pedro Strecht alertava para a realidade de que “[t]odas as noites e, em muitas circunstâncias, todos os dias (...) continua a existir um grupo importante de rapazes e raparigas menores de idade (...) que se prostituí, oferecendo o seu corpo para as mais variadas práticas sexuais com adultos” (Strecht, 2005, p. 189).

Durante um longo período de tempo, cremos que “a sociedade interiorizou os estigmas associados à prostituição juvenil” (Araújo, 2005, p. 137), absolutizando a ideia de que, à “escolha” do menor pela prostituição – pelo mundo do “dinheiro fácil”<sup>3941</sup>, da violência, do álcool e da toxicodependência – corresponderia um sentido de “inocência perdida”, um dever de comportar com as consequências da vida “por si escolhida”, como se de um adulto se tratasse<sup>3942</sup>. Na verdade, não estão tão longe como se deseja os tempos em que se considerava que quem se prostituí, em virtude da sua ampla “experiência sexual”, não poderia ser vítima de abusos, nem teria legitimidade para contestar a conduta do adulto que lhe “comprou” o serviço – “fazê-lo corresponderia, afinal, a um *venire contra factum proprium*” (Araújo, 2005, p. 131)<sup>3943</sup>.

Talvez por este motivo só em 2007 se tenha logrado a criminalização das condutas hoje enquadráveis no art. 174.º CP<sup>3944</sup>. Como salienta Eliana Gersão, “enquanto os abusos sexuais não comerciais atingem, potencialmente, todas as crianças (...) as vítimas de prostituição (...) são, em princípio as crianças desprotegidas e marginalizadas”, i.e., “crianças de rua”, as mais das vezes “incomodativas e desagradáveis e [que] não despertam grande simpatia, tendendo muitos a vê-las mais como culpadas do que como vítimas” (Gersão, 1997, p. 27).

A verdade é que, muito embora a realidade da prostituição juvenil não seja recente, só nos últimos tempos se começou a verificar uma mutação significativa da apreciação do problema, resultado da crescente preocupação, nacional e internacional, com a criminalização das mais diversas formas de exploração dos menores. Preocupação esta

---

<sup>3940</sup> Drobac, 2011, p. 111.

<sup>3941</sup> Araújo, 2005, p. 135.

<sup>3942</sup> Sobre estes estereótipos associados à prostituição juvenil, cf. Araújo, 2005, pp. 132 e ss.

<sup>3943</sup> *V.g.*, no contexto do antigo crime de atentado ao pudor questionava-se se quem se dedicasse à prostituição poderia ser vítima do mesmo (Dias, J., 2012, pp. 717-718).

<sup>3944</sup> Note-se, todavia, que alguma doutrina já defendia a sua criminalização. Cf. Gersão, 1997, p. 25 e Cunha, 2003, p. 217.

que não poderá deixar de se aplaudir, especialmente no que concerne ao esforço pela apreensão dos motivos que conduzem o menor ao mundo da prostituição, e às tentativas de prevenção e repressão das condutas de todos os intervenientes no processo de prostituição de menores. Ainda assim, reconhecemos não se tratar de uma tarefa simples, especialmente considerando que um contexto de prostituição poderá potenciar certas formas de crime organizado e violento, como o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Cabe, então, questionar quais os motivos capazes de conduzir um menor a enveredar pelo perigoso rumo da prostituição. Pedro Strecht destaca que os jovens que se prostituem são, geralmente, provenientes de contextos familiares destruídos, ou até mesmo inexistentes, não conhecendo os seus pais, nem apresentando qualquer figura de referência<sup>3945</sup>. Trata-se de jovens inseridos em contextos problemáticos a nível social e económico, em “meios onde os padrões de promiscuidade e confusão sexuais os deixam dessensibilizados para questões como a violência ou exposição sexual”, e relativamente aos quais poderá ser ainda frequente a despreocupação ou abandono escolar, e o consumo de álcool e drogas (Strecht, 2005, p. 191)<sup>3946</sup>.

Há ainda que considerar que “a maioria dos adultos começa a trabalhar no comércio do sexo em idade muito jovem, com a ‘ajuda’ do proxeneta e, mais recentemente, (...) do traficante de drogas” (Costa, 2002, p. 455). Na realidade, não deverá ser subestimado o impacto que a figura do proxeneta poderá comportar na decisão do menor de se dedicar à prostituição, pois um contexto de prostituição é muitas vezes iniciado por um processo de manipulação, levado a cabo mediante falsas garantias de estabilidade e segurança, e ilusões com a possibilidade de uma “vida melhor”.

Ademais, aliado ao desenvolvimento tecnológico, ao acesso à internet e ao uso das redes sociais está o surgimento e aumento de novas formas de prostituição, que potenciam uma certa facilitação da atividade, não só do ponto de vista de quem a presta, mas também daquele que à mesma recorre<sup>3947</sup>.

Maria João Antunes e Cláudia Santos alertam para a possibilidade de a criminalização da conduta daquele que recorre à prostituição de um menor, “ao invés de contribuir para uma diminuição destes comportamentos, intensificar a tendência para a

---

<sup>3945</sup> Strecht, 2005, p. 190.

<sup>3946</sup> Chamamos novamente a atenção para as considerações do Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros (2013/2103(INI)), onde se identificam, como frequentes raízes de situações de prostituição de menores, a prevalência de contextos económicos difíceis e a falta de cuidados parentais. Cf. Ponto 20.

<sup>3947</sup> Oliveira, 2017, p. 213.

sua ocorrência em espaços de clandestinidade que aprofundam a exclusão social daqueles que neles são intervenientes” (Antunes & Santos, 2012, p. 867).

Na nossa perspectiva, a punição da conduta daquele que ao menor compra serviços de natureza sexual contribuirá, em primeira linha, para a diminuição da prostituição de menores – garantindo, assim, a prevenção e a repressão deste tipo de condutas –, e não para a agravação da estigmatização dos mesmos, nem das suas condições de vida. Ademais, a criminalização deste tipo de conduta permitirá uma rutura com a conceção estereotipada de que o jovem que se dedique à prostituição “já não é uma criança” (Araújo, 2005, p. 132), devendo, por esse motivo, acarretar com as consequências do rumo de vida pelo qual “optou”, para passar à perceção destes jovens enquanto vítimas de condutas abusivas por parte de adultos.

Vejam, então, em que medida as condutas previstas no art. 174.º CP podem contender com o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.

## **2.5. A influência do pagamento ou contrapartida na vontade do menor**

Enquanto o crime de lenocínio de menores (art. 175.º CP) encontra equivalência no lenocínio de adultos (art. 169.º CP), o mesmo não poderá ser dito acerca do crime de recurso à prostituição de menores. Inexiste, atualmente, uma disposição legal que criminalize a compra de serviços de natureza sexual a um adulto. Não pretendemos discutir se tal disposição deveria existir<sup>3948</sup>, mas gostaríamos de nos pronunciar relativamente aos motivos que justificam a sua manutenção quando a vítima seja um menor.

Isto porque não duvidamos que se argumente, tal como se argumenta frequentemente quanto à prostituição de adultos, que se o menor “concorda” em praticar um ato sexual a troco de contrapartida, então o “acordo” entre o menor e o adulto legitimará a verificação de uma relação da qual as partes simplesmente obtêm aquilo que pretendem: o menor obtém a contrapartida, e o maior, o ato sexual<sup>3949</sup>.

Porém, ainda que ambas as partes obtenham o que pretendem com a relação de prostituição, tal “não significa que o consentimento não esteja viciado” (Araújo, 2005, p. 380). Assim sendo, importa determinar em que medida o consentimento eventualmente prestado por um menor no contexto da prática de uma conduta de natureza sexual, a troco de pagamento ou contrapartida, poderá ser considerado válido atendendo ao

---

<sup>3948</sup> Tal seria matéria para uma outra tese.

<sup>3949</sup> Araújo, 2005, p. 380.

disposto no art. 38.º, n.º 2 CP – i.e., à obrigatoriedade de o consentimento traduzir uma manifestação de vontade séria, livre e esclarecida<sup>3950</sup>.

Com o intuito de introduzir este problema, chamamos a atenção para o Ac. do TRE de 18/10/2018, no contexto do qual, o arguido, como forma de persuadir menores à prática de atos sexuais, propõe aos mesmos a entrega de uma quantia monetária e produtos estupefacientes como contrapartida da prestação de tais atos. Quanto a um dos menores é evidente, da leitura das mensagens trocadas entre este e o arguido, a resistência do mesmo relativamente à prática de atos de natureza sexual com o maior. O único motivo que conduz o menor à manutenção da comunicação com o arguido parece ser a possibilidade de obter dinheiro suficiente para satisfazer o seu desejo de comprar uma bicicleta. Durante as conversas por mensagem com o arguido, o menor chega a afirmar: “Eu por um lado quero o dinheiro mas pelo outro n[ã]o quero fazer isso...” e “Tens de perceber uma coisa eu não fa[ç]o isto pelo gostar e tu sabes eu fa[ç]o isto pelo guito...”<sup>3951</sup>.

Julgamos que estas expressões do menor revelam, *de per se*, parte do problema da introdução de um critério compensatório no processo de formação da vontade do jovem. Na verdade, não logramos compreender como conciliar a possibilidade da prestação de um consentimento livre e esclarecido, por um menor, no contexto de uma situação em que este apenas concorda em praticar uma conduta de natureza sexual por lhe estar a ser oferecida uma contrapartida. Reiteramos ainda que, na generalidade das situações, os jovens apenas enveredam pelo caminho da prostituição por força da debilidade da sua situação económica, familiar ou social. É certo que o mesmo poderá ser dito relativamente a um adulto numa situação de prostituição, contudo, é essencial não esquecer que um menor não só será mais facilmente influenciável pela força atrativa da contrapartida, como também será menos capaz de ponderar o sentido e alcance da sua conduta<sup>3952</sup>.

Sabemos que, no que às crianças concerne, a sua especial fragilidade e ingenuidade facilmente potencia situações de pressão, manipulação ou constrangimento à prática de certos atos. Como salienta Celina Manita, as crianças, “pela sua própria natureza e etapa desenvolvimental”, mais facilmente serão sujeitas a processos de ilusão, sedução, ou cativação, através da oferta de bens materiais (Manita, 2003, p. 240).

Também a adolescência constitui uma fase de sensibilidade acrescida à influência apelativa de certos incentivos ou recompensas patrimoniais. Não só porque os jovens

---

<sup>3950</sup> Para uma análise detalhada dos pressupostos do consentimento, cf. Dias, J., 2019, pp. 562-574.

<sup>3951</sup> Cf. p. 8 e pp. 11-13 (factos provados 1 e 10, al. i) e l)).

<sup>3952</sup> Cf. cap. 2.3.

tendem a valorar as possíveis recompensas da prática de uma conduta de forma muito superior aos riscos a que com a mesma se sujeitam<sup>3953</sup>, mas também porque, como é evidente, pelo menos até aos 16 anos, os jovens não possuem ainda o nível de autossustentabilidade e autonomia económica típicas de um adulto<sup>3954</sup>.

Não nos parece difícil de compaginar situações em que um jovem, mesmo até inserido num contexto económico e familiar relativamente estável, se possa sentir compelido a levar a cabo uma conduta motivado pela possibilidade de receber, de uma fonte externa, uma compensação que não seria para si obténivel (ou tão facilmente obténivel) de outro modo. Contudo, é inegável que o poder atrativo da contrapartida poderá ter um impacto particularmente significativo quando o menor se encontre inserido num contexto económico e familiar especialmente dramático, em que com a escassez de meios económicos concorra a falta de afeto e atenção.

Salientamos ainda que, frequentemente, o próprio maior que pratica o ato sexual com o menor a troco de contrapartida assume um papel significativo no que diz respeito à decisão do mesmo no sentido da prática de tal ato. Referimo-nos, desde as situações em que este aborda o menor, solicitando ou propondo ao mesmo a prática de um ato sexual mediante contrapartida, àquelas em que manipula a sua vontade, aliciando-o com a obtenção de uma situação de estabilidade económica, ou com uma contrapartida à qual será difícil o menor resistir<sup>3955</sup>.

A verdade é que a mera oferta da contrapartida colocará o maior numa posição de superioridade face ao menor. O jovem, enquanto tal, não tem ainda capacidade para tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a prática do ato sexual, não só porque a sua vontade será particularmente afetada por pressões externas, mas também por não ter ainda o discernimento necessário para ponderar o significado da compensação face ao ato praticado. Como salienta Clara Sottomayor, apesar de os adolescentes terem idade suficiente para prestarem o seu consentimento na prática de alguns atos sexuais, “quando o fazem num contexto de prostituição são vítimas de exploração por outrem e não dispõem de condições de vida que permitam uma decisão livre” (Sottomayor, 2014, pp. 249-250).

Mesmo quanto a pessoas adultas não é unânime que estas possam escolher, de forma integralmente livre e consciente, o exercício da prostituição. Com efeito, se mesmo

---

<sup>3953</sup> Drobac, 2011, pp. 74-75.

<sup>3954</sup> Leite, 2011, pp. 55-56.

<sup>3955</sup> No Ac. anteriormente mencionado, o arguido, perante a hesitação e recusa do menor às quantias monetárias por este sugeridas, responde da seguinte forma: “Não queres nada comigo já? Tava aqui a ver mais um dinheirinho para te levar e pronto enfim”; “Não te sentes bem em ter guito na carteira?”; “E não queres ter sempre?”; “Tu já viste o guito que podes ganhar se fores um mocinho com cabeça e fixe para mim?”. Cf. pp. 9-10 e p. 13 (factos provados 10, al. d) e n)).

quanto a um adulto em situação de prostituição “é duvidoso (e perigoso) que se possa confiar em absoluto na autenticidade do eventual consentimento do ofendido” (Patto, 2001, p. 139), não vemos como aceitar a possibilidade de um consentimento livre, autêntico e esclarecido prestado por um menor no contexto da prática de um ato sexual mediante pagamento ou contrapartida.

### **3. O bem jurídico tutelado pelo art. 174.º do CP**

Feitas estas considerações, só podemos concluir que a proteção conferida aos menores entre 14 e 18 anos, no âmbito do art. 174.º CP, se cinge a situações de verdadeiro aproveitamento, por parte de um adulto, de uma relação exploratória, de superioridade, face a um menor, potenciada pela oferta de um pagamento ou contrapartida.

Com efeito, no nosso entendimento, a verdadeira *ratio* da incriminação encontra fundamento na tutela do livre desenvolvimento da personalidade do menor entre 14 e 18 anos na esfera sexual. Entendimento este que, aliás, parece ser relativamente predominante na doutrina. Neste sentido, entendem, desde já, Miguez Garcia e Castela Rio, sustentando que o bem jurídico tutelado consistirá no livre desenvolvimento da vida sexual do menor entre 14 e 18 anos<sup>3956</sup>. Também Paulo Pinto de Albuquerque sustenta que o bem jurídico protegido pelo art. 174.º CP se traduz na “liberdade de autodeterminação sexual do menor entre 14 a 18 anos” (Albuquerque, 2015, p. 695). Em sentido semelhante, Maria do Carmo Dias entende estar em causa “a formação e o desenvolvimento da personalidade, na esfera sexual, do menor entre 14 e 18 anos” (Dias, M., 2011, p. 247), esclarecendo ainda que “[o] meio de execução – pagamento ou outra contrapartida – tem aptidão para viciar a formação da vontade da vítima, atenta a sua jovem idade e, por isso, coloca em causa o bem jurídico autodeterminação sexual” (Dias, M., 2013, p. 88).

Concordamos também, ainda que parcialmente, com Inês Ferreira Leite, no sentido de que a incriminação se justifica, por força da introdução de “um critério comercial na formação da vontade do menor para a prática de atos sexuais” (Leite, 2011, p. 55). Porém, discordamos que, tratando-se de “um menor economicamente autónomo que tome a decisão livre e consciente de se prostituir”, a conduta do maior deva ficar excluída do tipo (Leite, 2011, p. 56), por não sermos capazes de compaginar, pelos motivos supra explanados<sup>3957</sup>, uma situação na qual o jovem consinta, de forma integralmente livre e consciente, na prática de atos sexuais motivado pela oferta de um pagamento ou contrapartida – independentemente de este ser, ou não, economicamente

---

<sup>3956</sup> Garcia & Rio, 2014, p. 728.

<sup>3957</sup> Cf. cap. 2.5.

autónomo. A autonomia económica do menor não poderá ser um critério decisivo no que concerne à validade do consentimento por si prestado. O menor pode perfeitamente ser economicamente autónomo, ou encontrar-se numa situação económica favorável, e mesmo assim sentir-se compelido à prática de um ato sexual, por lhe estar a ser oferecida uma recompensa.

Já em sentido oposto, Cláudia Santos e Maria João Antunes sustentam que, apesar de o bem jurídico protegido pelo art. 174.º CP pretender ser o “livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 18 anos”, a incriminação acaba, antes, por limitar a liberdade sexual do menor entre 14 e 18 anos “que quer praticar acto sexual de relevo mediante pagamento ou contrapartida, com o intuito de o proteger de algo que vai além da autodeterminação sexual” (Antunes & Santos, 2012, pp. 866-867). Na perspetiva das referidas Autoras, a incriminação em causa é justificada por um certo “paternalismo penal”, implicando um “retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (...), fundado não propriamente em opções político-criminais, mas sim em opções ‘político-criminalmente correctas’” (Antunes & Santos, 2012, pp. 866-867). Maria João Antunes expressa graves dúvidas quanto ao reconhecimento da liberdade e a autodeterminação do menor enquanto o verdadeiro objeto desta incriminação<sup>3958</sup>, manifestando incerteza relativamente ao respeito da mesma pelo “critério da dignidade jurídico-penal e da carência de tutela do bem jurídico” (Antunes, 2010, p. 158).

Salvo o devido respeito, não podemos concordar com este entendimento. Desde já, por não nos parecer viável a verificação de uma situação em que um menor consinta, de forma integralmente séria, livre e esclarecida, na prática de atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou contrapartida<sup>3959</sup>. A incriminação em causa não se justifica por um “paternalismo penal”, mas sim pela verdadeira necessidade de incriminação de condutas suscetíveis de afetar o livre desenvolvimento da vida sexual do jovem. Na nossa perspetiva, e recorrendo às palavras de Karl Natscheradetz, a proteção aqui em causa “não tem como objectivo a interiorização pela juventude de certos valores morais da conduta sexual, mas apenas de precaver os jovens de certos estímulos sexuais, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios” (Natscheradetz, 1985, p. 153).

Por conseguinte, não cremos, de forma alguma, que o art. 174.º CP contribua para um “retrocesso” da justiça penal. Creamos, sim, que o princípio da separação entre o direito penal e a moral “tem sido indevidamente utilizado, pela doutrina e pela jurisprudência, para excluir da incriminação penal determinados comportamentos

---

<sup>3958</sup> Antunes, 2008, p. 209.

<sup>3959</sup> Cf. cap. 2.5.

sexuais” (Sottomayor, 2011, p. 316), comportamentos estes verdadeiramente suscetíveis de lesar a liberdade e autodeterminação sexual.

Numa perspetiva distinta, e relativamente a crimes como o recurso à prostituição de menores, o lenocínio de menores e pornografia de menores, cuja proteção abrange menores até aos 18 anos, Ana Rita Alfaiate defende ser necessário aceitar que, atualmente, em matéria de crimes sexuais, algumas condutas são criminalizadas “em razão da proteção de outros bens jurídicos que não a liberdade sexual” (Alfaiate, 2009, p. 96), sustentando a emergência da proteção da infância e juventude (arts. 69.º e 70.º CRP) enquanto bem jurídico supraindividual (Alfaiate, 2009, p. 97).

Para a referida Autora, no âmbito do art. 174.º CP, encontrando-se o jovem entre as idades de 16 e 18 anos, e caso este possua o “discernimento para compreender o sentido e alcance da sua declaração de vontade, o seu consentimento deverá afastar a ilicitude da conduta do agente” (Alfaiate, 2009, p. 108). Caso o menor se encontre no âmbito desta faixa etária, o maior não deve “ser punido pelo simples facto de praticar com o menor com mais de dezasseis anos um acto sexual de relevo”, mas sim “nos termos gerais” caso a sua conduta “se traduza, por exemplo, numa violação” (Alfaiate, 2009, pp. 108-109).

No nosso entendimento, e ainda que, como salienta Conceição da Cunha, a proteção da infância e juventude, enquanto bem jurídico supraindividual possa, eventualmente, encontrar alguma tutela reflexa em certas normas – já que a tutela do livre desenvolvimento da personalidade do menor na sua esfera sexual implicará, ainda de que de forma mediata, a garantia da proteção da infância e juventude – deverá predominar sempre, como predomina neste caso, a proteção da liberdade e autodeterminação sexual<sup>3960</sup>.

Note-se ainda que, no âmbito do art. 174.º CP, o maior nunca estará a “ser punido pelo simples facto de praticar com o menor com mais de dezasseis anos um acto sexual de relevo” (Alfaiate, 2009, pp. 108-109). O maior estará, sim, a ser punido por praticar tal ato mediante pagamento ou contrapartida. É precisamente pela presença deste elemento, facilmente suscetível de condicionar a vontade do menor, que a norma abrange os jovens até aos 18 anos – o que, como já tivemos oportunidade de esclarecer<sup>3961</sup>, nos parece plenamente compatível com o disposto no art. 38.º, n.º 3 CP. Isto, pois, nas situações previstas no art. 174.º CP, o jovem entre 16 e 18 anos não terá

---

<sup>3960</sup> Cunha, 2016, pp. 146-147.

<sup>3961</sup> Cf. cap. 2.3.



ainda o discernimento necessário para compreender o sentido e alcance de um eventual consentimento por si prestado.

## **4. O pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo legal de crime**

### **4.1. Definição**

Na sua configuração atual, o art. 174.º CP criminaliza a prática, por um maior, de um ato sexual de relevo simples (n.º 1) ou qualificado (n.º 2), com menor de idade entre 14 e 18 anos, “mediante pagamento ou outra contrapartida”. Uma vez estabelecido o impacto que a prestação do pagamento ou contrapartida comportará no âmbito da formação da vontade do menor, importa agora compreender qual o verdadeiro sentido e alcance do “pagamento ou outra contrapartida”, enquanto elemento do tipo legal de crime.

Antes de mais, será necessário apreender o que verdadeiramente poderá constituir um “pagamento”, e aquilo que deve ser considerado como “outra contrapartida”. No que ao pagamento diz respeito, este poderá ser concretizado na prestação de uma quantia monetária, ou em espécie<sup>3962</sup>. Neste sentido, o “pagamento” compreenderá as prestações em dinheiro, bem como a oferta de bens materiais, de natureza lícita ou ilícita, i.e., prestações às quais corresponde um valor económico objetivo – *v.g.* a oferta de um telemóvel, de joalharia, de bilhetes para um concerto, ou a oferta de produtos estupefacientes.

Já a “outra contrapartida” acaba por admitir a compreensão, no âmbito do art. 174.º CP, de um variadíssimo leque de outras formas compensatórias. Na verdade, esta expressão poderá, hipoteticamente, compreender toda e qualquer forma suscetível de compensar ou retribuir o menor pelo ato sexual praticado. Isto, pois, bem vistas as coisas, para além da necessidade da sua existência, nenhuma outra exigência é feita acerca da contrapartida – esta não terá, portanto, de alcançar um certo valor, nem de assumir uma forma específica.

Assim, o conceito de “outra contrapartida” poderá incluir, a título exemplificativo, a oferta de um presente, a prestação de um favor<sup>3963</sup>, ou a oferta de um bem de valor meramente sentimental para o menor, i.e., a prestação de bens sem valor económico, de valor indeterminado, a prestação de serviços, etc. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de o agente oferecer ao menor um bem pertencente a um parente falecido, de facilitar ao

---

<sup>3962</sup> Neste sentido, cf. Antunes & Santos, 2012, p. 868 e Lopes & Milheiro, 2019, p. 208.

<sup>3963</sup> Neste sentido, cf. Lopes & Milheiro, 2019, p. 208.

mesmo a possibilidade de acesso a um bem exclusivo, de garantir ao menor o transporte durante um determinado período de tempo a um certo destino, de atuar na sua festa de aniversário, ou de o proteger contra alguém.

Todavia, de uma perspectiva puramente teórica, o conceito de “outra contrapartida” permite também incluir, no âmbito do art. 174.º CP, situações em que o maior garante ao menor, *v.g.*, o alcance de uma certa meta, ou a facilitação da obtenção de um certo título ou oportunidade. Pense-se na hipótese de o maior oferecer ao menor a possibilidade de participar no casting de um filme, de pertencer a um certo clube de desporto, ou de subir antecipadamente na sua carreira profissional ou escolar. Cremos, porém, que o enquadramento jurídico de algumas destas situações deverá ser o mais cuidadoso possível, sendo de ponderar a aplicação de outras normas potencialmente mais adequadas a acautelar as circunstâncias do caso – mormente os arts. 163.º e 164.º CP.

#### **4.2. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e os crimes de coação sexual e violação**

Os crimes de coação sexual (art. 163.º CP) e violação (art. 164.º CP) “constituem o núcleo da protecção da liberdade sexual”, configurando a violação “uma coação sexual especial” (Dias, J., 2012, p. 716). A distinção entre as normas opera exclusivamente ao nível dos atos praticados, compreendendo a violação somente atos de penetração, enquanto a coação sexual abrange os demais atos sexuais de relevo.

Como já tivemos oportunidade de esclarecer, os arts. 163.º e 164.º CP foram objeto de recente alteração em virtude da Lei n.º 101/2019, no sentido de melhor se adequarem ao disposto na Convenção de Istambul. O n.º 1 das referidas normas pune, agora, aquele que constranger outra pessoa à prática de atos sexuais de relevo simples (art. 163.º CP) ou qualificados (art. 164.º CP). A verificação de uma situação de violência, ameaça grave ou colocação da vítima em situação de inconsciência ou incapacidade de resistir (arts. 163.º e 164.º, n.º 2 CP) configura agora uma forma qualificada do crime previsto no n.º 1. Ademais, considerando as dificuldades interpretativas do conceito “constrangimento”, o legislador optou por esclarecer, através da introdução de um n.º 3 a ambas as normas, que por “constrangimento” se deverá entender qualquer meio, não compreendido no n.º 2, mas empregue no sentido da prática dos atos sexuais previstos no n.º 1, contra a “vontade cognoscível da vítima”.

Cremos que este “esclarecimento” poderia ter sido mais feliz, pois resta agora saber o que se deverá entender por “vontade cognoscível da vítima”. Será necessário que o “homem médio” compreenda a vontade da vítima, dadas as circunstâncias do caso? Incluirá as situações de negligência grosseira, contrariando o disposto no art. 13.º CP?

Talvez tivesse sido mais prudente a ponderação de uma redação mais próxima da do art. 36.º da Convenção de Istambul, fazendo alusão à prática de condutas “não consentidas”, e esclarecendo que o consentimento “tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”.

Com o intuito de simplificar a questão para o que neste contexto será relevante, cremos que uma interpretação conforme ao disposto na Convenção de Istambul terá de significar que a criminalização de qualquer forma de constrangimento à prática de um ato sexual implica a prática de atos não livremente consentidos. Tal permitirá abranger “[q]uer circunstâncias em que existe uma total ausência de vontade, como todas as outras em que a (...) vontade está condicionada e não é livre ou esclarecida” (Lopes & Milheiro, 2019, p. 69), devendo o consentimento da vítima ser apreciado tendo em conta todas as circunstâncias envolventes – cf. art. 36.º, n.º 2 da Convenção de Istambul. Neste sentido, a vontade da vítima será cognoscível se, no contexto específico, se tornar perceptível para o agente “que a vontade íntima da vítima não era no sentido de praticar ou sofrer o ato sexual de relevo, ou que [esta] nem sequer estava em condições de manifestar conscientemente a sua vontade” (Lopes & Milheiro, 2019, p. 72).

Assim, no âmbito do n.º 1 dos arts. 163.º e 164.º CP são incluídas, genericamente, as situações de prática de condutas contrárias à vontade real da vítima. Até à revisão de 2015, os arts. 163.º e 164.º CP atribuíam autonomia às situações designadas de “assédio sexual”, em que o agente lograva o constrangimento da vítima mediante abuso de autoridade “resultante de uma relação familiar, de tutela ou de curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”, ou por força de temor causado na vítima<sup>3964</sup> (Lopes & Milheiro, 2019, p. 65). Com a revisão de 2015, as situações de constrangimento deixam de exigir a verificação de qualquer meio específico, prescindindo-se, consequentemente, da autonomia até então conferida às situações de “assédio sexual”. Não obstante, estas condutas continuam implicitamente abrangidas pelo n.º 1 dos arts. 163.º e 164.º CP na medida em que configuram a prática “de um ato sexual de relevo contra a vontade da vítima, ou cujo consentimento não corresponde à sua real vontade” (Lopes & Milheiro, 2019, p. 65)<sup>3965</sup>. Por conseguinte, as situações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho constituem uma agravante do crime (art. 177.º, n.º 1, b) CP).

Retomando o problema da relação entre estas normas e o art. 174.º CP, considere-se a possibilidade de A, adulto, garantir ao menor B, de 16 anos, aspirante a ator, a

---

<sup>3964</sup> Cf. Redação do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º anterior à Lei n.º 83/2015.

<sup>3965</sup> Cf. também Albuquerque, 2015, p. 647.

possibilidade de participar na sequência de um filme de alta popularidade, a troca da prática de atos sexuais de relevo; e, no caso de C, empregador do menor D, de 17 anos, lhe prometer um aumento de salário, se este praticar consigo uma conduta de natureza sexual. De uma perspectiva meramente teórica, nestes casos será ainda razoável afirmar a presença de uma forma de compensação ou benefício prestado ao menor pela prática de atos de natureza sexual – o que, naturalmente, conduziria à ponderação do enquadramento da situação no âmbito do art. 174.º CP, agravado em função do aproveitamento de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho (art. 177.º, n.º 1, b) CP), ou eventualmente em função da idade do menor (caso seja inferior a 16 anos) (art. 177.º, n.º 1, b), n.º 6 e n.º 8 CP)<sup>3966</sup>.

Porém, julgamos que o enquadramento mais correto destes casos será, antes, no art. 163.º ou 164.º CP (dependendo dos atos), na sua modalidade simples – agravado nos mesmos termos (art. 177.º, n.º 1, b) ou n.º 6 e n.º 8 CP). Isto, pois, muito embora se possa considerar estar em causa a prática de uma conduta de natureza sexual, com um menor, mediante prestação de uma contrapartida, considerando o seu significado e capacidade de constrangimento da vontade do menor, esta já ultrapassa o âmbito do art. 174.º CP.

Reconhecemos não ser fácil a delimitação da fronteira entre as condutas que devem ser apreciadas à luz dos arts. 163.º e 164.º CP, e aquelas que devem permanecer no âmbito do art. 174.º CP. Ainda assim, parece-nos que o fator determinante, neste contexto, deverá centrar-se em torno do nível de constrangimento da vontade do menor – que, evidentemente, será superior no âmbito das situações enquadráveis nos arts. 163.º e 164.º CP.

Neste sentido, julgamos que, na maioria das situações, será relevante ponderar se, caso a vítima fosse um adulto, a sua vontade não seria igualmente constrangida de uma forma que justificaria a apreciação da situação à luz do art. 163.º ou 164.º CP. Retomemos os dois exemplos anteriormente mencionados assumindo agora B e D como adultos. Nessas circunstâncias, ambas as situações seriam impreterivelmente resolvidas pelo art. 163.º ou 164.º CP. Se assim é, não faria qualquer sentido que, quanto a um menor, ao qual acresce a vulnerabilidade característica da sua idade, a situação fosse resolvida por um tipo legal menos grave.

Ainda que talvez mais frequente, cremos que este problema não surgirá somente em contextos de assédio sexual. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de E prometer ao menor F que lhe fornecerá o medicamento raro e de alto custo que garantirá a saúde da sua

---

<sup>3966</sup> Ainda que, se pensarmos estritamente em situações de assédio sexual em função de uma relação de trabalho, dificilmente o menor terá idade inferior a 16 anos.

mãe<sup>3967</sup>; de H prometer ao menor I uma quantia avultada para garantir a realização de uma operação ou tratamento capaz de melhorar significativamente a saúde do menor. Entendemos que estes casos, pela sua gravidade, devem também ser enquadrados no âmbito dos arts. 163.º e 164.º CP. Contudo, não somos indiferentes à necessidade de adoção de um especial cuidado na delimitação destas situações, de forma a garantir um limiar mínimo de equilíbrio que, por um lado, não esvazie totalmente de sentido o art. 174.º CP, mas que, por outro, não puna por tipo legal menos grave, situações que merecem ser apreciadas à luz dos arts. 163.º e 164.º CP. Por exemplo, estando em causa uma quantia monetária, ou a prestação de um bem material, parece-nos que a situação só deverá mesmo sair do âmbito do art. 174.º CP se, como nos exemplos mencionados, se tratar de uma situação limite, cuja gravidade verdadeiramente o justifique.

Por outro lado, muito dificilmente esta questão assumirá relevância aquando da aplicação do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º CP – pois, certamente, aquilo que possa ser considerado como “violência ou ameaça grave” não constituirá, de modo algum, algo que possa ser percecionado como um benefício ou uma compensação para o menor. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de J, maior, ameaçar ao menor L de despedimento, se este não praticar consigo um ato de natureza sexual. Julgamos que, neste tipo de situações, nem deve sequer ser ponderada a aplicação do art. 174.º CP, na medida em que nunca estará em causa um benefício, mas sim uma ameaça grave.

### **4.3. A determinação da vontade do menor pelo pagamento ou contrapartida**

Como salienta Maria do Carmo Dias, será o modo de execução do crime, i.e., o pagamento ou contrapartida, “que determina a vítima a participar no ato sexual em causa (portanto a nele consentir)” (Dias, M., 2013, p. 88). Assim, muito embora não se encontre expressamente esclarecido na letra do art. 174.º CP, cremos que, por uma questão de fidelidade ao bem jurídico tutelado pela norma, se deve considerar implícito que a contrapartida deva ter algum peso na decisão do menor na prática do ato sexual – a contrapartida deve, efetivamente, determinar a vontade do menor<sup>3968</sup>. Não queremos com isto sustentar que outros fatores não possam concorrer para a concordância do menor na prática do ato sexual, apenas que a contrapartida deverá ter algum impacto na sua decisão.

Com efeito, imperativa será, desde já, a verificação de um nexo de causalidade entre os atos sexuais praticados, e a contrapartida prestada. Do facto de um maior

---

<sup>3967</sup> Exemplo adaptado de Araújo, 2005, p. 380.

<sup>3968</sup> Neste sentido, cf. Antunes & Santos, 2012, p. 869 e Cunha, 2017, p. 155.

oferecer, ocasionalmente, a um menor entre 14 e 18 anos, com quem mantém relacionamentos de natureza sexual, um bem material, ou uma quantia monetária, não poderá decorrer a simples conclusão de que tal justifica a aplicação do art. 174.º CP. Terá sempre de se confirmar que tais atos sexuais foram efetivamente motivados pela prestação – caso contrário, deverá ser ponderada a aplicação de outras normas. Pense-se, *v.g.*, na circunstância de A, maior, que, em função da sua relação de proximidade com B, de 14 anos, lhe compra, ocasionalmente, roupa, livros e bens de consumo. Contudo, tais prestações em nada se relacionam com as condutas sexuais que A leva a cabo com a menor. B não pratica os atos sexuais motivada pelos bens materiais, que considera normais pela proximidade de A, mas sim por se sentir na obrigação de o fazer como forma de retribuição do afeto e atenção que B lhe demonstra<sup>3969</sup>. Julgamos tratar-se de uma situação na qual fará sentido ponderar, antes, a aplicação do art. 173.º CP, por inexistir qualquer relação de causalidade entre as ofertas do maior e a prática dos atos sexuais.

Neste contexto, poder-se-á ainda questionar até que ponto prestações insignificantes ou quantias manifestamente irrisórias deverão assumir o carácter de pagamento ou contrapartida, para efeitos do preenchimento do tipo legal do art. 174.º CP. Relembremos que, no que ao valor da contrapartida diz respeito, o art. 174.º CP nada exige. Nem deverá exigir. Na nossa perspetiva, será perigoso tentar estabelecer um liminar mínimo valorativo ou de significância da contrapartida.

Gostaríamos de reafirmar que, frequentemente, os motivos que conduzem um jovem ao rumo da prostituição traduzem verdadeiras situações de miséria e desespero, geralmente associadas a contextos económicos e familiares extremamente difíceis. Em certas circunstâncias, poderá simplesmente bastar, para que o menor se sinta compelido à prática de um ato de natureza sexual, a oferta de um alimento e de uma bebida. Tenha-se em conta, a título exemplificativo, o circunstancialismo do Ac. do STJ de 14/03/2013, em que o arguido mantém, em mais do que uma ocasião, com dois menores institucionalizados (um deles com idade superior a 14 anos), relações de natureza sexual, oferecendo-lhes compensações na forma de sumos, fiambre, queijo, chocolate, tabaco, e quantias entre 5 a 10€<sup>3970</sup>. Muito embora se possa questionar até que ponto a prestação

---

<sup>3969</sup> Exemplo inspirado no circunstancialismo do Ac. do TRC de 18/03/2015, no qual, apesar de ter ficado provado que o arguido, por ter uma relação de “avô de facto” com a menor, custeava frequentemente gastos com a mesma, comprando-lhe livros e roupa, não foi estabelecida uma relação direta entre as ofertas do arguido e as práticas sexuais com a menor. Cf. pp. 15-16 (factos provados 1, 10 e 19) e p. 23. Contudo, não compreendemos a razão pela qual o arguido foi acusado pelo art. 174.º CP, pois mesmo que fosse estabelecida tal relação, a menor, à data dos factos, teria ainda idade inferior a 14 anos. Daí ter sido adequada a aplicação do art. 171.º CP. Se a menor tivesse uma idade compreendida entre 14 e 18 anos, poderia ainda ser ponderada a aplicação do art. 172.º CP, caso se confirmasse a existência de uma relação de educação ou assistência.

<sup>3970</sup> Cf. pp. 6-7 (factos provados 4, 12, 15 e 17).

de um chocolate e de uma bebida possa determinar a vontade do menor no sentido da prática de uma conduta de natureza sexual, considerando o contexto de institucionalização e as debilidades psicológicas que o jovem (maior de 14 anos) apresentava<sup>3971</sup>, nem por isso estas perderam a capacidade de manipulação da sua vontade.

Deste modo, não nos parece prudente a imposição, *a priori*, de exigências relativamente ao quantitativo monetário da contrapartida, sem considerar todo o circunstancialismo da situação. O critério orientador, neste contexto, deverá encontrar fundamento na capacidade do pagamento ou contrapartida condicionarem a vontade do menor. Eventualmente, caso seja prestada uma contrapartida ao menor que em nada interfere na formação da sua vontade na prática do ato sexual, a situação deverá ser apreciada à luz de outras normas – em especial, do art. 173.º CP, se for caso disso.

Note-se que, frequentemente, temos equacionado a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 173.º CP aquando da verificação de uma situação não compreendida no âmbito do art. 174.º CP. Antes de prosseguirmos, cabem, então, algumas considerações acerca da relação entre os arts. 174.º e 173.º CP.

#### **4.4. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e o crime de atos sexuais com adolescentes**

O crime de atos sexuais com adolescentes, previsto no art. 173.º CP, pune aquele que, sendo maior, pratique, com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que seja praticado por este com outrem, ato sexual de relevo simples (n.º 1) ou qualificado (n.º 2), mediante abuso da sua inexperiência.

Em sentido semelhante ao que sucede com o art. 174.º CP, também o art. 173.º CP causa alguma controvérsia no que diz respeito ao bem jurídico por si tutelado, especialmente na sua forma simples (art. 173.º, n.º 1 CP). Figueiredo Dias e Maria João Antunes sustentam que a punição, neste âmbito, de quaisquer atos sexuais de relevo traduz “uma limitação desproporcional, desadequada e desrazoável de direitos fundamentais (do ou da adolescente)” (Dias & Antunes, 2012, p. 861).

Cremos, contudo, que também no âmbito desta incriminação será tutelado o livre desenvolvimento da personalidade do menor, agora entre 14 e 16 anos<sup>3972</sup>, na esfera

---

<sup>3971</sup> Cf. p. 17 (ponto VI).

<sup>3972</sup> Questionamos até que ponto fará sentido que o art. 173.º CP apenas acautele as situações de prática de ato sexual, mediante abuso da inexperiência, face a menores com idade compreendida entre 14 e 16 anos. Parece-nos subsistir alguma incoerência no âmbito desta matéria. Pense-se, *v.g.*, na conciliação entre o art. 176.º-A CP, que criminaliza o aliciamento de menores para fins sexuais até aos 18 anos, e o art. 173.º CP, que apenas criminaliza os atos sexuais com adolescentes, mediante abuso da inexperiência, até aos 16 anos.

sexual. Tal como esclarecemos quanto ao art. 174.º CP, também aqui não deverá vingar o entendimento de que em causa se encontra uma restrição injustificada da liberdade sexual do menor. O art. 173.º CP não pretende criminalizar todo e qualquer ato sexual praticado, por um maior, com um menor de idade compreendida entre os 14 e os 16 anos; pretende, sim, criminalizar atos praticados mediante “abuso da inexperiência”. Assim, a exigência da verificação de uma situação de “abuso da inexperiência” não só permitirá acautelar situações verdadeiramente dignas de tutela penal, mas também impedirá uma limitação excessiva e desproporcional da liberdade sexual do menor.

Sublinhamos ainda que, ao contrário do que parece ser o entendimento maioritário, o conceito de “abuso de inexperiência” deverá manter-se dissociado da ideia de inexperiência sexual. É frequente a conclusão de que o abuso da inexperiência configura uma forma de exploração “da falta de conhecimento básico sobre a vida sexual”, devendo ser afastada a “inexperiência do adolescente quando ele já tenha tido experiências sexuais” (Albuquerque, 2015, p. 693)<sup>3973</sup>. No nosso entendimento, só por um menor apresentar conhecimento prático acerca dos mecanismos da atividade sexual, nem por isso fica excluída a possibilidade de se verificar uma situação de abuso de inexperiência. Não queremos com isto afirmar que tal inexperiência prática não possa ser tomada em consideração, apenas que não deverá configurar um fator exclusivo no que concerne à averiguação de uma situação de abuso de inexperiência. Com efeito, mesmo um jovem que se dedique à prostituição, e que, por esse motivo, apresente um nível de “conhecimento prático” acima da média no que diz respeito a condutas de natureza sexual, poderá ser vítima do crime previsto no art. 173.º CP.

Deste modo, o conceito de “abuso da inexperiência” deve ser entendido, como esclarece Maria Beatriz Pacheco, enquanto um aproveitamento, pelo maior, da vulnerabilidade do menor – vulnerabilidade esta que poderá ser das mais diversas naturezas: social, afetiva, familiar, psicológica, etc.<sup>3974</sup>. Será precisamente esta exploração da vulnerabilidade do menor que determina a sua vontade no sentido da prática do ato sexual, não podendo, por este motivo, o consentimento por si prestado ser considerado válido<sup>3975</sup>.

Poder-se-á questionar até que ponto também as situações enquadráveis no âmbito do art. 174.º CP acarretam, de forma implícita, um certo aproveitamento da vulnerabilidade do menor. Na nossa perspetiva, o art. 174.º CP pretende acautelar, em

---

<sup>3973</sup> Em sentido semelhante, Dias, M., 2011, p. 242, 2013, p. 87 e Lopes & Milheiro, 2019, p. 202, mas em sentido contrário Cunha, 2003, pp. 211-212.

<sup>3974</sup> Pacheco, 2012, p. 39.

<sup>3975</sup> Pacheco, 2012, pp. 38-39.



primeira linha, uma vulnerabilidade específica, de natureza maioritariamente socioeconómica. Contudo, considerando a complexidade dos contextos de prostituição juvenil<sup>3976</sup>, é certo que à vulnerabilidade socioeconómica poderão eventualmente estar associadas outras vulnerabilidades, de natureza diferente, que impliquem algum impacto na vontade do menor no sentido da prática do ato.

Neste sentido, em certas situações, poderá concorrer o abuso de inexperiência, característico do art. 173.º CP, e o abuso da precariedade da situação socioeconómica do menor, consubstanciado na promessa de uma contrapartida. Julgamos que o Ac. do TRC de 09/01/2017 configura um bom exemplo de uma situação em que tal poderá suceder. No caso em apreço, a vítima C, além de pertencer a uma família destruturada com significativas dificuldades económicas, padecia de um atraso de desenvolvimento motor, e de uma deficiência grave nas suas funções intelectuais. Quando C teria 8 anos, o arguido, conhecendo das manifestas dificuldades do menor, começa a prestar-lhe explicações. Ao longo dos anos, o arguido torna-se uma figura de confiança e amizade para o menor. A certa altura, quando o menor teria 14 ou 15 anos, o arguido solicita ao mesmo a prática de condutas de natureza sexual, prometendo-lhe a oferta de um presente se este acedesse a tal pedido<sup>3977</sup>. Apesar de ser condenado pelo art. 174.º CP, o arguido é acusado pelo art. 173.º CP, em concurso aparente com art. 174.º CP. Isto, pois, na verdade, muito embora o menor tenha praticado os atos sexuais aliciado pelos presentes que iria receber, resta saber se tais atos foram praticados somente por esse motivo, ou também porque o arguido, alguém em que o menor confiava, se aproveitou da sua severa vulnerabilidade psicológica e afetiva, e até mesmo da sua inexperiência prática, para consigo manter relações de cariz sexual<sup>3978</sup>.

Entendemos que, aquando da verificação de uma situação de concurso aparente entre os arts. 173.º e 174.º CP, deverá prevalecer o art. 174.º CP, na medida em que, além do abuso da situação socioeconómica do menor, as situações enquadráveis na norma poderão implicar, ainda que subsidiariamente, a manipulação de outras vulnerabilidades do menor. Ademais, apesar de, curiosamente, a pena correspondente aos arts. 173.º e 174.º CP em nada se distinguir, o art. 174.º CP poderá assumir uma gravidade acrescida

---

<sup>3976</sup> Cf. cap. 2.4.

<sup>3977</sup> Cf. pp. 13-14 (factos provados 1 a 24).

<sup>3978</sup> Utilizamos este Ac. como exemplo, apesar de reconhecermos a complexidade da situação. O arguido é condenado pelo art. 174.º CP, agravado em função do art. 177.º, n.º 3 CP, por ser portador de doença sexualmente transmissível. Contudo, mesmo que assim não fosse, o crime seria agravado em função da idade do menor (art. 177.º, n.º 6 CP), ou ainda, caso a decisão tivesse sido tomada depois da revisão de 2019, em função da vulnerabilidade do menor, derivada da sua deficiência (art. 177.º, n.º 1, c) CP). Contudo, questionamos se não teria algum sentido ponderar a aplicação do art. 165.º CP, agravado em função da idade (art. 177.º, n.º 6 CP), tendo em consideração a gravidade da deficiência do menor.

na medida em que permite a aplicação da agravação prevista no art. 177.º, n.º 6 CP, caso a vítima seja menor de 16 anos.

Chamamos ainda a atenção para a existência de algumas situações aparentemente enquadráveis no âmbito do art. 174.º CP, mas cujo enquadramento mais adequado será o art. 173.º CP, estando em causa um menor entre 14 e 16 anos, e caso se confirme uma situação de abuso de inexperiência. Referimo-nos, *v.g.*, às situações em que a contrapartida não tem nenhum impacto na vontade do menor, em que inexiste qualquer nexo de causalidade entre a contrapartida e os atos sexuais, ou em que a contrapartida é prestada depois do ato sexual, sem qualquer expectativa por parte do menor de que a mesma seria prestada. São precisamente estas últimas situações que nos irão agora ocupar.

#### **4.5. O momento da prestação da contrapartida**

Retomando a temática do pagamento ou contrapartida, cabe agora questionar a relevância do momento da sua prestação. Na nossa perspetiva, de um ponto de vista lógico, a prestação do pagamento ou contrapartida deve ser acordada (implícita ou explicitamente), apresentada ou, pelo menos, prometida, mencionada, ou conhecida pelo menor em virtude de uma expectativa legítima, antes da prática dos atos sexuais de relevo – só assim será possível dizer que a vontade do menor foi efetivamente influenciada pela contrapartida. Obviamente que, se o menor desconhece o facto de que irá ser compensado, e mesmo assim pratica o ato sexual com o maior, não fará sentido aplicar o art. 174.º CP, já que a sua vontade nunca poderá ter sido influenciada por uma contrapartida que, para si, não existe.

Note-se que não pretendemos afirmar que a contrapartida nunca pode ser prestada depois da prática dos atos sexuais. Evidentemente que pode, desde que o menor, no mínimo, equacione a possibilidade de que irá ser compensado. Aliás, a própria letra do art. 174.º CP exclui as situações em que o pagamento ou contrapartida seja prestado depois da prática do ato sexual, sem que o menor tenha qualquer conhecimento ou expectativa de que irá ser compensado. Relembramos que o art. 174.º CP exige que o ato seja praticado mediante pagamento ou contrapartida, *i.e.*, por meio de, através de, ou a troco de uma contrapartida. A contrapartida será o meio de realização da conduta, e o ato sexual será o fim. Se o pagamento é prestado, sem qualquer discussão ou expectativa, depois da prática do ato, então tal ato não poderá ter sido praticado “mediante” pagamento ou contrapartida – talvez “mediante” abuso de inexperiência. Com efeito, o emprego da expressão “mediante” implica um certo “acordo de vontades” (viciado), ou um entendimento, ainda que implícito, entre o adulto e o menor.

Relativamente a esta questão, serão pertinentes algumas palavras acerca do Ac. do TRP de 24/09/2014. De forma sucinta, e para o que aqui terá relevância, consta da matéria de facto que, em virtude de o arguido conhecer a mãe de duas das ofendidas, a quem costumava comprar serviços de prostituição, e de conhecer do estado de dificuldade económica em que a família da mesma se encontrava, decide aliciar as suas filhas, E e F, a praticarem consigo atos sexuais a troco de pagamento. Tal acaba por suceder diversas vezes, sendo certo que as menores apenas praticaram tais atos em virtude da contrapartida monetária que lhes era prestada. Também G, vizinha e colega de escola das irmãs E e F, que sabia dos contactos remunerados entre o arguido e as mesmas, acaba por praticar, conjuntamente com E, atos sexuais de relevo, com o arguido, oferecendo este, no fim dos atos praticados, a quantia de 5€ a cada uma<sup>3979</sup>. Deixando de parte todas as restantes questões levantadas no decurso do acórdão, o arguido sustenta que, como o ato sexual praticado por G não resultou de qualquer promessa de compensação, tendo o pagamento sido apenas prestado depois da prática do ato sexual de relevo, a sua conduta não poderia ser subsumível ao art. 174.º, n.º 1 CP<sup>3980</sup>.

Esclarecemos, desde já, que a conclusão a que o TRP chega relativamente a esta questão não nos parece incorreta. Concordamos que a conduta do arguido seria de subsumir ao art. 174.º, n.º 1 CP, pois, sendo certo que a menor G conhecia da circunstância de o arguido compensar as menores E e F pela prática de atos sexuais, poder-se-á admitir que, por esse motivo, esta teria formado uma expectativa legítima de que, ao praticar com o arguido atos da mesma natureza, seria igualmente compensada.

O que nos parece mais contestável será o raciocínio em torno da questão. No entendimento do TRP, a argumentação do arguido implicaria que o art. 174.º, n.º 1 CP se encontrasse dependente de um acordo prévio entre o arguido e a menor, i.e., “o menor teria de actuar, ‘ab initio’ (...) com intuito lucrativo, visando o pagamento ou a contrapartida previamente acordados” – o que, em último recurso, caso o menor praticasse o ato sem “intuito lucrativo”, mas ainda assim fosse compensado no final, permitiria a aplicação do art. 175.º CP, pois o maior estaria “pelo menos, a incentivar, a fomentar ou a favorecer o exercício da prostituição por parte do menor”<sup>3981/3982</sup>. Contudo, na perspetiva do TRP, o preenchimento da incriminação do art. 174.º, n.º 1 CP não estará dependente de que o menor atue com “intenção lucrativa”, sendo aplicável mesmo que

---

<sup>3979</sup> Cf. pp. 10-13 (factos provados 1 a 32).

<sup>3980</sup> Cf. p. 42 (ponto H).

<sup>3981</sup> Cf. pp. 42-43 (ponto H).

<sup>3982</sup> Mais tarde pronunciar-nos-emos sobre esta última questão. Cf. cap. 4.6.

este pratique o ato sexual completamente alheio ao facto de que irá ser compensado no final.

Julgamos precipitada a conclusão de que, só por o art. 174.º CP, não exigir, expressamente, a “intenção lucrativa” do menor, tal implica que estas situações, de prática de atos sexuais sem qualquer expectativa de contrapartida, se devam incluir no âmbito da norma. Relembramos que a prática do ato sexual não é um elemento dissociado do pagamento ou contrapartida – haverá uma relação meio-fim entre ambos, imposta pela própria letra da lei. Portanto, ainda que não se encontre expressamente previsto na norma que o menor deva atuar, no mínimo, com o conhecimento ou expectativa de que irá ser compensado, tal deverá ser considerado como implícito, já que o próprio agente terá, impreterivelmente, de levar a cabo a conduta por intermédio da contrapartida.

Dito isto, admitimos que, em certos casos, o problema do momento da prestação da contrapartida se poderá complexificar. Pense-se, *v.g.*, na hipótese de o maior A, praticar com B, de 15 anos, atos sexuais de relevo, oferecendo-lhe, de seguida, e sem nunca o ter mencionado a B, uma quantia monetária como compensação pelos atos praticados. Suponhamos que esta situação se repete várias vezes, nos mesmos exatos termos. Cremos ser possível, nestes casos, que o menor desenvolva, progressivamente, uma expectativa legítima de que, ao praticar, com A, condutas de natureza sexual, a compensação será prestada. Aí sim, julgamos que já se poderá voltar a equacionar o art. 174.º CP. Claro que, não podemos assumir, *a priori*, uma quantidade exata de relacionamentos ao fim das quais o menor forma tal expectativa, i.e., não poderemos afirmar, com certeza, de que ao fim de duas ou três vezes tal sucede – tudo dependerá das circunstâncias do caso, e do menor em questão.

#### **4.6. A relação entre o crime de recurso à prostituição de menores e o crime de lenocínio de menores**

Antes de prosseguirmos, e ainda de certo modo relacionadas com a questão do momento da prestação da contrapartida, seria oportuno tecer algumas considerações acerca da relação entre os arts. 174.º e 175.º CP.

O crime de lenocínio de menores (art. 175.º CP), tal como o art. 174.º CP, tutela o livre desenvolvimento da personalidade do menor entre 14 e 18 anos na sua esfera

sexual<sup>3983</sup>, impedindo, neste caso, que a sua sexualidade “seja explorada a qualquer título através da indução ao exercício da prostituição” (Lopes & Milheiro, 2019, p. 213).

Ao contrário do que sucede com o lenocínio de maior (art. 169.º CP), o preenchimento do crime previsto no art. 175.º, n.º 1 CP não depende de que o agente atue “profissionalmente ou com intenção lucrativa”, operando tal circunstância como uma agravante do crime, nos termos do art. 175.º, n.º 2, d) CP. Além disso, o art. 175.º CP pretenderá punir não só aquele que fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição de um menor (em termos semelhantes ao art. 169.º, n.º 1 CP), mas também aquele que “aliciar menor para esse fim”<sup>3984</sup>.

Apesar de os arts. 169.º e 175.º CP não o esclarecerem expressamente, o agente do crime de lenocínio, enquanto “intermediário” ou “medianeiro”, será um terceiro relativamente ao ato sexual, atuando para satisfação de “interesses de terceiros” (Rodrigues & Fidalgo, 2012, p. 803)<sup>3985</sup>. Ficará, então, excluída, de ambas as normas, a possibilidade de punição daquele que compra serviços de natureza sexual. Aliás, julgamos que a necessidade de introdução do art. 174.º CP demonstra, *de per se*, que a prática de atos sexuais com menor, mediante pagamento ou contrapartida, não poderia simplesmente ser incluída no âmbito do art. 175.º CP.

A este propósito gostaríamos de retomar uma questão discutida no âmbito do Ac. do TRP de 24/09/2014, e relativamente à qual não nos pronunciamos anteriormente. Relembramos que, segundo o TRP, se entendermos, no âmbito do art. 174.º CP, que o menor terá de agir com “intuito lucrativo” ou, pelo menos, com a expectativa da compensação, então, nas situações em que este é espontaneamente compensado no final da prática do ato sexual, seria possível a aplicação do art. 175.º CP, já que o maior estaria “pelo menos, a incentivar, a fomentar ou a favorecer o exercício da prostituição por parte do menor”<sup>3986</sup>.

Independentemente da posição que se assuma acerca da questão do momento da prestação da contrapartida, esta conclusão parece-nos questionável. Caso se entenda que a contrapartida possa ser espontaneamente prestada depois da prática dos atos sexuais, sem que o menor tenha qualquer expectativa em relação à mesma, então a situação será resolvida pelo art. 174.º CP. Caso contrário, há que considerar que a consumação do crime previsto no art. 175.º CP depende do efetivo exercício da prostituição por parte do

---

<sup>3983</sup> Cf. Neste sentido, Albuquerque, 2015, p. 698, Garcia & Rio, 2014, p. 729, e também Antunes, 2012, p. 873, embora a Autora questione o facto de a norma abranger os menores entre 16 e 18 anos.

<sup>3984</sup> Quanto aos conceitos de fomentar, favorecer ou facilitar, cf. Rodrigues & Fidalgo, 2012, p. 806.

<sup>3985</sup> Cf. também Antunes, 2012, p. 874.

<sup>3986</sup> Cf. p. 42 (ponto H).

menor<sup>3987</sup>. Assim sendo, não se poderá afirmar que o agente está a incentivar, fomentar ou favorecer o exercício da prostituição por parte da menor, quando nem sequer se verificou o exercício da prostituição. Mesmo que se equacionasse estar em causa uma tentativa de lenocínio de menores, estaria o arguido a tentar fomentar o exercício da prostituição da menor consigo mesmo? Talvez se a contrapartida tivesse sido prestada com o intuito de conduzir a menor à prática de um outro ato sexual com um terceiro, já se pudesse equacionar esta hipótese. Caso contrário, a situação teria de encontrar enquadramento no âmbito de outras normas – mormente nos arts. 173.º ou 174.º CP.

Quanto à relação entre os arts. 174.º e 175.º CP, e no que diz respeito à punição daquele que ao menor compra serviços de natureza sexual, o problema deve cingir-se unicamente ao art. 174.º CP, uma vez que o agente do crime do art. 175.º CP será sempre um terceiro face ao ato sexual. Com efeito, e exclusivamente no contexto da compra de serviços sexuais, não será possível a verificação de uma relação de concurso efetivo entre os arts. 174.º e 175.º CP, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5 CRP). Fora destes casos, não será impossível a verificação de uma situação de concurso efetivo entre ambos os crimes. Pense-se, *v.g.*, numa situação em que um maior que facilite, favoreça, incentive ou alicie a prostituição de um menor com terceiros, e que simultaneamente proponha ao mesmo a prática de um ato de natureza sexual (consigo), em troca de prestação de uma contrapartida.

#### **4.7. A prestação a terceiro e a mera promessa**

Muito embora o art. 174.º CP não o esclareça expressamente, parece-nos que não assumirá qualquer relevância, para efeitos de punição, a determinação de quem solicita a prática do ato sexual remunerado. O agente deverá ser punido independentemente de se ter limitado a aceitar uma proposta proveniente do menor ou de um terceiro (agente do crime de lenocínio), ou de ter ele próprio solicitado a prática de atos sexuais remunerados ao menor.

Questão diferente será a de saber a quem deverá ser prestada a contrapartida. Será que o art. 174.º CP compreende unicamente as situações em que esta seja prestada ao próprio menor, ou poderá a contrapartida ser prestada a um terceiro? A letra da lei nada esclarece relativamente ao beneficiário da contrapartida. Porém, julgamos que uma leitura conforme ao art. 19.º, n.º 2 da Convenção de Lanzarote e ao art. 2.º, d) da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que consagram uma definição de

---

<sup>3987</sup>

Cf. Antunes, 2012, p. 874, Albuquerque, 2012, p. 699 e Dias, M., 2011, p. 251.

“prostituição infantil” independente da contrapartida ser prestada ao menor ou a um terceiro, não implicará uma interpretação demasiado extensiva do art. 174.º CP. Com efeito, entendemos que o art. 174.º CP se preencherá independentemente de a contrapartida ser prestada ao próprio menor ou a um terceiro<sup>3988</sup>. Na verdade, mesmo que a contrapartida seja prestada a um terceiro, ainda assim o menor poderá perspetivar a prestação como um benefício – benefício este capaz de adulterar a sua vontade. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de, a troco da prática de um ato sexual de relevo, o maior prometer perdoar a dívida dos seus pais.

É igualmente relevante questionar se o art. 174.º CP, na sua redação atual, compreende as situações em que o maior promete ao menor a prestação de uma contrapartida, independentemente da sua concretização. Isto, pois, ao contrário do que sucede com o art. 174.º CP, a definição de “prostituição infantil” prevista nos instrumentos internacionais anteriormente destacados esclarece, expressamente, a possibilidade de mera promessa de pagamento ou contrapartida.

Entendemos que a letra da norma também permite incluir estas situações. Atualmente, o art. 174.º CP apenas exige que o ato sexual seja praticado mediante pagamento ou contrapartida, *i.e.*, exige que a contrapartida represente o meio para a realização do ato sexual. Neste sentido, parece bastar, para a consumação do crime, que o menor pratique o ato sexual motivado pela expectativa de que irá receber o benefício – não sendo estritamente necessário que a contrapartida seja efetivamente prestada. Mesmo que a promessa não venha a ser concretizada, a vontade do menor no sentido da prática do ato sexual não deixa de ser determinada pela contrapartida – ainda que por via de um engano ou erro potenciado pelo maior. Tratar-se-á, aliás, de uma conduta de gravidade e reprovabilidade semelhante à da efetiva prestação da contrapartida. Assim, a consumação do crime do art. 174.º CP “ocorre com a prática de um qualquer acto sexual de relevo determinado pela remuneração, independentemente de o pagamento ou contrapartida virem a ter lugar” (Antunes & Santos, 2012, p. 869)<sup>3989</sup>.

---

<sup>3988</sup> Cf. Antunes & Santos, 2012, p. 868, Garcia & Rio, 2014, p. 728 e Cunha, 2017, p. 155. Em sentido contrário, mas entendendo merecer ser objeto de alteração legislativa no futuro, Dias, M. 2011, p. 248 e Albuquerque, 2015, p. 696.

<sup>3989</sup> Cf. também Cunha, 2017, p. 155. Em sentido contrário, cf. Dias, M., 2011, p. 248, sustentando a necessidade de alteração legislativa.

## Conclusão

Terminadas estas reflexões, não nos restam dúvidas que o art. 174.º CP tutela, efetivamente, o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre 14 e 18 anos, na sua esfera sexual. Não está em causa a tutela de uma certa moral sexual, ou a criminalização de uma conduta justificada por um certo “paternalismo penal”, mas sim a proteção do jovem contra intromissões abusivas no âmbito da sua esfera sexual, no decurso de uma etapa da sua vida na qual este não terá ainda o discernimento necessário para tomar uma decisão livre e consciente acerca da prática de uma conduta sexual mediante pagamento ou contrapartida.

Na verdade, quanto aos menores de idade superior a 14 anos, e no que concerne, exclusivamente, à prática de condutas de natureza sexual integralmente livres de coação, de pressões externas, e de abusos, não nos parece que caiba ao Direito Penal intervir. Porém, se com a decisão do menor no sentido da prática de uma conduta de natureza sexual concorrem outros fatores, nomeadamente a obtenção de um pagamento ou de uma contrapartida, não nos parece, de todo, que o Direito Penal deva ficar indiferente.

Neste sentido, e em nome do bem jurídico, o pagamento ou contrapartida, enquanto elemento do tipo legal de crime, deverá comportar algum impacto no processo de formação da vontade do menor. Assim, o menor deverá ter, antes da prática do ato sexual, no mínimo, uma expectativa fundada de que, à prática do ato, corresponderá a prestação do pagamento ou contrapartida. Esta exigência parece-nos integralmente conforme à letra da norma, na medida em que esta impõe que o ato sexual seja praticado “mediante” pagamento ou contrapartida. Se o ato sexual tem de ser praticado “a troco” da contrapartida, então o menor terá de conhecer ou equacionar a sua existência antes da prática do ato.

As situações em que a contrapartida é prestada ao menor, depois da prática do ato sexual, sem que este tivesse qualquer expectativa de que iria ser compensado, configuram, precisamente, um dos casos em que julgamos que será pertinente ponderar a aplicação do art. 173.º CP, para verificar se existe uma situação de abuso da inexperiência de menor com idade entre 14 e 16 anos. Acresce ainda que, nestas situações, não deverá ser ponderada a aplicação do art. 175.º CP, não só porque o agente do crime de lenocínio de menor deverá ser um terceiro relativamente ao ato sexual, mas também porque a consumação do crime estará dependente da efetiva prostituição do menor.

Salientamos ainda que o elemento “pagamento ou outra contrapartida” acaba por conferir à norma alguma flexibilidade interpretativa, ao permitir abranger um conjunto



quase ilimitado de formas compensatórias, independentemente do seu valor ou forma. Esta amplitude da norma exige algum cuidado no que concerne à delimitação da fronteira entre o art. 174.º CP e os arts. 163.º e 164.º CP. A simples verificação de uma situação em que ao menor seja prestado algo que, em teoria, preencha o conceito de pagamento ou contrapartida para efeitos do art. 174.º CP não dispensa a ponderação da aplicação dos arts. 163.º e 164.º CP, caso a gravidade da situação e o grau de constrangimento da vontade do menor o justifique. Porém, a solução para este problema deverá alcançar um certo equilíbrio, de forma a garantir, não só que as situações mais graves sejam devidamente enquadradas no âmbito dos arts. 163.º e 164.º CP, mas ainda que o art. 174.º CP não seja inteiramente esvaziado de sentido.

Pretendemos, com tudo isto, dar algum protagonismo a uma norma introduzida no nosso ordenamento jurídico em 2007, presente em alguma jurisprudência, mas que de um ponto de vista doutrinal nos parece deixar um pouco a desejar. Neste sentido, optámos por realçar algumas das mais importantes questões que esta norma pode levantar, bem como apresentar possíveis critérios de solução para as mesmas. Ainda assim, a verdade é que, considerando a complexidade normalmente associada a contextos de prostituição de menores, várias das questões levantadas ficam altamente dependentes dos contornos do caso concreto e, no fundo, só este poderá indicar a melhor solução para o problema em causa.

Dito isto, e antes de terminarmos, gostaríamos de salientar um aspeto que, na nossa perspetiva, poderia, *de jure constituendo*, ser objeto de ponderação aquando da verificação de uma futura alteração legislativa no âmbito desta matéria. Na nossa perspetiva, a atual letra da norma permite acautelar tanto as situações em que a contrapartida é prestada a um terceiro, bem como as situações de mera promessa de contrapartida. Ainda assim, para contornar possíveis divergências doutrinárias e jurisprudenciais, e mesmo até para garantir a plena conformidade à letra dos instrumentos internacionais, entendemos que o art. 174.º CP só poderia beneficiar tanto do esclarecimento de que a contrapartida pode ser prestada a um terceiro, como da possibilidade de consumação do crime nos casos de mera promessa de prestação do pagamento ou contrapartida.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Comentário ao art. 163.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, pp. 643-653. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Comentário ao art. 173.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, pp. 691-695. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Comentário ao art. 174.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, pp. 695-698. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Comentário ao art. 175.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, pp. 698-700. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. & SANTOS, C. (2012). Comentário ao art. 174.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição, pp. 865-870. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 175.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição, pp. 871-877. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. (2010). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. *Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 153-161.

ANTUNES, M. J. (2008). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1.º Semestre, n.º 8 (especial), pp. 205-211.

ARAÚJO, A. (2005). *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

BARROSO, R. G., MANITA, C., & NOBRE, P. (2011). Violência sexual juvenil: Conceptualização, caracterização e prevalência. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, julho-setembro, pp. 427-437. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2016). *Direito penal, parte geral. Questões fundamentais, teoria geral do crime*, 3.ª Edição. Porto: Universidade Católica Editora.

COMISSÃO DOS DIREITOS DA MULHER DA IGUALDADE DE GÊNEROS. Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade de géneros (2013/2103 (INI)), de 03/02/2014, Relatora Mary Honeyball. Retirado de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+Vo%2F%2FPT>.

COSTA, J. M. B. (2002). O crime de lenocínio. Harmonizar o Direito, compatibilizar a prostituição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, julho-setembro, pp. 411-457.

CUNHA, M. C. F. (1995). “*Constituição e crime*”. *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Estudos e monografias*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.

CUNHA, M. C. F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In Sottomayor, M. C. *Cuidar da justiça de crianças e jovens, A função dos juízes sociais, Actas do Encontro*, pp. 189-227. Coimbra: Almedina.

CUNHA, M. C. F. (2017). Da criminalização do “grooming”: Reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. 1 – Direito Penal. *Studia Iuridica* 108, Ad Honorem 8, pp. 399-418. Coimbra: Universidade de Coimbra.

CUNHA, M. C. F. (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In Cunha, M. C. F. *Combate à violência de género. Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166, Porto: Universidade Católica Editora.

CUNHA, M. C. F. (2017). *Os crimes contra as pessoas. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 163.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição, pp. 714-742. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 171.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 832-845. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. & ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 173.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 852-864. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2019). *Direito penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.ª Edição. Coimbra: Gestlegal.

DIAS, J. F. (2009). O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, pp. 31-46. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2016). O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3998, maio-junho, pp. 250-266.

DIAS, J. F. (2012). Nótula antes do art. 163.º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição, pp. 708-713. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, M. C. S. M. S. (2013). Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. *Revista do Ministério Público*, n.º 136, outubro-dezembro, pp. 209-259.

DIAS, M. C. S. M. S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de Idade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1.º semestre, n.º 15, pp. 209-259.

DIAS, M. C. S. M. S. (2008). Repercussões da lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8, 1.º semestre, pp. 209-259.

DROBAC, J. A. (2011). A bee line in the wrong direction: Science, teenagers, and the sting to “the age of consent”. *Journal of Law and Policy*, vol. 20, no. 1, pp. 62-116. Retirado de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol20/iss1/3/>.

FONSECA, H. (2005). *Viver com adolescentes*, Prefácio de Isabel do Carmo, 2.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Editorial Presença.

GARCIA, M. M. & RIO, J. M. C. (2014). Comentário ao art. 174.<sup>o</sup>. In Garcia, M. M. & Rio, J. M. C. *Código Penal, parte geral e especial, com notas e comentários*, pp. 727-728. Coimbra: Almedina.

GARCIA, M. M. & RIO, J. M. C. (2014). Comentário ao art. 175.<sup>o</sup>. In Garcia, M. M. & Rio, J. M. C. *Código Penal, parte geral e especial, com notas e comentários*, pp. 728-730. Coimbra: Almedina.

GERSAO, E. (1997). Crimes sexuais contra crianças. O direito penal português à luz das resoluções do Congresso de Estocolmo contra a exploração sexual das crianças para fins comerciais. *Infância e Juventude, Revista do Instituto de Reinserção Social*, vol. 97/3, junho-setembro, pp. 9-29.

LEITE, I. F. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, janeiro-março, pp. 29-94.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2019). *Crimes sexuais. Análise substantiva e processual*, 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2019). Comentário ao art. 163.<sup>o</sup>. In Lopes, J. M. & Milheiro, T. C. *Crimes sexuais. Análise substantiva e processual*, 2.<sup>a</sup> Edição, pp. 47-81. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2019). Comentário ao art. 173.<sup>o</sup>. In Lopes, J. M. & Milheiro, T. C. *Crimes sexuais. Análise substantiva e processual*, 2.<sup>a</sup> Edição, pp. 199-207. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2019). Comentário ao art. 174.<sup>o</sup>. In Lopes, J. M. & Milheiro, T. C. *Crimes sexuais. Análise substantiva e processual*, 2.<sup>a</sup> Edição, pp. 207-211. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2019). Comentário ao art. 175.<sup>o</sup>. In Lopes, J. M. & Milheiro, T. C. *Crimes sexuais. Análise substantiva e processual*, 2.<sup>a</sup> Edição, pp. 211-216. Coimbra: Coimbra Editora.

MANITA, C. (2003). Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual. In Sottomayor, M. C. *Cuidar da justiça de crianças e jovens. A função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, pp. 229-253. Coimbra: Almedina.

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

OLIVEIRA, A. (2017). Prostituição em Portugal. Uma atividade marginalizada num país que tolera mais do que persegue. *Bagoas*, n.º 17, pp. 201-224. Retirado de [https://sigarra.up.pt/fpceup/en/pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=259362](https://sigarra.up.pt/fpceup/en/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=259362).

PACHECO, M. B. C. T. M. (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes. Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

PAPALIA, D. E., OLDS, S. W. & FELDMAN, R. D. (2001). *O mundo da criança*, 8.ª Edição. Tradução de I. Soares, A. Bastos, C. Martins, I. Jongenelen, O. Cruz & T. Gonçalves. Lisboa: McGraw Hill.

PATTO, P. V. (2001). Direito penal e ética sexual. *Direito e Justiça*, vol. XV, Tomo 2, pp. 123-145. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RAPOSO, V. L. (2003). Da moralidade à liberdade: O bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, pp. 931-962. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, A. M. & FIDALGO, S. (2012). Comentário ao art. 169.º. In Dias, J. F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição, pp. 796-815. Coimbra: Coimbra Editora.

SOTTOMAYOR, M. C. (2011). O conceito legal de violação: Um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, n.º 128, outubro-dezembro, pp. 273-318.

SOTTOMAYOR, M. C. (2014). *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina.

STEINBERG, L., CAUFFMAN, E., WOOLARD, J., GRAHAM, S. & BANICH, M. (2009). Are adolescents less mature than adults? *American Psychologist*, vol. 64, pp. 583-594. Retirado de <https://www.semanticscholar.org/paper/Are-adolescents-less-mature-than-adults%3A-minors'-to-Steinberg-Cauffman/af30998c3ccdb44d44ea38299f66ae5a6f9dofb8>.

STRECHT, P. (2005). *Vontade de ser, textos sobre a adolescência*. Lisboa: Assírio & Alvim.

## **Jurisprudência**

Ac. TRP de 24/09/2014, proc. 163/12.2TACDR.P1, relator Coelho Vieira. Retirado de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRE de 18/10/2018, proc. 107/17.5JAFAR.E1, relatora Maria Filomena Soares. Retirado de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRC de 18/03/2015, proc. 823/12.8JACBR.C1, relatora Maria José Nogueira, Retirado de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. STJ de 14/03/2013, proc. 294/10.3JAPRT.P1.S2, relator Armindo Monteiro. Retirado de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ac. TRC de 09/01/2017, proc. 182/13.1JACBR.C1, relator Inácio Monteiro. Retirado de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **Legislação**

Decreto de 10/12/1852 que aprova o CP.

Decreto de 16/09/1886 que aprova o CP.

Lei n.º 14/79 de 16 de maio.

DL n.º 400/82 de 23 de setembro.

DL n.º 48/95 de 15 de março.

Lei n.º 65/98 de 2 de setembro.

Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto.

Lei n.º 59/2007 de 2 de setembro.

DL n.º 138/2012 de 5 de julho.

DL n.º 50/2013 de 16 de abril.

Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto.

Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto.

Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro.

Proposta de Lei nº98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18/10/2006.

Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25/05/2000.

Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da UE, de 22/12/2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais de 25/10/2007.

Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta Contra a Exploração Sexual de Crianças e Pornografia Infantil de 03/02/2010.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica de 11/05/2011.

Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13/12/2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

Convenção sobre os Direitos da Criança de 20/11/1989.

**Acidentes de trabalho:**

**A reparação segundo a responsabilidade social na legislação  
portuguesa**

Renata Jiquiriçá

Sob a orientação do  
Professor Doutor Júlio Gomes

## **Agradecimentos**

Aos Excelentíssimos Desembargadores do Trabalho (em ordem alfabética),

Antônio César Coutinho Daiha

Cesar Marques Carvalho

Edith Maria Corrêa Tourinho

Enoque Ribeiro dos Santos

Fernando Antônio Zorzenon da Silva

José Nascimento Araújo Netto

Marcos Cavalcante

Mário Sérgio Medeiros Pinheiro

Mary Bucker Caminha

Mônica Batista Vieira Puglia

Rogério Lucas Martins

Rosana Salim Villela Travesedo

que estavam presentes na sessão do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, de 9 de novembro de 2017, e que viabilizaram a realização deste desafio.

**Muito obrigada.**



## **Resumo**

Diante de uma sociedade onde se discute o seu próprio papel e o do Estado dentro das políticas de assistencialismo, a questão da responsabilização pelos danos emergentes de acidentes de trabalho tem um papel relevante e inspira uma análise pela ótica da imputação da responsabilidade social e da responsabilidade privada.

O objetivo do presente estudo foi permitir uma investigação da opção de Portugal de modo a questionar se as disposições da Constituição da República Portuguesa indicam um possível posicionamento em favor da adoção da responsabilização social nessa matéria e quais as vantagens desse sistema.

**Palavras-chave:** Acidente de trabalho; responsabilidade social; responsabilidade privada.

## **Abstract**

Faced with a society where its own role and that of the State within welfare policies are discussed, the issue of responsibility for damages arising from accidents at work plays a relevant role and inspires an analysis from the perspective of the imputation of social and private responsibility.

The aim of this study is to analyse Portugal's option in order to question whether the provisions of the Portuguese Constitution indicate a possible position in favour of the adoption of a social responsibility in this area and the advantages of such system.

**Keywords:** Work accident; social responsibility; private responsibility.

# **Índice**

## Introdução

1. Breve conceito de acidente de trabalho
2. Evolução da teoria da responsabilidade por dano emergente de acidentes de trabalho
  - 2.1. Do caminho da caridade ao sujeito do direito
  - 2.2. Regime de caráter público (responsabilidade social)
  - 2.3. Regime de caráter privado (responsabilidade privada)
3. Regime jurídico em Portugal
  - 3.1. Evolução histórica
  - 3.2. Atual regime
4. O seguro privado pela ótica geral de instrumentos internacionais
5. O seguro privado pela ótica da Constituição da República Portuguesa
6. Considerações quanto às vantagens na adoção do regime fundamentado na responsabilidade social
  - 6.1. Custo financeiro do sistema
  - 6.2. Burocracia administrativa
  - 6.3. Discriminação injustificada
  - 6.4. Política pública de prevenção
  - 6.5. Função social
  - 6.6. Valores sociais
  - 6.7. Indicativos da inconsistência do regime do seguro privado
  - 6.8. Possibilidade de cumulação de indenizações

## Conclusão

## Bibliografia

## Introdução

O presente estudo visa uma análise quanto à posição legislativa portuguesa de enquadramento do sistema de responsabilidade pela reparação do dano emergente de acidente de trabalho no regime do seguro privado obrigatório.

Inicialmente, fixaremos, de forma sucinta, o objeto do regime regulatório que se pretende abordar (acidente de trabalho) e a evolução do direito à reparação do dano decorrente desse evento na visão dos sistemas de seguro privado, seguro social e segurança social.

Após, pretendemos indicar a evolução legislativa, especificamente em relação ao modelo adotado em Portugal, desde os primeiros regulamentos até o regime que atualmente vigora no ordenamento jurídico.

Nos tópicos seguintes, objetivamos ponderar quanto à adequação da opção legislativa portuguesa pela ótica de normas internacionais, em especial a Organização Internacional do Trabalho e dos preceitos constitucionais, trazendo algumas reflexões quanto às vantagens da adoção de um regime de seguro social ou da integração à Segurança Social em contrapartida ao seguro privado.

### 1. Breve conceito de acidente de trabalho

Embora haja diversas questões doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao conceito de acidente de trabalho, sua configuração, abrangência e alcance, como no presente estudo nos cingimos apenas à questão relativa à responsabilização pela reparação do dano gerado, adotaremos para este fim, sem maiores aprofundamentos, o conceito indicado por Viriato Reis *apud* Júlio Gomes<sup>3990</sup> como sendo o acidente de trabalho “um evento súbito e imprevisto, de origem externa e de carácter lesivo do corpo humano, ou seja um acontecimento instantâneo ou de duração curta e limitada no tempo, de origem exterior ao organismo do sinistrado e que provoque uma alteração no anterior estado físico ou de saúde”.

Ressaltamos que a análise pretendida é restrita ao regime de reparação no caso em que está caracterizado o acidente de trabalho, estando excluídas as reparações de perda da capacidade laborativa oriunda de doenças profissionais<sup>3991</sup>, as quais, pela

---

<sup>3990</sup> Gomes, p. 20, nota 44.

Gomes, 2013, p. 33 acrescenta que estão incluídos os danos psíquicos e mentais: “Desde muito cedo que a doutrina sublinhou que a lesão sofrida pelo trabalhador não tem que ser uma lesão física ou corporal em sentido estrito, podendo ser, antes, uma lesão mental ou psíquica”. Também Alegre, 1995, p. 32: “lesão corporal pode ser uma lesão física ou psíquica, aparente ou oculta, externa ou interna”. Na Lei 83/1913, havia expressa referência à “lesão externa ou interna e toda a perturbação nervosa e psíquica” (art. 1.º, § único).

<sup>3991</sup> Quanto à diferenciação entre acidente de trabalho e doença profissional, apontamos:

sistemática adotada em Portugal<sup>3992</sup>, são amparadas pela Segurança Social<sup>3993</sup>. Havendo uma clivagem de tratamento, quer o infortúnio seja decorrente de acidente de trabalho, quer decorrente de doença profissional, fica a abordagem desde já afeta apenas àquela hipótese.

## **2. Evolução da teoria da responsabilidade por dano emergente de acidentes de trabalho**

### **2.1. Do caminho da caridade ao sujeito do direito**

A assistência aos infortunados por acidente decorrente da labuta era vista, em seu primórdio, como mera caridade, que tinha origem nas atividades das igrejas e congregações, posteriormente assumidas por instituições públicas de assistência aos desamparados. A comunidade autorregulava a tarefa de acolher os necessitados, que não seriam sujeitos de direito, mas meros destinatários de atividades caridosas. Em uma sociedade influenciada por crenças e preconceitos, o acidente era visto mais como uma vontade divina, um *damnum fatale*, do que um ato na esfera humana.

Posteriormente, o Estado traz para si o dever de proteção. Os infortunados passam a detentores de um direito subjetivo de proteção a ser resguardado por àquele.

O processo teve início de forma tímida, influenciado pelo conceito de inevitabilidade, do trabalhador como mero fator de produção e do risco específico em razão da atividade, inerente ao exercício da profissão.

---

Gomes, 2013, p. 29: Modernamente uma característica que parece continuar a reunir consenso é a subitaneidade que parece, aliás, ser hoje o critério fundamental que permite distinguir o acidente da doença profissional”.

Carvalho, 2003, p. 80: “O que importa é que o acidente ocorra no local e no tempo de trabalho e produza um dano que lese a capacidade laboral do sinistrado, sendo que a subitaneidade é o elemento essencial que permite distingui-lo da doença profissional, já que esta é o resultado de uma causa lenta e progressiva de uma lesão ou doença (artigo 6.º, n.º 11)”.

Ramalho, 2014, p. 867: “doença profissional caracteriza-se pela sua verificação lenta e imperceptível, tudo origem no trabalho desenvolvido ao longo do tempo”.

<sup>3992</sup> A doutrina distingue o conceito de doenças profissionais de doenças de trabalho, fato consagrado na Base XXV, no n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 2127/65, de 3 de agosto. Alegre, 1995, p. 30: “doenças profissionais atingem os trabalhadores que exercem a sua atividade em ambiente nocivo à saúde, quer pelas substâncias manipuladas, quer pelo meio em que se desenvolve, enquanto as doenças de trabalho são comuns a qualquer trabalhador, por virtude de qualquer trabalho”.

<sup>3993</sup> A princípio, as doenças profissionais eram tratadas como de responsabilidade privada do empregador junto com os acidentes de trabalho, a exemplo, art. 11.º da Lei 1942/36, de 27 de julho e art. 8.º § 3.º e art. 4.º do Decreto n.º 5637/19, de 10 maio. Paulatinamente foram deslocadas para a Segurança Social pelo Decreto-Lei n.º 44307/62, de 27 de abril, que criou a Caixa Nacional de Seguros e Doenças Profissionais, transferindo a responsabilidade em relação à cobertura do risco de silicose (doença correlata à atividade de minas e pedreiras, construção de barragens, indústrias de cerâmica e vidros). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 478/73, de 27 de setembro, incluiu outros ramos de atividade, pois visava “incrementar a progressiva expansão” para que no ano de 1975 estivessem abarcadas “as actividades do comércio, indústria e serviços abrangidos pelas caixas de previdência e abono de família”. O Decreto-Lei n.º 227/81, de 18 de julho, estabeleceu ser da Caixa Nacional de Seguros e Doenças Profissionais a responsabilidade exclusiva de reparação dos danos emergentes de doenças profissionais. Para uma cronologia da separação do regime das doenças profissionais dos acidentes de trabalho, vide Alegre, 1995, p. 115.

Contudo, o anseio social ultrapassava essa visão restritiva. Surgia a figura do trabalhador como pessoa integrada à entidade produtora com o reconhecimento da importância das condições mínimas que garantissem a dignidade de sua pessoa, impondo o reconhecimento do direito à reparação em caso de acidente de trabalho, agora visto como vulnerabilidade social a ser resguardada.

O direito à saúde e à segurança faz surgir o conceito legal de responsabilidade pelos danos decorrentes do acidente de trabalho. Tornava-se necessário prever e regular os mecanismos de sua proteção e efetiva viabilização.

Como afirma Pedro Romano Martinez<sup>3994</sup>, passa-se a defender a “ideia de que o acidente, a fatalidade como infortúnio marcado pelo destino, não é de aceitar. Pretende-se, de certo modo, afastar o postulado de o acidente ser um azar do lesado e, por isso, procura encontrar-se sempre um ‘responsável’”.

Nesse contexto, surgem estudos com o fim de estabelecer a quem deveria ser afetado o encargo em cumprimento daquele dever e assim definir se seria arcado por toda a sociedade ou direcionado ao empregador.

Nesse sentido, de forma geral, podemos categorizar o regime de reparação por danos emergentes de acidente de trabalho em dois grandes grupos: regime de caráter público (responsabilidade social) e regime de caráter privado (responsabilidade privada).

Como resume Maria d'Aguiar Galhardo *apud* Florbela Pires: “Abstractamente, são possíveis dois sistemas de responsabilidade por acidente de trabalho: considerar que foi o dador de trabalho que deu causa ao acidente; e considerar que foi a sociedade em geral que deu causa ao acidente”<sup>3995</sup>.

## **2.2. Regime de caráter público (responsabilidade social)**

O regime de caráter público reconhece ao trabalhador o direito subjetivo à reparação pelos danos emergentes de acidentes de trabalho fundamentado na premissa de que cabe à sociedade arcar com esse ônus, embora, em certos casos, essa coletivização possa estar restrita a um determinado grupo profissional ou a uma categoria definida.

Importa, aqui, a socialização do encargo<sup>3996</sup>, quer seja este originário da função estatal embasado na solidariedade social, quer seja por força da visão solidária dos riscos inerentes às atividades econômicas, relativamente às quais é reconhecido o papel

---

<sup>3994</sup> Martinez, 2017, p. 851.

<sup>3995</sup> Pires, 1999, p. 19, nota 13.

<sup>3996</sup> Pires, 1994, p. 24: “No fundo, trata-se ainda do princípio *ubi commodum ibi incommodum*, agora em uma perspectiva macro-jurídica”.

necessário ao desenvolvimento da própria vida em comum<sup>3997</sup>. Por uma faceta ou outra, essa opção legislativa funda-se no fato dos encargos serem suportados por todos, quer por serem beneficiários indiretos da atividade empresarial, quer como um dever da vida em coletividade<sup>3998</sup>.

O alicerce financeiro do sistema está na existência de um fundo comum, administrado pelo Estado ou ente público, com o objetivo de garantir aos necessitados acesso a reparações nos casos pré-definidos como seus ensejadores.

Nesse contexto, para gerir essa responsabilidade coletiva, pode ser adotado um sistema de Seguro Social<sup>3999</sup>, baseado na ideia de “responsabilização como contrapartida de um ganho”<sup>4000</sup> que toda a coletividade aufere pela atividade econômica ou um sistema de Segurança Social universal.

Quanto ao Seguro Social, “consiste na utilização de uma técnica próxima da dos seguros privados: ‘a constituição de um fundo que reúne contribuições de um conjunto de indivíduos sujeitos a riscos homogêneos, de forma a que, em caso de sinistro, se assegure a protecção necessária’”<sup>4001</sup>, podendo haver subvenções do Estado<sup>4002</sup>.

Relativamente ao regime da Segurança Social, trata-se “de mais uma *eventualidade* a considerar no conjunto das eventualidades cobertas pelo sistema de Segurança Social, financiada pela forma que, em concreto, se encontrar estabelecida no sistema mas com carácter independente da prestação da actividade laboral”(sublinhado do autor)<sup>4003</sup>.

Em ambos os casos, o objetivo visado circunda a ideia, nas palavras de Ilídio das Neves<sup>4004</sup>, de “garantir adequados rendimentos de substituição de rendimentos do trabalho e assegurar a compensação de encargos em situações específicas”. O autor

---

<sup>3997</sup> Pires, 1994, p. 20: “O encargo pelos danos emergentes de acidentes de trabalho deve recair sobre toda a colectividade. Quer porque o sinistrado é um elemento útil que, com o trabalho, contribui para o desenvolvimento da riqueza comum, quer porque, em geral, a sociedade não pode deixar de agir contra a situação de carência de um dos seus elementos. Neste caso, o problema da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho é resolvido através de normas que estabelecem relações de carácter público (do seguro social à Segurança Social, *grosso modo*)”.

<sup>3998</sup> Pires, 1994, p. 24, nota 33, quanto ao conceito de coletividade: “Poderão ser todos os indivíduos da mesma profissão, do mesmo sector de actividade ou em geral, todos os trabalhadores”.

<sup>3999</sup> A origem do Seguro Social, que influenciou diversos países da Europa, data do final do século XIX, na Alemanha, sendo o modelo criado por Bismarck. Neves, 1996, p. 149 aduz que foi “a primeira iniciativa, sistematizada e organizada, de protecção social obrigatória e garantida pelo Estado, embora dirigida apenas a determinados grupos de cidadão (trabalhadores)”.

<sup>4000</sup> Pires, 1994, p. 24.

<sup>4001</sup> Pires, 1994, p. 25.

<sup>4002</sup> Pires, 1994, p. 26: o fundo “é geralmente de constituição obrigatória e, por vezes, automática, de tal forma que a protecção das vítimas é sempre assegurada ainda que tenha havido violação do dever de contribuir”.

<sup>4003</sup> Pires, 1994, p. 27.

<sup>4004</sup> Neves, 1996, p. 159 e p. 267.

aponta duas premissas para diferenciação entre os dois regimes<sup>4005</sup>: base ideológica ou ético-social e o grau de sinalagmatismo ou de contratualismo das prestações.

A primeira, base ideológica ou ético-social, consiste na concepção de que o direito à proteção, pela via do Seguro Social, é percebido como um conceito laborista ou profissionalista enquanto, pelo conceito do direito à Segurança Social, é enquadrado em uma visão mais ampla, de proteção ao cidadão.

A segunda premissa, grau de sinalagmatismo ou de contratualismo das prestações, consiste na questão da maior ou menor correlação entre os encargos contributivos e as prestações recebidas. No Seguro Social haverá uma dissociação maior por abranger a via da assistência social (regimes contributivos e não contributivos). Como diferenciador financeiro, o Seguro Social, em regra, baseado em quotizações sociais, pelo regime de capitalização das prestações e a Segurança Social em crédito de solidariedade do regime de distribuição.

### **2.3. Regime de carácter privado (responsabilidade privada)**

O regime de carácter privado, de forma oposta ao de carácter público, imputa diretamente ao empregador os riscos oriundos dos danos acidentários e, como opção, esse encargo pode ser transferido mediante contratação de seguro privado de responsabilidade, que poderá ser facultativo ou obrigatório.

A imputar ao ente empregador a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho, foi necessário embasar essa posição legislativa por fundamentos jurídicos. Aqui, a responsabilidade civil exerceu papel fundamental para o desenvolvimento do regime. Se na responsabilização social/coletiva o fundamento era a própria vida em sociedade, aqui é a responsabilidade civil, em suas diversas vertentes, o grande alicerce desse ônus<sup>4006</sup>.

Nesse sentido, inicialmente, como o dever de reparação não encontrava um tratamento especial, a matéria ficou adstrita ao regime geral da responsabilidade civil aquilina. Contudo, era de difícil operacionalização, pois a necessidade de comprovação da culpa do empregador afastava hipóteses em que havia o dano, mas aquela não estava

---

<sup>4005</sup> Neves, 1996, p. 268.

O autor, na mesma obra, faz uma crítica, na p. 267, quanto àqueles que apontam como diferença entre os sistemas a questão do âmbito financeiro relativamente ao fato de ser maior ou menor o custeio mediante receitas baseadas nos salários (cotizações sociais) e derivados ou decorrentes de impostos. Aduz que a referida tese é suplantada, uma vez que a maioria dos sistemas dos países da União Europeia utilizam as duas técnicas. Aponta ainda que a distinção em razão da natureza dos organismos gestores (natureza privada, pública ou mista) também não seria critério relevante, pois, em regra, nos sistemas que não são públicos, há sempre o poder de intervenção do Estado.

<sup>4006</sup> Pires, 1994, p. 19: está “subjacente a ideia de que seria injusto fazer repercutir sobre toda a sociedade um custo que resulta da prática de uma actividade realizada em benefício de alguns”.

presente, como no caso fortuito e força maior. Acrescia a dificuldade do trabalhador de arcar com o ônus da prova da culpa no processo. De qualquer sorte, esse foi o regime que implicou o despertar da evolução que o instituto jurídico percorreu nos períodos seguintes.

Posteriormente, surgiram os defensores da responsabilidade contratual, originária do contrato de trabalho e fundada no dever do empregador de garantir a segurança do trabalhador. Face à desigualdade das partes na relação, impunham uma exceção ao elemento culpa para que fosse presumidamente existente. Ao empregador caberia a prova em contrário.

Contudo, também não fora essa a melhor doutrina, quer por se assentar na presunção de que houve descumprimento de uma obrigação contratual, embora o acidente possa ter ocorrido sem que tenha sido esse o fator desencadeador, quer pelo fato de que, se a responsabilidade contratual tem sua base no fundamento de previsões inseridas no contrato, caso não estivesse incluso o dever de proteção da integridade física em seu objeto, restaria dificultosa a reparação<sup>4007</sup>. O sistema “em rigor não permite o ressarcimento dos danos corporais do trabalhador por estes se encontrarem fora do domínio de protecção do contrato”<sup>4008</sup>.

Da falência dessas teorias emerge a responsabilidade extracontratual, contudo, ainda arraigada na ideia da culpa. A evolução pretendida não implicava uma significativa mudança<sup>4009</sup>, uma vez que ainda necessária a prova da culpa para a ocorrência do dano a implicar a responsabilização. O trabalhador assumia o risco da profissão e, tendo o empregador concorrido para o infortúnio, arcaria com sua reparação. Contudo, “com grande frequência, era extremamente fácil ao empregador provar que não tivera qualquer culpa na produção do acidente”<sup>4010</sup>.

Para minimizar as dificuldades, é afastada a regra geral da comprovação da culpa pelo lesado, mediante a ideia de culpa delitual presumida na modalidade *in vigilando*. Contudo, ainda permaneciam as dificuldades. Sendo possível a prova em contrário, à exemplo, por comprovação de ato de terceiro, falha mecânica ou força maior, estava o trabalhador relegado à sua desgraça.

Tais posicionamentos, que, de um jeito ou outro, circulavam em volta do conceito de culpa, deixavam à margem eventos acidentários danosos.

---

<sup>4007</sup> Alegre, 1995, p. 10, quanto à legislação em Portugal: “A teoria da responsabilidade contratual nunca chegou a ter consagração legal, entre nós, na sequência da reacção negativa que, desde cedo, suscitou na doutrina, como na jurisprudência estrangeira, sobretudo francesa”.

<sup>4008</sup> Pires, 1994, p. 23.

<sup>4009</sup> Martinez, 2011, p. 851: “A figura dos acidentes de trabalho não apresentava qualquer autonomia, pois estava integrada no regime comum da responsabilidade civil extracontratual”.

<sup>4010</sup> Ribeiro, 1984, pp. 154-155.



É nesse contexto que aflora a teoria da responsabilidade extracontratual, agora de forma objetiva. Não mais é essencial a presença da culpa, prescinde-se de sua existência. A reparação decorre do binômio dano e nexo causalidade. Não se trata mais de presumir a culpa, mas sim de afastá-la como requisito central, tornando irrelevante a concorrência da entidade empregadora para o evento danoso. Desloca-se o foco do sistema reparatório do agente causador do dano para a figura da vítima.

A embasar essa responsabilização objetiva surge a teoria do risco profissional. Considerando a conexão do direito à reparação com o desenvolvimento industrial do século XIX, essa corrente pautava-se no fato do dano consistir em um custo empresarial a ser suportado pela entidade empregadora como detentora dos fatores de produção. Nas palavras de Júlio Gomes<sup>4011</sup>, “era um risco específico, que não se confundia com o risco geral da vida, a que o trabalhador estava sujeito por força do exercício da sua profissão e, esse, e apenas esse, era o risco suportado pelo empregador”. A teoria, contudo, também deixava de lado situações que urgiam a reparação como o dano decorrente de verificação fortuita.

Necessárias mudanças, pois “se a ideia do risco profissional animou as primeiras concessões do acidente de trabalho, cedo se iniciou um vivo debate sobre a suas fronteiras, que acabou por conduzir à sua superação e ao que veio a ser conhecido como risco de autoridade”<sup>4012</sup>.

Nesse contexto emerge a defesa da adoção da responsabilidade extracontratual objetiva, agora pelo fundamento na teoria do risco de autoridade ou risco empresarial<sup>4013</sup> em razão, simplesmente, do fato da entidade empregadora ter trabalhadores à disposição<sup>4014</sup>.

Firmou-se de forma majoritária na doutrina a responsabilidade civil extracontratual pelo risco empresarial ou risco de autoridade<sup>4015</sup>.

É certo afirmar que há doutrina na defesa de que, em algumas legislações, a responsabilidade que emerge dos acidentes de trabalho sequer poderia ser tida como oriunda da Responsabilidade Civil, sendo uma regulamentação à parte, isolada e com regras próprias. Para esses defensores, como esclarece Ana Cristina Ribeiro Costa<sup>4016</sup>, “o

---

<sup>4011</sup> Gomes, 2013, p. 16.

<sup>4012</sup> Gomes, 2013, p. 41.

<sup>4013</sup> Alegre, 1995, p. 34: indica a nomenclatura de risco econômico.

<sup>4014</sup> Conforme Carvalho *apud* Gomes, 2003, p. 41, nota 110: “não se trata já de um risco específico de natureza profissional, traduzido numa ligação direta acidente-trabalho, mas sim de um risco genérico, ligado à noção ampla de autoridade patronal”.

<sup>4015</sup> Para Ramalho, 2014, p. 872, o risco seria duplo: “o risco profissional, i.e., o que decorre dos perigos inerentes à atividade profissional desenvolvida pelo trabalhador, e o risco empresarial (também denominado risco de autoridade), ou seja, o risco de ter trabalhadores ao serviço”.

<sup>4016</sup> Costa, 2017-I, p. 298.

regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais vem trazer a resposta a um problema diferente daquele que é resolvido pelo recurso à responsabilidade civil”<sup>4017</sup>.

Do exposto, quer a reparação por danos oriundos de acidentes de trabalho seja vista pela ótica da responsabilidade social, nas figuras do seguro social ou da Segurança Social, quer pela responsabilidade privada fundamentada na responsabilidade civil, é certo afirmar que a vontade legislativa de cada Estado prima por sua realidade socioeconômica, fato que, por vezes, impõe uma adequação entre o sistema de seguro social e seguro privado e, por outras, estabelece parâmetros mistos de regime, estabelecendo, inclusive, a possibilidade do Estado, de forma subsidiária, responsabilizar-se pelo custo e reparação dos danos emergentes<sup>4018</sup>.

Como aponta Vítor Ribeiro, pode haver sistemas mistos quando haja sinais de ambos: em alternativa, se “respondem separada, global e isoladamente, quer em resultado de uma escolha dos interessados, quer porque a lei delimita os sectores que cabem a cada um”<sup>4019</sup>, ou em concorrência, se “confluem (ou podem confluir) sinais dos dois esquemas básicos: quer complementando-se, quer suprimindo um (normalmente o social), as dificuldades ou mesmo a falência do outro”<sup>4020</sup>.

### **3. Regime jurídico em Portugal**

#### **3.1. Evolução história**

Os primeiros debates em Portugal quanto à reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho datam do final do século XIX como decorrência do processo de industrialização das novas modalidades de produção.

No início do século XX, a Lei n.º 83/13, de 24 de julho, regulada pelos Decretos n.º 182/13, de 18 de outubro e n.º 183/13, de 24 de outubro, adotando a teoria do risco

---

<sup>4017</sup> Pires, 1994, pp. 34-35, embora não se posicione nesse sentido, cita argumentos, no caso de Portugal, nos quais se fundamentam os defensores de que não seria a hipótese de responsabilidade civil, mas sim de um seguro direto de interesse das vítimas: tendência de extensão da proteção do trabalhador em hipóteses mais largas do que a responsabilidade civil; a apólice uniforme que não se funda na responsabilidade civil, mas na garantia de reparação do trabalhador; o seguro obrigatório que dilui o custo por toda a sociedade, pois há efetiva transferência do valor do prêmio ao consumidor final; e, por fim, o fato da obrigação de pagamento de um prêmio não poder ser aplicada à responsabilidade civil.

<sup>4018</sup> Pires, 1994, pp. 20-21: “a dicotomia apresentada não é absoluta por duas razões: pela possível construção de sistemas combinados e, principalmente, pela natural existência de um papel residual, pelo menos, da responsabilidade civil delitual (...) em cada um dos sistemas subsist[e] o outro, com um papel de maior ou menor relevo consoante o lugar em que se encontre a sede da protecção pelos danos emergentes de acidente de trabalho”.

<sup>4019</sup> Ribeiro, 1984, pp. 156-157.

<sup>4020</sup> Ribeiro, 1994, p. 157.

profissional,<sup>4021</sup> vem a reconhecer, expressamente, a responsabilidade do empregador pela reparação dos danos a seus empregados “sempre que sejam vítimas dum acidente de trabalho sucedido por ocasião do serviço profissional e em virtude dêsse serviço” (art. 1.º). A legislação, embora com enfoque mais geral, então inovador, abrangia apenas determinadas atividades, em majoritário acidentes por máquinas<sup>4022</sup>, e não estipulava um seguro obrigatório, prevendo somente uma faculdade ao empregador de contratar sociedades mútuas ou companhias de seguros (art. 3.º). Posteriormente, o Decreto n.º 5637/19, de 10 de maio, aumenta sua aplicabilidade a todas as atividades profissionais (art. 1.º) e torna o seguro obrigatório (art. 1.º, § único).

Em 27 de abril de 1936, a Lei n.º 1942 especifica o tratamento a ser dado aos acidentes de trabalho, retornando à ideia de faculdade ao prever no art. 11.º que o empregador *poderia* transferir a responsabilidade para sociedades legalmente autorizadas.

Com o advento da Lei n.º 2127/65, de 3 de agosto (Lei de Bases dos Acidentes de Trabalho), regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 360/71, de 21 de agosto, é ultrapassada a fronteira da teoria do risco profissional para ser adotada a teoria do risco de autoridade. Retorna a obrigatoriedade da transferência para entidades autorizadas a realizar seguros, mas de forma diferenciada em razão do número de trabalhadores<sup>4023</sup>.

A legislação perdurou por 30 anos, tendo sido considerada a primeira lei que estruturou a sistemática da reparação dos acidentes de trabalho. O regramento manteve-se intacto, em que pese o movimento defensor da integração do sistema à Segurança Social por força do advento da Lei n.º 28/84, de 14 de agosto, reguladora das Bases da Segurança Social. Essa veio a estabelecer que o regime de acidentes de trabalho seria integrado, mediante regulamentação legislativa, à Segurança Social ao afirmar no art. 2.º que o “sistema de segurança social protege os trabalhadores e suas famílias nas situações de falta ou diminuição de capacidade para o trabalho”, que se concretiza pelos benefícios “nas eventualidades de doenças, maternidade, acidentes de trabalho e doença profissionais” (art. 19.º). Contudo, as referidas disposições tinham caráter programático e dependiam de regulamentação por força do n.º 1 do art. 72.º, que afirmava que a

---

<sup>4021</sup> O Decreto n.º 5637/13, de 24 de julho, expressamente afirma que a Lei 83/13 “É baseada na teoria do risco profissional, princípio ele que domina também nas legislações especiais sobre desastres no trabalho na Inglaterra, França, Itália, Bélgica, Estados Unidos do Norte e outros países, onde seu exercício se acha solidariamente radicado”.

<sup>4022</sup> Poucas eram as exceções aos acidentes pelo uso da máquina, por exemplo, o § 12.º do art. 1.º da Lei 83/13 (atividades de teatro e outras casas de espetáculos).

<sup>4023</sup> Os artigos 11.º e 12.º estabeleciam a obrigatoriedade somente para empresas com mais de cinco trabalhadores, que era excepcionada no caso do reconhecimento pela Inspeção de Seguros da capacidade econômica para arcar com os riscos da atividade.

integração seria feita “nos termos a estabelecer em lei”<sup>4024</sup>. A regulamentação não veio a acontecer, restando letra morta as disposições referidas.

A Lei 28/84 veio a ser revogada pela Lei n.º 17/2000, de 8 de agosto, que aprovou as novas Bases Gerais do Sistema de Solidariedade e da Segurança Social, desta vez tímida quanto à questão da integração do regime de acidentes de trabalho, constando apenas a faceta programática da integração (art. 49.º e art. 111.º). Quando da fixação dos objetivos do sistema e de seu âmbito material, não mais utilizou a expressão “acidente de trabalho”, somente o fazendo no art. 49.º. Por fim, o referido normativo acresce como um dos princípios aplicáveis à Segurança Social, o princípio da complementaridade, pelo qual o Estado deveria articular várias formas de proteção: públicas, cooperativas e sociais, com o objetivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha contratualizada das responsabilidades nos diferentes patamares de proteção social, justificando a ideia de responsabilização do empregador no caso de acidentes de trabalho.

Posteriormente, o art. 129.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro, que substituiu a Lei 17/2000, é genérico, indicando mera articulação entre o sistema de reparação dos acidentes de trabalho e o regime da Segurança Social. No mesmo sentido, a atual Lei de Bases Gerais da Segurança Social, Lei 4/2007, de 16 de janeiro, que ratifica o princípio da complementaridade (art. 15.º) e afasta qualquer ideia de ser regulada por legislação futura a integração dos sistemas (art. 107.º). Ao princípio da complementaridade são acrescentadas as formas de proteção mutualistas e privadas “com o objectivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha das responsabilidades nos diferentes patamares da protecção social”.

Em consonância com a eliminação da proposta de integração dos sistemas, a Lei 100/97, de 13 de setembro, em vigor em 1º de janeiro de 2000, denominada Lei de Acidentes do Trabalho (LAT), revogou a Lei n.º 2127/65 e legislação complementar.

A nova regulamentação trazia o anseio de mudanças e de possíveis adequações às necessidades sociais, não só quanto ao regime de reparação dos danos dos acidentes de trabalho, mas também da melhoria das questões de prevenção e segurança do trabalho, além de adequação aos posicionamentos firmados na doutrina e jurisprudência da temática acidentária<sup>4025</sup>.

---

<sup>4024</sup> Martinez, 2011, p. 845: “Com a mencionada lei pretendia-se transferir o regime de seguro privado, segundo regra de direito privado, para o regime público da segurança social”.

<sup>4025</sup> Carvalho, 2003, p. 75: “O regime anterior vigorou perto de 30 anos e, durante esse período, suscitou diversas críticas, nomeadamente no que concerne às prestações pecuniárias, que eram justamente designadas por autênticas pensões de miséria. Acresce que o sistema tinha uma vertente quase exclusivamente reparatória, não dando a devida relevância à prevenção, à reabilitação e à reintegração social como forma de tentar garantir, na medida do possível, uma existência condigna àqueles que sofriam na pele

Contudo, quanto ao objeto em estudo, fora mantida a responsabilização da entidade empregadora com a obrigatoriedade de transferência à seguradora, fixando, agora, que esta obrigatoriedade não estaria mais restrita ao número de empregados (art. 37.º, n.º 1). Como justificativa, a Proposta de Lei n.º 67/VII (publicada no diário da Assembleia da República, II Série-A n.º 13, de 10 de janeiro de 1997), afirmava que o “regime jurídico de acidentes de trabalho, cujas reparações são asseguradas pelas seguradoras privadas, perfeitamente integrado pela noção de intervenção subsidiária do Estado relativamente à sociedade civil, apresenta, entre outras, a inequívoca vantagem de não reflectir nas gerações futuras os custos das decisões que presentemente se tomam, na medida em que funciona, regra geral, um regime de capitalização assente no princípio da mutualidade”<sup>4026</sup>. O relatório e parecer da Comissão Trabalho, Solidariedade Segurança Social afirmava que “pode-se dizer que o sistema português, em relação aos acidentes de trabalho, continua a ser um sistema marcadamente de responsabilidade privada, polarizada nas entidades patronais e suas seguradoras”<sup>4027</sup>.

Não havia dúvida quanto à opção legislativa de manter o regime de responsabilidade privada com seguro obrigatório.

Com o Código do Trabalho de 2003, permaneceu a opção desse sistema regulatório pelos art. 281.º e ss. e o regime de seguro privado pelo art. 303.º, n.º 1. Ressaltamos, contudo, alguma posição ainda na defesa da integração à Segurança Social, pressupondo a revogação do regime do seguro privado quando da regulamentação dos artigos do Código do Trabalho prevista no art. 3.º, n.º 2 da Lei 99/2003, de 27 de agosto, que havia aprovado o mesmo. Contudo, tal não veio a ocorrer.

### **3.2. Atual regime**

O atual regime de reparação dos danos de acidentes de trabalho em Portugal é regulado pela Constituição da República Portuguesa, o Código do Trabalho e a Lei de Acidentes do Trabalho (doravante LAT).

A Constituição da República Portuguesa, no art. 59.º, n.º 1, alínea f)<sup>4028</sup>, com a redação dada pela Lei constitucional 1/97, estabelece que “Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções

---

as consequências de um acidente de trabalho ou aos seus beneficiários legais. Constatou-se, pois, que a lei não cumpria satisfatoriamente o seu objectivo fundamental, o de assegurar aos sinistrados condições adequadas de reparação dos danos resultantes das lesões corporais e materiais decorrentes de acidente de trabalho e de doença profissional”.

<sup>4026</sup> Vide <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/013/1997-01-10/208?pgs=208-215&org=PLC>.

<sup>4027</sup> Vide <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/034/1997-04-11/524?pgs=522-525&org=PLC&plcdf=true>.

<sup>4028</sup> Corresponde à alínea f) do n.º 1 do art. 165.º antes da revisão de 1997.

políticas ou ideológicas, têm direito” à “assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional”. Já o art. 63.º, n.º 1 prevê que “todos têm direito à segurança social” e, em seu n.º 3, estabelece que esse “sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”.

O atual Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, dedica o Capítulo IV à questão dos acidentes de trabalho. Elabora apenas princípios gerais (arts. 281.º a 284.º), remetendo a regulamentação do regime à legislação especial. A posição legislativa adotada de traçar apenas princípios em matéria tão relevante, se veio a ser elogiada por parte da doutrina, como por Maria do Rosário Ramalho<sup>4029</sup>, por outra, restou criticada. Assim Pedro Romano Martinez<sup>4030</sup> ao afirmar que o “acidente de trabalho e a doença profissional, podendo causar a morte a uma pessoa, implicam sempre gravosas consequências na pessoa do trabalhador e respetivos familiares, devendo ser dada uma especial relevância legislativa a esta matéria. Não é esse o sentido que transmite o Código do Trabalho revisto de 2009”<sup>4031</sup>.

O art. 283º, n.º 1 e n.º 5 do atual Código do Trabalho mantém o sistema de responsabilização do empregador com o regime de seguro privado obrigatório.

A Lei n.º 98/2009, em 1º de Janeiro de 2010, em substituição à Lei n.º 100/97, regulamenta o sistema de reparação dos acidentes de trabalho atualmente em vigor<sup>4032</sup>.

A nova LAT, “com ligeiras alterações, mantém a regulamentação tradicional dos acidentes de trabalho vigentes em Portugal desde o início da segunda metade do século XX”<sup>4033</sup> mediante o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador pela

---

<sup>4029</sup> Ramalho, 2014, p. 866: “A opção do actual Código do Trabalho no sentido de remeter esta matéria para a legislação específica é, a nosso ver, a mais correcta, não porque tal signifique a secularização deste tema no universo laboral – bem pelo contrário, trata-se matéria da maior importância, como já se referiu – mas porque assenta no reconhecimento de que esta matéria envolve um regime jurídico de grande especificidade e complexidade, que, por isso mesmo, é mais adequadamente tratado fora do Código”.

<sup>4030</sup> Martinez, et al., 2017, p. 681.

<sup>4031</sup> Martinez, et al., 2017, p. 681: “Entendendo o Código do Trabalho como o repertório da legislação fundamental em matéria laboral, ao relegar o regime de acidentes do trabalho para legislação especial dá-se um sinal errado aos destinatários das normas no que respeita às prioridades”.

<sup>4032</sup> Quanto ao praticante de desporto profissional (Lei n.º 28/98, de 26 de junho), optou o legislador por complementar o regime geral com uma lei específica, o Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro, e a Lei n.º 8/2003, de 12 de maio, revogada pela Lei n.º 27/2011, de 16 de junho, atualmente em vigor.

Carneiro, 2017, p. 125, aponta que “a criação de um regime específico, relativo à reparação dos danos emergentes de AT dos praticantes desportivos profissionais, veio acompanhada de uma tabela de comutação específica que atende à curta duração da respetiva carreira e à maior gravidade que, até aos 34 anos de idade, importam as lesões no corpo do atleta”.

Martinez, 2011, p. 842, nota 1806: “Da análise perfunctória da lei revogada, com sete preceitos, logo se percebe que não estava em causa alterar o regime comum dos acidentes de trabalho, mas prever unicamente soluções particulares que atendessem às especificidades da atividade desportiva profissional”.

<sup>4033</sup> Martinez, et al., 2017, p. 682.

teoria do risco de autoridade<sup>4034</sup>, com obrigatoriedade de celebração de contrato privado de seguro<sup>4035</sup> (art. 2.º e 79.º, n.º 1).

A legislação infraconstitucional estabelece a Apólice Uniforme<sup>4036</sup> como patamar mínimo<sup>4037</sup> do seguro a ser contratado pela entidade empregadora<sup>4038</sup>.

A reparação poderá ser em espécie (despesa médica, farmacêutica e hospitalar) e em dinheiro, com o pagamento ao trabalhador ou seus familiares de indenização, pensão, prestação e subsídio (art. 23.º da LAT).

O regime tem como objetivo ressarcir o lesado apenas quanto à redução ou perda da capacidade laborativa<sup>4039</sup>, portanto restrito a esse dano patrimonial<sup>4040</sup>.

Em resumo, o atual regime está fundamentado na responsabilidade objetiva do empregador com transferência obrigatória à entidade seguradora, observada a apólice uniforme mínima, restrita a reparação aos danos patrimoniais correlatos à perda ou redução da capacidade laboral.

Assim caracterizado o acidente de trabalho<sup>4041</sup>, a entidade empregadora é considerada responsável pelo ressarcimento do dano emergente e, considerando ser obrigatória a transferência ao seguro privado<sup>4042</sup>, caberá à seguradora o pagamento da

---

<sup>4034</sup> Martinez, et al., 2017, p. 844, nota 1807: “Na Lei de Acidentes do Trabalho não se encontra qualquer referência expressa à figura da responsabilidade objetiva. Porém, do disposto no art. 14.º da LAT, ao estabelecer que há o dever de indemnizar salvo nos casos aí previstos, conclui-se que foi estabelecida uma responsabilidade sem culpa”.

<sup>4035</sup> Pires, 1994, p. 63: “O seguro de acidentes de trabalho é uma espécie dentro dos seguros de responsabilidade civil, com excepção do seguro dos trabalhadores independentes, que não envolve qualquer ideia de transferência de responsabilidade civil”. Para uma distinção de seguro acidente de trabalho e seguro de acidentes de pessoas ocorridos no trabalho *vide* nota 155, p. 63 da obra referida.

<sup>4036</sup> A primeira previsão do modelo uniforme ocorreu pela Base XLIV da Lei n.º 2127/65, de 3 de agosto.

<sup>4037</sup> Apesar de ser um seguro obrigatório, está inserido no princípio da liberdade contratual, motivo pelo qual poderá estabelecer outros alcances, desde que resguardadas as regras mínimas da apólice uniforme e sem exclusão ou redução da responsabilidade (art. 12.º da LAT).

<sup>4038</sup> Vedada a transferência do custo do seguro ao empregado (art. 13.º da LAT e art. 279.º, n.º 1 do Código do Trabalho).

<sup>4039</sup> Martinez, 2011, p. 885: “poder-se-ia pensar que os danos não patrimoniais, mesmo na hipótese de falta de culpa do empregador, estariam, de forma implícita, incluídos nas indemnizações atribuídas ao trabalhador em caso de incapacidade ou aos seus familiares na hipótese de morte do sinistrado. Tal ideia não parece correta, pois as indemnizações atribuídas pretendem simplesmente repor a capacidade de ganho, atendendo, por conseguinte, ao lucro cessante e não ao dano moral”.

<sup>4040</sup> Leitão, 2016, p. 414: “Daqui podemos desde logo inferir que a lei só atende a um tipo específico de dano, referenciado em relação à lesão de um bem físico da personalidade, seja ele a vida ou a integridade física. Não se trata, porém, de um dano não patrimonial (art. 496.º, n.º 1), uma vez que o que é indenizado é o prejuízo económico em resultado dessa lesão, o que corresponde a um dano patrimonial”.

Parte da doutrina vislumbra que a LAT estabelece alguns benefícios não patrimoniais compensatórios, como o subsídio por morte e despesas de funeral. Carvalho, 2003, p. 86: “O legislador optou pela criação de novos subsídios, como forma de compensar os sinistrados pela não consagração da responsabilidade por danos não patrimoniais, para além da situação precisa no artigo 18.º”.

<sup>4041</sup> O art. 14.º da LAT estabelece hipóteses de descaracterização do acidente de trabalho: quando decorrer de ato dolosamente praticado pelo empregado; de ato ou omissão que importe violação, sem causa justificada, das condições de segurança; de exclusiva negligência grosseira do sinistrado ou de privação permanente ou acidental do uso da razão.

<sup>4042</sup> Não sendo transferida a responsabilidade à seguradora, o empregador responde diretamente pelo pagamento. Pires, 1994, p. 36: “Situando-se a sede de protecção do trabalhador no âmbito do Direito privado, retiram-se daqui algumas consequências. Assim, se houve violação da obrigação de seguro por parte da entidade patronal, não haverá lugar à protecção supletiva pelos regimes de Segurança Social. O sinistrado

indenização devida restrita à perda parcial ou total da capacidade laborativa. Os danos abrangidos estão obrigatoriamente regidos pela LAT, não podendo lhes ser aplicado o regime geral da responsabilidade civil. Pedro Romano Martinez<sup>4043</sup>, ao afirmar que “os danos constantes do elenco do regime de responsabilidade por acidente de trabalho serão obrigatoriamente ressarcidos nos termos desse regime; a autonomia privada só confere liberdade aos danos não abrangidos na Lei de Acidentes de Trabalho”<sup>4044</sup>.

Havendo concorrência de culpa da entidade empregadora, o art. 18.º da LAT estabelece a chamada responsabilização agravada<sup>4045</sup>, pela qual é fixado um acréscimo à reparação patrimonial decorrente da redução ou perda da capacidade laborativa. Sendo a hipótese, arcará a seguradora com o pagamento da indenização base diretamente ao trabalhador, mas será ressarcida pela responsável – entidade empregadora – pela via da ação regressiva (art. 79.º, n.º 3)<sup>4046</sup>. Embora, relativamente ao trabalhador, a responsabilidade seja objetiva, será a teoria da responsabilidade subjetiva a reger a relação entre o empregador e a seguradora, a quem caberá o ônus da prova da culpa daquele. A opção legislativa visou garantir o pronto pagamento ao sinistrado, deixando para a relação “seguradora x empregador” eventuais discussões jurídicas que possam postergar o recebimento do valor que o mesmo já faria jus pelo simples fato da ocorrência do dano. Por outro lado, caberá ao empregador arcar diretamente com o acréscimo financeiro da indenização agravada. Fica dualizado o pagamento: valor base arcado pela seguradora, com direito de regresso assegurado, e o acréscimo àquele, face ao agravamento, quitado diretamente pelo empregador, sendo ambos os valores tarifados e restritos à redução ou perda da capacidade de trabalho.

A LAT também disciplina a responsabilidade no caso de culpa da entidade empregadora relativamente aos demais danos, quer patrimoniais não integrante do conceito de perda ou redução da capacidade de trabalho, quer os não patrimoniais. Nessas questões, embora tenha o legislador permanecido na seara do regime de responsabilidade privada imputada ao empregador, adotou regime de responsabilidade

---

deverá ser ressarcido pelo responsável civil. Já assim não seria se a protecção legal estivesse integrada na Segurança Social, cuja filosofia implica, ainda que haja violação de obrigações contributivas, a protecção do sinistrado e a inexistência de responsabilização objectiva da entidade patronal”.

<sup>4043</sup> Martinez, 2011, p. 862.

<sup>4044</sup> Por acordo entre as partes ou por instrumento coletivo pode ser estabelecido valor superior. A legislação expressamente autorizava (art. 327.º), não tendo, contudo, seu teor permanecido na redação final da LAT. Contudo, do art. 12.º da LAT extrai-se essa liberdade de estipulação amparada na teoria da responsabilidade civil. Martinez, 2011, p. 863: “Naquilo que o acordo das partes exceda o regime estabelecido em termos de acidente de trabalho não se lhe aplica o disposto na lei em apreço, devendo o trabalhador recorrer às regras gerais da responsabilidade civil”.

No mesmo sentido, Alegre, 1995, p. 15.

<sup>4045</sup> Configura contraordenação muito grave (art. 171.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2009).

<sup>4046</sup> A LAT anterior estabelecia apenas a subsidiariedade da seguradora, fato que era criticado e veio a ser corrigido pela atual LAT.



civil diverso da corrente objetiva do risco, eis que optou pelos termos gerais de responsabilidade subjetiva. Conforme o art. 18.º da LAT, a reparação é garantida “nos termos da lei geral”. Afirma Pedro Romano Romartinez<sup>4047</sup> que com “o estabelecimento da responsabilidade civil objetiva não se pretende afastar a aplicação das regras da responsabilidade civil subjetiva, sempre que haja culpa do responsável (...) Desse modo, estando preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, não está vedado ao trabalhador a possibilidade de ser ressarcido nos termos gerais, designadamente no que respeita a danos não cobertos pela Lei dos Acidentes de Trabalho”<sup>4048</sup>.

Por fim, a questão relativa ao responsável em caso de incapacidade financeira do empregador ou da seguradora. Prevê a LAT que o pagamento de pensões “que não possam ser pagas pela entidade responsável, nomeadamente por motivo de incapacidade económica<sup>4049</sup>, é suportada pelo Fundo de Acidente de Trabalho” – FAT<sup>4050</sup> (art. 82.º)<sup>4051</sup>. O Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril, criou o FAT<sup>4052</sup>, fundo público dotado de

---

<sup>4047</sup> Martinez, 2011, p. 858 e p. 862.

<sup>4048</sup> Pires, 1994, p. 34: “Na verdade, quanto à entidade patronal, a responsabilização objectiva não implica a desresponsabilização em caso de culpa”.

<sup>4049</sup> Acresce-se à hipótese a situação de recusa. Recusado por três seguradoras o seguro obrigatório para trabalhador por conta de outrem ou trabalhador independente, será o mesmo segurado por intermédio do FAT (Norma Regulamentar n.º 1/200-R, de 14 de janeiro).

<sup>4050</sup> A Lei n.º 2127/65, de 3 de agosto, criou o Fundo de Garantia e Atualização de Pensões (FGAP) com objetivo de assegurar o pagamento das prestações em caso de insolvência. Quando da aprovação da lei, o legislador referiu no relatório da proposta governamental que “resulta, não raras vezes, a impossibilidade de tornar efectivos, na prática, direitos judicialmente reconhecidos sempre que, não existindo ou não operando a transferência da responsabilidade, se verifique a insolvência total ou parcial das entidades patronais. Para reparar tão grave situação, todas as legislações que ainda adoptam o sistema do seguro privado têm instituído um fundo de garantia, alimentado por receitas de vária ordem, fundo que se prevê na presente proposta de lei e cuja gestão se confia à Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais”. Posteriormente, pela Portaria n.º 427/77, foi englobada a hipótese de impossibilidade de pagamento das prestações por insuficiência de meios, verificada em execução judicial.

Em 1979, foi criado o Fundo de Atualização de Pensões de Acidentes de Trabalho (FUNDAP) para reembolsar as empresas de seguros dos custos das atualizações das pensões: “Fruto das alterações que se impuseram ao regime jurídico dos acidentes de trabalho após a revolução do 25 de abril de 1974, foram implementadas medidas corretoras das distorções operadas por fatores de ordem económica, como a atualização das pensões por acidentes de trabalho, a alteração da fórmula de cálculo das pensões e a atribuição aos pensionistas do subsídio de Natal”. ([https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/0748CCoF-98A7-40D3-8F83-8FE0607E866E/0/F34\\_Art4.pdf](https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/0748CCoF-98A7-40D3-8F83-8FE0607E866E/0/F34_Art4.pdf)).

O FUNDAP foi extinto quando da criação do FAT, em 1 de janeiro de 2000, e o FGAP o foi em 15 de maio de 2000, em razão da Portaria n.º 291/2000, de 25 de maio, com a transferência de sua competência para o FAT.

<sup>4051</sup> O FAT é responsável pelo pagamento de pensões/indenizações provisórias dos artigos 121.º e 122.º do Código de Processo do Trabalho, quando caracterizado o art. 82.º da LAT.

<sup>4052</sup> A competência do FAT engloba:

- Garantir o pagamento das prestações em caso de incapacidade económica da entidade responsável ou por motivo de ausência, desaparecimento ou impossibilidade de identificação da mesma.
- Pagar os prémios do seguro das empresas em processo de recuperação que não possam suportar o encargo.
- Reembolsar as empresas de seguros dos valores relativos às atualizações de pensões por incapacidade permanente igual ou superior a 30% e por morte, bem como atualização da prestação suplementar por assistência de terceira pessoa (diferença entre o valor inicial e o montante atual da pensão).

personalidade judiciária (a expressão “personalidade judiciária” foi incluída pelo Decreto-Lei n.º 185/2007) e de autonomia administrativa e financeira. Como forma principal de seu financiamento consta:

- a) Uma percentagem cobrada pelas empresas de seguros aos tomadores, calculada sobre os salários quando processados prêmios de acidente de trabalho.
- b) Uma percentagem suportada pela empresa de seguros sobre o valor que corresponde ao capital de remição das pensões e uma percentagem sobre o valor de provisão matemática das prestações suplementares por assistência de terceira pessoa.

Com efeito, indiretamente, são as entidades empregadoras as financiadoras do Fundo. Evidentemente, a seguradora, quer na qualidade de intermediadora pela cobrança sobre os salários considerados para o prêmio, quer como devedora responsável pelo pagamento sobre o capital de remição das pensões ou provisão matemática das prestações por assistência de terceira pessoa, irá considerar esse custo adicional quando da elaboração de sua proposta de seguro àquelas.

Por fim, estabelece o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril, que caberá ao Estado, de forma subsidiária, havendo comprovada necessidade, assegurar a dotação correspondente ao montante dos encargos que excedam as receitas recebidas pelo FAT.

Ressaltamos que o FAT absorve apenas o valor das parcelas previstas na LAT para os casos de perda ou redução da capacidade laborativa, não abrangendo o agravamento decorrente da concorrência de culpa do empregador<sup>4053</sup> e indenizações oriundas da regra de responsabilidade civil geral de outros danos patrimoniais ou não patrimoniais<sup>4054</sup>.

#### **4. O seguro privado pela ótica geral de instrumentos internacionais**

Pretendemos nesse tópico verificar a adequação do regime de seguro privado obrigatório adotado em Portugal no que tange aos instrumentos internacionais, em especial à Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT).

---

- Ressegurar os seguros recusados de acidentes de trabalho.  
[https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/0748CCoF-98A7-40D3-8F83-8FE0607E866E/0/F34\\_Art4.pdf](https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/0748CCoF-98A7-40D3-8F83-8FE0607E866E/0/F34_Art4.pdf).

<sup>4053</sup> Vide acórdão n.º 161/2011 do Tribunal Constitucional, que julgou constitucional a previsão do FAT abranger as prestações apenas na hipótese de não existência de culpa do empregador (em especial, item 4 da fundamentação).

<sup>4054</sup> Pires, 1994, p. 36, nota 90: “A existência de fundos de garantia é tendencialmente coincidente com a existência de seguros obrigatórios. As razões de natureza pública que levam o legislador a estabelecer a obrigatoriedade de seguro levam a que preveja, igualmente, medidas de garantia para os casos em que a entidade responsável (seguradora ou entidade patronal) não cumpra ou não possa cumprir as suas obrigações”.

Com efeito, no âmbito da OIT, verificamos a adoção de um tratamento uniforme relativamente à proteção quanto aos acidentes de trabalho e doenças profissionais. Um dos objetivos de sua Constituição é a “proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho”, indicando situações a serem reguladas em bases iguais. Embora entre as duas Guerras Mundiais tenha a OIT defendido um modelo baseado no sistema do seguro social alemão fundado por Bismarck, após a segunda Guerra, voltou-se a um sistema único e abrangente de segurança social, sem apontar qualquer distinção de tratamento entre doenças profissionais e acidentes de trabalho<sup>4055</sup>. Nesse campo, como indicador de tratamento igualitário, bem como da abrangência dos acidentes de trabalho no conceito de Segurança Social, temos a Convenção n.º 102 de 1952 da OIT, que indica nove eventualidades a fundamentar a proteção social, constando as doenças profissionais e os acidentes de trabalho, juntos, na Parte VI da referida Convenção, bem como a Recomendação n.º 121 de 1964, que se destina aos benefícios em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais. Essa Recomendação, ao tratar da garantia de abrangência das situações que tinham sido relegadas de proteção na Convenção sobre benefícios de acidentes de trabalho e doenças profissionais de 1964 (por exemplo, pessoas em preparação para seu futuro emprego e membros de cooperativas), refere-se ao seguro voluntário de forma excecional, fato este que, *contrario sensu*, denota que a matéria relativa às doenças e acidentes de trabalho deva ser regulamentada pela Segurança Social.

Apontamos, ainda, que, em regra, a matéria também é abordada, pela ótica de outros instrumentos internacionais, como sujeita a um mesmo tratamento para ambos os casos, doenças e acidentes de trabalho, não havendo a ruptura de regime adotada em Portugal. Como exemplo, a Diretiva 89/391/CEE, de 12 de junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores, que indica um único contexto para as hipóteses de doenças e acidentes de trabalho.

Do mesmo modo, a questão é disciplinada de forma uniforme quando analisada dentro do conceito de segurança social. O Código Europeu de Segurança Social e seu Protocolo Adicional apontam que aquela deva “assegurar às pessoas protegidas a atribuição de prestações em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais”<sup>4056</sup>, sem indicar um tratamento bipartido. Do mesmo modo, a Carta dos Direitos

---

<sup>4055</sup> Lima, 2019.

<sup>4056</sup> O fato de Portugal excluir da Segurança Social o sistema reparatório dos acidentes de trabalho, impôs que o Decreto do Governo n.º 35/83, de 13 de maio, que aprovou para ratificação o Código Europeu de Segurança Social e seu Protocolo, fizesse reservas para afastar a vinculação às obrigações decorrentes da Parte VI, relativa às prestações em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais e, no Protocolo Adicional, às obrigações decorrentes da Parte VI, também relativas a essa matéria.

Fundamentais da União Europeia, que expressamente afirma que o direito ao acesso às prestações de segurança social abrange os casos de acidentes de trabalho (art. 34.º).

Como afirma Ilídio das Neves<sup>4057</sup>, as doenças profissionais e acidentes de trabalho, na perspectiva da segurança social, estariam sujeitos “a um mesmo regime ou modalidade de protecção, já que o seu enquadramento de base, enquanto ‘risco profissional’, é o mesmo, embora as causas e os efeitos em termos de incapacidade laboral sejam diferentes”.

Ponderamos, assim, que pela ótica dos instrumentos internacionais não há respaldo para a clivagem de tratamento. Ressaltamos, contudo, que não há registro de pedidos de esclarecimentos da OIT para Portugal quanto à matéria relacionada à dualidade de regimes com afastamento da reparação dos danos dos acidentes de trabalho da Segurança Social.

## **5. O seguro privado pela ótica da Constituição da República Portuguesa**

Pretendemos nesse tópico uma análise quanto à adequação da opção do regime de seguro privado adotado por Portugal em face da disposição constitucional vigente.

Nesse contexto, citamos duas vertentes na doutrina, uma primando pela tese de que o regime do seguro privado, adotado pela LAT, está em conformidade com a previsão constitucional e, em lado oposto, outra em defesa da socialização do risco, quer pela ideia do seguro social, quer pela assunção da responsabilidade pela Segurança Social.

Para a parte da doutrina que se posiciona pela conformidade da opção da LAT com a regra constitucional, não seria possível extrair da Constituição da República Portuguesa uma determinação efetiva para adoção de regime baseado na socialização do risco, motivo pelo qual seria perfeitamente viável o regime do seguro privado. Assim, Maria Ramalho<sup>4058</sup>. Também, Pedro Romano Martinez<sup>4059</sup>, ao afirmar que “No ordenamento jurídico português, os acidentes de trabalho não se encontram integrados no sistema de protecção da segurança social; solução que parece inteiramente correta”.

---

<sup>4057</sup> Neves, 1996, p. 202.

<sup>4058</sup> Ramalho, 2014, p. 869: “o carácter público do sistema de segurança é compatível com soluções de coordenação com entidades privadas para concretizar o regime jurídico das matérias integradas nesse sistema, a opção actual da lei nesta matéria afigura-se a mais adequada, perante a situação financeira do sistema de segurança social nacional, que dificilmente se coaduna com o aumento dos encargos que a solução inversa necessariamente implicaria. Evidentemente, nesta solução, cabe ao Estado assegurar que o modelo eivado de reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho prossegue adequadamente os objectivos de tutela e também o interesse público que subjazem ao sistema, o que é feito através da modelagem desse sistema pela lei em moldes imperativos, da adequada fiscalização do cumprimento das suas regras e da previsão de instrumentos públicos que assegurem a reparação, em situações de recurso”.

<sup>4059</sup> Martinez, 2011, p. 845.

Por outro lado, a outra parte da doutrina impõe uma crítica à adoção desse regime, ponderando que o legislador nacional haveria perdido a oportunidade, desde a Lei n.º 100/97, de transformar o sistema de reparação dos danos emergente de acidentes de trabalho, integrando-o definitivamente à Segurança Social ou, ao menos, de ter adotado o Seguro Social. A Constituição da República Portuguesa, em razão dos artigos n.º 59.º e n.º 63.º, haveria imposto a adoção de um desses regimes com afastamento do seguro privado obrigatório. Estaria caracterizada uma inconstitucionalidade por omissão.

Pelo teor do n.º 1 e n.º 2 do art. 59.º e n.º 3 do art. 63.º da Constituição da República Portuguesa, não haveria como sustentar uma distinção entre o regime disciplinador da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e o das doenças profissionais. Ambos deveriam estar resguardados pelo regime da Segurança Social.

Assim, Florbela Pires<sup>4060</sup>, ao afirmar que “No tocante ao sistema português, verificamos que existe um desfasamento entre os imperativos constitucionais, que apontam para a construção de um sistema de direito público, e o sistema vigente que se mantém nos moldes da responsabilidade civil com seguro obrigatório, não havendo perspectivas de mudança quer no plano constitucional quer no plano infra constitucional”. A autora acrescenta que, embora os artigos constitucionais não falem de modo expresso que a Segurança Social alcançará os acidentes de trabalho, tal decorre da interpretação lógica e teleológica em razão da menção, no art. 63.º, à diminuição da capacidade de trabalho<sup>4061</sup>. Pelas regras constitucionais, a Segurança Social seria composta por aspetos assistencialistas e juslaboristas com benefícios decorrentes de um sistema geral ou contributivo, com prestações garantidas como direitos cujo financiamento é feito pelas contribuições tanto dos beneficiários como dos empregadores, e outros decorrentes do sistema não contributivo baseado no dever da solidariedade geral, fato que garantiria, em caso de alguma eventualidade em que o sinistrado não estivesse segurado pelo regime contributivo, ter garantido um mínimo para sua subsistência. A regra seria o seguro social e, subsidiariamente, a Segurança Social universal<sup>4062</sup>.

---

<sup>4060</sup> Pires, 1994, p. 83.

<sup>4061</sup> Pires, 1994, p. 29.

<sup>4062</sup> Pires, 1994, pp. 29-30.

Contudo, conforme aponta Paulo Morgado de Carvalho<sup>4063</sup>, “a integração na segurança social tem sido, pois, uma questão adiada, para a qual dificilmente descortinamos uma solução a breve prazo”.

Ousamos concordar com os defensores da tese de que não há amparo para o regime de reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho pelo seguro privado obrigatório em razão do estabelecido na norma constitucional. Embora essa possa não ter sido expressa quanto ao regime a ser adotado, extraímos da mesma a indicação pela responsabilidade social e acreditamos que seja ainda possível, concomitantemente, extrair uma previsão de resguardo da responsabilidade privada.

Assim explicamos.

O art. 63.º referido encontra-se localizado no Capítulo II, denominado “Direitos e deveres sociais”. Nesse sentido, o n.º 1 estabelece ser a Segurança Social um direito a ser assegurado pelo Estado, prevendo, no n.º 3, que essa abrangerá todos os cidadãos na falta ou diminuição da capacidade de trabalho. Desse dispositivo, todos têm direito à segurança social, motivo pelo qual a referência utilizada foi o “cidadão”, englobando não só os trabalhadores subordinados, como também, por exemplo, os independentes. A expressão utilizada não é desvinculada de sentido, ao contrário, permite trazer uma amplitude alargada do âmbito subjetivo de aplicação, inserindo na hipótese, por exemplo, os trabalhadores independentes e os voluntários, sem precisar recorrer ao alargamento do conceito de acidente de trabalho ou à legislação específica. A todos é assegurado o direito ao amparo da Segurança Social quando verificada a redução ou perda da capacidade de trabalho. Apesar do artigo não utilizar a expressão “acidente de trabalho”, resta evidente que a redução ou perda da capacidade é a consequência que se pretende resguardar, não havendo diferenciação quanto ao modo de sua origem, se decorrente ou não de um infortúnio quando em atividade independente ou quando à disposição de uma entidade empregadora, bem como se oriunda de um fato súbito ou duradouro. Este é o motivo pelo qual o artigo expressamente se utiliza da expressão “em *todas as outras situações* de falta ou diminuição ... de capacidade de trabalho” (sublinhado nosso). A “redução ou perda da capacidade de trabalho” é gênero do qual o acidente de trabalho e as doenças profissionais são espécies.

Resta a indagação quanto ao que pretende o art. 59.º da Constituição da República Portuguesa, já que a matéria já estaria dimensionada pelo mencionado art. 63.º.

---

<sup>4063</sup> Carvalho, 2003, p. 78.

Com efeito, defendemos que naquele dispositivo a Constituição tratou de relação diversa. O art. 59.º encontra-se no Capítulo dos “Direitos e deveres econômicos”, prevendo um direito, agora não mais a todos os cidadãos, mas apenas aos trabalhadores para que tenham a devida assistência e reparação quando vítimas de acidentes de trabalho. Aqui, a norma constitucional, de forma precisa, está restrita ao conceito de trabalhador subordinado, pois trata exatamente da relação deste com a entidade empregadora, estando o Estado fora dessa relação, tanto assim que, no n.º 2 do art. 59.º, refere-se à incumbência do Estado relativamente apenas às “condições de trabalho, retribuição e repouso”. Portanto, embora o Estado deva atuar nas condições de trabalho, no sentido da prevenção e fiscalização dos riscos profissionais, a previsão da alínea f) é relativa ao direito de reparação, não mencionado no n.º 2, pois, tratando-se de uma indenização (reparação) devida pela entidade empregadora ao trabalhador, aqui não mais estamos na seara do conceito de “cidadão”. A reparação prevista não é assegurada em face do Estado, mas sim do empregador e, assim, difere do benefício da Segurança Social.

Em caso de perda ou redução de capacidade laborativa, independentemente de sua origem, ao infortunado, pelas regras constitucionais, estaria assegurado, pelo art. 59.º, o direito de assistência do Estado, na figura da Segurança Social, pelo manto da responsabilidade objetiva com a finalidade restrita de reparar a redução ou perda da capacidade de trabalho e, paralelamente, estaria também garantido, por força do art. 63.º, alínea f), o direito do trabalhador de acionar o empregador, ao que pensamos, talvez, pelas regras da responsabilidade subjetiva, fato que poderá o legislador infraconstitucional limitar ou não à reparação de outros danos não cobertos pela Segurança Social.

Se a norma constitucional não é expressa no sentido de que o sistema a ser adotado para a reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho seria a responsabilidade particular pelo seguro privado obrigatório, é claro pelo art. 63.º, n.º 3, que a Segurança Social deve abarcar esses danos, motivo pelo qual a única interpretação possível para integrar essa disposição com aquela contida no art. 59.º é de que esta trata de relação paralela e não excludente da previsão do art. 63.º.

Assim, defendemos que estamos diante de uma inconstitucionalidade por omissão, não havendo suporte constitucional para a adoção do regime entabulado pela LAT de responsabilidade privada do seguro obrigatório.

## **6. Considerações quanto às vantagens na adoção do regime fundamentado na responsabilidade social**

Pretendemos nesse tópico fazer algumas considerações quanto às vantagens do regime de responsabilidade social para a reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho, fazendo uma reflexão quanto à possibilidade de ultrapassar os entraves levantados para sua adoção.

### **6.1. Custo financeiro do sistema**

Como obstáculo emerge a questão da falência da Segurança Social, incapaz de suportar financeiramente novas demandas. Contudo, mister algumas considerações.

Em primeiro, a reparação do dano, pelo seguro obrigatório, tem como fim o ressarcimento patrimonial pela redução da capacidade, não abrangendo outros danos. O sistema de socialização do risco (Seguro Social ou Segurança Social) também não teria outro alcance, quer dano patrimonial, quer não patrimonial, os quais continuariam a ser objeto de ação paralela direcionada ao empregador. O suporte social estaria limitado, o que viabilizaria a equalização entre “Receita x Despesa”, cujo custo potencial seria facilmente obtido por algoritmos. Assegurada a ação de regresso em face do empregador em caso de concorrência de culpa, restaria minimizado o custo financeiro do sistema.

Em segundo, no sistema hoje adotado em Portugal, não são poucas as hipóteses em que o FAT, na qualidade de um fundo público, arca com o ônus da reparação, que não se cinge às hipóteses de impossibilidade financeira de assunção da obrigação pela seguradora ou entidade empregadora, por exemplo, atualização de pensões, prestação suplementar de terceira pessoa e resseguro de seguros recusados. Assim, já há uma expectativa de gasto de um fundo público com reparações acidentárias, nada impedindo um aumento das hipóteses com a equalização do custeio.

Em terceiro, na adoção do sistema de Seguro Social, haveria apenas o deslocamento do custo da entidade empregadora na contratação do seguro obrigatório para o custo da formação do fundo público. No sistema de Segurança Social, considerando que o empregador transfere aos consumidores, no valor final do produto ou serviço, o custo com o seguro obrigatório, haveria apenas o redirecionamento desse valor pago indiretamente pela sociedade (consumidor) para a Segurança Social. Em qualquer uma das hipóteses, implicar-se-ia uma maior transparência e melhor distribuição do encargo.



Do mesmo modo quanto aos trabalhadores independentes<sup>4064</sup>, que suportam encargos maiores na contratação do seguro obrigatório do que suportariam em caso de contribuírem para um Seguro Social ou à Segurança Social.

Certo que a alteração do regime implicaria um profundo abalo financeiro para as empresas de seguro privado, cujo ramo é extremamente forte. Contudo, não menos certo que essas poderiam atuar em esferas complementares, como nos danos não cobertos pelo sistema (danos morais ou patrimoniais além da redução da capacidade de trabalho), mediante uma política de incentivo pelo Estado. Assim como feita a alteração paulatina do regime das doenças profissionais, também seria o caso dos acidentes de trabalho, talvez até por setores de atividade. A mudança para essa coordenação entre o sistema público e privado estaria em consonância com o Princípio da Complementaridade da Lei Base da Segurança Social (*vide* item 4.1). O sistema público assume o encargo mínimo, deixando a complementaridade para o sistema privado. Na sistemática invertida, onde o regime privado é a regra, faz “transferir para iniciativa privada responsabilidades que dificilmente podem deixar de ser públicas”<sup>4065</sup>.

Embora um dos argumentos do sistema de seguro privado seja garantir a reparação sem colocar em risco a capacidade financeira da empresa, fato é que, como formulado, essa “proteção” no âmbito do seguro privado é restrita, já que a entidade empregadora responderá diretamente em caso de culpa, sendo exatamente nesse ponto que os valores podem implicar parâmetros maiores, motivo pelo qual a referida premissa, embora pareça plausível, é superficial. Para que haja real proteção da condição financeira da entidade patronal, é necessário pensar as condenações nas hipóteses além da tarifação do art. 17.º da LAT, ou seja, nas hipóteses de agravamento do art. 18.º, o que poderia ser garantido no âmbito da complementaridade pelo seguro privado.

Por fim, a questão dos gastos com a máquina do Judiciário, implicando o dispêndio de recursos materiais e humanos para viabilizar o processamento das ações acidentárias<sup>4066</sup>.

## **6.2. Burocracia administrativa**

No sistema de seguro privado, como indicativo positivo, consta o fato de viabilizar uma menor burocracia para o recebimento da indenização pelo sinistrado. Contudo,

---

<sup>4064</sup> Aquele exercido por conta própria (art. 3.º, n.º 2, da LAT). Quanto à abrangência ao regime do seguro obrigatório, *vide* Decreto-Lei n.º 159/99.

<sup>4065</sup> Neves, 1996, p. 271.

<sup>4066</sup> Pires, 1994, p. 28: “é preciso ter em conta que algumas das aparentes vantagens do sistema de carácter privado, nomeadamente no que respeita à poupança de fundos públicos, vêm a representar despesas públicas noutra sede. As despesas inerente à invasão de processos judiciais nos tribunais poderiam ser melhor aproveitadas no efectivo ressarcimento dos sinistrados”.

considerando que a demora do processo de dano emergente de acidente de trabalho está em torno de nove meses<sup>4067</sup>, não se pode afirmar que a premissa seja verdadeira, até porque, em regra, as seguradoras “se armam” de todas as teses e meios jurídicos possíveis, por intermédio de um corpo de advogados bem remunerados, para descaracterizar o infortúnio como acidente de trabalho com o fim de não arcar com a indenização respectiva<sup>4068</sup>. Permitir a via administrativa com base na socialização do risco reduziria não só o tempo do processo, como desafogaria o Judiciário.

Meios de desburocratizar a Administração já são inseridos no conceito de eficiência estatal, sendo mais viável de ser alcançado do que influir nas condutas processuais das partes em sede das ações nos Tribunais.

Por fim, administrativamente, nada impediria a previsão de concessão do benefício de forma antecipada/provisória para minimizar os efeitos na demora.

Continuar a fundamentar o regime privado nas questões burocráticas parece ultrapassado, onde o fato se desloca da finalidade para imputar o meio como foco central da legislação.

### **6.3. Discriminação injustificada**

Os acidentes de trabalho, como as doenças profissionais, têm origem única no risco profissional. Tanto o dano originário de um acidente de trabalho como o originário de uma doença profissional pressupõem que tenha ocorrido em razão de uma atividade econômica ou do exercício de uma profissão. Não há razão para que haja regimes distintos com tratamento diferenciado: aquele fundamentado no princípio da responsabilidade privada do empregador e esta no princípio da responsabilidade social.

O atual sistema de seguro privado implica deixar descoberto o trabalhador acidentado por sua exclusiva culpa com perda do direito à reparação pela LAT. Em que pese configurada a hipótese no art. 14.º da LAT como “descaraterização do acidente de trabalho”, é, em realidade, uma excludente do dever de indenizar. A “designada ‘descaracterização’, numa linguagem pouco jurídica, determina a redução ou exclusão da responsabilidade”<sup>4069</sup>, o que se fundamenta face o regime da responsabilidade civil e não do risco social <sup>4070</sup>. A solução oposta, no sentido de o empregador ter de suportar todas

---

<sup>4067</sup> Vide <https://www.jn.pt/economia/seguradoras-querem-acidentes-de-trabalho-fora-dos-tribunais-10969874.html>.

<sup>4068</sup> Face à morosidade, a Associação Portuguesa de Seguradores defende que sinistros de incapacidades parciais permanentes até 30% sejam resolvidos por livre acordo entre as partes. (<https://www.jn.pt/economia/seguradoras-querem-acidentes-de-trabalho-fora-dos-tribunais>).

<sup>4069</sup> Martinez, 2011, p. 896.

<sup>4070</sup> Ramalho, 2014, p. 878, nota 133: “não é de descaraterização do acidente que se trata (na medida em que o evento acidentário mantém todos os seus elementos essenciais), mas do afastamento dos efeitos reparatórios que lhe caberiam”.

as consequências de acidentes de trabalho, mesmo quando estes fossem imputáveis ao trabalhador, estaria em contradição com os princípios gerais da responsabilidade civil. A referida discriminação, contudo, não teria alicerce se fosse adotado o regime fundamentado no risco social.

Há mais. No sistema da responsabilidade civil, todo o regulamento gira em torno do conceito de trabalhador, ainda que com suas extensões (art. 4.º da Lei n.º 7/2009), sendo essas consideradas exceções ou imposições necessárias, portanto figuras adjacentes, o que não ocorre no regime de responsabilidade social. Se o conceito de trabalhador está inserido no de cidadão, o inverso não é verdadeiro. O regime de seguro privado não pode abranger o desempregado na qualidade de cidadão, indicando mais uma discriminação do sistema. A garantia da alínea g) do n.º 1 da LAT é limitativa, pois restringe a caracterização de acidente de trabalho quando a procura de emprego ocorre durante o crédito de horas concedido aos trabalhadores. Uma garantia ampla dos desempregados, nas palavras de Carlos Alegre<sup>4071</sup>, “enquanto elemento[s] activo[s] da população”, em conformidade com o art. 63.º, n.º. 3 da Constituição da República Portuguesa<sup>4072</sup>, somente é possível pelo sistema responsabilidade social.

Por fim, indicamos uma última discriminação face o tratamento diferenciado para um único evento danoso: a hipótese de um ato culposos do empregador que concomitantemente imponha lesão ao trabalhador e um transeunte. Com efeito, relativamente àquele, com relação aos danos patrimoniais além da redução da capacidade de trabalho, aplicar-se-á a ação reparatória com fulcro na teoria da responsabilidade civil subjetiva e, com relação a esse, a vertente mais benéfica da responsabilidade civil objetiva<sup>4073</sup>.

---

<sup>4071</sup> Alegre, 1995, p. 13.

<sup>4072</sup> Alegre, 1995, p. 8: “pode parecer estranho pretender-se meter na mesma situação trabalhadores independentes e desempregados, uma vez que, se em relação aos primeiros é concebível o desencadear de um acidente no desenrolar do seu trabalho, em relação aos desempregados não existe qualquer relação de trabalho, pois que, por definição, desempregado é o que não tem trabalho. Todavia, quanto a estes pode dizer-se que também eles estão expostos aos riscos de acidentes, logo que se dirigem ao serviço de emprego para se submeter ao seu controle ou para receber ofertas de emprego ou na área de jurisdição do empregador, para receber as tais ofertas: é a sua potencial capacidade de trabalho que é aposta em risco e que merece, segundo as mais actualizadas concepções de protecção, adequada reparação”.

<sup>4073</sup> Pinto, 2012, p. 21: “Do ponto de vista da política legislativa – os valores que a comunidade faz valer com base no direito a constituir – cremos mesmo que não há razão para criar uma situação específica em AT, devendo aplicar-se a lei geral tal-qualmente decorre do Código Civil para a responsabilidade objectiva. Não vemos justificação para que se não aplique aos acidentes de trabalho o regime geral da responsabilidade pelo risco, salvo se vivermos numa sociedade em que se entenda reparar melhor quem se acidenta a trabalho do que a passear”.

## **6.4. Política pública de prevenção**

Apesar de obrigatória a notificação ao Tribunal em caso de acidente de trabalho com incapacidade permanente, morte ou incapacidade temporária com duração além de doze meses (art. 90.º da LAT), ainda restam casos de acidentes com efetivos danos que ficam à margem da cientificação do Estado. A adoção de um regime baseado na solidariedade do risco permite, quer diretamente, quer por intermédio da entidade pública administradora, uma real apuração dos dados estatísticos de todos os acidentes<sup>4074</sup>, permitindo desenvolver uma política de segurança e prevenção baseada em uma classificação detalhada e específica, com a catalogação das atividades com maior ou menor sinistralidade.

Em uma sociedade onde não há dúvida quanto à importância dos dados, ser seu detentor traz poder relevante para a prevenção e permite a rápida adequação, dentro do sistema de custeio, de eventuais percentuais diferenciados, baseados de forma mais equitativa pelos indícios de sinistralidade dentro de uma atividade, setor econômico ou, até mesmo, de forma individualizada, por entidade empregadora.

## **6.5. Função social**

O seguro privado obrigatório teve a importância inicial de não deixar o trabalhador à mercê da capacidade financeira da empresa em arcar com os custos de evento acidental.

Contudo, a obrigatoriedade do repasse da responsabilidade à seguradora traz intrinsecamente o sentimento de que, cumprida a obrigação, resta suplantado qualquer questionamento quanto ao papel social da entidade empregadora na coletividade. Embora a legislação de prevenção de acidentes seja objeto do garantismo estatal, inclusive com previsão constitucional, o seguro privado obrigatório está situado, de forma diametralmente oposta, na tarefa de amparar essa política preventiva.

Como afirma Pinho<sup>4075</sup>, “é que muitos ‘empresários’ raciocinam numa base puramente contabilista: se é mais barato fazer o seguro do que prevenir os acidentes através do estabelecimento dos programas e regra de segurança, qual a razão para investir na segurança? Outros, menos calculistas, confiam que os acidentes nunca ocorrerão na sua empresa, descuidando a prevenção”.

A socialização do risco, com a possibilidade de um sistema baseado em dados estatísticos, permite conceder incentivos fiscais não só para a redução do número de

---

<sup>4074</sup> Os dados da sinistralidade laboral competem ao Gabinete de Estratégia e Estudo – GEE e, em caso de morte, à ACT – Autoridade para as Condições de Trabalho.

<sup>4075</sup> Pinto, 2012, p. 24.

acidentes, mas também para a adoção de mecanismos de prevenção, abalando a lógica empresarial anterior. De forma indireta, passa o empresariado a ter uma posição ativa no seu papel social. Como exemplo, o Decreto-Lei n.º 429/99, de 22 de outubro, que estabelecia o Programa Trabalho Seguro, pelo qual havia uma redução da taxa contributiva devida à Segurança Social para pequenas e médias empresas que adotassem medidas ligadas à segurança, saúde e higiene do trabalho além daquelas de cumprimento obrigatório por força de lei.

Muito há de questionar se o sistema de seguro privado não consiste em solução superficial para a questão, por não imbuir as entidades empregadoras de seu papel fundamental dentro das políticas de prevenção.

## **6.6. Valores sociais**

A responsabilidade social melhor corresponde aos valores de solidariedade da vida em sociedade e ao dever de cooperação e assistência da empresa em consonância com sua finalidade social.

Certo que o seguro privado é mais salutar pela ótica empresarial dos custos financeiros. Contudo, o que está em jogo é o cotejo entre o interesse financeiro da entidade empregadora e a dignidade da pessoa do cidadão. O regime do seguro privado faz a balança pender a favor daquela em dissonância com o princípio da prevalência do interesse público ao privado.

Com efeito, no sistema de responsabilidade social, o direito à reparação do trabalhador suplanta o interesse privado da entidade empregadora. Embora essa possa ser indiretamente responsabilizada mediante a imputação do custeio do fundo público ou da Segurança Social, coloca como ponto central o recebimento da reparação por aquele e não os mecanismos de resguardo financeiro desta. Ou, se assim não for, considerando-se que a preocupação basilar do legislador é a morte ou redução da capacidade de trabalho, o sistema do seguro privado implica deslocar o ponto central “sensivelmente do âmbito do direito à vida ou à integridade física, em direção a uma outra ordem de valores que podemos, pensamos nós, designar *por direito à integridade econômica ou produtiva*”<sup>4076</sup> (i6.7. tálco do autor).

## **6.7. Indicativos da inconsistência do regime do seguro privado**

O regime atualmente adotado por Portugal traz dispositivos que se encontram em contraposição aos princípios inerentes à teoria da responsabilidade civil na qual se

---

<sup>4076</sup> Ribeiro, 1984, p. 170.

fundamenta o sistema de seguro privado. Embora esses dispositivos tornem o regime mais justo e equilibrado, demonstram que o regime de socialização dos riscos imporia uma melhor adequação do regramento às reais necessidades.

Citamos abaixo previsões da LAT que não se coadunam com o sistema de responsabilidade privada e sim com o da responsabilidade social.

**A)** Abrangência da LAT: é fixada conforme o art. 4.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que estabelece também ser aplicável ao praticante, aprendiz estagiário, administrador, diretor, prestador de trabalho e o trabalhador por conta própria. Se o regime de seguro privado tem o fundamento de imputar ao empregador uma responsabilidade privada, a abrangência alargada, embora efetivamente salutar, demonstra que essa, estritamente considerada, não é suficiente. Maior coerência ocorreria na teoria de socialização do risco.

Também a previsão de aplicabilidade da LAT para a hipótese do regime de voluntariado (Lei n.º 71/98 e Decreto n.º 389/99) e do trabalhador independente (Decreto-Lei n.º 159/99). Em ambos, impõe-se um seguro obrigatório que não tem base na teoria da responsabilidade civil. Socializar os riscos estaria mais adequado a tais situações.

**B)** Posição da jurisprudência e do legislativo: as regras com base na responsabilidade privada criam injustiças no sistema que tiveram de ser contornadas pela jurisprudência ou pelo legislador.

Assim a possibilidade de exclusão do direito à reparação pela descaracterização do acidente em caso de culpa do trabalhador, quando os Tribunais acabaram por imprimir “um certo esforço” para dificultar a caracterização das hipóteses do art. 14.º da LAT<sup>4077</sup> ao exigir que a culpa seja exclusiva e determinante para o infortúnio e a negligência seja sempre grosseira. Na socialização dos riscos não se afastaria o direito à reparação nessa hipótese, tornado desnecessária a atuação judicial.

Também o legislador. O simples fato da LAT prever a excludente de força maior de forma mais restrita (art. 15.º, n.º 1) e não prever a hipótese de caso fortuito, ambos institutos típicos das regras gerais do regime da responsabilidade civil, indica que essa não completa as necessidades sociais em matéria de danos acidentários.

**C)** Obrigatoriedade do empregador de prestar primeiros socorros e transporte ao atendimento médico (art. 26.º, n.º 1, da LAT): se há a obrigação mesmo que o infortúnio tenha ocorrido exclusivamente por dolo do trabalhador, o fundamento é muito mais em razão da teoria da socialização do risco do que das regras de responsabilização privada.

---

<sup>4077</sup> Há posicionamento doutrinário pelo uso do art. 570.º, n.º 1, do Código Civil.

**D)** Irrelevância da predisposição à patologia para caracterização do acidente: pelas regras da responsabilidade civil, esse fato implicaria o afastamento do direito à indenização, o que não ocorre pela LAT, indicando que a ideia estaria melhor situada no regime da socialização dos riscos.

## **6.8. Possibilidade de cumulação de indenizações**

A adoção do sistema do Seguro Social ou da Segurança Social torna viável defendermos a responsabilização direta do empregador de forma paralela com sobreposição ou duplicação da indenização. Ao sinistrado poderia ser reconhecida a titularidade de dois direitos: o direito à prestação decorrente do dano oriundo do acidente de trabalho quando haja redução ou perda da capacidade laborativa a ser suportada pelo sistema social e, concomitantemente, o direito a uma segunda via de reparação, mediante o acionamento do empregador, com base na responsabilidade civil pela teoria subjetiva ou objetiva, conforme opção legislativa, de forma independente daquela parcela, portanto cumulativamente<sup>4078</sup>. Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa parece permitir a adoção dessa posição (*vide* item 5 *supra*). Permanecendo o regime do risco privado, inviável a duplicidade de indenização, sob pena de caracterizar *bis in idem*.

A adoção do Seguro Social ou a integração do sistema à Segurança Social permite não só essa concorrência de responsabilidade, que deixa de ser complementar<sup>4079</sup> e passa a ser cumulativa, mas também destrava a evolução da teoria da responsabilidade civil relativamente à relação entre entidade empregadora e trabalhador pelos danos além da redução e perda da capacidade de trabalho. Considerando-se que estes danos estão parcialmente regulamentados na LAT, que estabelece a possibilidade de responsabilização do empregador com base na responsabilidade subjetiva em caso de

---

<sup>4078</sup> Como exemplo, o sistema brasileiro, que adota o regime de socialização dos riscos com pagamento da indenização acidentária pela Previdência Social e, concomitantemente, a Súmula n.º 229 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “A indemnização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”, permitindo a cumulação de indenização acidentária com a indenização paga diretamente pelo empregador: a indenização civil decorrente do acidente de trabalho ou de doença ocupacional não é compensável com os benefícios da Previdência Social.

A reparação pela Previdência Social é baseada no risco integral. O trabalhador fará jus à reparação mesmo no caso em que caracterizada uma excludente, como culpa exclusiva da vítima, força maior, caso fortuito e fato de terceiro. Contudo, como o ressarcimento é tarifado, permite-se o acionamento do empregador concomitantemente, em razão de sua responsabilidade pelo ato (art. 7.º, inciso XXVIII da Constituição Federal de 1988: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”).

O processo perante a Previdência Social é administrativo. Quando necessária a judicialização, corre na Justiça Comum. Já a ação em face do empregador correrá na Justiça do Trabalho.

<sup>4079</sup> Indicamos a ideia de complementaridade no sentido de que a LAT estabelece a responsabilidade do empregador, no caso de culpa, para abranger outros danos além da perda/redução da capacidade, como forma de complementar a reparação.

culpa, havendo a separação dos regimes de reparação, ficará esta relação afastada por completo do regime da LAT e poderá aflorar posições doutrinárias e jurisprudências do uso da teoria objetiva do risco, facilitando, em efetivo, o ressarcimento pelo danos acidentários, inclusive danos não patrimoniais, mesmo no caso de ausência de culpa do empregador, além da possibilidade de aplicação de um viés sancionatório e até das atenuantes de concorrência de culpa e culpa comum<sup>4080</sup>.

---

<sup>4080</sup> No exemplo do Brasil, mencionado na nota 89, a Constituição Federal indica a adoção da teoria de responsabilidade civil subjetiva. Contudo, a doutrina e jurisprudência sempre caminharam no sentido de construir hipóteses de imputação de uma responsabilidade objetiva no caso da atividade desenvolvida pelo empregador implicar um risco maior, permitindo abarcar, em situações específicas, teoria diversa da subjetiva. Em 2002, o Código Civil estabeleceu expressamente (art. n.º 927, parágrafo único) a teoria do risco criado, possibilitando embasamento legal para essas teses.

Art. 927 do Código Civil:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único.

Haverá “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ressaltamos haver posicionamento mais inovador no sentido do referido artigo do Código Civil ter adotado a teoria do risco integral. Assim, a ementa do acórdão prolatado pela 2.<sup>a</sup> Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1.<sup>a</sup> Região: “Acidente de trabalho. Dano moral. Teoria do risco integral. Empregador que desenvolve atividade que implica, por sua natureza, perigo constante para seus empregados e terceiros fica obrigado a reparar o dano, com base em regra definidora da responsabilidade objetiva. Neste contexto, não cabe aqui discutir a culpa do empregador e, sequer, a culpa exclusiva da vítima, já que a responsabilidade no caso é objetiva, pautada teoria do risco integral, na qual nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal afastariam o direito do obreiro”.



## Conclusão

Do exposto no presente estudo, concluímos que a reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho era vista, em sua origem, como afeta ao assistencialismo, na conceção do *damnum fatale*. A necessidade social impôs, contudo, sua evolução até o reconhecimento de um direito a ser resguardado pelo Estado.

Dentre os diversos regimes adotados para a reparação, destacamos dois grupos: a responsabilização social e a responsabilização privada. Aquela baseada na premissa de que os riscos devem ser repartidos pela sociedade, quer por um sistema de Seguro Social, quer pela Segurança Social e, essa, baseada na ideia de ser do particular o risco a ser suportado pelos acidentes laborais.

Relativamente à posição de Portugal, “a opção legislava desde os primórdios foi um sistema marcadamente de responsabilidade privada, polarizado nas entidades patronais e suas seguradoras”<sup>4081</sup> com a adoção do seguro privado obrigatório, atualmente disciplinado pelo Código do Trabalho e a LAT. Assim, com ligeiras alterações, foi mantida a regulamentação tradicional dos acidentes de trabalho vigente desde a segunda metade do século XX.

Verifica-se, contudo, que uma interpretação sistemática e teológica dos atuais artigos 63.º e 59.º da Constituição da República Portuguesa permite apontar que esse regime disciplinado pelo Código do Trabalho e pela LAT não está em consonância com o regramento constitucional e as disposições internacionais relativas à matéria, que apontam para um sistema único de reparação dos danos decorrentes das doenças profissionais e acidentes de trabalho fundamentado na socialização do risco, quer por intermédio do Seguro Social, quer através da integração à Segurança Social. Os indicadores positivos do seguro privado são passíveis de questionamento e podem ser ultrapassados para a adequação do regime ao objetivo constitucional.

Permitir um novo olhar para o sistema, afastado da tradição do seguro privado, com um profundo debate dos prós e contras dos regimes e, principalmente, dos anseios sociais, tornará viável uma discussão sobre os avanços necessários na seara dos regramentos da reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho.

---

<sup>4081</sup> <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/034/1997-04-11/524?pgs=522-525&org>.

## Bibliografia

- ALEGRE, C. (1995). *Acidentes de trabalho – notas e comentários à Lei n.º 2127*. Coimbra: Edições Almedina.
- CARNEIRO, J. (2017). Particularidades do contrato de seguro de acidentes de trabalho de praticante desportivo. In *Prontuário de direito do trabalho*. Coimbra: Edições Almedina.
- CARVALHO, P. M. de (2003). Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens. *Questões Laborais*, n.º 21.
- COSTA, A. C. R. (2017). Revisitando o assédio e o caminho para o seu enquadramento no regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. In *Prontuário de direito do trabalho*, n.º 2. Coimbra: Edições Almedina.
- GOMES, J. M. V. (2013). *O acidente de trabalho: o acidente in itinere e a sua descaracterização*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEITÃO, L. M. T. de M. (2016). *Direito do trabalho* (manuais universitários), 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- LIMA, T. M. (2019). Capítulo IV – A reparação dos acidentes de trabalho em Portugal e as influências do modelo de proteção social da OIT. In *A Organização Internacional do Trabalho no direito do trabalho português – reflexos e licitações de um paradigma sociojurídico*. Coimbra: Almedina.
- MARTÍNEZ, P. R.; MONTEIRO, L. M.; VASCONCELOS, J.; BRITO, P. M. de; DRAY, G; SILVA, L. G. (2017). *Código do Trabalho anotado*, 11.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- MARTÍNEZ, P. R. (2011). *Direito do trabalho*, 8.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- NETO, A. (2011). *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais anotado*. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídicas.
- NEVES, I. D. (1996). *Direito da segurança social: princípios e fundamentos numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, J. B. (2012). Reparação do dano corporal em acidente de trabalho e no âmbito civil”. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 23.
- PIRES, F. de A. (1999). *Seguro de acidentes de trabalho*. Lisboa: Lex.
- QUINTAS, P. (2016). *Manual de direito da segurança e saúde do trabalho*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- RAMALHO, M. do R. P. (2014). *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*, 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- RIBEIRO, V. (1984). *Acidentes de trabalho: reflexões e notas práticas*. Lisboa: Rei dos Livros.

## **Páginas web**

<https://www.asf.com.pt/nr/rdonlyres/0748ccof-98a7-40d3-8f83-8fe0607e866e/o/>.

<https://institutoiib.org/responsabilidade-civil/>.

<https://www.jn.pt/economia/seguradoras-querem-acidentes-de-trabalho-fora-dos-tribunais-10969874>.

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/013/1997-01-10/208?pgs=208-215&org=plc>.

[http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/034/1997-04-11/524?pgs=522-525&org=plc&plcdf= true](http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/02/034/1997-04-11/524?pgs=522-525&org=plc&plcdf=true).

**A mobilidade transfronteiriça das sociedades comerciais na  
União Europeia**

**Breve antologia de uma odisseia**

Rui Frederico Almeida Santos Pinho Vieira

Sob a orientação do  
Prof. Doutor José Augusto Engrácia Antunes

## **Agradecimentos**

Ao Senhor Professor Doutor Engrácia Antunes, cuja orientação assertiva foi vital para atingir o objetivo a que nos propusemos.

Ao Senhor Professor Doutor António Frada de Sousa, pelos seus ensinamentos, na hora certa.

Ao Senhor Professor Doutor Rui Pereira Dias, pelas valiosas sugestões bibliográficas e pela generosa partilha de conhecimentos.

À Uría Menéndez – Proença de Carvalho, em particular na pessoa do Dr. Antonio Villacampa Serrano, pelo constante apoio e incentivo nesta jornada.

## Resumo

A mobilidade transfronteiriça das sociedades é fundamental para o desenvolvimento do mercado único e representa um importante corolário da liberdade de estabelecimento. Para o efeito, é decisivo suplantarmos os entraves ao comércio transfronteiriço, procurando o justo balanço entre a promoção da concorrência e competitividades dos operadores económicos e a proteção de diversas partes interessadas, nomeadamente sócios (minoritários), credores e trabalhadores. O presente trabalho tem como objetivo analisar o *estado da arte* à luz do direito primário e derivado da União Europeia, bem como de acordo com a vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça. Partindo de uma abordagem empírica, procuramos demonstrar que o principal entrave à mobilidade transfronteiriça das sociedades reside na disparidade das regras de conflitos espalhadas pelos Estados-Membros, pelo que propomos uma revisão do paradigma da neutralidade conflitual, mediante uma intervenção legislativa de harmonização por via de regulamento.

**Palavras-chave:** Liberdade de estabelecimento; sociedades comerciais; *lex societatis*; transferência de sede; arbitragem regulatória.

## Abstract

Cross-border mobility of limited liability companies is of the essence to the development of the single market and represents an important corollary of the freedom of establishment. In this regard, it is paramount to overcome the obstacles to cross-border commerce, seeking the appropriate balance between the promotion of competition and competitiveness of the economic agents and the protection of different stakeholders such as (minority) shareholders, creditors and employees. This paper aims to analyse the *status quo* according to primary and secondary law of the European Union, as well as pursuant to the vast case-law of the Court of Justice. Departing from an empirical analysis, we intent to demonstrate that the main hindrance to cross-border mobility of companies resides in the disparity of the conflict of laws regime throughout the Member-States, which leads us to propose a revision of the conflict of laws neutrality paradigm, by means of a legislative intervention to harmonise the regime by means of a regulation.

**Keywords:** Freedom of establishment; limited liability companies; *lex societatis*; transfer of office; regulatory competition.

## Lista de siglas e abreviaturas

|                    |                                                                                                                                                                                                                                    |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.                | acórdão                                                                                                                                                                                                                            |
| Acs.               | acórdãos                                                                                                                                                                                                                           |
| Adv. Geral         | Advogado Geral                                                                                                                                                                                                                     |
| al.                | alínea                                                                                                                                                                                                                             |
| als.               | alíneas                                                                                                                                                                                                                            |
| art.               | artigo                                                                                                                                                                                                                             |
| arts.              | artigos                                                                                                                                                                                                                            |
| CC                 | Código Civil                                                                                                                                                                                                                       |
| CE                 | Comissão Europeia                                                                                                                                                                                                                  |
| cf.                | conferir                                                                                                                                                                                                                           |
| cfr.               | confrontar                                                                                                                                                                                                                         |
| CRP                | Constituição da República Portuguesa                                                                                                                                                                                               |
| CSC                | Código das Sociedades Comerciais                                                                                                                                                                                                   |
| CVM                | Código dos Valores Mobiliários                                                                                                                                                                                                     |
| DIP                | Direito Internacional Privado                                                                                                                                                                                                      |
| Diretiva 2017/1132 | (UE) Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação) (JO L 169 de 30.6.2017)                                          |
| Diretiva 2019/2121 | (UE) Diretiva (UE) 2019/2121 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças (JO L 321 de 12.12.2019) |
| DL                 | Decreto-Lei                                                                                                                                                                                                                        |
| DUE                | Direito da União Europeia                                                                                                                                                                                                          |
| ECGI               | European Corporate Governance Institute                                                                                                                                                                                            |
| ed.                | edição                                                                                                                                                                                                                             |
| EM                 | Estado-Membro da União Europeia                                                                                                                                                                                                    |
| GEDIP              | Groupe Européen de Droit International Privé (Grupo Europeu de Direito Internacional Privado)                                                                                                                                      |
| IDET               | Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho                                                                                                                                                                                    |
| JOUE               | Jornal Oficial da União Europeia                                                                                                                                                                                                   |
| n.º                | número                                                                                                                                                                                                                             |
| p.                 | página                                                                                                                                                                                                                             |
| PE                 | Parlamento Europeu                                                                                                                                                                                                                 |
| pp.                | páginas                                                                                                                                                                                                                            |

|                                        |                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.                                    | acórdão                                                                                                                                                                                                                                   |
| pt.                                    | ponto                                                                                                                                                                                                                                     |
| pts.                                   | pontos                                                                                                                                                                                                                                    |
| Reg. Bruxelas I bis                    | Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial JO L 351 de 20.12.2012, p. 1—32 |
| Reg. Roma I                            | Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais JO L 177 de 4.7.2008                                                                           |
| Reg. Roma II                           | Regulamento (CE) n.º 64/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais JO L 199 de 31.7.2007                                                                   |
| Regulamento da <i>Societas Europea</i> | Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE) (JO L 294, 10.11.2001)                                                                                                 |
| RGICSF                                 | Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras                                                                                                                                                                         |
| RJASR                                  | Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora                                                                                                                                                             |
| RJC                                    | Regime Jurídico da Concorrência                                                                                                                                                                                                           |
| ss.                                    | seguintes                                                                                                                                                                                                                                 |
| TFUE                                   | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia                                                                                                                                                                                           |
| TJUE                                   | Tribunal de Justiça da União Europeia                                                                                                                                                                                                     |
| tn                                     | tradução nossa                                                                                                                                                                                                                            |
| TUE                                    | Tratado da União Europeia                                                                                                                                                                                                                 |
| UE                                     | União Europeia                                                                                                                                                                                                                            |
| <i>vide</i>                            | ver                                                                                                                                                                                                                                       |



# Índice

Introdução

1. Objeto (e objetivo) da dissertação. Razão de ser

2. Sistematização

Capítulo I – A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia. Análise tripartida: Escopo, restrição e abuso

1. Conteúdo e alcance da liberdade de estabelecimento à luz do TFUE e da jurisprudência do TJUE

2. Restrições justificadas da liberdade de estabelecimento

3. O abuso da liberdade de estabelecimento

Capítulo II – A relevância do Direito Internacional Privado no exercício da mobilidade transfronteiriça

1. Determinação da lei aplicável ao estatuto societário

2. O caso português

3. A compatibilização entre a *lex societatis* e a liberdade de estabelecimento

4. Breve nota sobre a arbitragem regulatória sob o prisma da análise económica do Direito

Capítulo III – Os modos de exercício da mobilidade transfronteiriça

1. Razão de ordem

2. A transferência intercomunitária de sede efetiva e a constituição de estabelecimentos secundários

3. As operações de reorganização e reestruturação societária (transformações, fusões e cisões)

4. Criação de estruturas multipolares e multiterritoriais (o regime de coligação societária)

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência do TJUE

## **Introdução**

### **1. Objeto (e objetivo) da dissertação. Razão de ser**

A temática de que nos ocupamos na presente dissertação conquista tanto os jus-europeístas como os internacional-privatistas e os especialistas das ciências jurídico-empresariais. Com efeito, e conforme assinalado por Juliane Kokott nas suas conclusões de Adv. Geral em *Polbud*, a base de dados de jurisprudência do TJUE, excluindo registos duplos, contava, à data do julgamento, com um número superior a 559 publicações científicas acerca da liberdade de estabelecimento das sociedades ao abrigo dos arts. 49.º e 54.º do TFUE. Assim, cientes do risco de já tudo ter sido dito a este propósito, é este o ponto de partida da nossa reflexão nesta dissertação, porquanto é o único possível.

A presente dissertação tem como *objeto* a mobilidade transfronteiriça das sociedades na UE, observada através das suas variadas morfologias, e sob uma dupla perspetiva, a do EM de origem (ou da sede da sociedade) e a do EM de acolhimento (ou de destino da sede da sociedade). Para cumprir com este ensejo, impõe-se revisitar o complexo – e por vezes contraditório – itinerário percorrido pelo TJUE, tanto para compreender o conteúdo e extensão da liberdade de estabelecimento conferida às sociedades, como para entender o impacto que a jurisprudência desempenhou na modernização da legislação dos EM, consubstanciando a concretização do fenómeno da arbitragem regulatória. Por outro lado, entendemos que a delimitação material proposta convoca a alusão ao DUE, ao DIP e ao direito societário, uma vez que a mobilidade societária depende, em primeira linha, da própria dimensão que lhe é atribuída pelo DUE, em seguida, do grau de conformidade das regras de conflitos nacionais com o direito primário da UE e, finalmente, da existência de mecanismos e instrumentos de direito societário que regulem e viabilizem os vários modos de exercício da mobilidade societária dentro do espaço comunitário. Procuramos, neste particular, demonstrar que a construção da liberdade de estabelecimento por parte do TJUE se não confunde, e por isso não pode ser limitada conceptualmente, com a matéria da legitimidade (?) da existência de um domínio reservado de soberania dos EM, no plano das normas de DIP em matéria de estatuto pessoal. Por isso, propomos a implementação de um regime harmonizado em matéria de lei aplicável às sociedades.

O *objetivo* da dissertação reside em explorar os motivos subjacentes à mobilidade intracomunitária por parte das sociedades, os seus modos de exercício e as consequências daí resultantes ao nível da integração social e económica na UE e da competitividade das sociedades europeias.

## 2. Sistematização

Em virtude das diferentes interações normativas inerentes ao tema de que nos ocupamos, decidimos organizar a dissertação em três partes.

Em primeiro lugar, inauguramos o nosso trabalho (capítulo I) a compreender a liberdade de estabelecimento das sociedades segundo uma análise tripartida, partindo do *escopo* resultante do TFUE e da construção jurisprudencial operada pelo TJUE, seguindo para uma análise das circunstâncias em que se legitima uma *restrição justificada* a essa liberdade fundamental e concluindo com uma breve reflexão acerca da existência (ou não) de um princípio geral de proibição do *abuso* neste âmbito.

Nesta sequência, desenvolvemos o seguinte espaço de reflexão (capítulo II) subordinado à dimensão internacional-privatista do tema, no qual expomos os vários critérios para determinação da *lex societatis*, com particular enfoque na compatibilização destes com a mobilidade intracomunitária das sociedades e no regime vigente entre nós.

Concluímos com uma parte final (capítulo III) dedicada aos modos de exercício da mobilidade transfronteiriça das sociedades onde, para além de salientar as idiossincrasias das figuras identificadas, procuramos demonstrar que a liberdade de estabelecimento confere aos operadores económicos a liberdade de escolha do local de prossecução da atividade económica e do direito que lhes é aplicável.

# Capítulo I – A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia. Análise tripartida: Escopo, restrição e abuso

## 1. Conteúdo e alcance da liberdade de estabelecimento à luz do TFUE e da jurisprudência do TJUE

A liberdade de estabelecimento, consagrada nos arts. 49.º a 54.º do TFUE, constitui uma das cinco liberdades fundamentais previstas no TFUE<sup>4082</sup> e apresenta-se como corolário do mercado interno, ínsito no art. 3.º, n.º 3 do TUE e no art. 26.º do TFUE. Com efeito, conforme assinala Mota Pinto (2004, p. 60), “para a consecução de um mercado comum ou mesmo de um (mais exigente) mercado interno é fundamental assegurar a liberdade de circulação das empresas”<sup>4083</sup>.

À luz do direito primário da UE, para que as sociedades sejam beneficiárias do direito de estabelecimento<sup>4084</sup>, será necessário (i) que tenham sido “constituídas em conformidade com a legislação de um EM”, (ii) que “tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal no território da União” e, ainda, (iii) que a sua atividade apresente uma “conexão efetiva e contínua com a economia de um EM”<sup>4085</sup>. Neste contexto, compulsando o teor das normas de direito primário da UE em conjunto com a vasta jurisprudência do TJUE, facilmente se alcança que a liberdade de estabelecimento abrange o direito das sociedades<sup>4086</sup> de se estabelecerem e de exercerem uma atividade noutro EM, podendo invocar a liberdade de estabelecimento<sup>4087</sup> a título *originário* (i.e., aquando da

---

<sup>4082</sup> Ao mesmo tempo, constitui concretização do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, vertido no art. 18.º TFUE, no sentido em que os beneficiários do direito de estabelecimento podem invocar os direitos que lhe assistem contra o próprio EM de que sejam nacionais, bem como contra o EM de acolhimento onde se pretendam estabelecer.

<sup>4083</sup> De acordo com o comité intergovernamental criado na Cimeira de Messina de junho de 1955, o mercado comum envolvia a fusão de mercados separados, que abrangeria a livre circulação dos fatores de produção aliada ao estabelecimento de condições normais de concorrência e desenvolvimento harmonioso do conjunto das economias para supressão dos obstáculos às trocas, pela comunitarização dos recursos existentes e pela criação de recursos novos. *Vide*, para mais desenvolvimentos, Gorjão-Henriques, 2014, p. 491.

<sup>4084</sup> *Vide*, sumariamente, Craig & De Búrca, 2015, pp. 810-819.

<sup>4085</sup> Por forma a impedir a invasão massiva de sociedades extracomunitárias, o programa geral do Conselho da UE para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento de 18 de dezembro de 1961 (*Journal Officiel* n.º 2, de 15/1/1962, pp. 36-45, *titre* 1) determinou que as sociedades que disponham da sede social na comunidade apenas podem beneficiar do direito de estabelecimento secundário caso a sua atividade apresente uma “conexão efetiva e contínua com a economia de um EM”.

<sup>4086</sup> Note-se que o conceito de sociedade é entendido em sentido amplo, pelo que se considera como beneficiárias da liberdade de estabelecimento as sociedades de direito civil ou comercial, também se incluindo as cooperativas e as outras pessoas coletivas de direito público, com exceção das que não prossigam fins económicos. Neste sentido, *vide* Mota Pinto, 2004, p. 79.

<sup>4087</sup> *In initio*, o conceito de estabelecimento, na aceção do art. 49.º ss. TFUE, envolvia a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de uma instalação estável noutro EM, por um período indefinido (cf. *Factortame*, pt. 20, e *Gebhard*, pt. 25). Em sentido diverso, *vide Centros*, pts. 20 e 27 e *Inspire Art*, pts. 97 e 105. Para mais desenvolvimentos, *vide* Meeusen, 2017, pp. 315-319. As contribuições do TJUE vieram conferir à noção de estabelecimento uma dimensão muito ampla, a qual implica que um nacional comunitário tem a possibilidade de participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um EM diferente do seu estado de origem e dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior na UE no domínio das atividades não assalariadas (cf., v.g., *Reyners* e *Gebhard*).

constituição da sociedade enquanto estabelecimento) ou *derivado* (i.e., perante uma transferência intracomunitária da sede); a título *principal*, mediante a criação de uma nova sociedade ou da transferência da sede (estatutária ou efetiva) desta, ou *secundário*, consoante a “sociedade” se estabeleça num determinado EM através de uma figura dotada (ou não) de personalidade jurídica<sup>4088</sup>; e ainda no contexto de operações de reestruturação societária<sup>4089</sup>.

Ademais, sobrevoando a incontornável temática internacional privatística de que trataremos *infra*, cumpre salientar que o TJUE reconheceu, desde os seus primórdios, efeito direto vertical<sup>4090</sup> às disposições do atual TFUE, pese embora se imponha a articulação com os préstimos trazidos pela jurisprudência *Daily Mail* e *Cartesio*, nos termos da qual compete aos EM determinar se uma sociedade beneficia ou não da liberdade de estabelecimento<sup>4091</sup>. Esta interpretação é sustentada pela *tese da criação nacional*, a qual determina que, “contrariamente às pessoas singulares, as sociedades são entidades criadas por força de uma ordem jurídica e, no estágio atual do direito comunitário, de uma ordem jurídica interna. Só possuem existência através das diversas legislações nacionais que lhes determinam a constituição e o funcionamento”<sup>4092</sup>. Neste particular, anuímos com Pereira Dias (2010) quando afirma que, por força da crescente harmonização do direito da UE, é mister reconhecer a influência dominante dos textos comunitários nos ordenamentos jurídicos dos EM, bem como a preponderância decisiva do direito comunitário no acervo de direitos e deveres de que são titulares as sociedades na aceção do art. 54.º TFUE<sup>4093</sup>. Com efeito, julgamos que a tese da criação nacional, para além de incompatível com o TFUE e com a maioria dos arestos – incluindo os mais recentes – do TJUE<sup>4094</sup>, constitui a fonte dos maiores obstáculos à liberdade

---

<sup>4088</sup> Conforme sublinha Frada de Sousa, 2012, p. 334, haverá um exercício do direito de estabelecimento *primário* quando ocorre a criação de uma nova empresa (individual ou coletiva) ou a transferência do centro de atividade de uma empresa (através, designadamente, da transferência da sede efetiva de uma sociedade). Por seu turno, estaremos perante o exercício do direito de estabelecimento *secundário* quando estiver em causa a criação, por uma empresa já estabelecida num EM e que aí deseja manter o seu estabelecimento originário e principal, de uma segunda instalação permanente e estável (sucursal, agência ou filial).

<sup>4089</sup> Cf., *inter alia*, *Sevic*, pts. 18 e 19.

<sup>4090</sup> Vide, entre outros, *Reyners*, pts. 25-26 e, ainda, *Thieffry e Vlassopoulou*.

<sup>4091</sup> Pode ler-se no pt. 109 em *Cartesio* que “de acordo com o art. 48.º CE, na ausência de uma definição uniforme, dada pelo direito comunitário, das sociedades que podem beneficiar do direito de estabelecimento, em função de um critério de dependência único que determine o direito nacional aplicável a uma sociedade, a questão de saber se o art. 43.º CE se aplica a uma sociedade que invoca a liberdade fundamental consagrada por este artigo, tal como, de resto, a questão de saber se uma pessoa singular é um nacional de um Estado-Membro que pode, a esse título, beneficiar dessa liberdade, constitui uma questão prévia que, no estado atual do direito comunitário, apenas pode encontrar resposta no direito nacional aplicável. Por conseguinte, só quando essa sociedade beneficia efetivamente da liberdade de estabelecimento à luz das condições enunciadas no art. 48.º CE se coloca a questão de saber se a mesma está a ser alvo de uma restrição a essa liberdade na aceção do art. 43.º CE”.

<sup>4092</sup> Cf. *Daily Mail*, pt. 19.

<sup>4093</sup> Concluindo Pereira Dias, 2010, p. 227, assim, que o selo estadual da sociedade não parece suficiente para que continuemos a atribuir tal preponderância ao legislador nacional na regulamentação das suas sociedades, porquanto as sociedades não são só suas, mas também produtos do DUE.

<sup>4094</sup> Em *Sevic*, já o Adv. Geral chamava a atenção para a circunstância de que “[da] jurisprudência resulta sempre, mas não apenas, que o art. 43.º CE não se limita a proibir que um EM impeça ou restrinja o estabelecimento de operadores estrangeiros no seu território, mas opõe-se também a que levantem dificuldades ao estabelecimento de operadores nacionais noutro EM. Por outras palavras, são proibidas tanto as restrições ‘à entrada’ como ‘à saída’ do território nacional”. Na mesma esteira, acompanhamos, sem reserva, o entendimento espelhado no pt. 31 das conclusões do Adv. Geral em *Cartesio*.

de estabelecimento das sociedades, em virtude de outros arestos do TJUE (*maxime*, *Daily Mail* e *Cartesio*) sobre a matéria.

Ora, o pleno exercício da liberdade de estabelecimento apenas poderá ser configurado numa lógica congregadora, isto é, salvaguardando a mobilidade transfronteiriça na perspectiva da emigração e da imigração de sociedades no espaço da UE, por forma a que não existam medidas estatais injustificadas que impeçam, afetem ou tornem menos atrativo o exercício da liberdade de estabelecimento<sup>4095</sup>. Na verdade, parece-nos oportuna a expressão alegórica de Koppensteiner (2017, p. 23) quando afirma que é “igual ser fuzilado de frente ou de trás”, na medida em que os EM não deverão dispor de legitimidade para vaticinar a sobrevivência das sociedades em caso de emigração<sup>4096</sup>.

Neste contexto, particularmente interessante é a jurisprudência firmada pelo TJUE no caso *Polbud*<sup>4097</sup> relativamente à concretização da extensão da liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE. Em termos sintéticos, o TJUE veio afirmar que os arts. 49.º e 54.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que a liberdade de estabelecimento é aplicável à transferência da sede estatutária de uma sociedade constituída nos termos do direito de um EM para o território de outro EM, para se transformar, em conformidade com as condições previstas na legislação desse outro EM, numa sociedade de direito desse EM, sem transferência da sede efetiva da sociedade (cf. pt. 44 *Polbud*). No mais, importa recordar que o TJUE declarou que a situação em que uma sociedade constituída segundo a legislação de um EM em que tem a sua sede estatutária deseja criar uma sucursal noutro EM, mesmo quando essa sociedade tivesse sido constituída nesse primeiro EM apenas com o objetivo de se estabelecer no segundo, no qual exerce o essencial, ou até a totalidade, das suas atividades económicas, é abrangida pela liberdade de estabelecimento<sup>4098</sup>.

Assim, parece que a mobilidade transfronteiriça das sociedades encontra guarida sempre que existe um exercício efetivo de uma atividade económica dentro do espaço da UE, pelo que às sociedades é reconhecida a faculdade de se deslocarem para outro EM a fim de nele desenvolverem uma atividade económica<sup>4099</sup> ou apenas para se sujeitarem à legislação do EM de acolhimento, desde que o EM de origem consinta<sup>4100</sup>.

---

<sup>4095</sup> Cf., nomeadamente, *Gebhard* e *CaixaBank*, pt. 11.

<sup>4096</sup> O Autor rejeita o entendimento do TJUE no sentido de que “as disposições do direito nacional relevantes aplicáveis a sociedades que pretendam emigrar teriam o carácter de uma questão preliminar relativamente ao direito de estabelecimento”. Prossegue o mesmo Autor asseverando que “a própria liberdade tem de ser entendida como uma regra que coloca a transferência transfronteiriça fora do alcance do estatuto pessoal das sociedades”. Para mais desenvolvimentos, *vide* Koppensteiner, 2017. Em todo o caso, a esta questão voltaremos adiante.

<sup>4097</sup> Para uma análise compreensiva de *Polbud*, *vide* Szydło, 2018.

<sup>4098</sup> Cf. *Centros*, pt. 17, *inter alia*.

<sup>4099</sup> De acordo com a trilogia *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, poder-se-á afirmar que a liberdade de estabelecimento impõe que um determinado EM, ainda que adote a teoria da sede efetiva, reconheça que uma sociedade constituída noutro EM desenvolva a sua atividade económica nesse EM, ainda que permaneça sujeita à *lex societatis* do EM de constituição. *Vide*, para mais desenvolvimentos, Frada de Sousa, 2009, pp. 659-663.

<sup>4100</sup> Cf. *Polbud*, pts. 33 e 39. Em sentido contrário, *vide* conclusões da Adv. Geral em *Polbud* (*maxime*, pts. 27, 38 e 43).

Todavia, o que parece não estar abrangido pela liberdade de estabelecimento é a circunstância de uma sociedade constituída ao abrigo do direito de um determinado EM pretender deslocar a sua sede para o território de outro EM, no contexto de uma operação de reorganização, e pretender conservar a sua qualidade de sociedade do EM de constituição, sempre que este o não permita<sup>4101</sup>. Este entendimento parece resultar da aplicação da *doutrina da questão prévia*, plasmada em excertos de *Daily Mail*, *Überseering* e *Cartesio*, em que o TJUE concluiu que “um EM tem a possibilidade de impor a uma sociedade constituída nos termos da sua ordem jurídica restrições à deslocação da respetiva sede efetiva para fora do seu território a fim de que a mesma possa conservar a personalidade jurídica de que beneficia nos termos do direito desse mesmo EM”<sup>4102</sup>.

Não perfilhamos deste entendimento. Com efeito, julgamos que o escopo da liberdade de estabelecimento foi exemplarmente interpretado em *Sevic*<sup>4103</sup>. Na verdade, importa atentar que o art. 54.º TFUE não exige que a administração central se situe no EM onde a sociedade foi constituída<sup>4104</sup>, bem como não distingue entre estabelecimento primário ou secundário e, ainda, não se vislumbra qualquer indício que leve o intérprete a concluir que o estabelecimento primário mereça menos proteção do que o estabelecimento secundário ou que as restrições à saída mereçam menos escrutínio do que as restrições à entrada. Ora, a correta interpretação do escopo da liberdade de estabelecimento acarreta o rompimento da *doutrina da questão prévia*<sup>4105</sup>, na medida em que a transferência da sede – estatutária ou efetiva – constitui umas das formas de exercício da liberdade de estabelecimento, na vertente da escolha do instrumento jurídico mais apropriado para o exercício de atividades noutro EM<sup>4106</sup>. Caso assim se não entendesse, “os Estados-Membros teriam *carte blanche* para aplicar uma ‘sentença de morte’ a uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação, apenas por ter decidido exercer a liberdade de estabelecimento”<sup>4107</sup>, o que se revela incompatível com a *ratio* das disposições do TFUE, porquanto não podem ser os EM, através da sua legislação, a definir o âmbito subjetivo de aplicação do direito primário, bem como as formas admissíveis de exercício da liberdade de estabelecimento.

Em suma, entendemos que o exercício da liberdade de estabelecimento deverá ser assegurado a todas as sociedades que realizem uma atividade económica, estejam constituídas em conformidade com a legislação de um EM e tenham a sua sede social, administração ou estabelecimento principal na UE<sup>4108</sup>.

---

<sup>4101</sup> Vide pts. 109 a 112 em *Cartesio*.

<sup>4102</sup> Cf. *Daily Mail* (pt. 19), *Überseering* (pt. 79) e *Cartesio* (pt. 107).

<sup>4103</sup> vide pt. 18 em *Sevic*.

<sup>4104</sup> Neste sentido Mota Pinto, 2004, p. 82.

<sup>4105</sup> Vide conclusões do Adv. Geral em *Sevic*, pts. 25 a 27.

<sup>4106</sup> Cf. *Saint-Gobain*, pt. 43.

<sup>4107</sup> Pt. 31 das conclusões do Adv. Geral em *Cartesio*.

<sup>4108</sup> Naturalmente, a liberdade de estabelecimento pressupõe uma implantação real e o exercício de uma genuína e efetiva atividade económica no território da UE.

## 2. Restrições justificadas da liberdade de estabelecimento

Dispõe o art. 49.º do TFUE que são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um EM no território de outro EM<sup>4109</sup>. Ora, de uma banda, este preceito opõe-se a *tratamentos discriminatórios*, seja na forma de discriminações *diretas* – regras que prejudicam, de forma imediata, os estrangeiros beneficiários da liberdade de estabelecimento, em relação aos nacionais, por causa da sua nacionalidade –, como na forma de discriminações *indiretas* – traduzidas em regras restritivas que, embora se apliquem independentemente da nacionalidade, produzem efeitos prejudiciais, exclusiva ou preponderantemente, em relação a nacionais de outros EM. Por outra banda, em virtude dos contributos do TJUE<sup>4110</sup>, a liberdade de estabelecimento prevista no referido normativo adquiriu uma maior amplitude, na medida em que também se opõe a qualquer regra nacional que, “embora aplicável sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, é apta a perturbar ou tornar menos atrativo o exercício das liberdades fundamentais”<sup>4111-4112</sup>.

Nesta sequência, e na medida em que o art. 49.º do TFUE se consolidou como uma proibição geral de restrições, uma vez superado o teste da não discriminação em razão da nacionalidade, impõe-se apurar se uma determinada medida é, ainda assim, suscetível de restringir a liberdade de estabelecimento. Sem embargo, verificada a existência de uma restrição, cumpre, então, averiguar a admissibilidade da medida restritiva. Assim, o TJUE veio reconhecer a possibilidade de serem impostos limites à liberdade de estabelecimento, evocando igualmente os requisitos a que os limites deveriam obedecer<sup>4113</sup>. Assim, observaram-se os primeiros passos neste domínio em *Gebhard*<sup>4114</sup>, em que o TJUE estabeleceu que as medidas nacionais suscetíveis de afetar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo TFUE devem preencher quatro condições<sup>4115</sup>: (i) aplicar-se de modo não discriminatório, (ii) justificar-se por razões imperativas de interesse geral, (iii) ser adequadas para garantir a realização do objetivo que prosseguem e (iv) não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo<sup>4116</sup>.

---

<sup>4109</sup> Entende-se que as situações puramente internas relacionadas com um dado EM se encontram excluídas do âmbito de aplicação espacial do TFUE.

<sup>4110</sup> Para uma análise jurisprudencial da proibição das restrições à liberdade de estabelecimento, *vide*, entre outros, os seguintes acórdãos: *Thieffry*, *Klopp*, *Gülling*, *Kraus*, *Vlassopoulou*, *Gebhard*, *Cassis de Dijon* e *De Lasteyrie du Saillant*.

<sup>4111</sup> Cf. Mota Pinto, 2004, p. 101. Nas hipóteses de emigração de sociedades, caso o art. 49.º TFUE fosse entendido como apenas proibitivo de tratamento discriminatório, seriam válidas todas as restrições impostas pelo EM de origem à emigração de sociedades, uma vez que estas restrições se dirigem exclusivamente aos nacionais do próprio EM e excluem qualquer carácter discriminatório.

<sup>4112</sup> Em sentido diverso, *vide Comissão/Bélgica*.

<sup>4113</sup> *Vide, inter alia*, os acórdãos *Kraus* (pt. 32), *Gebhard* (pt. 37) e *National Grid* (pt. 42), bem como a jurisprudência aí referida.

<sup>4114</sup> Conforme observa Frada de Sousa, 2012, pp. 346-347, “a jurisprudência ulterior ao acórdão *Gebhard*, em particular no contexto do direito de estabelecimento das sociedades, tem tido um relevante impacto liberalizador e desregulador relativamente às ordens jurídicas dos EM”.

<sup>4115</sup> Cf. jurisprudência que empregou este método: *National Grid* (pt. 41), *Marks & Spencer* (pt. 35), *Cadbury Schweppes* (pt. 47), *Test Claimants* (pt. 64) e *Aberdeen* (pt. 57).

<sup>4116</sup> A mesma formulação foi empregue em *Centros* (pt. 34).



Ora, seguimos Mota Pinto (2004, p. 117) quando afirma que “a liberdade de estabelecimento [deve ser compreendida] como uma proibição geral de restrições ao acesso ou ao exercício de uma atividade num EM, pelo que qualquer restrição nacional se deverá sujeitar a um ‘teste’ justificativo que exige uma ponderação face ao grau de violação desta liberdade”.

Vejamos, então, o catálogo das restrições justificadas à liberdade de estabelecimento.

Conforme resulta do art. 51.º TFUE, é amiúde aceite pelo TJUE que os EM são livres de implementar medidas que impeçam o acesso de operadores estrangeiros ao exercício de atividades ligadas ao exercício de *autoridade pública*, traduzidos no exercício do *ius imperii* do Estado<sup>4117</sup>. Em paralelo, o art. 52.º TFUE prevê que também poderão ser admitidas medidas nacionais que consagrem um regime especial para os estrangeiros e se justifiquem por razões de *ordem pública, segurança pública e saúde pública*.

Neste particular, existe uma postura de não ingerência por parte do TJUE em matéria de concretização do conceito de ordem pública<sup>4118</sup>, embora esteja salvaguardada a circunstância de que “não se pode considerar que um comportamento apresenta um grau suficiente de gravidade que justifique restrições à entrada ou à residência, no território de um EM, de um nacional de outro EM, no caso em que o primeiro EM não toma, em relação ao mesmo comportamento, quando se trata dos seus próprios nacionais, medidas repressivas ou outras medidas reais e efetivas destinadas a combater esse comportamento”<sup>4119</sup>. Por outro lado, também não é admitida uma dimensão de ordem pública baseada em considerações económicas, tais como o objetivo de evitar a perda de receita pública decorrente da redução de base tributária na sequência do exercício do direito de estabelecimento dos operadores económicos para outro EM<sup>4120</sup> e o objetivo de reforço da solidez financeira das sociedades, com vista à proteção dos credores<sup>4121</sup>.

Nesta sequência, o TJUE reputa como justificadas as medidas não discriminatórias restritivas da liberdade de estabelecimento que tenham como subjacente *razões imperativas de interesse público*. Sonegando uma análise profunda que não cabe neste ensaio, sempre se dirá que, de acordo com Chalmers, Davies, & Monti (2014, pp. 895-899), as razões imperativas de interesse público se poderão agrupar em quatro grupos<sup>4122</sup>, a saber: (i) razões relacionadas com externalidades (falhas de mercado)<sup>4123</sup>, (ii) a proteção das liberdades cívicas, no sentido

---

<sup>4117</sup> Cf., v.g., *Reyners* (pts. 54 e 55); *Comissão/Grécia e Comissão/Bélgica II*.

<sup>4118</sup> Integra o conceito de ordem pública, designadamente, o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>4119</sup> Cf. *Jany* (pt. 60).

<sup>4120</sup> Cf. *ICI*. (pt. 28).

<sup>4121</sup> *Vide Centros*, pts. 32 e 34.

<sup>4122</sup> Para mais desenvolvimentos e referências jurisprudenciais, *vide* Barnard, 2016, pp. 482-488.

<sup>4123</sup> Sob esta égide poder-se-á encontrar na jurisprudência justificações como a proteção de credores, sócios minoritários e trabalhadores (cf. *Überseering*, pt. 92), proteção do ambiente, promoção do turismo, etc. Em especial no que diz respeito à mobilidade transfronteiriça das sociedades, é recorrente o TJUE pugnar pela necessidade de tutelar os interesses de diversas partes interessadas (*i.e.*, credores, sócios minoritários, trabalhadores) e, ainda, a preservação da eficácia das ações de fiscalização tributárias e da lealdade das transações

da proteção da integridade dos valores ínsitos na dignidade da pessoa humana, igualdade de tratamento, liberdade de expressão e de assembleia, (iii) a proteção de práticas socioculturais, na vertente da proteção das instituições locais que permitem o normal funcionamento dos mercados<sup>4124</sup> locais ou nacionais, enquanto, ao mesmo tempo, asseguram a fiabilidade, confiança e credibilidade depositada nos mesmos, e (iv) a preservação da ordem pública.

De igual modo, para que se possa concluir pela existência de uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento, com carácter justificado, é ainda necessário verificar se a medida observa o princípio da proporcionalidade *lato sensu*<sup>4125</sup>, o qual se desdobra na adequação, necessidade (ou *alternativa menos restritiva*) e proporcionalidade *stricto sensu*<sup>4126</sup>.

Não obstante e antecipando o que se aduzirá *infra*, sem prejuízo da possibilidade de imporem restrições ao exercício da liberdade de estabelecimento pelos motivos e de acordo com os pressupostos acima referidos, é ainda reconhecido aos EM a faculdade de tomar medidas aptas a prevenir ou a sancionar fraudes<sup>4127</sup>, pese embora estas se tenham que compaginar e articular com a jurisprudência consolidada pelo TJUE no sentido de que o “facto de se estabelecer a sede, estatutária ou efetiva, de uma sociedade em conformidade com a legislação de um EM com o objetivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não constitui, em si, um abuso”<sup>4128</sup>.

---

comerciais (cf. *Inspire Art*, pt. 132). A este propósito, *vide*, também, o que ficou consignado em *Sevic*, pt. 28 e *Vale*, pt. 39. Quanto à proteção dos trabalhadores, *vide*, designadamente, os Acs. *Arblade* (pt. 36), *Sevic*, (pt. 28) e *Viking Line* (pt. 77).

<sup>4124</sup> Note-se que esta estirpe de justificação não se confunde com objetivos económicos, os quais não constituem restrições justificadas. Neste sentido, *vide* Acs. *Gouda* (pt. 11) e *SETTG* (pt. 23), onde se constata que “a manutenção da paz social como meio de pôr termo a um conflito coletivo de trabalho e de evitar, assim, que um sector económico, e, portanto, a economia de um país, sofra as consequências negativas desse conflito, deve ser considerada como um objetivo de natureza económica que não pode constituir uma razão de interesse geral que justifique uma restrição da liberdade fundamental garantida pelo Tratado”.

<sup>4125</sup> Em matéria de ónus da prova, “cabe às autoridades nacionais competentes demonstrar, por um lado, que a sua legislação responde a um interesse essencial na aceção dos artigos 45.º CE e 46.º CE ou a uma razão imperiosa de interesse geral consagrada pela jurisprudência e, por outro, que a referida regulamentação está em conformidade com o princípio da proporcionalidade” (*vide Comissão/Itália* (pt. 33) e jurisprudência aí referida).

<sup>4126</sup> Cf. conclusões do Adv. Geral em *Ahokainen e Leppik* (pts. 23 a 26).

<sup>4127</sup> Ora, neste particular, importa consignar o que ficou exposto em *National Grid*, pt. 84: “a simples circunstância de uma sociedade transferir a sua sede para outro EM não pode gerar uma presunção geral de fraude fiscal e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado” (*vide* jurisprudência aí referida).

<sup>4128</sup> Neste sentido, entre outros, *vide* Acs. *Centros* (pt. 27) e *Inspire Art* (pt. 95).

### 3. O abuso da liberdade de estabelecimento

Existe no DUE hodierno um princípio geral de proibição do abuso<sup>4129</sup>, o qual permite que os EM possam tomar medidas destinadas a precaver “expedientes puramente artificiais desprovidos de realidade económica” e que têm como objetivo fugir à alçada da legislação nacional<sup>4130</sup>. Porém, no que diz respeito à mobilidade das sociedades, importa clarificar que o TJUE é perentório em afirmar que “a circunstância de [uma] sociedade ter sido constituída num EM com o objetivo (ou fim)<sup>4131</sup> de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não é, por si só, suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva dessa liberdade [de estabelecimento]”<sup>4132</sup>.

Em face do que antecede, considerando o esvaziamento do conceito de abuso operado por parte do TJUE, julgamos que não será prudente afirmar que vigora um princípio geral de proibição do abuso em matéria de mobilidade transfronteiriça das sociedades<sup>4133</sup>. Com efeito, ainda que seja forçoso reconhecer a inconsistência ostensiva da jurisprudência do TJUE, não é de todo pacífico que a liberdade de estabelecimento pressupõe que um nacional comunitário tenha de “participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um EM diferente do seu EM de origem e dela retirar benefício”<sup>4134</sup>. Ora, foi afirmado pelo TJUE em *Polbud*<sup>4135</sup> que “uma situação em que uma sociedade constituída segundo a legislação de um EM deseja transformar-se numa sociedade de direito de outro EM, com observância do critério seguido pelo segundo EM para ligar as sociedades ao seu direito nacional, releva da liberdade de estabelecimento, mesmo que essa sociedade exerça o essencial, ou mesmo a totalidade, das suas atividades no primeiro EM”<sup>4136</sup>, o que contraria a jurisprudência firmada em *Cadbury Schweppes* na parte em que constatou que a “constituição [noutro EM] deve corresponder a

---

<sup>4129</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. La FERIA, 2011. Vide, designadamente, no plano jurisprudencial, *Halifax*, *Diamantis*, *Kefalas* e *Emsland-Stärke*.

<sup>4130</sup> De acordo com Pichel, 2014, p. 243, os elementos estruturais do abuso compreendem, por um lado, a verificação de um elemento objetivo que implica a obtenção de uma vantagem e, por outro lado, a verificação de um elemento subjetivo que implica a intenção de obtenção de uma vantagem.

<sup>4131</sup> Cf. *Inspire Art*, pts. 96 e 139.

<sup>4132</sup> Vide *Centros* (pt. 27) e *Cadbury Schweppes* (pt. 37). Este entendimento tem, nas palavras de Frada de Sousa, 2009, p. 29, acarretado uma *clivagem entre o direito fiscal e o societário*, na medida em que a tendência do TJUE em promover a liberdade de circulação das sociedades através de estabelecimentos secundários e a liberdade de escolha da *lex societatis* no momento da constituição tem a virtude de sacrificar a aplicabilidade de certas disposições imperativas de direito societário enquanto, no plano fiscal, o TJUE reconhece aos EM a legitimidade para imporem aos beneficiários da liberdade de estabelecimento a aplicação das disposições imperativas de direito fiscal.

<sup>4133</sup> Esta circunstância fomenta, como veremos *infra*, a intensificação da concorrência entre ordenamentos jurídicos na UE e a promoção da arbitragem regulatória no domínio societário na UE.

<sup>4134</sup> Vide *Cadbury Schweppes* (pt. 53). No mesmo sentido, *Daily Mail*, *Cartesio* e *Vale*.

<sup>4135</sup> Cfr., em sentido divergente da decisão do TJUE, as conclusões (em especial, pt. 55) da Adv. Geral em *Polbud*. Com efeito, afirma a Adv. Geral que “ninguém pode invocar de forma abusiva o direito da União”, referindo a jurisprudência tradicional em matéria de abuso (i.e., *Kefalas* (pt. 20), *Diamantis* (pt. 33), *Halifax* (pt. 68), *SICES* (pt. 29) e *Kratzer* (pt. 37)).

<sup>4136</sup> Cf. *Polbud* (pt. 38, *in fine*).

uma implantação real que tem por objetivo a realização de atividades económicas efetivas no EM de acolhimento”<sup>4137</sup>.

Perante este desencontro de bases fundamentantes, coloca-se a questão de saber qual a extensão da figura do abuso em matéria de escolha de *lex societatis*. Mais, como se poderá compatibilizar a solução segundo a qual se admite que uma sociedade transfira a sua sede efetiva, mantendo a sua sede estatutária no EM de origem, com a solução de que a liberdade de estabelecimento pressupõe a implantação real no EM de destino e a prossecução de uma atividade económica<sup>4138</sup>, quando no primeiro caso se verifica um expediente puramente artificial que se consubstancia na manutenção da sede estatutária no EM de origem onde inexistente qualquer traço de atividade económica? Julgamos que não é possível sustentar esta solução à luz de uma doutrina autónoma de abuso<sup>4139</sup>.

Para Gelter & Vicente (2019), partindo da ideia de que as restrições à liberdade de estabelecimento não se destinam a proteger os *stakeholders* da sociedade, sendo antes tributárias da manutenção da imunidade legislativa dos EM e combativas da arbitragem regulatória<sup>4140</sup>, não haverá margem para militar no sentido da afirmação de uma doutrina autónoma de abuso, porquanto este não poderá estar ao serviço das ideologias políticas dos EM. Ora, o crescente fenómeno da mobilidade transfronteiriça das sociedades, galvanizada pela trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art*, mereceu a implementação de uma estratégia de *concorrência regulatória defensiva*, para os EM que sofreram o êxodo de sociedades, e de uma estratégia de “insolvensificação” dos regimes de proteção de credores por parte dos EM onde se verificava uma crescente implantação real de sociedades sujeitas a lei estrangeira. Por outro lado, o direito derivado da UE – *rectius*, a Diretiva (UE) 2017/1132<sup>4141</sup> e o Regulamento da *Societas Europaea* – contempla um manancial de medidas que se destinam a salvaguardar os interesses dos credores sociais, sócios minoritários e trabalhadores. Na verdade, julgamos que a liberdade de estabelecimento implica que se deve permitir que as sociedades possam desenvolver a sua atividade dentro do espaço da UE através da realocação do seu centro nevrálgico (i.e., transferência de sede efetiva), bem como determinar a *lex societatis* que

---

<sup>4137</sup> No mesmo sentido, *vide Reyners* (pt. 21), *Gebhard* (pt. 25), *Factortame* (pt. 20) e *Comissão/Reino Unido* (pt. 21).

<sup>4138</sup> Cf. conclusões (em especial, pt. 29) do Adv. Geral em *Cartesio*.

<sup>4139</sup> No fundo, parece-nos que quem não defender a teoria da sede real não vai encontrar utilidade em defender uma doutrina autónoma de proibição de abuso enquanto princípio geral, embora possa cumprir o seu desiderato enquanto válvula de escape.

<sup>4140</sup> Como afirmam Gelter & Vicente, 2019, p. 12, “saber se a escolha individual de jurisdição é abusiva pode fugir ao cerne da questão; o ponto verdadeiramente importante reside nos efeitos sistémicos de permitir ou proibir a arbitragem regulatória. Assim, saber se a incorporação numa jurisdição diferente da sede efetiva é abusiva é, em parte, uma função atribuída à difusão do fenómeno” (tn).

<sup>4141</sup> Alterada pela Diretiva (UE) 2019/2121, a qual representa o produto final do “pacote de direito das sociedades”, proposto pela CE, na parte atinente à implementação de uma estrutura jurídica para as conversões transfronteiriças. *Vide* Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças (COM (2018) 241 final).

pretendem que lhes seja aplicável, seja no momento da constituição, seja no momento da “revisão da opção inicial de localização da sede”<sup>4142</sup>.

Aqui chegados, parece poder concluir-se que o reconhecimento da liberdade de estabelecimento das sociedades deverá obedecer ao teste da existência de uma eventual restrição justificada e que não se deverá considerar como consagrado um princípio geral de proibição do abuso nesta matéria, na medida em que, no sistema supranacional que é a UE, os EM deverão depositar confiança e credibilidade no ordenamento jurídico dos seus pares, revelando-se intrincado classificar a escolha de outra jurisdição como intrinsecamente abusiva<sup>4143</sup>.

---

<sup>4142</sup> Expressão empregue, com propriedade, por Bento Soares, 2006, p. 69.

<sup>4143</sup> Assim, Gelter & Vicente, 2019, p. 31. O mesmo Autor afirma que, no plano da constituição de sociedades, a visão do TJUE assenta no pressuposto de que os agentes do mercado são informados, sendo capazes de perceber que as diferentes jurisdições regulam diversas formas societárias de diferentes países e que, por isso, se impõe o ajustamento de expectativas destes em conformidade com essa realidade.

## Capítulo II – A relevância do Direito Internacional Privado no exercício da mobilidade transfronteiriça

### 1. Determinação da lei aplicável ao estatuto societário

As sociedades, enquanto criações dotadas de um plexo orgânico participativo e titulares de relações jurídicas de natureza variada, bem com os sujeitos que com elas se relacionam, carecem de uma lei pessoal<sup>4144</sup> que regule o seu nascimento, vida e morte. A partir desta premência, eclodiu a ideia do estatuto pessoal, entendida como “a denominação congregadora das diversas ‘matérias jurídico-societárias’ que hão-de assim cair sobre a alçada da lei pessoal da sociedade”<sup>4145</sup>.

Por força da necessidade de apurar o elemento de conexão territorial (entre a sociedade e um determinado ordenamento jurídico) que melhor caucione os interesses subjacentes ao estatuto pessoal, digladiam-se hoje os partidários da *teoria da constituição*, de acordo com a qual a sociedade comercial é regida pela ordem jurídica segundo a qual se constituiu, e os militantes da *teoria da sede efetiva*<sup>4146</sup>, a qual determina que a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade é aquela onde se situa o centro nevrálgico de decisão da sociedade, isto é, o lugar da sede efetiva da administração<sup>4147</sup>. Ademais, o critério de definição da lei pessoal aplicável à sociedade tem também implicações ao nível do reconhecimento de sociedades estrangeiras e em relação à transferência internacional da sede social<sup>4148</sup>. Pelas razões que expendemos adiante, antecipamos a nossa preferência por um critério harmonizado de aplicação da *lex societatis* às sociedades no seio da UE<sup>4149</sup>, porquanto a instabilidade gerada por força da dicotomia entre sede estatutária e sede efetiva compromete, amiúde, o exercício da mobilidade transfronteiriça intracomunitária e a efetividade dos meios de tutela dos principais *stakeholders* da sociedade. Aliás, de acordo com o estudo encomendado pela CE e realizado por Gerner-Beuerle, Mucciarelli, Schuster, & Siems (2016)<sup>4150</sup>, foi sugerida a adoção de um regulamento europeu em que a regra geral consagrada corresponderia à aplicação da teoria da constituição<sup>4151</sup>. Com efeito, na sequência do congresso do GEDIP em setembro de

---

<sup>4144</sup> De acordo com Baptista Machado, 1982, p. 344, na determinação da lei pessoal deveriam ser acautelados diversos interesses, a saber: o da unidade e estabilidade do estatuto pessoal da pessoa coletiva, o da pessoa coletiva e o do comércio jurídico (segurança do tráfico jurídico e proteção de terceiros).

<sup>4145</sup> Noção proposta por Pereira Dias, 2010, p. 72. Cf. art. 33.º, n.º 2 CC, a propósito do elenco das matérias reguladas pela lei pessoal das pessoas coletivas.

<sup>4146</sup> Sobre as dificuldades atinentes à aplicação desta teoria, *vide* Lima Pinheiro, 2015, pp. 155 a 159.

<sup>4147</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a etimologia das teorias apresentadas, *vide* Moura Vicente, 2005, pp. 137 a 143.

<sup>4148</sup> *Vide*, neste sentido, Panayi, 2009, p. 5.

<sup>4149</sup> Não obstante, julgamos não ter cabimento, na lógica europeísta que procuramos explorar, a solução de *iure condendo* proposta por Lima Pinheiro, 2015, pp. 165 e 193, da “teoria atenuada da constituição que exclui a aplicação do direito da constituição às pessoas coletivas pseudo-estrangeiras e admite conexões especiais bem delimitadas com o Direito do Estado onde a pessoa coletiva desenvolve a sua atividade e com o Direito de outros Estados onde a pessoa coletiva celebra negócios jurídicos”.

<sup>4150</sup> Estudo realizado no âmbito do concurso público JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0051, com a colaboração da LSE Enterprise.

<sup>4151</sup> Cf. conclusões do estudo realizado por Gerner-Beuerle, Mucciarelli, Schuster, & Siems, 2016.

2016, foi publicada uma proposta de regulamento em que se propugnava a aplicação da lei pessoal do EM de constituição<sup>4152</sup>. Da nossa parte, julgamos que também poderá ser a solução que apresenta uma maior suscetibilidade de servir como plataforma de convergência entre os EM<sup>4153</sup>.

Ora, ao invés de procurar escarpelizar os méritos da teoria da sede efetiva<sup>4154</sup> sob o prisma do grau de integração desejada na UE, vejamos os traços distintivos inerentes à teoria da constituição. Desde logo, esta teoria assenta no princípio da autonomia privada e projeta-se na liberdade de escolha da *lex societatis* por parte dos agentes privados que se reuniram com vista ao desenvolvimento de um projeto empreendedor, pautado por critérios de racionalidade económica em que a determinação da lei aplicável encerra um fator preponderante<sup>4155</sup>, uma vez que permite conferir segurança jurídica à validade da sociedade para os *shareholders*, bem como o grau de “estabilidade e permanência do estatuto da pessoa coletiva” necessário para a construção de uma atividade comercial sustentada. Do ponto de vista dos *stakeholders*<sup>4156</sup> da sociedade, esta teoria corporiza certeza jurídica no plano da determinação do estatuto pessoal da sociedade, mesmo no cenário em que a sociedade exerce a mobilidade societária à luz da liberdade de estabelecimento, na medida em que evita o impacto negativo de o estatuto pessoal da sociedade se alterar cada vez que esta atravessa a fronteira<sup>4157</sup>.

Parece-nos, então, que a determinação da lei aplicável ao estatuto societário na UE deveria, de *iure constituendo*, obedecer ao critério da teoria da constituição, embora com a salvaguarda da manutenção da sede efetiva no espaço da UE. Todavia, e como veremos *infra*, a proteção dos interesses visados pela teoria da sede real poderá ser acautelada por instrumentos de direito derivado de DUE que se coadunem com a liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE.

---

<sup>4152</sup> Cf. art. 3.º da proposta de regulamento em matéria de lei aplicável às sociedades em GEDIP, 2016, p. 2.

<sup>4153</sup> Como salienta o Adv. Geral em *Cartesio* (pt. 30), “o exercício efetivo da liberdade de estabelecimento requer, pelo menos, algum grau de reconhecimento mútuo e de coordenação desses diversos sistemas normativos”, pelo que “o exercício efetivo do direito de estabelecimento implica que nenhuma teoria possa ser aplicada em todo o seu alcance lógico”. Esta circunstância, aliada ao facto de já ter sido demonstrado em *Überseering* que o exercício efetivo do direito de estabelecimento implica que nenhuma teoria possa ser aplicada em todo o seu alcance lógico, exacerba a incerteza e insegurança associadas à discrepância dos critérios de conexão exigidos para a aplicação da lei pessoal às sociedades na UE.

<sup>4154</sup> A teoria da “*Sitztheorie*” ou da “*siège réel*” procura uma conexão substancial entre a sociedade e a ordem jurídica da qual depende para a sua constituição e reconhecimento de personalidade jurídica. No entanto, é incontornável que esta teoria apresenta uma vincada carga ideológica, na medida em que os EM que dela perfilham reconhecem uma dimensão política a determinados interesses que entendem dever proteger, tais como a criação de um *level playing field* para sócios, credores e trabalhadores, assim como a igualdade de tratamento e proteção da concorrência. Para mais desenvolvimentos, vide Garcimartín Alférez, 2016, pp. 10-12.

<sup>4155</sup> Neste sentido, Meeusen, 2017, p. 306.

<sup>4156</sup> Como afirma Lima Pinheiro, 2015, pp. 162-163, ainda que a lei da incorporação possa ser estranha à vida da pessoa coletiva por propiciar a escolha da jurisdição mais favorável, a verdade é que “se a competência do Direito da constituição não assegura satisfatoriamente a tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico, a teoria da sede também não a assegura”. Na verdade, a proteção dos credores e do comércio jurídico no espaço da UE deve ser assegurado pelo recurso a instrumentos próprios de tutela de sócios, credores e trabalhadores, entre outros, bem como critérios claros de determinação de lei aplicável.

<sup>4157</sup> Cf. observação pertinente de Pichel, 2014, p. 229.

## 2. O caso português

O art. 3.º CSC, reafirmando a regra contida no art. 33.º CC para as pessoas coletivas em geral, estabelece o critério da sede real, ainda que de forma meramente literal, como veremos<sup>4158</sup>. Desde logo, o critério da sede real surge mitigado por força da parte final do n.º 1 do art. 3.º CSC, quando o legislador português determina a inoponibilidade a terceiros da lei da sede social efetiva situada no estrangeiro quando a sede estatutária tiver sido estabelecida em Portugal. Assim, partindo da premissa de que a sociedade não pode “opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa”, é inegável que o ponto privilegiado de referência de terceiros para determinar o estatuto da sociedade é a sede estatutária (a que consta do contrato de sociedade e dos atos externos<sup>4159</sup>). Na verdade, a *ratio* do regime assenta na tutela da aparência e, logo, da segurança jurídica, embora apenas na medida em que a sede estatutária estiver em território português, operando uma extensão do domínio de aplicação do Direito português em homenagem ao escopo protetor visado pela teoria da constituição, como vimos.

Por outro lado, também se verifica uma correspondência entre a competência das conservatórias portuguesas<sup>4160</sup> e os títulos de competência do Direito português definidos pelo art. 3.º, n.º 1 CSC<sup>4161</sup>. Ou seja, verifica-se uma ascendência relevante dos interesses que se visam proteger com a adoção da teoria da constituição em Portugal, tais como a certeza e segurança jurídica e princípio da confiança traduzido na fé pública registral, de tal maneira que se possa afirmar que o critério decisivo para a aplicação da lei pessoal portuguesa é o da sede estatutária<sup>4162</sup>.

## 3. A compatibilização entre a *lex societatis* e a liberdade de estabelecimento

É já um lugar comum na jurisprudência do TJUE, em matéria de mobilidade transfronteiriça das sociedades, afirmar que “no estado atual do direito da UE, cada EM tem a faculdade de definir o elemento de conexão que é exigido a uma sociedade para que possa ser considerada constituída segundo a sua legislação nacional”<sup>4163</sup>. Ademais, por força da

---

<sup>4158</sup> O regime português baseia-se na presunção de que a sociedade tem a sede da administração no Estado da sede estatutária, pelo que quando se demonstre que a sede da administração não coincide com a sede estatutária, o Direito da sede da administração será aplicável apenas às relações internas. *Vide*, para ulterior reflexão, Lima Pinheiro, O direito aplicável às sociedades. Contributo para o direito internacional privado das pessoas colectivas, 2000, pp. 540-542.

<sup>4159</sup> Cf. artigos 9.º e 171.º CSC.

<sup>4160</sup> *Vide* artigo 46.º do DL 76-A/2006, de 29 de março.

<sup>4161</sup> Em especial, Lima Pinheiro, 2015, pp. 164 e 178. Denota o Autor que, por força da bilateralização do art. 3.º, n.º 1 CSC, “o Direito da sede da administração só é aplicável às relações externas nos casos em que, tendo sido demonstrado que a sede da administração está situada fora do Estado da sede estatutária, os terceiros em causa devam contar com a competência do Direito da sede da administração”.

<sup>4162</sup> Parece ser sugestiva a afirmação de Lima Pinheiro, 2015, p. 178 quando escreve que “não tenho (sic) notícia de nenhuma decisão judicial portuguesa que tenha aplicado o Direito da sede da administração em detrimento do Direito da sede estatutária”.

<sup>4163</sup> Cf., *inter alia*, *Daily Mail* (pt. 25), *National Grid* (pts. 26 e 27) e *Vale* (pts. 28 e 29).



neutralidade em matéria conflitual evidenciada pelo TJUE, a doutrina tem sido compelida a concluir que a transferência da sede efetiva de uma sociedade para outro EM não se encontra abrangida pelo âmbito da liberdade de estabelecimento em relação ao EM de origem. Com efeito, parece-nos evidente que a natureza do vínculo de dependência exigido por cada EM não é dissociável, no plano prático, da extensão conferida à liberdade de estabelecimento, na medida em que uma “sociedade regida por um direito nacional que consagre o critério da sede real e seja restritivo na perspetiva da imigração das sociedades (...), conquanto *a priori* beneficiárias da liberdade de estabelecimento de modo idêntico às demais sociedades (...), estão na realidade mais limitadas no exercício desse direito, em virtude da opção legislativa que foi tomada pelo respetivo EM”<sup>4164</sup>. Mais ainda, acresce que o TJUE é consistente em afirmar o entendimento segundo o qual um EM tem a possibilidade de “não permitir a uma sociedade constituída ao abrigo do seu direito nacional conservar essa qualidade quando decida reorganizar-se noutro EM mediante a deslocação da sua sede para o território deste último, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do EM de constituição”<sup>4165</sup>.

Não obstante, julgamos que esta orientação não se coaduna com a lógica do mercado interno<sup>4166</sup> e com a dimensão ampla conferida pelo TJUE à mobilidade transfronteiriça das sociedades, apenas coartada, como veremos, pelas regras de direito internacional privado dos EM. Ora, o TJUE já reconheceu, por uma parte, que as sociedades podem transferir a sua sede efetiva para outro EM para aí desenvolver uma atividade económica estável durante um período de tempo indefinido, embora mantendo a sua sede estatutária no EM de origem, e, por outra parte, que as sociedades transfiram a sua sede estatutária para outro EM, para se transformarem numa sociedade de direito desse EM, embora mantendo a sua sede efetiva no EM de origem. No entanto, o TJUE reconhece também que cada EM tem a faculdade de definir o elemento de conexão que é exigido a uma sociedade para que possa ser considerada constituída segundo a sua legislação nacional<sup>4167</sup>.

Assim, parece-nos que o verdadeiro entrave à mobilidade transfronteiriça das sociedades reside na disparidade das regras de conflitos espalhadas pelos EM da UE<sup>4168</sup>, pelo que nos propomos explorar qual o espaço de conformação de que dispõem os EM em matéria de direito internacional (europeu) privado das sociedades<sup>4169</sup>.

---

<sup>4164</sup> Cf. Pereira Dias, 2010, p. 224.

<sup>4165</sup> Neste sentido, *vide*, em particular, *Daily Mail* (pt. 20) e *Cartesio* (pt. 110).

<sup>4166</sup> Meeusen, 2017, pp. 312-313 afirma que o mercado interno, na perspetiva do direito de estabelecimento das sociedades, procura o justo equilíbrio entre a integração económica através da criação de um *level playing field* com concorrência regulatória moderada e a proteção de interesses dos privados, os quais aspiram alcançar o ambiente legal e comercial que melhor se adegue às suas necessidades.

<sup>4167</sup> Cf. o aresto mais recente sobre a matéria da liberdade de estabelecimento das sociedades, *Polbud* (pt. 38).

<sup>4168</sup> Assim, *vide* *Daily Mail* (pt. 20) e *Cartesio* (pt. 105).

<sup>4169</sup> Afirma Frada de Sousa, 2012, p. 329, que “as normas e metodologias de DIP, à semelhança de quaisquer outras medidas nacionais, são suscetíveis de produzir efeitos considerados incompatíveis com o Direito primário material da UE”.

Em primeiro lugar, a política legislativa da UE em matéria de DIP, traduzida na “europeização direta do DIP através da adoção de instrumentos de unificação do Direito de Conflitos de leis na UE”<sup>4170</sup>, releva na “construção de um verdadeiro espaço de liberdade, segurança e justiça na UE, bem mais amplo do que um simples mercado interno”<sup>4171</sup>. Por outra parte, ultrapassado o estágio de pré-europeização do DIP demonstrado em *Daily Mail*, o TJUE veio afirmar<sup>4172</sup>, paulatinamente, que “o facto de os EM reterem a sua competência para definirem a regulação de situações privadas transnacionais na UE, designadamente em matéria societária, não implica que esses EM, no exercício dessas competências, não tenham que respeitar as imposições do Direito primário sobre as liberdades de circulação”<sup>4173</sup>.

Contudo, e em contraciclo com a corrente jurisprudencial firmada pelo TJUE, este veio admitir, em *Cartesio* (reafirmando a jurisprudência de *Daily Mail*), a existência de *domínios reservados* de Direito nacional dos EM imunes ao escrutínio do DUE. No que à matéria em apreço tange, o TJUE reconhece que os EM são competentes para regular as questões atinentes à existência, formação, funcionamento e dissolução das suas sociedades, pese embora assevere que a imposição da dissolução de uma sociedade em resultado direto do exercício da mobilidade transfronteiriça não se encontre imune ao escrutínio do DUE<sup>4174</sup>. Ora, o TJUE considera que um EM é livre de proibir a transferência da sede efetiva de uma sociedade para outro EM quando aquela pretende manter-se sujeita à *lex societatis* do EM de origem, embora não o seja quando a transferência da sede da sociedade seja acompanhada da mudança da lei reguladora do estatuto pessoal<sup>4175</sup>. Assim, entende-se que os “EM poderão legitimamente contrariar a vontade das sociedades neles constituídas de transferirem a sua sede real para o estrangeiro com a continuação da sujeição à *lex societatis* de origem, mas não podem proibir essas sociedades de transferirem a sua sede real para o estrangeiro com mudança do seu estatuto jurídico-societário”<sup>4176</sup>.

Por outro lado, o TJUE, para se esquivar ao acolhimento de uma determinada teoria de conexão para aplicação da *lex societatis*, determinou uma *relação de equivalência* entre a sede social, administração central e o estabelecimento principal (cf. artigo 54.º TFUE) no que

---

<sup>4170</sup> Cf., *v.g.*, Reg. Roma I, Reg. Roma II e Reg. Bruxelas I bis. Para uma análise das fontes da UE em matéria de DIP, *vide* Lima Pinheiro L. d., 2014, pp. 216 a 240.

<sup>4171</sup> Cf., com mais desenvolvimentos, Frada de Sousa, 2012, p. 331.

<sup>4172</sup> Designadamente, em *Centros, Überseering, Inspire Art* e *Sevic*.

<sup>4173</sup> Cf. Frada de Sousa, 2012, p. 357.

<sup>4174</sup> Afirmar o seu contrário refletiria a ideia da *lógica invertida*, recusada em *Sevic* (*vide* pt. 25 das conclusões do Adv. Geral em *Sevic*). Ora, de acordo com a ideia da *lógica invertida*, seria a consequência do exercício da liberdade de estabelecimento (uma fusão transfronteiriça ou uma transferência de sede para o estrangeiro) que determinaria a extinção da sociedade e, logo, a impossibilidade de exercer a liberdade de estabelecimento, porquanto uma sociedade extinta não pode beneficiar da liberdade de estabelecimento.

<sup>4175</sup> Cf. *Cartesio* (pts. 111 e 112), em *obiter dictum*. De referir que esta distinção corresponde a um progresso na jurisprudência do TJUE, por referência a *Daily Mail*.

<sup>4176</sup> *Vide*, com a correspondente justificação, em nosso ver insatisfatória, Frada de Sousa, 2012, pp. 371-372. Em particular, não concordamos com o Autor quando afirma que a impossibilidade de exercer um controlo e supervisão eficazes sobre sociedades sujeitas à sua *lex societatis* quando estas mantêm o seu centro de administração e controlo no estrangeiro [*no sentido da UE*] constitui uma razão imperativa de interesse geral suscetível de restringir justificadamente a liberdade de estabelecimento.

respeita ao vínculo de dependência enquanto condição do exercício da liberdade de estabelecimento das sociedades<sup>4177</sup>. Julgamos, com efeito, que o legislador europeu não pretendeu consagrar uma área reservada de não ingerência do DUE em matéria de atribuição do direito de estabelecimento das sociedades da UE, apenas se viu forçado a abranger todas as realidades, num quadro de ausência de uma base de consenso no seio dos EM.

Não obstante, com a decisão proferida em *Polbud*, o TJUE veio descartar a teoria da sede efetiva, no sentido de que esta se tornou “incapaz de assegurar qualquer vantagem competitiva aos EM que ainda dela comunguem” (tn)<sup>4178</sup>. Na verdade, os EM estão obrigados a reconhecer sociedades sujeitas à lei de outros EM, pelo que manter a obrigação de permanência da sede efetiva no EM já não permite assegurar os interesses subjacentes à consagração da teoria da sede real e, para além do mais, acarreta um regime mais austero para as sociedades nacionais do que para as sociedades de outros EM<sup>4179</sup>.

Assim, embora cientes da tensão gerada entre a permissibilidade atribuída pelo TJUE aos requisitos de residência, à luz do direito nacional dos EM, e a consagração da liberdade de escolha de lei aplicável às sociedades<sup>4180</sup>, enquanto traço inerente à liberdade de estabelecimento<sup>4181</sup>, parece-nos, em todo o caso, que existem obstáculos práticos significativos à mobilidade transfronteiriça na UE<sup>4182</sup>, os quais merecem ser suprimidos, pelo que se impõe uma solução de harmonização das regras de DIP<sup>4183</sup>.

Neste contexto, e numa tentativa de aliviar uma solução de *iure constituendo*, justifica-se salientar os traços basilares da proposta de regulamento em matéria de lei aplicável às sociedades elaborada pelo GEDIP<sup>4184</sup>, a saber: a proposta (i) adota como regra geral a teoria

---

<sup>4177</sup> Neste sentido, *vide Daily Mail* (pt. 21), *Centros* (pt. 20), *Überseering* (pt. 57), *Inspire Art* (pt. 94) e *Cartesio* (pt. 106).

<sup>4178</sup> Cf., com uma reflexão acerca das potenciais consequências, Meeusen, 2018, p. 323.

<sup>4179</sup> *Vide*, a este propósito, a reflexão de Frada de Sousa, 2012, p. 633.

<sup>4180</sup> Parece-nos bastante pertinente a observação do grupo de reflexão constituído em 2011 pela CE, em CE, 2011, p. 18: “o presente estado das coisas na UE provoca resultados paradoxais. No momento da constituição de uma sociedade, os seus fundadores podem eleger o regime societário de qualquer EM, mas, uma vez constituída a sociedade, estes não podem alterar o regime societário aplicável para o de outro EM. Um EM pode impedir o êxodo da sede efetiva das suas sociedades para fora do seu território, mas não pode impedir uma sociedade de outro EM de operar no seu território, independentemente da localização da sua sede efetiva. Os EM podem impedir as suas sociedades de alterarem o regime societário e exigir que estas mantenham a sua sede efetiva no seu território, mas não as podem impedir de se fundirem com uma sociedade de outro EM que possa, efetivamente, resultar na adoção de um novo regime societário para essa sociedade e na transferência da sua sede efetiva, em sequência da fusão. O resultado é uma desigual distribuição de direitos que exige que as sociedades despendam recursos consideráveis e incorram em custos avultados por forma a beneficiarem da liberdade de movimento flexível dentro da UE, a qual deveria corresponder a um direito inato de todos os cidadãos e sociedades da UE”. (tn)

<sup>4181</sup> Cf., neste sentido, Gerner-Beuerle, Mucciarelli, Schuster, & Siems, 2016, p. 106.

<sup>4182</sup> Sobre os obstáculos à mobilidade transfronteiriça na UE, *vide*, aprofundadamente, Gerner-Beuerle, Mucciarelli, Schuster, & Siems, 2016.

<sup>4183</sup> Nesta esteira, merece destaque a súmula de Garcimartín Alférez, 2016, p. 8 relativamente ao estádio atual do *status quo*: “o critério de conexão relevante é aferido pelo EM de incorporação, mas os outros EM são obrigados a aceitar o resultado emergente da aplicação da lei desse EM, segundo o princípio do reconhecimento mútuo. Isto é, o EM de incorporação permanece livre de adotar a teoria da sede efetiva ou a teoria da incorporação quanto às sociedades constituída à luz da sua lei, mas não à luz de lei estrangeira [de outro EM]. Quando uma sociedade tenha sido validamente constituída de acordo com a lei de um EM, esta deve ser reconhecida pelos outros EM, incluindo aquele onde a sua sede efetiva se encontra (esquema da “abordagem unilateral + reconhecimento mútuo”). (tn)

<sup>4184</sup> Cf. GEDIP, 2016.

da incorporação, embora acompanhada por algumas exceções e salvaguardas (*v.g.*, arts. 4.º, 6.º, 7.º e 10.º da proposta), (ii) acolhe a aplicação integral da *lex incorporationis*, na medida em que sugere que seja a *lex incorporationis* a regular os “aspectos internos” do contrato de sociedade (*i.e.*, os direitos e obrigações dos sócios, a sua organização e funcionamento, a responsabilidade dos membros dos órgãos sociais perante os sócios e a sociedade), assim como os seus “aspectos externos” (*i.e.*, a existência da sociedade enquanto pessoa coletiva, a sua capacidade jurídica e a autonomia patrimonial), e (iii) pretende facilitar a alteração da *lex incorporationis*, com manutenção da personalidade jurídica, através da mera transferência da sede estatutária.

Em suma, aplaudiríamos uma solução de harmonização ao nível da determinação da *lex societatis*, ao abrigo do disposto no art. 81.º, n.º 2, al. c) TFUE, na medida em que se afigura necessário para o bom funcionamento do mercado interno assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos EM em matéria de conflitos de leis<sup>4185</sup>.

#### **4. Breve nota sobre a arbitragem regulatória sob o prisma da análise económica do Direito**

Com a nossa proposta de revisão do paradigma da neutralidade conflitual do direito da UE em matéria da definição dos vínculos de dependência para determinação da *lex societatis*, ancorada na teoria da incorporação, nos termos já aludidos, estamos convictos de que o fenómeno da arbitragem regulatória<sup>4186</sup> se irá intensificar<sup>4187</sup>, porquanto “é a saída, ou a ameaça de saída, de indivíduos e empresas, de um Estado para o outro, que espoleta a concorrência horizontal entre Estados e, conseqüentemente, a limitação das ineficiências e/ou abusos da legislação adotada a nível infra-federal”<sup>4188</sup>.

O fenómeno da arbitragem regulatória encara o Direito como um produto, isto é, um bem público<sup>4189</sup> fornecido pelos Estados aos cidadãos e empresas que disponham da mobilidade para eleger o produto que mais se adegue às suas preferências individuais. Segundo uma lógica economicista, as normas jurídicas são suscetíveis de impor custos que se

---

<sup>4185</sup> Neste âmbito, parece-nos que a repriminção da proposta de regulamento em matéria de lei aplicável às sociedades, disponível em GEDIP, 2016, seria um possível ponto de partida.

<sup>4186</sup> *Vide*, a este respeito, as considerações tecidas por Lombardo, 2009, pp. 634-648, Bratton, McCahey, & Vermuelen, 2008, pp. 20-35 e Gelter, 2019, pp. 18-37.

<sup>4187</sup> Observa, com acuidade, Frada de Sousa, 2012, p. 576 que “havendo possibilidade de escolha do Direito aplicável de forma direta, sem necessidade de deslocação física dos arbitragistas para o Estado com o melhor Direito – como sucede, por exemplo, (...) com a determinação da *lex societatis* através da teoria da incorporação – a arbitragem regulamentar será, naturalmente, facilitada e, conseqüentemente, também a operacionalidade do modelo de concorrência regulamentar será potenciada”.

<sup>4188</sup> Cf. Frada de Sousa, 2012, p. 542. Acrescenta o Autor que “o modelo de federalismo concorrencial pode facilmente ser transposto e seguido num espaço integrado, como o da UE, pautado por uma salvaguarda constitucional das liberdades de circulação, mercadorias, serviços e capitais”.

<sup>4189</sup> Um bem público encontra-se dotado das características da não rivalidade e não exclusão, no sentido em que a aplicação de leis por um (ou a um) sujeito não diminui a disponibilidade dessas leis para outros sujeitos, bem como não é possível excluir a aplicação das leis a um conjunto de sujeitos *free riders*, porquanto as mesmas são dotadas da generalidade e abstração.

irão repercutir no preço final imputado aos consumidores dos destinatários dessas normas jurídicas, pelo que, num modelo de concorrência entre legislações, os Estados estão obrigados a fornecer uma legislação eficiente e competitiva. Ora, a noção de arbitragem regulatória transmite a “ideia que, quando um determinado Direito seja mais ineficiente, ou limite mais a satisfação de preferências individuais do que outro Direito, os particulares (cidadãos ou empresas) irão, racionalmente, sujeitar as suas relações ao Direito que imponha menores custos à sua atividade económica e/ou que lhes permita satisfazer melhor as suas preferências individuais”<sup>4190</sup>, o que desencadeia um processo através do qual as normas jurídicas são criadas ou alteradas em função da concorrência entre legislações.

Neste particular, a trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art* desempenhou um efeito catalisador do abandono, pelo legislador europeu, da corrente de harmonização comunitária no domínio do Direito societário substantivo<sup>4191</sup>, porquanto se acreditava que “[a]lgumas regras no domínio do direito das sociedades são suscetíveis de serem abordadas de forma mais adequada e atualizadas de forma mais eficaz a nível nacional, não sendo de excluir que um certo grau de concorrência entre regras nacionais possa contribuir para a eficiência do mercado único”<sup>4192</sup>. Designadamente, entendiam alguns académicos que o DUE deveria restringir a sua atuação no domínio societário à redução das barreiras à liberdade de estabelecimento das sociedades, através de intervenções precisas e definidas com rigor<sup>4193</sup>.

Assim, partindo da ideia de que a produção de legislação mais eficiente é um objetivo da UE, sendo outro o da promoção da liberdade de estabelecimento (*maxime*, da mobilidade transfronteiriça das sociedades), julgamos conveniente pugnar por uma solução de uniformização do elemento de conexão relevante para determinar a lei reguladora do estatuto pessoal de uma sociedade (*rectius*, uniformização ao nível das regras de conflitos de leis e jurisdições). Com efeito, a manutenção da dicotomia entre teoria da incorporação e teoria da sede real interfere, decisivamente, com a possibilidade de existir uma concorrência efetiva entre EM, por força da ausência de um *level playing field*. Em todo o caso, julgamos que, para cada modo de exercício da mobilidade transfronteiriça, conforme veremos *infra*, deverão ser implementadas medidas (i.e., mecanismos de proteção de credores, sócios minoritários e trabalhadores) para combater determinadas falhas de mercados que resultam da concorrência entre legislações e, por sua vez, da arbitragem regulatória.

Por tudo o que ficou exposto no presente capítulo, parece-nos que a livre escolha da lei reguladora de uma sociedade configura um corolário da liberdade de estabelecimento na UE,

---

<sup>4190</sup> Cf. Frada de Sousa, 2012, p. 572.

<sup>4191</sup> *Vide*, a este respeito, Gelter, 2008, pp. 2-3.

<sup>4192</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho da UE e ao Parlamento Europeu – Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia – Uma estratégia para o futuro, de 21 de maio de 2003, (2003) 284 final, ponto 2.2.

<sup>4193</sup> Para um aprofundamento desta temática, *vide*, em particular, Frada de Sousa, 2012, p. 550 e bibliografia aí referenciada.

a qual apenas conservará um substrato tangível se e na medida em que houver diversidade legislativa em matéria de direito societário substantivo na UE. No entanto, impõe-se assegurar uma efetiva regulação<sup>4194</sup> da arbitragem regulatória na UE em dois planos. Por uma parte, para assegurar a diversidade dos ordenamentos jurídicos dos EM<sup>4195</sup> através de mecanismos de *especialização normativa*<sup>4196</sup>, que conduzem a que cada EM apure e torne mais eficiente o seu quadro regulamentar relativo à produção de determinados bens e serviços, com vista a corresponder às preferências dos produtores desses bens e serviços, as quais são determinadas pelas preferências dos respetivos consumidores<sup>4197</sup>. Por outro lado, por força das potenciais falhas de mercados que se podem verificar no âmbito da concorrência tendencialmente plena entre ordenamentos jurídicos, impõe-se, de igual modo, proteger “os interesses legítimos de partes interessadas afetadas por externalidades negativas, resultantes da arbitragem regulamentar (...) proporcionada pela liberdade fundamental de circulação de que gozam sociedades e particulares que lhes permite emigrarem de um EM, com um Direito que lhes é mais desfavorável, para outro, com um Direito mais favorável”<sup>4198</sup>.

---

<sup>4194</sup> Para uma perspetiva de direito comparado com o direito dos EUA, *vide* Meeusen, 2019.

<sup>4195</sup> Como é sabido, a ideia do modelo de concorrência regulamentar implementado na UE por via do princípio do reconhecimento mútuo pode conduzir a uma harmonização dos ordenamentos jurídicos pelo mercado segundo o processo darwiniano da seleção natural.

<sup>4196</sup> Este fenómeno é contemporâneo da ocorrência de uma distribuição dos operadores económicos, conforme as suas preferências regulamentares, por vários ordenamentos jurídicos. Ora, o produto desejado traduzir-se-ia na manutenção de diversidade normativa em várias ordens jurídicas, que se esforçarão, cada uma delas, por aprimorar qualitativamente o seu respetivo quadro normativo vocacionado para corresponder a um certo leque de preferências dominantes. Cf. Frada de Sousa, 2012, p. 585.

<sup>4197</sup> Neste particular, parece-nos que o caminho a ser traçado nesta matéria dependerá, sobretudo, da especialização económica (do mercado de bens e serviços) que cada EM possui ou poderá vir a adquirir em resultado da concorrência e de acordo com os comportamentos dos agentes económicos.

<sup>4198</sup> Cf. Frada de Sousa, 2012, p. 684.

## Capítulo III – Os modos de exercício da mobilidade transfronteiriça

### 1. Razão de ordem

O exercício da mobilidade transfronteiriça na UE, por parte das sociedades constituídas de acordo com o art. 54.º TFUE, poderá ser impulsionado por um conjunto variado de motivações, as quais podem revestir índole económica ou jurídica<sup>4199</sup>. Com efeito, uma sociedade poderá pretender *migrar* de um EM para outro através da realocização do seu centro de administração e controlo (*i.e.*, sede efetiva), da sua sede estatutária ou, simultaneamente, de ambos<sup>4200</sup>. A transferência intracomunitária da sede efetiva de uma sociedade poderá ser impulsionada por motivos comerciais, resultantes da realidade dinâmica do quotidiano da sociedade, ou por motivos predominantemente estratégicos, pelo que a consequência da mudança gradual do centro de gravidade da sociedade poderá redundar, *a posteriori*, na transferência da sede estatutária da sociedade. Em acréscimo, a mobilidade transfronteiriça está intimamente relacionada com motivos de ordem fiscal, atinentes à tributação do rendimento ou em virtude da procura da otimização da tributação indireta<sup>4201</sup>.

Assim, o exercício da mobilidade transfronteiriça por parte de uma sociedade na UE poderá almejar uma alteração da sua veste societária, alcançada através da alteração da sede estatutária e, consequentemente, da conversão da *lex societatis* aplicável à sociedade<sup>4202</sup>. Por outra banda, e como veremos *infra* sob o prisma do Direito pátrio, ainda que de modo necessariamente perfunctório, a liberdade de estabelecimento exercida através da mobilidade transfronteiriça poderá abranger uma amálgama de realidades, tais como (i) a transferência intercomunitária da sede efetiva<sup>4203</sup> e a constituição de estabelecimentos secundários, (ii) a participação em operações de reorganização e reestruturação societária<sup>4204</sup>, e (iii) a criação de estruturas multipolares e multiterritoriais no espaço comunitário.

---

<sup>4199</sup> *Vide*, em especial, o que afirma Rammeloo, 2018, pp. 95-96.

<sup>4200</sup> No mesmo sentido, *vide* Rodas Paredes, 2010, p. 39.

<sup>4201</sup> Cf. Frada de Sousa, 2009, pp. 25-31.

<sup>4202</sup> A este modo de exercício poderá empregar-se a expressão “transformação transfronteiriça”, porquanto a mesma é entendida como a operação através da qual uma sociedade altera a sua forma jurídica (para a de outro EM) sem perda da respetiva personalidade jurídica.

<sup>4203</sup> Socorrendo-nos da noção de Bento Soares, 2006, p. 53, esta figura é vista como o fenómeno consubstanciado na deslocação do centro de administração e controlo de uma sociedade, embora com a manutenção da ligação jurídico-formal com o Estado onde está sediada e onde, eventualmente, se constitui. Neste caso, a sociedade pretende continuar a ser havida como sociedade de direito do EM onde se encontra a sua sede estatutária.

<sup>4204</sup> Neste âmbito, perfilam-se os institutos da transformação, fusão e cisão transfronteiriças.

## 2. A transferência intercomunitária de sede efetiva e a constituição de estabelecimentos secundários

O direito de transferir o centro da atividade empresarial para o território de outro EM, traduzido na transferência intercomunitária da sede efetiva, e a constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um EM no território de outro EM, possibilitando a ampliação do espectro de atuação das sociedades, correspondem, respetivamente, ao exercício da liberdade de estabelecimento primária e secundária consagradas no primeiro parágrafo do art. 49.º TFUE, *ex vi* art. 54.º TFUE.

Quanto à transferência internacional da sede social, o art. 3.º CSC regula a problemática da manutenção da personalidade jurídica da sociedade em caso de transferência da sede para Portugal – hipótese em que se exige que a anterior lei pessoal da sociedade assim consinta e que os estatutos sejam conformados com a lei portuguesa – e em caso de transferência da sede para o estrangeiro, exigindo-se que a nova lei pessoal da sociedade esteja de acordo, que sejam respeitados os requisitos da legislação portuguesa para alteração de estatutos e que a deliberação seja tomada por 75% ou mais dos votos correspondentes ao capital social<sup>4205</sup>. Neste quadro, facilmente se constata que o legislador português não ergueu entraves significativos ao exercício da mobilidade transfronteiriça das suas sociedades<sup>4206</sup>. Destarte, considerando a jurisprudência do TJUE (*rectius*, *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*) sobre a inadmissibilidade das restrições à imigração societária, as sociedades portuguesas dispõem de uma ampla mobilidade para se estabelecerem, a título principal, em qualquer outro EM<sup>4207</sup>.

No mais, a liberdade de estabelecimento secundária pode ser exercida por uma sociedade validamente constituída num EM, ainda que nele não disponha de uma atividade económica genuína, através de figuras que podem, ou não, ser dotadas de personalidade jurídica<sup>4208</sup>. Com efeito, impõe-se ao EM onde a sociedade pretende instalar o seu estabelecimento secundário o reconhecimento pleno da sociedade como uma entidade jurídica validamente formada e existente segundo a lei do EM da sua constituição. Assim se compreende a exclusão da aplicação do regime do art. 4.º CSC, prevista no seu n.º 4, para a atuação de sociedades estrangeiras em Portugal que sejam beneficiárias da liberdade de estabelecimento, na medida em que a imposição dos encargos constantes dos n.ºs 1 a 3 do art.

---

<sup>4205</sup> Neste contexto, consagra-se, ainda, um direito de exoneração para os sócios discordantes. *Vide*, para mais detalhe, Bento Soares, 2006, pp. 60-64.

<sup>4206</sup> *Vide*, neste sentido, Gerner-Beuerle, Mucciarelli, Schuster, & Siems, 2016, pp. 134-135.

<sup>4207</sup> Pereira Dias, 2010, p. 236, denota um efeito curioso do *obiter dictum* insito em *Cartesio* (pt. 112): “[Este ponto] tem o sentido de garantir a sociedades constituídas e com sede em ordens jurídicas como a portuguesa a mobilidade para o espaço europeu, enquanto que nada acrescenta às sociedades com sede em EM que adotem uma conceção rígida de teoria da sede real”.

<sup>4208</sup> Sobre a noção de agência e sucursal, *vide* Mota Pinto, 2004, p. 76.



4.º CSC consubstanciaria uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento desprovida de qualquer justificação bastante no plano do DUE<sup>4209</sup>.

### **3. As operações de reorganização e reestruturação societária (transformações, fusões e cisões)**

As operações de reorganização e reestruturação integram o “ciclo de vida das sociedades e são vias naturais para o seu crescimento, adaptação a um ambiente em mudança e exploração de oportunidades em novos mercados”<sup>4210</sup>, pelo que se encontram abrangidas pela liberdade de estabelecimento. Ora, como operações deste natureza perfilam-se as (i) transformações transfronteiriças<sup>4211</sup>, as (ii) fusões transfronteiriças<sup>4212</sup> e (iii) as cisões transfronteiriças<sup>4213</sup>.

Reconhecida a insuficiente adaptação do direito das sociedades à mobilidade transfronteiriça das sociedades no interior da UE, o PE e o Conselho da UE aprovaram a Diretiva (UE) 2019/2121<sup>4214</sup>, na qual se estatuem regras harmonizadas em matéria de transformações e cisões transfronteiriças, bem como se revisitam alguns aspetos do regime das fusões transfronteiriças. Em traços gerais, a Diretiva (UE) 2019/2121 apresenta um duplo objetivo: providenciar procedimentos específicos para as operações transfronteiriças, a fim de fomentar a mobilidade transfronteiriça na UE, assim como proteger adequadamente os grupos de interesse relacionados com as sociedades (*i.e.*, sócios, credores e trabalhadores)<sup>4215</sup>.

No contexto deste trabalho, interessa-nos, especificamente, analisar o grau de conformação da Diretiva (UE) 2019/2121 com a liberdade de estabelecimento decorrente da aplicação direta do TFUE e da jurisprudência relevante do TJUE. Em particular, relevam as

---

<sup>4209</sup> Neste sentido se pronuncia Pereira Dias, 2010, p. 88.

<sup>4210</sup> Cf. Proposta de Diretiva do PE e do Conselho da UE que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças, COM(2018) 241 final, p. 1.

<sup>4211</sup> Operação pela qual uma sociedade, sem ser dissolvida ou liquidada ou entrar em liquidação, converte a forma jurídica sob a qual se encontra registada num EM de partida numa forma jurídica do EM de destino e transfere, pelo menos, a sua sede estatutária para este último EM, mantendo a sua personalidade jurídica.

<sup>4212</sup> Cf. artigo 119.º, n.º 2 da Diretiva (UE) 2017/1132.

<sup>4213</sup> Na Diretiva (UE) 2019/2121 incluem-se as cisões totais, parciais e por separação para sociedades a constituir. Porém, em nosso entender, julgamos que as cisões em que uma sociedade transfere o seu património para uma ou mais sociedades existentes também integra o conceito de cisão, pelo que deveria ter sido acolhida.

<sup>4214</sup> Vide, para melhor compreensão dos antecedentes da iniciativa legislativa, Schmidt, 2016.

<sup>4215</sup> Não cabe neste trabalho proceder a uma análise dos aspetos mecanicistas inerentes às operações transfronteiriças reguladas na Diretiva (UE) 2019/2121. Ainda assim, cumpre assinalar que a Diretiva (UE) 2019/2121 regula, com minúcia – o que é bastante criticável, uma vez que implica a existência de disposições supérfluas ou redundantes e um maior risco de tensão entre os intervenientes, entre si, e com as autoridades competentes – os aspetos procedimentais das operações transfronteiriças, tais como: o projeto da operação proposta, o relatório destinado a informar os sócios e trabalhadores, o parecer emitido por um perito independente, a matéria dos quóruns constitutivos e deliberativos exigidos para as deliberações da AG, as medidas protetoras dos sócios, credores sociais e trabalhadores, a competência das autoridades nacionais e critérios de fiscalização para emissão de certificados prévios, e as medidas destinadas a conferir publicidade à operação transfronteiriça.

cláusulas anti-abuso<sup>4216</sup> constantes dos arts. 86.º-M, 127.º e 160.º-M da Diretiva (UE) 2019/2121, as quais conferem à autoridade competente para emitir o certificado prévio à operação transfronteiriça o poder de recusar a emissão do mesmo se tiver “sérias dúvidas que indiquem que a operação transfronteiriça persegue fins abusivos ou fraudulentos que conduzem ou visam conduzir à fraude ou à evasão ao direito da União ou ao direito nacional, ou fins criminosos”<sup>4217</sup>. Assim, parece-nos crível que a aplicação prática destas disposições poderá colidir com a corrente jurisprudencial do TJUE, reafirmada recentemente em *Polbud*. Ora, o TJUE declarou em *Polbud* que a liberdade de estabelecimento é aplicável quando apenas a sede estatutária, e não também a sede efetiva, é transferida de um EM para outro se o EM da nova constituição aceitar o registo de uma sociedade *ainda que nele não exerça qualquer atividade económica*, porquanto o art. 49.º TFUE não impõe tal exercício como condição prévia para a sua aplicabilidade. Parece-nos, assim, que adjudicar esta incumbência aos EM, de acordo com o seu prudente arbítrio, é suscetível de gerar obstáculos e dissonâncias no plano do substrato material da liberdade de estabelecimento das sociedades na UE, o que certamente não é pretendido por uma iniciativa legislativa de harmonização do regime societário.

Por outro lado, é também lamentável que o âmbito material de aplicação da Diretiva (UE) 2019/2121 esteja circunscrito às sociedades de responsabilidade limitada, porquanto não se vislumbram razões válidas para erguer entraves práticos às demais sociedades compreendidas na aceção do art. 54.º TFUE<sup>4218</sup>.

---

<sup>4216</sup> A este respeito, urge salientar que a exceção do *expediente artificial* foi retirada da proposta que conduziu à Diretiva (UE) 2019/2121. Cf. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15678-2018-INIT/en/pdf>. Vide, sobre o ajustamento à proposta legislativa, Corbisier, 2019, p. 30.

<sup>4217</sup> Considerando 34 da Diretiva (UE) 2019/2121. Quanto aos critérios orientadores para a autoridade competente levar a cabo a avaliação do propósito abusivo ou fraudulento da operação transfronteiriça, vide considerando 36 da Diretiva (UE) 2019/2121.

<sup>4218</sup> A justificação da CE para restringir o regime das operações transfronteiriças às sociedades de responsabilidade limitada (excluindo, por exemplo, as *joint ventures* e as cooperativas) reside no facto de os dados existentes demonstrarem uma utilização muito limitada das normas em matéria de fusões transfronteiriças por outras entidades que não as sociedades de responsabilidade limitada, e no facto de que a extensão do âmbito levaria a eventuais dificuldades práticas relacionadas com o direito das sociedades da UE e as normas contabilísticas que só se aplicam a sociedades de responsabilidade limitada.

#### 4. Criação de estruturas multipolares e multiterritoriais (o regime de coligação societária)

Tomando como adquirido que os grupos multinacionais de sociedades assumem, no figurino atual de internacionalização da atividade das sociedades, um relevo indiscutível, vejamos como o regime da coligação societária se recorta num contexto transfronteiriço intracomunitário<sup>4219</sup>. Desde logo, o art. 481.º, n.º 2 do CSC, enquanto *norma espacialmente autolimitada*, cinge a aplicação do Título VI do CSC<sup>4220</sup> às relações de coligação absolutamente internas, na medida em que exige que as sociedades coligadas tenham a sua sede em Portugal<sup>4221</sup>, pese embora com as exceções aí contidas que não cabem analisar neste ensaio<sup>4222</sup>.

A limitação da aplicação territorial do regime da coligação societária ínsito no CSC perante relações intersocietárias em que intervenham sociedades que sejam beneficiárias do direito de estabelecimento tem sido considerada como discriminatória em razão da nacionalidade e, portanto, como restrição injustificada da liberdade de estabelecimento<sup>4223</sup>, na medida em que impede que as sociedades comunitárias constituam uma coligação societária e confere um regime mais favorável para as sociedades estrangeiras que atuam em Portugal, desfavorecendo os bens jurídicos protegidos pelo regime da coligação societária (*i.e.*, a tutela dos interesses das sociedades participadas, dominadas, totalmente dominadas e subordinadas, os interesses dos sócios minoritários e dos credores sociais)<sup>4224</sup>. Na verdade, as sociedades de outros EM não poderão usufruir dos direitos e prerrogativas (*v.g.* o direito de dar instruções desvantajosas, constante do art. 503.º CSC, *ex vi* art. 491.º CSC), beneficiar dos instrumentos de coligação ou estar sujeitas aos deveres e ónus impostos pelas normas do regime de coligação, o que gera uma dupla discriminação. Para além da discriminação das sociedades-mãe estrangeiras perante as congéneres portuguesas, verifica-se uma situação de

---

<sup>4219</sup> Para alguns exemplos da hipotética aplicação do sistema conflitual comum às relações de coligação entre sociedades portuguesas e estrangeiras, *vide* Engrácia Antunes, 2002, p. 307.

<sup>4220</sup> A configuração do regime é suscetível de incentivar a fraude à lei através da simples manipulação com a localização das sedes das sociedades interpostas, bastando aos investidores constituir, acima das sociedades portuguesas, uma sociedade com sede no estrangeiro. Sobre a suscetibilidade de o regime ser permeável a “*escapatórias*”, *vide* Engrácia Antunes, 2002, pp. 100-101 e Tavares Loureiro & Torres Ereio, 2011, p. 52. Estes Autores defendem uma interpretação restritiva do art. 481.º, n.º 2 CSC, no sentido de que a sede das sociedades interpostas é irrelevante, sendo antes determinante a sede das sociedades que se situem nos extremos da coligação.

<sup>4221</sup> Cfr. outras soluções presentes no ordenamento jurídico português onde se considera irrelevante o lugar da sede das sociedades coligadas, em especial: art. 21.º do CVM, art. 13.º, n.º 3 do RGICSF, art. 3.º, n.º 1 do RJASR e art. 8.º do RJC.

<sup>4222</sup> Para uma análise das exceções consagradas nas várias alíneas do art. 481.º, n.º 2 do CSC, *vide, inter alia*, Tavares Loureiro & Torres Ereio, 2011, pp. 48-50 e Pereira Dias, 2010, pp. 25-36.

<sup>4223</sup> Alguns Autores afirmam que este tratamento dispar é também ofensivo dos princípios constitucionais da igualdade (art.13.º, n.º 2 da CRP) e da equilibrada concorrência empresarial (art. 81.º, n.º 1, al. e) da CRP). Neste sentido, Engrácia Antunes, 2002, p. 116, Perestrelo de Oliveira, 2012, p. 873, Tavares Loureiro & Torres Ereio, 2011, p. 52 e Gouveia e Melo, 2013, pp. 336-337.

<sup>4224</sup> Não podemos concordar com o argumento carreado por Pereira Dias, 2010, p. 37 de que o regime nacional pretende favorecer o investimento estrangeiro pelo facto de exonerar os investidores da aplicação do regime vertido nos artigos 501.º e 502.º. Em nosso entender, e acompanhando Gouveia e Melo, 2013, pp. 346-347, essa circunstância constitui uma compressão da competitividade dos grupos internacionais, na medida em que obstaculiza a confiança creditícia e coarta os efeitos da preferência do investidor que optou por constituir uma coligação societária em Portugal.

*discriminação inversa* porquanto, por força da aplicação das regras de direito nacionais, as sociedades portuguesas são objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que resulta do DUE relativamente a sociedades provenientes de outros EM que se encontram nas mesmas circunstâncias<sup>4225</sup>.

Neste contexto, merece acolhimento a solução de *iure constituendo* propugnada por Pereira Dias (2010, p. 37) no sentido da desconsideração da autolimitação espacial para as relações intersocietárias intraeuropeias<sup>4226</sup>, com a consequência de que as sociedades intervenientes na estrutura multipolar e multiterritorial estarão numa coligação societária em Portugal<sup>4227</sup>, com todas as vantagens e desvantagens associadas, assim se observando os ditames da liberdade de estabelecimento e do princípio da igualdade<sup>4228</sup>.

---

<sup>4225</sup> A esta circunstância parece ser alheio o DUE, uma vez que, de acordo com a jurisprudência constante do TJUE (v.g., *Kaas*, (pt. 20)), a aplicação deste depende da existência de um elemento transfronteiriço, ficando excluídas as situações puramente internas. Como refere, e bem, Poiares Maduro, 2000, p. 127, o problema da discriminação inversa surge apenas porque o DUE obriga os EM a tratarem os nacionais de outros EM de uma forma que não tinha sido pensada para os próprios nacionais, não sendo obviamente um desiderato dos EM.

<sup>4226</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide* Pereira Dias, 2007, pp. 285 e ss.

<sup>4227</sup> Contra Osório de Castro, 2017, pp. 37-47. Porém, merece acolhimento a proposta do Autor no sentido da atualização da disciplina das relações de domínio total à luz do abandono do princípio da proibição da unipessoalidade. Com efeito, parece irrazoável (e até inconstitucional) que uma sociedade do art. 481.º, n.º 1 CSC tenha, imperativamente, de constituir uma relação de grupo com uma sociedade de que seja sócia única, sem que o mesmo valha onde o sócio for uma pessoa singular ou qualquer outra pessoa coletiva que não as sociedades do art. 481.º, n.º 1 CSC.

<sup>4228</sup> Lamentamos, neste contexto, o infeliz pedido de reenvio prejudicial em *Impacto Azul* perante o TJUE, o qual poderia ter contribuído para a promoção da liberdade de estabelecimento das sociedades no plano das coligações societárias, tivesse sido outra a colocação do caso. Para ulterior reflexão, *vide* Pereira Dias, 2014.

## Conclusão

- I. A liberdade de estabelecimento, consagrada no art. 49.º do TFUE, *ex vi* art. 54.º do TFUE, é conferida a todas as sociedades que tenham sido constituídas em conformidade com a legislação de um EM e que, alternativamente, tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento no território da UE.
- II. Não obstante a aplicabilidade direta vertical das disposições do TFUE, existe uma corrente jurisprudencial do TJUE, comumente designada por *doutrina da questão prévia*, que confere ao EM de origem uma espécie de reserva de atribuição da liberdade de estabelecimento às sociedades, na medida em que pode impedir que uma sociedade transfira o seu centro de administração e controlo para outro EM, mantendo-se sujeita à *lex societatis* do EM de origem.
- III. À luz de uma interpretação consentânea com a unicidade e coerência do sistema jurídico, consideramos que a liberdade de estabelecimento das sociedades abrange, em tese, a transferência de sede estatutária ou da sede efetiva, cumulativamente ou de forma independente.
- IV. Da nossa parte, entendemos que a *doutrina da questão prévia* deverá ser recusada e que, pelo contrário, a mobilidade transfronteiriça das sociedades do art. 54.º do TFUE deverá ser acautelada sempre que existe um exercício efetivo de uma atividade económica dentro do espaço da UE, pelo que às sociedades deverá ser reconhecida a faculdade de se deslocarem para outro EM a fim de nele desenvolverem uma atividade económica ou apenas para se sujeitarem à legislação do EM de acolhimento.
- V. Por forma a assegurar a mobilidade intracomunitária das sociedades, os arts. 49.º e ss. do TFUE opõem-se a tratamentos discriminatórios, bem como a quaisquer medidas que sejam aptas a comprimir o exercício da liberdade de estabelecimento, ainda que não discriminatórias. No entanto, em virtude da forte dimensão axiológica destes preceitos, apenas se admitem parcas exceções a esta proibição geral de restrições, as quais devem ser destinadas e adequadas a proteger interesses públicos atendíveis, bem como proporcionais em sentido amplo.
- VI. Pese embora o princípio geral de proibição do abuso vigente no DUE, entendemos que não será prudente afirmar que este se aplica em matéria de mobilidade transfronteiriça das sociedades, servindo apenas como válvula de escape, com carácter residual.
- VII. Os critérios para determinação da lei aplicável às sociedades na UE nunca foram objeto de uniformização por parte do legislador europeu. Esta circunstância é suscetível de originar um ambiente de hostilidade à mobilidade intracomunitária e implica que o grau de liberdade das sociedades seja aferido em função do EM de constituição destas.

- VIII. Entendemos que a matéria da determinação da lei aplicável ao estatuto societário na UE deverá ser objeto de intervenção legislativa, mediante uma solução de harmonização por via de regulamento.
- IX. Uma possível solução poderia passar pela consagração da teoria da constituição, embora com a salvaguarda da manutenção da sede efetiva no espaço da UE. Em paralelo, a proteção dos interesses visados pela teoria da sede real poderá ser assegurada através de instrumentos de direito derivado de DUE que se coadunem com a liberdade de estabelecimento consagrada no TFUE.
- X. A nossa proposta de revisão da neutralidade conflitual do DUE em matéria de determinação da *lex societatis*, aliada aos contributos liberalizadores do TJUE, poderia galvanizar a arbitragem regulatória na UE. Ora, este é um fenómeno que merece acolhimento do ponto de vista económico, se e na medida em que houver uma efetiva regulação do mesmo, por forma a combater o problema do *race to the bottom* e as potenciais falhas de mercado associadas.
- XI. O exercício da mobilidade transfronteiriça das sociedades poderá ser motivado por razões económicas ou jurídicas, pelo que será de acordo com estas que as sociedades irão delinear o modo como pretendem reavaliar o seu posicionamento geográfico e/ou o seu estatuto jurídico dentro da UE.
- XII. Uma sociedade de um EM poderá transferir o seu centro de administração e controlo para o território de outro EM, como poderá proceder à criação de agências, sucursais ou filiais no território de outro EM.
- XIII. No âmbito das operações de reorganização e reestruturação societárias (*i.e.*, transformações, cisões e fusões transfronteiriças), existe, por força da recentíssima Diretiva (UE) 2019/2121, uma ampla regulamentação dos aspetos procedimentais destas operações, bem como das medidas atinentes à proteção dos grupos de interesses relacionados com a sociedade.
- XIV. A criação de empresas intracomunitárias pluricorporativas encontra-se compreendida no escopo da liberdade de estabelecimento das sociedades. No entanto, o regime de coligação societária entre nós é avesso a situações internacionais, provocando entraves à mobilidade transfronteiriça das sociedades estrangeiras e discriminação inversa das sociedades portuguesas. Assim, defendemos a desconsideração da autolimitação espacial para as relações societárias intracomunitárias.

- XV. Em suma, parece-nos que deverá ser o DUE a impor a concretização, no plano supranacional europeu, dos exatos interesses públicos que poderão justificar uma compressão da liberdade de estabelecimento das sociedades e, logo, prevalecer sobre os interesses dos particulares que integram o comércio transfronteiriço na UE, abandonando-se assim análises recorrentemente casuísticas e soluções marcadamente carecidas de segurança e certeza jurídica.

## Bibliografia<sup>4229</sup>

BAPTISTA MACHADO, J. (1982). *Lições de direito internacional privado (apontamentos das aulas teóricas do ano letivo de 1971/1972 na Faculdade de Direito de Coimbra)*, 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.

BARNARD, C. (2016). *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 5.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.

BENTO SOARES, M. Â. (2006). A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário. *Temas de Direito Societário, IDET, Colóquios*, n.º 2, pp. 50-78.

BRATTON, W., MCCAHERY, J., & VERMUELEN, E. (2008). *How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis*. European Corporate Governance Institute, Law Working Paper N.º 91/2008.

CE, E. C. (2011). *Report of the Reflection Group on the Future of EU company law*. Brussels: European Commission.

CHALMERS, D., DAVIES, G., & MONTI, G. (2014). *European Union law: Text and materials* (3.<sup>a</sup> ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

CORBISIER, I. (2019). Cross-border mobility within the EU and specifically in Luxembourg and Belgium: Same destination, different roads. *European Company Law Journal*, vol. 16, n.º 1, pp. 18-30.

CRAIG, P., & DE BÚRCA, G. (2015). *EU law, Text, cases and materials* (6.<sup>a</sup> ed.). Oxford: Oxford University Press.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2002). O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, pp. 95-116.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2002). *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária* (2.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.

FRADA DE SOUSA, A. (2009). *Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio*. New York: New York University School of Law, Jean Monnet Working Paper 07/09.

FRADA DE SOUSA, A. (2012). *A europeização do direito internacional privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

FRADA DE SOUSA, A. (2012). Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 1995 – Processo C-55/94, Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano. In S. Oliveira Pais (coord.). *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, pp. 324-355.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2016). *The law applicable to companies in the European Union. A proposal by the European Group for Private International Law*. Madrid: Universidad Autonoma de Madrid.

---

<sup>4229</sup> A bibliografia constante desta lista foi citada ao longo do corpo da dissertação, em nota de rodapé, com indicação aí, pelo menos, do nome do autor e do ano de publicação. Exceionalmente, poderão ter sido citadas obras em nota de rodapé que não constam da presente lista, caso em que a citação foi efetuada de forma completa.



GEDIP, E. G. (18 de setembro de 2016). *GEDIP's Draft rules on the law applicable to companies and other bodies*. <https://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/GEDIPs%20Proposal%20on%20Companies.pdf>.

GELTER, M. (2008). *The structure of regulatory competition in European corporate law*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Discussion Paper No. 20 7/2008.

GELTER, M. (2019). *Centros and defensive regulatory competition: Some thoughts and a glimpse at the data*. European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 472/2019.

GELTER, M., & VICENTE, L. (2019). *Abuse of companies through choice of incorporation?* ECGI, ECGI Working Paper Series in Law No. 473/2019.

GERNER-BEUEERLE, C., MUCCIARELLI, F., SCHUSTER, E., & SIEMS, M. (2016). *Study on the law applicable to companies, Final Report*. European Commission.

GORJÃO-HENRIQUES, M. (2014). *Direito da União: História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.

GOUVEIA E MELO, P. d. (2013). Discriminação inversa? O acórdão Impacto Azul e a exclusão da responsabilidade solidária das sociedades-mãe de outros Estados-Membros pelas dívidas das suas filiais nacionais. *Anuário de Direito Internacional*, pp. 333-349.

KOPPENSTEINER, H.-G. (2017). Transferência transfronteiriça da sede de uma sociedade. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 18, pp. 13-26.

LA FERIA, R. d. (2011). Introducing the principle of prohibition of abuse of law. In *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing. IMA PINHEIRO, L. d. (2000). O direito aplicável às sociedades. Contributo para o direito internacional privado das pessoas colectivas. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales* (pp. 475-555). Coimbra: Coimbra Editora.

LIMA PINHEIRO, L. d. (2014). *Direito internacional privado, volume I – Introdução e direito de conflitos – Parte geral*, 3.<sup>a</sup> ed. refundida. Coimbra: Almedina.

LIMA PINHEIRO, L. d. (2015). *Direito internacional privado, volume II – Direito de conflitos – Parte especial*, 4.<sup>a</sup> edição refundida. Coimbra: Almedina.

LOMBARDO, S. (2009). Regulatory competition in company law in the European Union after Cartesio. *European Business Organization Law Review*, vol. 10, pp. 627-648.

MEEUSEN, J. (2017). Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: Towards full cross-border corporate mobility in the internal market? *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 2, pp. 294-323.

MEEUSEN, J. (2018). Polbud: New perspectives for corporate mobility in the internal market. *Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag* (Bielefeld, Giesecking), pp. 313-327.

MEEUSEN, J. (2019). Comparing interstate and European conflict of laws from a constitutional perspective: Can the United States inspire the European Union? *The American Journal of Comparative Law*, vol. XX, pp. 1-40.

MOTA PINTO, A. (2004). Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades. *Temas de Integração*, n.º 17 (1.º Semestre de 2004) e 18 (2.º Semestre de 2004), pp. 59 a 120; 141 a 156.

MOURA VICENTE, D. (2005). Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais. *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, pp. 135-160. Coimbra: Almedina.

OSÓRIO DE CASTRO, C. (2017). A relação de domínio total: diagnóstico e remédios. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 18, pp. 26-79.

PANAYI, C. H. (2009). *Corporate Mobility in private international law and European Community law: Debunking some myths*. London: Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 26/2009.

PEREIRA DIAS, R. M. (2007). *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas: Uma análise de direito material e direito de conflitos*. Almedina: Coimbra.

PEREIRA DIAS, R. M. (2010). Anotação ao art. 3.º CSC. In J. Coutinho de Abreu, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, pp. 69-81. Coimbra: Almedina.

PEREIRA DIAS, R. M. (2010). Anotação ao art. 4.º do CSC. In J. Coutinho de Abreu, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, pp. 85-88. Coimbra: Almedina.

PEREIRA DIAS, R. M. (2010). Anotação ao art. 481.º do CSC. In J. Coutinho de Abreu, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, pp. 15-42. Coimbra: Almedina.

PEREIRA DIAS, R. M. (2010). O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 3, pp. 215-237.

PEREIRA DIAS, R. M. (2014). A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013). *Direito das Sociedades em Revista, III Congresso*, pp. 411-424.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2012). Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, pp. 871-898.

PICHEL, P. (Março de 2014). O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 11, pp. 225-259.

POAIRES MADURO, M. (2000). The scope of European remedies: The case of purely internal situations and reverse discrimination. In T. Novitz, C. Kilpatrick, P. Skidmore. *The future of European remedies.*, pp. 117-140.

RAMMELOO, S. (2018). Cross-border company migration in the EU: Transfer of registered office (conversion) – the last piece of the puzzle? Case C-106/16 Polbud, EU:C:2017:804. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25 (I), pp. 87-107.

RODAS PAREDES, P. N. (2010). *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*. Granada: Editorial Comares.

SCHMIDT, J. (2016). *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, Study for the JURI Committee*. Brussels: European Union.

SZYDŁO, M. (2018). Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond. (K. L. International, Ed.) *Common Market Law Review*, vol. 55, pp. 1549-1572.

TAVARES LOUREIRO, C., & TORRES EREIO, J. (2011). A relação de domínio ou de grupo como pressuposto de facto para a aplicação das normas dos Código das Sociedades Comerciais – O âmbito espacial em particular. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* n.º 30, pp. 46-61.

## Jurisprudência do TJUE

|                                 |                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Aberdeen</b>                 | — Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy C-303/07, ECLI:EU:C:2009:377, [2009] I-05145                                                                                                            |
| <b>Ahokainen e Leppik</b>       | — Processo-crime contra Jan-Erik Anders Ahokainen e Mati Leppik C-434/04, ECLI:EU:C:2006:609, [2006] I-09171                                                                                   |
| <b>Arblade</b>                  | — Processos penais contra Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), processos apensos, ECLI:EU:C:1999:575, [1999] I-08453 |
| <b>Cadbury Schweppes</b>        | — Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, [2006] I-07995                                                   |
| <b>CaixaBank</b>                | — CaixaBank France contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C-442/02, ECLI:EU:C:2004:586, [2004] I-08961                                                                 |
| <b>Cartesio</b>                 | — Cartesio Oktató és Szolgáltató C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, [2008] I-09641                                                                                                                  |
| <b>Cassis de Dijon</b>          | — Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, [1979] 00649                                                                                        |
| <b>Centros</b>                  | — Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, [1999] I-01459                                                                                               |
| <b>Comissão/Bélgica</b>         | — Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica 221/85, ECLI:EU:C:1987:81, [1987] 00719                                                                                           |
| <b>Comissão/Bélgica II</b>      | — Comissão Europeia contra Reino da Bélgica C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334, [2011] I-04105                                                                                                        |
| <b>Comissão/Grécia</b>          | — Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica C-306/89, ECLI:EU:C:1991:463, [1991] I-05863                                                                                    |
| <b>Comissão/Itália</b>          | — Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508, [2007] I-07083                                                                                    |
| <b>Comissão/Reino Unido</b>     | — Comissão das Comunidades Europeias contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte C-246/89, ECLI:EU:C:1991:375, [1991] I-04585                                                     |
| <b>Daily Mail</b>               | — The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, [1988] 05483                                    |
| <b>De Lasteyrie du Saillant</b> | — Hughes de Lasteyrie du Saillant contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C-9/02, [2004] I-02409                                                                        |
| <b>Diamantis</b>                | — Dionysios Diamantis contra Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE). C-373/97, ECLI:EU:C:2000:150, [2000] I-01705                                     |

|                            |                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Emsland-Stärke</b>      | — Emsland-Stärke GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695, [2000] I-11569                                                                                 |
| <b>Factortame</b>          | — The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e o. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, [1991] I-03905                                                       |
| <b>Gebhard</b>             | — Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano C-55/94, ECLI:EU:C:1995:194, [1995] I-04165                                                   |
| <b>Gouda</b>               | — Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e outros contra Commissariaat voor de Media C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323, [1991] I-04007                                            |
| <b>Gullung</b>             | — Claude Gullung contra Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne 292/86, ECLI:EU:C:1988:15, [1988] 00111                                                    |
| <b>Halifax</b>             | — Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, [2006] I-01609 |
| <b>ICI</b>                 | — Imperial Chemical Industries plc (ICI) contra Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes) C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370, [1998] I-04695                                  |
| <b>Impacto Azul</b>        | — Impacto Azul Lda contra BPSA 9 – Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA e o. C-186/12, ECLI:EU:C:2013:412, publicado na coletânea numérica                    |
| <b>Inspire Art</b>         | — Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, [2003] I-10155                                                              |
| <b>Jany</b>                | — Aldona Malgorzata Jany e outros contra Staatssecretaris van Justitie C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616, [2001] I-08615                                                                  |
| <b>Kaas</b>                | — Jongeneel Kaas BV and others v State of the Netherlands and Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole C-237/82, ECLI:EU:C:1984:44, [1984] 00483                                     |
| <b>Kefalas</b>             | — Alexandros Kefalas e o. contra Elliniko Dimosio (Estado Helénico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE) C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222, [1998] I-02843      |
| <b>Klopp</b>               | — Ordre des avocats au barreau de Paris contra Onno Klopp 107/83, ECLI:EU:C:1984:270, [1984] 02971                                                                                   |
| <b>Kratzer</b>             | — Nils-Johannes Kratzer contra R+V Allgemeine Versicherung AG C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, publicado na coletânea numérica                                                          |
| <b>Kraus</b>               | — Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg C-19/92, I:EU:C:1993:125, [1993] I-01663                                                                                                |
| <b>Marks &amp; Spencer</b> | — Marks & Spencer plc contra Commissioners of Customs & Excise C-309/06, ECLI:EU:C:2008:211, [2008] I-02283                                                                          |

|                       |                                                                                                                                                                             |
|-----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>National Grid</b>  | — National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, [2011] I-12273                                   |
| <b>Polbud</b>         | — Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, publicado na coletânea numérica                                                                             |
| <b>Reyners</b>        | — Jean Reyners contra Estado belga C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68, [1974] 00631                                                                                                  |
| <b>Saint-Gobain</b>   | — Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438, [1999] I-06161                                 |
| <b>SETTG</b>          | — Syndesmos ton en Elladi Touristikou kai Taxidiotikon Grafeion contra Ypourgos Ergasias C-398/95, ECLI:EU:C:1997:282, [1997] I-03091                                       |
| <b>Sevic</b>          | — SEVIC System AG C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, [2005] ECR I-10805                                                                                                          |
| <b>SICES</b>          | — Società Italiana Commercio e Servizi srl (SICES) e o. contra Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Venezia C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, publicado na coletânea numérica |
| <b>Test Claimants</b> | — Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, [2007] I-02107                                       |
| <b>Thieffry</b>       | — Jean Thieffry contra Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, 71-76, ECLI:EU:C:1977:65, [1977] 00765                                                            |
| <b>Überseering</b>    | — Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, [2002] I-09919                                                   |
| <b>Vale</b>           | — VALE Építési kft. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, publicado na publicado na coletânea numérica                                                                              |
| <b>Viking Line</b>    | — International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, [2007] I-10779           |
| <b>Vlassopoulou</b>   | — Irène Vlassopoulou contra Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193, [1991] I-02357                        |

**A transmissão da unidade económica:**

**Em torno do direito de oposição do trabalhador**

Sofia Garriapa

Sob a orientação da

Professora Doutora Milena Silva Rouxinol

## **Agradecimentos**

Esta tese não teria nunca sido possível sem o contributo de várias pessoas que, de uma forma ou de outra, me apoiaram, estimularam e acreditaram nas minhas capacidades.

Um primeiro agradecimento ao meu pai, que sei que me acompanhou nesta viagem, que iluminou dia após dia o meu caminho, como estrela resplandecente num céu que é só nosso, e me fez procurar fazer sempre mais e melhor, não cedendo à tentação de desistir.

À minha mãe, a quem agradeço ter-me impulsionado nesta nova aventura de vida e me ter feito trilhar os caminhos do Direito.

Ao meu marido, Nuno Breda, pelos seus sábios conselhos, pelo carinho e paciência imensa e pela ajuda inestimável sem a qual não teria conseguido este objetivo.

Aos meus filhos Rui Pedro, Duarte, Tomás e Beatriz, por serem o motor que me faz avançar na vida, esperando que a procura incessante de ser o seu melhor exemplo os faça perdoarem-me pelas horas de atenção e carinho que lhes fiquei a dever.

À Professora Doutora Milena Rouxinol, minha orientadora, que fez despertar em mim a paixão pelo Direito do Trabalho, um especial agradecimento pela sua orientação exímia, empenho inexcedível e pela sua visão crítica que permitiu enriquecer este trabalho.

À minha amiga Maria Inês Seixas do Vale por tudo o que só ela sabe ser, pelo apoio incansável, pelas conversas intermináveis e pela amizade com que me brinda desde sempre e, com certeza, para sempre.

À minha amiga Maria Inês Cantista Roberto Vieira Gomes, por todos os momentos que passamos juntas, pelos debates intermináveis sobre as mais inóspitas questões de Direito e pelo seu português exímio que permitiu, em muito, melhorar o meu.

A toda a Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, que me acolheu de forma extremamente calorosa, desde os Professores, a quem devo tudo o que aprendi, até aos funcionários, que sempre me ajudaram e fizeram sentir em casa, com um especial beijinho de agradecimento para a inigualável D.<sup>a</sup> Rosa Lina.

Por fim, o meu profundo e sincero agradecimento a todos os que contribuíram para a realização desta dissertação, em especial a toda a minha família.



## Resumo

Com este estudo, pretendemos abordar a consagração legal do direito de oposição do trabalhador que, no contexto da transmissão de unidade económica, vise obstar à sub-rogação *ope legis* da titularidade da posição de empregador no seu contrato de trabalho.

Analisando o regime, salientamos a importância dos fundamentos considerados pelo legislador como bastantes para tal e alertamos em simultâneo para a sua dificuldade de aplicação prática, sobretudo pela exigência probatória imposta ao trabalhador. Levantamos ainda questões relacionadas com a instrumentalidade do dever de informação, do transmitente e do transmissário, cujo não cumprimento ou cumprimento defeituoso poderá inviabilizar o exercício do direito de oposição. Suscitamos, por último, a questão do destino a dar ao contrato de trabalho quando o exercício deste direito, tendo por consequência a manutenção do vínculo com o transmitente, se depare com situações em que o primitivo empregador não dispõe de postos de trabalho aos quais possa reconduzir o trabalhador opositor.

**Palavras-chave:** Transmissão da unidade económica; direito de oposição; contrato. de trabalho.

## Abstract

This study aims to analyse the legal enshrinement of the worker's right of opposition, in the context of the transfer of the economic unit, as a form to inhibit the *ope legis* subrogation of the position of the employer in his employment contract.

By examining the regime, we seek to stress the importance of the requirements set by the legislator, as well as to heighten the difficulties in their practical application given the legal burden that falls upon the worker. We also aim to question the instrumentality of both the transferor and transferee's duty to provide information, whose non- or defective fulfilment might frustrate the exercise of the stated right. Lastly, we raise the issue of the "fate" of employment contracts upon the performance of this right, i.e. the maintenance of the employment relationship, particularly when the original employer can no longer guarantee a job position to the opposing worker.

**Keywords:** Transfer of the economic unit; right of opposition; employment contract.

## Lista de siglas e abreviaturas

|              |                                                                                                   |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.          | Acórdão                                                                                           |
| Art. / Arts. | Artigo(s)                                                                                         |
| CC           | Código Civil, aprovado pelo Decreto-lei n.º 47344/66, de 25/11, com as suas sucessivas alterações |
| CE           | Comunidade Europeia                                                                               |
| CEE          | Comunidade Económica Europeia                                                                     |
| Cfr.         | Conferir                                                                                          |
| CT           | Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02 com as suas sucessivas alterações      |
| DB           | Der Betrieb                                                                                       |
| DL           | Decreto-Lei                                                                                       |
| Ed.          | Edição                                                                                            |
| EJ           | Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/99, de 1/01, com as suas sucessivas alterações    |
| EM           | Estados Membros                                                                                   |
| Etc.         | <i>Et cetera</i>                                                                                  |
| I.e.         | Isto é                                                                                            |
| LCT          | Lei do Contrato de Trabalho                                                                       |
| N.º / N.ºs   | Número(s)                                                                                         |
| NZA          | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht                                                                 |
| Ob. cit.     | Obra citada                                                                                       |
| P.           | Página                                                                                            |
| PDT          | Prontuário de Direito do Trabalho                                                                 |
| QL           | Questões Laborais                                                                                 |
| RdA          | Recht der Arbeit                                                                                  |
| RDES         | Revista de Direito e de Estudos Sociais                                                           |
| RLJ          | Revista de Legislação e de Jurisprudência                                                         |
| ROA          | Revista da Ordem dos Advogados                                                                    |
| Ss           | Seguintes                                                                                         |
| STJ          | Supremo Tribunal de Justiça                                                                       |
| TFT          | Tribunal Federal do Trabalho (Alemão)                                                             |
| TJ(UE)       | Tribunal de Justiça (da União Europeia)                                                           |
| TUPE         | Transfer of Undertakings Protection of Employment                                                 |
| UE           | União Europeia                                                                                    |
| Vol.         | Volume                                                                                            |
| ZIP          | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                                                  |

# Índice

Introdução

Capítulo I – Transmissão da unidade económica: notas de enquadramento do direito de oposição

Capítulo II – Brevíssimas notas de direito comparado

Capítulo III – O direito de oposição do trabalhador: noção e distinção de figuras afins

Capítulo IV – Condições de exercício do direito de oposição

1. Fundamentos do direito de oposição
  - 1.1. A possibilidade de ocorrência de prejuízo sério
  - 1.2. A falta de confiança na política de organização do trabalho do transmissário
2. Formalidades e prazos
3. A obrigação de informação – uma condição *sine qua non*?

Capítulo V – Direito de oposição e (nova) justa causa de resolução do contrato de trabalho

Capítulo VI – O problema dos efeitos do direito de oposição

Conclusão

Bibliografia

## **Introdução**

Este estudo encerra uma análise do direito de oposição do trabalhador, no contexto da transmissão de unidade económica, consagrado pelo legislador com o aditamento do art. 286.º-A ao CT, pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março.

Temos como objetivos distinguir este direito de figuras afins e analisar os fundamentos consagrados na lei, nomeadamente no que respeita à sua interpretação e às consequências probatórias para o trabalhador, articulando-os com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade contratual e, bem assim, da proteção do trabalhador.

Procuramos também debruçar-nos sobre os requisitos procedimentais, relativos aos prazos e às formalidades exigidas para o exercício deste direito, interrogando-nos acerca da sua relação com o cumprimento do dever de informação que impende sobre transmitente e transmissário.

Abordamos ainda a distinção importante entre o direito de oposição e a (nova) justa causa de resolução do contrato de trabalho consagrada, pela mesma lei, no art. 394.º/3 d) do CT.

Por último, interrogamo-nos sobre o destino a dar ao contrato de trabalho nos casos em que, tendo sido exercido o direito de oposição, e conservando-se o vínculo com o transmitente, este não disponha de nenhum posto de trabalho ao qual possa reconduzir o trabalhador opositor.

## Capítulo I – Transmissão da unidade económica: notas de enquadramento do direito de oposição

O regime da transmissão da unidade económica foi regulado pela primeira vez no art. 20.º da Lei n.º 1/952, de 10/03/1937, de acordo com a qual, pese embora a transmissão não importasse automaticamente a extinção dos contratos de trabalho, à entidade patronal (cedente) era conferida a faculdade de despedir os trabalhadores mediante aviso prévio e pagamento de determinada compensação<sup>4230</sup>. Apenas com o DL n.º 47032, de 27/05/1966, se viria a estabelecer a transmissão da posição de empregador, do alienante para o adquirente, embora se permitisse que tal efeito fosse afastado por acordo entre estes, desde que, entre outros, os trabalhadores continuassem ao serviço do alienante num outro estabelecimento<sup>4231</sup>.

Decorrente do reconhecimento da importância de proteger os trabalhadores aquando de transformações empresariais e da necessidade de se aproximar a legislação dos Estados-Membros (EM), esta matéria foi regulada pela UE, através da Diretiva 77/187/CEE, de 5/03, posteriormente alterada pelas Diretivas 98/50/CE, de 17/07, e 2001/23/CE, de 12/03. O regime estrutura-se sobretudo em torno da transmissão automática dos contratos de trabalho do transmitente para o transmissário, da proteção dos trabalhadores contra despedimentos motivados exclusivamente pela transmissão, e do estabelecimento de deveres de informação, consulta e negociação com os representantes dos trabalhadores.

Em Portugal, o legislador procedeu à transposição da Diretiva 2001/23/CE, “relativa à aproximação da legislação dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferências de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes destes” (Carvalho, 2004, p. 460)<sup>4232</sup>, através do CT de 2003. Atualmente, esta matéria encontra-se regulada nos arts. 285.º a 287.º e 498.º do CT de 2009, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 14/2018.

O legislador inseriu o regime da transmissão da empresa ou estabelecimento no capítulo V do CT, dedicado às vicissitudes contratuais. De facto, quando empregador e trabalhador celebram um contrato de trabalho<sup>4233</sup>, tendo em vista o desempenho de uma determinada atividade pelo segundo, mediante retribuição, no âmbito da organização e sob a autoridade do primeiro, estamos perante um contrato *intuitu personae*, gerando-se uma relação de confiança mútua entre os sujeitos contratuais.

Este contrato, pese embora tenha uma configuração patrimonial, encerra um elemento de pessoalidade<sup>4234</sup>, normalmente invocado na perspetiva da importância, para o empregador,

---

<sup>4230</sup> Cordeiro, 2019, p. 767.

<sup>4231</sup> Quintas, 2019-I, pp. 197-200.

<sup>4232</sup> Carvalho, 2004, p. 460.

<sup>4233</sup> Atente-se na noção de contrato de trabalho ínsita no art. 11.º do CT.

<sup>4234</sup> Ramalho, 2001, pp. 751 e ss., considera que para a pessoalidade do contrato de trabalho concorre, entre outros, o envolvimento pessoal do trabalhador, cujas características são determinantes para o empregador e determinam a caracterização da prestação laboral como de natureza infungível.

das características do trabalhador. No entanto, no plano que abordaremos, importa sobretudo o reflexo das características do empregador para o trabalhador, nomeadamente a forma como este gere a empresa e organiza a atividade produtiva. Acresce também que a natureza *intuitu personae* do contrato acentua o carácter fiduciário da relação laboral, pressupondo uma especial relação de confiança entre empregador e trabalhador e, bem assim, particulares deveres de respeito, lealdade e urbanidade<sup>4235</sup>.

Em face desta situação, o legislador procurou assegurar o direito do trabalhador à segurança e estabilidade no emprego, preconizando a transferência para o adquirente da posição de empregador nos contratos de trabalho<sup>4236</sup>. O contrato não se extingue, *apenas* é alvo de uma modificação subjetiva, alterando-se o sujeito que ocupa a posição de empregador, traduzindo uma “inocuidade da transmissão quanto à posição dos trabalhadores (...) em resultado da continuidade das relações laborais” (Martins, 2011, p. 213)<sup>4237</sup>.

A doutrina<sup>4238</sup> considera que subjacente a esta solução está um delicado equilíbrio entre os interesses de todos os envolvidos: o dos trabalhadores em manterem o seu emprego, o do transmitente em desligar-se dos vínculos laborais dos trabalhadores afetos à unidade económica transmitida, e o do adquirente em assegurar a imediata continuidade do funcionamento da mesma. Diversos autores afirmam que este regime consagra a teoria da empresa, “segundo a qual o trabalhador está mais ligado à empresa do que ao empresário-empregador” (Pereira, 2005)<sup>4239</sup>, salientando a centralidade da empresa nas relações laborais e a sua função modeladora enquanto “realidade modelar e dominante com base na qual é pensado e construído o regime jurídico das relações de trabalho” (Amado, 2018a, p. 290)<sup>4240</sup>.

Visando a manutenção dos direitos dos trabalhadores, este regime tem um âmbito de aplicação muitíssimo vasto, abrangendo “a transmissão, total ou parcial, de empresa ou estabelecimento, e [ainda] a transmissão da titularidade ou da exploração da unidade económica (trespasse, fusão, cisão, venda judicial, doação, concessão de exploração, etc.)” (Amado, 2018b, p. 44)<sup>4241</sup>. Ficam “apenas” excluídas as situações em que, “sendo o empregador uma sociedade, ocorra uma mudança da titularidade das participações sociais e, por isso, uma mudança dos sócios” (Martins, 2011, p. 214)<sup>4242</sup>. Deste modo, “à mudança na titularidade do capital não corresponde uma mudança na identidade do empregador – o que, sendo rigorosamente exato no plano jurídico-formal, nem sempre corresponde à verdade no plano económico-material” (Amado, 2014, p. 208)<sup>4243</sup>.

---

<sup>4235</sup> Vicente, 2008, p. 99.

<sup>4236</sup> Cfr. art. 285.º, n.ºs 1 e 2 do CT.

<sup>4237</sup> Martins, 2011, p. 213.

<sup>4238</sup> Por todos, Fernandes, 2018, pp. 10-11.

<sup>4239</sup> Pereira, 2005, disponível em [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net).

<sup>4240</sup> Amado, 2018a, p. 290.

<sup>4241</sup> Amado, 2018b, p. 44.

<sup>4242</sup> Martins, 2011, p. 214.

<sup>4243</sup> Amado, 2014, p. 208, e 2019, p. 177.

Subjacente à aplicação deste regime, está o conceito de unidade económica, definido no art. 285.º/5 do CT, que constitui “o mínimo denominador comum que permite recorrer ao instituto [da transmissão] e, por isso, pode evitar a discussão sobre os conceitos de empresa, de estabelecimento e de parte de empresa ou estabelecimento” (Martins, 2018, p. 121)<sup>4244</sup>.

O principal efeito da transmissão da unidade económica nos contratos de trabalho será “a sub-rogação *ex lege* do transmissário nas relações laborais do transmitente [posto que] o primeiro entra numa relação contratual já existente, em substituição deste último” (Carvalho, 2004, p. 460)<sup>4245</sup>. A doutrina juslaboralista nacional é consensual quanto ao facto de que “as relações individuais acompanham automaticamente, *ex lege*, a mudança da entidade empregadora, sem qualquer alteração de conteúdo, [sendo que] o adquirente subingressa obrigatoriamente no estatuto jurídico-laboral do alienante, sem que tal efeito esteja dependente do consentimento das partes intervenientes, bem como dos trabalhadores transferidos” (Fernandes, 1999, p. 217)<sup>4246</sup>.

Estamos em face da figura da sub-rogação, ou seja, do fenómeno que consiste no facto de uma pessoa ou uma coisa ir ocupar, numa relação jurídica, o lugar de outra pessoa ou de outra coisa (sub-rogação pessoal ou real)<sup>4247</sup>. Neste caso, trata-se de uma sub-rogação pessoal operada por força da lei<sup>4248</sup>, em que a investidura do novo empregador na posição ocupada pelo empregador originário se dá independentemente de qualquer declaração de vontade nesse sentido.

A figura da sub-rogação, quando estatuída por lei, que a impõe e regula os seus efeitos, tem em atenção circunstâncias que se prendem, em regra, com o facto de o terceiro ter interesse direto e legítimo na mesma<sup>4249</sup>. No regime da transmissão da unidade económica ter-se-á visado o interesse do sub-rogado (o adquirente) em receber uma unidade económica plenamente operacional, i. e., dotada de mão-de-obra. Porém, parece-nos que, neste regime, avulta, sobretudo, o desígnio de tutela da estabilidade do emprego<sup>4250</sup>.

É, pois, entendimento dominante não estarmos perante a figura da cessão da posição contratual, figura trilateral que pressupõe o acordo do cedente, do cessionário e do cedido, na medida em que a substituição do alienante pelo adquirente não carece da anuência do trabalhador<sup>4251</sup>.

No entanto, existe quem considere estarmos perante um verdadeiro instituto autónomo de Direito do Trabalho, com especificidades próprias, como sejam o facto de o transmissário

---

<sup>4244</sup> Martins, 2018, p.121.

<sup>4245</sup> Carvalho, 2004, p. 460.

<sup>4246</sup> Fernandes, 1999, p217.

<sup>4247</sup> Costa, 2009, p. 821.

<sup>4248</sup> Varela, 1997, pp. 334-357.

<sup>4249</sup> Teles, 1997, pp. 280-292.

<sup>4250</sup> No entanto, para alguns autores. como nomeadamente Romano Martinez, não parece ser este o bem jurídico central, mas sim a tutela da integridade da unidade económica, razão pela qual consideram inconstitucional (por ferir esse bem) a consagração do direito de oposição.

<sup>4251</sup> Pinto, 1982, p. 9.

ficar responsável pelo pagamento de coimas já aplicadas pela prática de contraordenações laborais e o transmitente ficar solidariamente responsável, por determinado período de tempo, pelas obrigações vencidas até à data da transmissão<sup>4252</sup>.

A solução adotada poderá, todavia, contender com o facto de o trabalhador não pretender desempenhar a sua atividade para alguém com quem não celebrou nenhum contrato. E foi neste âmbito que na doutrina nacional se foram levantando vozes acerca da necessidade de o trabalhador poder obstar a esta mudança no seu contrato de trabalho através do exercício de um direito de oposição<sup>4253</sup>.

Como se verá, este direito de oposição foi recentemente objeto de consagração expressa no art.º 286.º-A do CT. Debruçar-nos-emos sobre o seu regime jurídico nas páginas seguintes.

---

<sup>4252</sup> Entre outros, Lourenço, 2009, p. 1.

<sup>4253</sup> Por todos, Gomes, 1996, pp. 77-194.



## Capítulo II – Brevíssimas notas de direito comparado

No âmbito da UE, a matéria da transmissão da unidade económica encontra-se regulada na Diretiva 2001/23/CE, estabelecendo-se a transferência dos direitos e obrigações emergentes dos contratos de trabalho do cedente para o cessionário.

Uma das críticas apontadas a esta Diretiva foi a ausência de regulamentação do exercício de um direito de oposição por parte dos trabalhadores. Apesar de o TJ se ter pronunciado, como veremos adiante, no sentido de este diploma não poder ser interpretado como obrigando os trabalhadores a desempenharem a sua atividade laboral para o cessionário, referiu que caberia aos EM determinar qual o destino do contrato quando o trabalhador não pretenda prosseguir a sua relação laboral com aquele.

Esta jurisprudência, interpretada no sentido de visar a salvaguarda do princípio da liberdade de trabalho, determinou que se considerasse não estarem os EM obrigados a consagrar um direito de oposição, mas apenas a assegurar a possibilidade de o trabalhador poder fazer cessar o seu contrato quando não pretenda trabalhar para o novo empregador.

De facto, ainda hoje não se reconhece a existência de um direito de oposição em França. O regime previsto no art. L1224-1 do CT francês, relativo à manutenção dos contratos de trabalho, impõe-se de forma imperativa quer aos empregadores, privando de quaisquer efeitos os despedimentos ocorridos por ocasião da transmissão, quer aos trabalhadores. Quanto a estes últimos, não pretendendo desempenhar a sua atividade para o cessionário, apenas terão à sua disposição a faculdade de se demitirem<sup>4254</sup>. Caso não se demitam e posteriormente se recusem a prestar trabalho para o novo empregador, cometerão uma infração grave que poderá originar o seu despedimento sem qualquer direito a indemnização<sup>4255</sup>.

A doutrina francesa tem vindo a defender a necessidade do reconhecimento de um direito de oposição em benefício dos trabalhadores e associado a determinadas garantias. Assim, advoga-se que os trabalhadores deveriam ter direito ao fornecimento de informação detalhada acerca da transmissão, de modo a poderem tomar uma decisão esclarecida e, em caso de oposição, dever-se-ia estabelecer a manutenção do contrato com o cedente, consagrando-se um despedimento com direito a indemnização caso tal não se revele possível<sup>4256</sup>. Não obstante, não só não foi este direito consagrado no CT francês, como também a *Cour de Cassation* tem vindo a negá-lo sistematicamente<sup>4257</sup>.

---

<sup>4254</sup> Marzo & Lecomte, 2010, p. 70.

<sup>4255</sup> Thepot-Olagne, 2015, p. 145.

<sup>4256</sup> Thepot-Olagne, 2015, pp. 147-148.

<sup>4257</sup> Veja-se a decisão proferida no Ac. de 1 de junho de 2016, em que se considerou não poder uma trabalhadora opor-se à transferência do seu contrato, ainda que da transmissão da empresa tivesse resultado uma modificação substancial do seu local de trabalho, e se legitimou o seu despedimento por parte do novo empregador. Esta decisão foi severamente criticada por Mouly, 2016, pp. 775-778. Também a propósito desta decisão, considera-se que pelo menos o direito de oposição deveria ter como consequência excluir um despedimento com justa causa, Baugard, 2016, pp. 667-678.

Também nos ordenamentos jurídicos espanhol e italiano as normas relativas à transmissão da unidade económica, respetivamente o art. 44.º do Estatuto dos Trabalhadores e o art. 2112.º do CC italiano, não fazem qualquer referência a um direito de oposição, limitando-se a consagrar a regra da transferência automática dos contratos de trabalho.

Em suma, o direito de oposição apenas foi consagrado em três ordenamentos jurídicos no seio da UE: na Alemanha, no Reino Unido<sup>4258</sup> e em Portugal, e, ainda assim, de forma substancialmente diversa.

No Reino Unido, este direito foi consagrado aquando da revisão do TUPE em 2006, no art. 4/7 e 8, concebido como a faculdade de o trabalhador apresentar a sua demissão sem poder reivindicar qualquer compensação, levando a um esvaziamento do seu conteúdo<sup>4259</sup> e a uma eficácia muito reduzida. Há quem considere este direito de oposição como um “direito teórico”, pouco exercido na prática pelos trabalhadores, dado ter como consequência a perda do emprego sem qualquer compensação financeira<sup>4260</sup>.

No ordenamento jurídico alemão, este direito foi reconhecido pelo TFT em 1974, com base na autonomia da vontade e nos direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>4261</sup>, tendo sido, posteriormente, em 2002, incorporado no parágrafo 6 do art. 613a do BGB. Tendo como efeito viabilizar a continuidade do vínculo com o cedente, é designado como um verdadeiro direito de oposição por permitir ao trabalhador não apenas recusar a mudança de empregador, como ainda manter a sua relação laboral<sup>4262</sup>. Esta solução não obriga o trabalhador a motivar o seu direito de oposição, apenas impedindo o seu exercício nos casos em que exista abuso de direito<sup>4263</sup>. A jurisprudência tende a interpretar o uso abusivo deste direito de forma restritiva, considerando, por exemplo, não ser abuso de direito o trabalhador deduzir oposição tendo como objetivo negociar com o cessionário condições mais favoráveis de trabalho, sem as quais não pretende a transferência do seu contrato.

Por outro lado, o legislador alemão fez preceder o direito de oposição do cumprimento de uma obrigação de informação a cargo dos empregadores (cedente e cessionário), com um conteúdo bastante vasto<sup>4264</sup> e que é decisiva para o início do decurso do prazo de um mês de que o trabalhador dispõe para se opor. A ausência ou incompletude<sup>4265</sup> desta informação

---

<sup>4258</sup> Sendo certo que no momento presente o Reino Unido já não é um EM da UE.

<sup>4259</sup> Marzo & Lecomte, 2010, p. 701.

<sup>4260</sup> Chezlemas, 2011, p. 139.

<sup>4261</sup> Nomeadamente nos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, à liberdade de desenvolvimento da personalidade e à liberdade de escolha da profissão, previstos, respetivamente, nos arts. 1.º, 2.º e 12.º da Constituição alemã. Veja-se Sagan, 2011, p. 1641.

<sup>4262</sup> Marzo & Lecomte, 2010, p.703.

<sup>4263</sup> Maul-Sartori, 2011, p. 269.

<sup>4264</sup> Haas, Salamon, & Hoppe, 2011, p. 132, salientam a importância das informações fornecidas para que o trabalhador, após ponderação cuidadosa, seja capaz de planear o destino da sua relação laboral.

<sup>4265</sup> Grau, 2005, p. 368, refere possíveis desconformidades no cumprimento da obrigação de informação em virtude de a mesma não ser fornecida de todo antes da transmissão, não ser respeitada a forma escrita, faltarem algum dos elementos previstos na lei e, bem assim, ser o seu conteúdo incorreto (em termos legais ou factuais), incompreensível ou enganoso.

determina que não se inicie a contagem do prazo<sup>4266</sup>, pelo que o trabalhador cujo contrato já foi transferido, poderá, ainda assim, exercer o seu direito de oposição em face do cessionário e por tempo indeterminado<sup>4267</sup>. Embora alguns autores considerem tal regulamentação suscetível de causar um risco não negligenciável para a segurança jurídica<sup>4268</sup>, outros defendem a vantagem de suscitar nos empregadores o interesse em cumprirem a obrigação de informação de acordo com o previsto na lei, de forma concertada, com recurso a uma linguagem clara e a especificidades concretas relativas quer à unidade a transmitir, quer aos postos de trabalho em causa. É que, caso o trabalhador consiga provar que a sua manifestação de vontade estava viciada, poderá exercer ou revogar o seu direito de oposição, alegando ter sido enganado por não dispor de toda a informação que carecia e/ou estar a mesma incorreta<sup>4269</sup>.

---

<sup>4266</sup> Reinecke, 2012, p. 50.

<sup>4267</sup> Maul-Sartori, 2011, p. 270.

<sup>4268</sup> Thepot-Olagne, 2015, p. 148.

<sup>4269</sup> Maul-Sartori, 2011, p. 270.

### **Capítulo III – O direito de oposição do trabalhador: noção e distinção de figuras afins**

Ao referir-mo-nos ao direito de oposição do trabalhador, consideramos a possibilidade de o mesmo obstar a que no seu contrato de trabalho se transmita a titularidade da posição de empregador, por força da lei, do cedente para o cessionário. Outro não poderia ser o entendimento pois “o trabalhador não tem, decerto, o poder de autorizar ou de vetar a transmissão da empresa ou estabelecimento, pois esta é uma faculdade empresarial, inerente ao princípio da livre iniciativa económica” (Amado, 2019, p. 209)<sup>4270</sup>.

Por outro lado, também não está em causa a possibilidade de se recusar a prestar a sua atividade ao novo empregador. Com efeito, importa não confundir este direito de oposição, em que o trabalhador visa a continuidade da sua relação laboral, com outras figuras, como a denúncia e a resolução do contrato de trabalho<sup>4271</sup>, que implicam a cessação do vínculo por iniciativa do trabalhador.

As finalidades em causa são substancialmente distintas: o exercício do direito de oposição visa a manutenção da relação laboral com o transmitente, enquanto a denúncia e a resolução têm por objetivo a desvinculação unilateral e a rutura do contrato.

Quanto ao momento de exercício dos direitos acima referidos, o direito de oposição deverá ser exercido antes de ocorrida a transmissão da unidade económica, pois, caso contrário, por força desta ter-se-á transmitido a titularidade da posição de empregador no contrato de trabalho. Já a denúncia e/ou resolução tanto poderão ser levadas a cabo antes da transmissão, cessando-se o contrato com o transmitente, como depois da mesma, caso em que o destinatário da cessação será o transmissário.

Assim, a tónica essencial para se compreender a distinção entre as figuras em causa baseia-se no facto de que “com o exercício do direito de oposição, o trabalhador só pretende evitar a mudança de empregador, não manifesta nenhuma vontade rescisória” (Reis, 2007, p. 342)<sup>4272</sup>.

---

<sup>4270</sup> Amado, 2019, p. 209.

<sup>4271</sup> Para um estudo mais aprofundado da cessação do contrato de trabalho por recurso à denúncia e à resolução com justa causa, veja-se Martins, 2017, pp. 571-602.

<sup>4272</sup> Reis, 2007, p. 342.

## Capítulo IV – Condições de exercício do direito de oposição

Nos termos do art. 286.º-A/1 do CT, o trabalhador pode “exercer o direito de oposição à transmissão da posição de empregador no seu contrato de trabalho em caso de transmissão (...), quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança”. Por outro lado, segundo o art. 286.º-A/3 deverá o trabalhador “informar o respetivo empregador, por escrito, no prazo de cinco dias úteis (...) mencionando a sua identificação, a atividade contratada e o fundamento da oposição”.

Existem, assim, vários pressupostos para o exercício do direito de oposição, pelo que dividiremos a nossa análise tendo em conta, primeiramente, os fundamentos a invocar pelo trabalhador e, num segundo momento, o prazo e as formalidades a observar.

### 1. Fundamentos do direito de oposição

A consagração legal do exercício do direito de oposição pelo trabalhador condiciona-o à invocação de determinados fundamentos. Podemos, aparentemente, concluir que não se trata de um direito discricionário, posto que o legislador apenas o admite mediante a verificação, alegação e prova de certos pressupostos materiais.

Diferentemente seria se o mesmo tivesse sido consagrado, à semelhança do preconizado pelo legislador alemão<sup>4273</sup>, enquanto direito de livre exercício, embora necessariamente limitado pelo instituto do abuso de direito, i.e., pelo “exercício disfuncional de posições jurídicas” (Cordeiro, 20045, pp. 24-25)<sup>4274</sup> que violam a tutela da confiança e o princípio da boa-fé.

Já antes da consagração legal deste direito se defendia que a transmissão dos contratos sem a possibilidade de oposição pelo trabalhador significaria a negação da sua dignidade, enquanto pessoa, e da sua autonomia privada, convertendo-o “numa peça de mobília ou numa espécie de servo da gleba” (Gomes, 1996, p. 173) com base numa visão simplista de que ao trabalhador apenas importará a manutenção do seu contrato de trabalho<sup>4275</sup>. É que a identidade do empregador não só não é irrelevante na relação laboral, como também poderá introduzir mudanças inevitáveis no conteúdo do contrato, como sejam as relativas, entre outras, às cláusulas de não concorrência<sup>4276</sup>. Defendia alguma doutrina a consagração do direito de oposição em moldes similares aos do direito alemão, no qual este se apresenta “como uma expressão pura e simples da autonomia negocial do trabalhador, da sua liberdade

---

<sup>4273</sup> Consagrado na lei em 2002, através do § 613a do BGB, conferindo ao trabalhador, sem necessidade de invocação de qualquer fundamento, a possibilidade de obstar à transmissão do seu contrato, quer perante o cedente, quer perante o cessionário.

<sup>4274</sup> Cordeiro, 2005, pp. 24-25.

<sup>4275</sup> Gomes, 1996, p. 173.

<sup>4276</sup> Gomes, 2008, pp. 148-149.

contratual negativa, manifestação, em última análise, da sua dignidade” (Gomes, 2018, p. 76)<sup>4277</sup>.

Não prevendo a Diretiva 2001/23/CE a existência de um direito de oposição, o TJ, no Ac. Katsikas<sup>4278</sup>, de 16/12/1992, afirmou que a Diretiva (a vigente à data, que, quanto ao relevante para o ponto, é idêntica à atual) não poderia ser interpretada como obrigando o trabalhador a prosseguir a sua relação de trabalho com o cessionário, porquanto tal poria em causa os seus direitos fundamentais, devendo o trabalhador ser livre de escolher a sua entidade patronal. O TJ afirmou também que quando o trabalhador decida não prosseguir a sua relação laboral como o cessionário, caberá aos EM determinar qual o destino do contrato de trabalho.

Com base nesta decisão do TJ<sup>4279</sup>, afirmou-se não existir qualquer contradição em estabelecer-se a manutenção dos contratos de trabalho em caso de transmissão e em permitir-se ao trabalhador afastar esse efeito optando por manter-se ao serviço do cedente. Defendia-se que “a faculdade de o trabalhador se opor (...) não pode ser interpretada como uma renúncia aos direitos (irrenunciáveis) previstos na directiva, mas antes como uma modalidade alternativa de protecção” (Fernandes, 1999, p. 228)<sup>4280</sup>. Ainda que a oposição acarretasse um eventual despedimento por motivos económicos, o trabalhador seria quem melhor poderia avaliar os danos daí decorrentes, pelo que negar-lhe a faculdade de se opor seria considerar a sua posição como “meramente instrumental ou orgânica relativamente à empresa” (Fernandes, 1999, p. 232)<sup>4281</sup>.

Assim, uma tese doutrinária considerava, em face do referido Ac. Katsikas, que se deveria reconhecer ao trabalhador um direito de oposição. Ao interesse na manutenção do contrato de trabalho contrapunham-se outros valores como o interesse do trabalhador em ver respeitada a sua autonomia negocial, podendo, legitimamente, “não estar interessado em prosseguir a sua relação laboral com uma pessoa que não escolheu como seu parceiro contratual” (Henriques, 2001, p. 994)<sup>4282</sup>.

Não obstante, outros autores consideravam que a afirmação proferida pelo TJ apenas veio esclarecer que a Diretiva não podia ser interpretada no sentido de impor aos trabalhadores a continuação da sua relação de trabalho com um novo empregador: o cessionário. Consequentemente, defendia-se que nada obstava a que o trabalhador se opusesse à transmissão no seu contrato da titularidade da posição de empregador, optando pela resolução do contrato com justa causa fundada na alteração substancial das condições de trabalho. Apenas se considerava que a justa causa não poderia ser a própria transmissão, posto

---

<sup>4277</sup> Gomes, 2018, p. 75-104 [76].

<sup>4278</sup> Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91.

<sup>4279</sup> Mais tarde reiterada no Ac. Europièces SA de 12/11/1998 (proc. C-399/96) e no Ac. Merckx e Neuhuys de 7/03/1996 (proc. apensos C-171/94 e C-172/94).

<sup>4280</sup> Fernandes, 1999, p. 228.

<sup>4281</sup> *Idem*, p. 232.

<sup>4282</sup> Henriques, 2001, p. 994.

que o regime legal também visa assegurar o interesse do cessionário em receber uma unidade económica em condições de funcionamento<sup>4283</sup>. E salientava-se que a transmissão *ope legis* da relação contratual não representava uma “coisificação do trabalhador”, mas antes a “consideração do trabalhador como pessoa”, garantindo-lhe o seu sustento e o da sua família. É que, se assim não fosse, como o “antigo titular do estabelecimento ficaria na posição de não mais poder receber o trabalho (...) a situação seria idêntica à de um encerramento definitivo da empresa (...) que (...) conduz à cessação dos contratos de trabalho, seja através de um despedimento colectivo seja como causa de caducidade” (Martins, 2007, p. 331)<sup>4284</sup>. Assim, caso o trabalhador não pretendesse acompanhar o destino do estabelecimento, poderia sempre lançar mão da denúncia do contrato com aviso prévio e, em certas circunstâncias excepcionais, resolver o contrato com justa causa.

Também na jurisprudência nacional as decisões não eram unânimes. Ora se afirmava a inexistência de um direito de oposição<sup>4285</sup>, ora se considerava existir um direito de oposição, mas correspondendo à possibilidade de cessação do contrato pelo trabalhador<sup>4286</sup>.

Salientava este setor da doutrina, tendo em consideração os interesses em jogo na transmissão da unidade económica, não ter qualquer cabimento legal a consagração de um direito individual de oposição do trabalhador<sup>4287</sup>, uma vez que o princípio da liberdade de trabalho já se traduzia “na livre desvinculação unilateral pelo trabalhador, mediante aviso prévio (...) e ainda na liberdade de desvinculação imediata (sem pré-aviso) nas situações de justa causa dita “objectiva” [entre as quais] a “alteração substancial e duradoura das condições de trabalho” (Vasconcelos, 2005, p. 91)<sup>4288</sup>, cabendo ao trabalhador fazer prova da inexigibilidade da manutenção da relação de trabalho. Defendia-se que o regime da transmissão da unidade económica visava acautelar também os interesses de gestão do empregador, não sendo estes compatíveis com um exercício do direito de oposição que tivesse por consequência a manutenção da relação com o primitivo empregador<sup>4289</sup>.

Estes entendimentos divergentes tinham ainda por consequência considerar-se, ou não, a legislação nacional em conformidade com o Direito da UE. Afirmando o TJ que a diretiva não poderia impor que o trabalhador fosse obrigado a desempenhar a sua atividade para o cessionário, para alguns autores tal significava o reconhecimento da existência de um direito

---

<sup>4283</sup> Entre outros, Martinez, 2017, pp. 784-798.

<sup>4284</sup> Martins, 2007, p. 331.

<sup>4285</sup> Neste sentido, o Ac. do STJ de 30/06/1999 (Manuel Pereira), afirmando que nem a diretiva nem a decisão do TJ no Ac. Katsikas criaram a obrigação para os EM da consagração de um direito de oposição.

<sup>4286</sup> O Ac. do STJ de 27/05/2004 (Vitor Mesquita) reconheceu a existência de um direito de oposição, mas não se pronunciou sobre o destino do contrato de trabalho, e o Ac. do STJ de 29/06/2005 (Laura Leonardo) concebeu o direito de oposição como permitindo ao trabalhador a rescisão do contrato de trabalho, considerando-a responsabilidade do empregador.

<sup>4287</sup> Xavier, 2014, p. 742.

<sup>4288</sup> Vasconcelos, 2005, p. 91.

<sup>4289</sup> Ramalho, 2016, p. 650.

de oposição não consagrado na nossa lei, pelo que estaríamos em face de uma lacuna<sup>4290</sup>. No entanto, para outros tal situação já estaria contemplada pelo facto de o trabalhador poder fazer cessar o contrato quer pela via da denúncia, quer da resolução por justa causa.

E é, precisamente, com base nestes diferentes entendimentos que se deverá interpretar o regime jurídico estabelecido na Lei n.º 14/2018.

Quanto a nós, o legislador nacional não estará isento de críticas ao ter consagrado um direito de oposição que carece de ser enquadrável em determinados fundamentos. Bastaria o princípio fundamental da liberdade contratual para sustentar a oposição do trabalhador à transmissão no seu contrato da titularidade da posição de empregador, na medida em que esta viola o seu direito de escolher o seu parceiro contratual, o que num contrato *intuitu personae* se afigura de extrema importância<sup>4291</sup>.

Por outro lado, como veremos, também não será isenta de crítica a fundamentação, plasmada no art. 286.º-A/1 do CT, à qual o legislador condicionou o exercício do direito de oposição.

Ainda antes de nos atermos à análise destes fundamentos, sublinhe-se a existência na doutrina nacional de uma divergência quanto à questão de saber se estamos perante um ou dois fundamentos distintos.

Do nosso ponto de vista, e recorrendo aos elementos interpretativos constantes do art. 9.º do CC, consideramos resultar da redação do art. 286.º-A/1 do CT a existência de dois fundamentos distintos e devidamente individualizados: o prejuízo sério que a transmissão é suscetível de causar ao trabalhador, por um lado, e a falta de confiança na política de organização do trabalho do adquirente, por outro.

A realização do Direito passa, inelutavelmente, pela interpretação das normas, visando-se a adequação do texto legal às concretas exigências do problema jurídico a resolver, de modo a obter um critério adequado de solução<sup>4292</sup>. Por outro lado, na tarefa interpretativa é fundamental ter em conta, como ponto de partida e de chegada, a letra da lei à qual se atribui uma função positiva e negativa<sup>4293</sup>. O texto da norma deverá, assim, ser considerado o elemento indispensável através do qual se procura comunicar determinado sentido e, simultaneamente, o limite da busca da finalidade do legislador porquanto não se poderá chegar a um sentido que não encontre no texto qualquer apoio<sup>4294</sup>.

Partindo do elemento literal ou gramatical, consideramos que a palavra *ainda*, ínsita na redação da norma, permite uma clara separação entre os dois fundamentos já referidos, impondo, como tal, uma análise distinta quanto à sua efetivação<sup>4295</sup>. Não obstante, alguns

---

<sup>4290</sup> Carvalho, 2004, p. 473, Fernandes, 1999, p. 239 e Gomes, 2001, pp. 520-521.

<sup>4291</sup> Amado, 2018b, p. 50.

<sup>4292</sup> Neves, 2010, p. 13.

<sup>4293</sup> Machado, 2013, p. 182.

<sup>4294</sup> Ascensão, 2006, p. 396.

<sup>4295</sup> Por todos, Amado, 2018a, p. 294.



autores consideram estarmos apenas em face de um requisito material transversal, a saber, o da existência<sup>4296</sup> ou a possibilidade<sup>4297</sup> de ocorrência de prejuízo sério, para o trabalhador, emergente da transmissão da unidade económica, e que poderá resultar, designadamente, da manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou da falta de confiança na política de organização do cessionário. Assim, defendem a existência de um único fundamento concretizado de forma exemplificativa na lei<sup>4298</sup>.

Como a letra da lei é, muitas vezes, ambígua e suscita interpretações divergentes, é decisivo na tarefa interpretativa perscrutar qual o seu sentido, ou espírito que lhe está subjacente<sup>4299</sup>, procurando-se aferir a finalidade visada pelo legislador de modo a determinar o seu exato alcance<sup>4300</sup>. Do nosso ponto de vista, este elemento teleológico – finalidade visada pelo legislador – aponta para a existência de dois fundamentos distintos, porquanto só esta interpretação permitirá ter em conta a dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho. Se assim não fosse, não faria sentido incluir como fundamento a falta de confiança do trabalhador na política de organização do trabalho por parte do cessionário.

Não podendo a tarefa interpretativa de uma norma legal fazer-se isoladamente<sup>4301</sup>, o legislador manda ainda atender ao elemento sistemático, à unidade do sistema jurídico, considerando outras disposições que regulam a mesma matéria<sup>4302</sup>, *in casu*, a transmissão da unidade económica. Tendo em conta este elemento, consideramos estar perante dois fundamentos distintos, como afirmamos *supra*, mas parece-nos que deveremos interpretar o segundo fundamento, relativo à ausência de confiança, de forma restritiva – *rectius*, não apontando para uma total discricionariedade – sob pena de se esvaziar a exigência de fundamentação do direito de oposição. É que uma interpretação ampla deste fundamento dificilmente se coadunaria com a exigência de fundamentação do direito de oposição. Quer dizer: mal se compreenderia tal exigência se o trabalhador invocasse o primeiro dos motivos, se ela inexistisse, de todo, em relação ao segundo. Retomaremos o ponto.

Considerando ainda o elemento histórico – composto<sup>4303</sup>, entre outros, pela evolução do instituto da transmissão, pela influência da doutrina<sup>4304</sup> –, mantemos a opinião de que existem dois fundamentos materialmente distintos assentes em pressupostos diferentes que analisaremos em seguida.

---

<sup>4296</sup> Martins, 2018, p. 131.

<sup>4297</sup> Falcão & Tomás, 2018, p. 114, e Santos & Santos, 2018, p. 81.

<sup>4298</sup> Martínez & Brito, 2018, pp. 21-22.

<sup>4299</sup> Ascensão, 2006, p. 399.

<sup>4300</sup> Machado, 2013, p. 183.

<sup>4301</sup> Ascensão, 2006, p. 409.

<sup>4302</sup> Machado, 2013, p. 183.

<sup>4303</sup> Machado, 2013, pp. 184-185.

<sup>4304</sup> Consideramos que o legislador na consagração do direito de oposição se baseou, sobretudo, na doutrina de Liberal Fernandes, atendendo à semelhança entre os argumentos aduzidos pelo autor na defesa da exigência da consagração de um direito de oposição e os fundamentos previstos no art. 286.º-A/1 CT.

### 1.1. A possibilidade da ocorrência de prejuízo sério

No art. 286.º-A/1 do CT, o legislador afirma que o trabalhador se pode opor quando a transmissão da posição do empregador “possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação difícil do adquirente”.

Parece-nos claro que o legislador se basta com a possibilidade de existência de prejuízo sério, pelo que, ao contrário do defendido por certos autores<sup>4305</sup>, não se exige efetivamente a verificação de tal prejuízo. Atenta a redação da norma, o trabalhador terá de demonstrar a suscetibilidade da ocorrência de tal prejuízo<sup>4306</sup>, ou seja, “o temor de um prejuízo sério – [que] ainda não se verificou, mas pode vir a ocorrer por causa da transmissão da posição de empregador” (Gomes, 2018, p. 77)<sup>4307</sup> – devendo “especificar, com detalhe e objetividade, os factos e as circunstâncias subsumíveis ao conceito indeterminado” (Martins, 2013, p. 132)<sup>4308</sup>.

Este fundamento implica um juízo de prognose sobre “uma futura inexistência de interesse na manutenção do contrato de trabalho em caso de modificação subjetiva da posição de empregador”, que passará por “uma operação de representação (...) por referência a um quadro factual, comercial, financeiro e laboral internos de uma terceira entidade, nesse momento ainda alheia ao vínculo laboral existente, (...) [tendo] em vista prejuízos sérios que, em concreto, podem nunca vir a verificar-se” (Martinez & Brito, 2018, p. 22)<sup>4309</sup>. Tal significa, recorrendo às palavras de Leal Amado, estarmos perante um fundamento “racional, demonstrável e extremamente sindicável, suscetível de prova e de contraprova, que poderá ser apreciado pelo tribunal, em função de dados objetivos” (Amado, 2018a, p. 294)<sup>4310</sup>. Mas significa também, na nossa perspetiva, a imposição de um ónus da prova extremamente difícil, a cargo do trabalhador, posto que implica o acesso a informação razoavelmente detalhada relativa ao transmissário. Como poderá o trabalhador alegar e provar que determinadas circunstâncias serão suscetíveis de lhe causar prejuízo sério se não possuir informação de onde possa inferir a sua existência? De facto, embora se trate de uma mera potencialidade de existência de um prejuízo, essa possibilidade deve reportar-se não a um qualquer prejuízo, mas a um prejuízo que seja significativo, podendo o trabalhador “ver-se na difícil contingência de não lograr fazer no processo a prova de factos que serão alheios, porque referentes ao transmissário” (Martinez & Brito, 2018, p. 24)<sup>4311</sup>.

Referindo-se à possibilidade da ocorrência de prejuízo sério, o legislador estabelece que tal poderá ocorrer, *nomeadamente*, por manifesta falta de solvabilidade ou situação

---

<sup>4305</sup> Assim, Martins, 2013, p. 131.

<sup>4306</sup> Quintas, 2019, p. 217.

<sup>4307</sup> Gomes, 2018, p. 77.

<sup>4308</sup> Assim, Martins, 2013, p. 132.

<sup>4309</sup> Martinez & Brito, 2018, p. 22.

<sup>4310</sup> Amado, 2018a, p. 294.

<sup>4311</sup> Martinez & Brito, 2018, p. 24.

economicamente difícil do adquirente<sup>4312</sup>. Resulta da expressão “nomeadamente” um elenco meramente exemplificativo de situações em que poderá existir a suscetibilidade de ocorrência de prejuízo sério. Assim, ao trabalhador será facultada a possibilidade de demonstrar a existência de outras circunstâncias que sejam suscetíveis de lhe causar prejuízo sério.

Poder-nos-emos questionar se estas outras circunstâncias, que ao trabalhador será lícito invocar, terão de se subsumir aos valores subjacentes aos exemplos elencados na norma, ou seja à proteção “(d)a garantia de sustentabilidade económica e financeira do adquirente e (d)a estabilidade das condições de vida do trabalhador” (Quintas, 2019, p. 215)<sup>4313</sup>. Pensamos que não. Consideramos que, tratando-se de um elenco meramente exemplificativo, não poderá ser negado ao trabalhador o direito de oposição com fundamento numa qualquer circunstância suscetível de lhe causar prejuízo sério. E tal poderá resultar, por exemplo, de uma “mudança significativa de local de trabalho” (Gomes, 2018, p. 78)<sup>4314</sup>, de um alargamento do objeto do dever de não concorrência porque o “novo” empregador possui outras unidades económicas em que se desenvolvem outro tipo de atividades, ou ainda do facto de a atividade em causa<sup>4315</sup> poder ser “permeável à adoção de determinada postura ideológica” (Rouxinol, 2019, p. 882)<sup>4316</sup>.

Estando em causa a possibilidade de ocorrência de um prejuízo sério, não podemos olvidar o princípio da proteção do trabalhador, fortemente influenciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em torno do qual se desenvolveu o sistema jurídico-laboral. Este princípio, visando colmatar a inferioridade negocial do trabalhador e proteger aquele que é o contraente mais débil, foi concretizado em várias disposições legais, nomeadamente ao nível da retribuição, do tempo de trabalho e da conciliação da atividade profissional com a vida pessoal do trabalhador<sup>4317</sup>. Assim, a proteção do trabalhador impõe que lhe seja facultado o direito de oposição como meio de reação contra todas as situações suscetíveis de lhe causarem prejuízo sério, independentemente de este se reportar a situações de índole patrimonial ou de índole pessoal, social e familiar.

Atente-se na importância crescente, no ordenamento jurídico da UE, da conciliação da vida profissional com a vida pessoal, concretizada pela emanção recente da Diretiva (UE) 2019/1158, de 20/06, que dá nota de que a conciliação permanece um desafio considerável

---

<sup>4312</sup> Como bem afirma Gomes, 2018, p. 77, uma vez que o regime da transmissão se aplica não apenas quando exista transmissão da titularidade da unidade económica, mas também da sua exploração, “a lei fala em adquirente, mas o transmissário não tem que adquirir a propriedade”.

<sup>4313</sup> Quintas, 2019, p. 215.

<sup>4314</sup> Assim, Gomes, 2018, p. 78.

<sup>4315</sup> Rouxinol, 2014, pp. 231-252, defendia, ainda antes da consagração legal do direito de oposição, que o conjunto de valorações em que assenta a cláusula de consciência prevista no art. 12.º n.º 4 do EJ permitiria reforçar os argumentos a favor da consagração de um direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato em caso de transferência da empresa, em honra à liberdade de pensamento, de expressão e de informação que caracteriza a prestação da atividade jornalística e sobretudo tendo em consideração que tal transmissão poderia acarretar uma mudança substancial ao nível das opções editoriais seguidas pelo órgão de comunicação social.

<sup>4316</sup> Rouxinol, 2019, p. 882.

<sup>4317</sup> Dray, 2015, p. 126.

para os trabalhadores, sobretudo devido ao aumento da prevalência de horários de trabalho alargados e à alteração dos horários de trabalho<sup>4318</sup>. Partindo desta realidade, e tendo em conta o envelhecimento populacional que acarreta a necessidade de um aumento dos cuidados informais para com os idosos, este normativo procura reforçar os direitos dos trabalhadores no domínio da conciliação, designadamente através da criação de uma licença de cuidador (art. 6.º).

Também no nosso ordenamento jurídico assistimos a uma alteração ao CT, operada pela Lei n.º 120/2015, de 1/09, motivada pela promoção da conciliação entre a vida profissional e familiar, e com uma ligação incindível ao tempo de trabalho. De entre as várias medidas adotadas, saliente-se, para além das licenças, o direito dos trabalhadores a beneficiarem de regimes especiais de tempo de trabalho e a serem dispensados de certas formas de organização do tempo de trabalho, em ordem a colmatar a dificuldade de articulação dos modelos de distribuição variável do tempo de trabalho com as necessidades familiares<sup>4319</sup>.

Do exposto resulta, na nossa opinião, que, quando se visa permitir ao trabalhador obstar à sub-rogação legal do empregador no seu contrato com fundamento na possibilidade de prejuízo sério, estará em causa a consideração da pessoa do trabalhador, como um todo, e não apenas as questões atinentes à sua retribuição e às garantias associadas à mesma.

## **1.2. A falta de confiança na política de organização do trabalho do transmissário**

A 2.ª parte do art. 286.º-A/1 do CT refere que o trabalhador pode opor-se à transmissão da posição do empregador no seu contrato se a política de organização do trabalho do transmissário não lhe merecer confiança.

Pode desde logo levantar-se a questão de saber como deverá ser interpretado o conceito de “política de organização do trabalho”. De acordo com Hélder Quintas, estamos no domínio da “concretização do conteúdo e dos métodos da atividade produtiva e da coordenação inter-relacional dos trabalhadores (...) tendo por objetivo a rentabilização da produção e a maximização dos lucros”, pelo que “a organização do trabalho surge como um fenómeno de natureza social e técnica com implicações no equilíbrio da relação jurídico-laboral” (Quintas, 2019, pp. 218-219)<sup>4320</sup>. Parece-nos que caberão neste conceito aspetos relacionados com o tempo e horário de trabalho, com os métodos e técnicas utilizadas, e, ainda, com a articulação entre as tarefas desempenhadas pelos trabalhadores, elementos fundamentais à prestação da atividade sob a direção e autoridade do novo empregador. E parece-nos, também, que a ausência de confiança na política de organização do trabalho adotada pelo transmissário

---

<sup>4318</sup> Considerando n.º 10 da diretiva.

<sup>4319</sup> Ramalho, 2018, pp. 113-116.

<sup>4320</sup> Quintas, 2019, pp. 218-219.

reveste particular importância para o trabalhador, determinando a sua vontade em obstar à sub-rogação legal, no seu contrato, do transmissário na posição anteriormente ocupada pelo transmitente.

Cremos que se trata de um fundamento autónomo relativamente à suscetibilidade da ocorrência de prejuízo sério, podendo o direito de oposição ser exercido “porque, independente de qualquer prejuízo sério, a política de organização do trabalho do adquirente não merece a confiança do trabalhador” (Amado, 2018a, p. 294)<sup>4321</sup>.

Porém, como se referiu, há doutrina que considera este fundamento enquadrável na suscetibilidade de ocorrência de prejuízo, defendendo que a invocação daquele fundamento carece de alegação e demonstração dos seus factos constitutivos<sup>4322</sup>.

No extremo oposto, considerando que a falta de confiança configura “um sentimento, de uma crença, de algo emocional e do foro puramente interno do trabalhador” (Amado, 2018b, p. 52)<sup>4323</sup>, Leal Amado defende que o trabalhador não terá de demonstrar quaisquer factos justificativos da sua falta de confiança, na medida em que estamos perante um fundamento insuscetível de sindicância por parte do tribunal. Salienta que “a lei basta-se, e muito bem, com a circunstância de o trabalhador, independentemente de causa, não sentir confiança no adquirente da empresa (...) e não pretender, por isso, passar a trabalhar sob a sua autoridade e direção” (Amado, 2018b, p. 53)<sup>4324</sup>.

Numa posição intermédia, com a qual tendemos a concordar, Júlio Gomes interroga-se se não deverá a falta de confiança “assentar em alguns indícios concretos que devam ser referidos”, porquanto de pouco serviria o trabalhador ser obrigado a referir por escrito este fundamento se depois “o fundamento em causa é totalmente incontroável e arbitrário” (Gomes, 2018, p. 78)<sup>4325</sup>. Também a este propósito, Hélder Quintas invoca o princípio da boa-fé, que se impõe ao empregador e ao trabalhador, como impeditivo da oposição do trabalhador “com base neste fundamento sem alegar e demonstrar nenhum facto constitutivo” (Quintas, 2019, p. 218)<sup>4326</sup>.

Alguns autores consideram este fundamento como suscetível de pôr em causa o equilíbrio entre a proteção dos direitos do trabalhador e a livre iniciativa económica do empregador, ao introduzir “um fator de subjetividade” (Santos & Santos, 2018, p. 85)<sup>4327</sup>, pelo que caso o trabalhador não alegue factos demonstrativos da sua falta de confiança, o direito de oposição deverá ser considerado como tendo sido exercido de forma abusiva.

---

<sup>4321</sup> Amado, 2018a, p. 294.

<sup>4322</sup> Assim, Martins, 2013, pp. 131-133.

<sup>4323</sup> Amado, 2018b, p. 52.

<sup>4324</sup> Amado, 2018b, p. 53.

<sup>4325</sup> Gomes, 2018, p. 78.

<sup>4326</sup> Quintas, 2019, p. 218.

<sup>4327</sup> Santos & Santos, 2018, p. 85.

Parece-nos, sobretudo, que não faria muito sentido o legislador impor a fundamentação do exercício do direito de oposição e permitir, simultaneamente, a invocação de um fundamento sem alegação e prova de qualquer facto constitutivo. Ainda que se defenda que o direito de oposição não deveria ter sido condicionado à invocação de qualquer fundamento específico (bastando a liberdade de trabalho e a dignidade do trabalhador enquanto pessoa), a verdade é que uma vez que a lei assim o impôs, o permitir a invocação de um motivo sem qualquer justificação faria com que se esvaziasse por completo o regime prescrito no art. 286.º-A/1 do CT. De facto, podendo o trabalhador recorrer alternativamente a dois fundamentos distintos, um que lhe imporia uma tarefa probatória exigente e outro que poderia ser invocado de forma absolutamente livre, tal redundaria no facto de se esvaziar não apenas a utilidade do primeiro, como também a exigência de fundamentação do direito de oposição.

Por isso se defendeu que da análise da norma em causa resulta uma consagração restrita do direito de oposição. Assim, terá o mesmo de ser sempre fundamentado, embora de acordo com a natureza do fundamento invocado a tarefa probatória possa ser mais ou menos exigente, alegando-se e provando-se os factos constitutivos da possibilidade de ocorrência de prejuízo sério ou os factos indiciários da ausência de confiança na política de organização do trabalho do cessionário.

## **2. Formalidades e prazos**

O legislador impõe, no art. 286.º-A/3 do CT, que o direito de oposição seja exercido por escrito, devendo fazer-se menção ao(s) fundamento(s) da oposição.

Esta exigência prende-se com o modo concreto que deve revestir a manifestação de vontade do trabalhador para ser juridicamente atendível<sup>4328</sup>, consagrando-se uma exceção aos princípios da liberdade de declaração e da liberdade de forma (arts. 217.º e 219.º CC) segundo os quais, em regra, a manifestação de vontade poderá ser levada a cabo livremente<sup>4329</sup>, tanto ao nível da modalidade utilizada, como da forma escolhida. Assim, para além de se exigir a manifestação expressa da vontade de oposição do trabalhador, exige-se ainda que a mesma revista forma escrita enquanto formalidade *ad substantiam*, ou seja, condição de validade do exercício do direito.

A exigência de forma prossegue finalidades de ordem pública relacionadas, entre outras, com a certeza e segurança jurídica e com uma maior reflexão e ponderação da importância e dos riscos associados à decisão, evitando declarações precipitadas<sup>4330</sup>. Em consonância com a

---

<sup>4328</sup> Fernandes, 2010, p. 289.

<sup>4329</sup> Hörster, 2013, p. 440.

<sup>4330</sup> Pinto, 2012, p. 428.

prevalência destes interesses<sup>4331</sup>, o legislador estabelece explicitamente no art. 220.º do CC a nulidade como consequência para a inobservância da forma legalmente exigida<sup>4332</sup>.

No caso em apreço, não sendo observada a forma escrita, a declaração de oposição será nula, não impedindo a sub-rogação legal do cessionário na posição do cedente, e passando o trabalhador a desempenhar a sua atividade para aquele<sup>4333</sup>. A exigência de forma escrita poderá ter tido por base dois tipos de finalidade: a de fazer com que o trabalhador ponderasse a sua decisão<sup>4334</sup>, e a de permitir ao empregador ter um conhecimento exato das razões subjacentes à oposição “de molde a decidir, de forma séria, esclarecida e ponderada, qual o comportamento que irá adotar” (Quintas, 2019, p. 221)<sup>4335</sup>.

Para além da forma escrita, o legislador condicionou o exercício do direito de oposição a um prazo de 5 dias úteis. A este propósito, aprez-nos fazer, de forma necessariamente breve, três considerações.

O trabalhador dispõe de um prazo extremamente curto para ponderar a sua decisão de se opor e, ainda, para recolher elementos que lhe permitam alegar e provar, por escrito, os factos constitutivos do seu direito, necessariamente subsumíveis a um dos fundamentos que o legislador considerou bastante para tal. No ordenamento jurídico alemão consagrou-se um período temporal substancialmente mais alargado, de um mês, para o exercício desse direito, período esse que “*apenas*” se destinará a conceder ao trabalhador um prazo para recolher informações que considere necessárias e para refletir sobre eventuais consequências da sua decisão<sup>4336</sup>.

A contagem do prazo liga-se a atos relativos às diligências procedimentais previstas no regime jurídico da transmissão, suscitando bastantes dúvidas a forma como deverá (ou não) contar-se o prazo quando sejam omitidos alguns, ou mesmo todos, esses requisitos procedimentais<sup>4337</sup>.

O prazo de 5 dias úteis, já de si apertado, pode ser objetivamente mais curto devido a estarmos perante uma declaração recetícia. É que, tendo esta declaração claramente um destinatário (o transmitente), apenas se tornará eficaz quando chegue ao seu poder ou conhecimento<sup>4338</sup>.

---

<sup>4331</sup> Hörster, 2013, p. 442.

<sup>4332</sup> Pinto, 2012, p. 436, entende que se não fosse esta a consequência da inobservância da forma legal, as normas relativas à forma passariam a ser meras recomendações.

<sup>4333</sup> Neste sentido, Quintas, 2019, p. 221.

<sup>4334</sup> Gomes, 2018, p. 79.

<sup>4335</sup> Quintas, 2019, p. 221.

<sup>4336</sup> Assim, Gomes, 2018, p. 79.

<sup>4337</sup> Rouxinol, 2019, p. 884.

<sup>4338</sup> Hörster, 2013, p. 449.

### 3. A obrigação de informação – uma condição *sine qua non*?

Exigindo-se a fundamentação do direito de oposição, o seu exercício estará, na nossa opinião, intimamente ligado à obrigação de informação que o legislador faz impender sobre o transmitente e o transmissário.

Estabelece-se na lei que transmitente e adquirente devem informar os representantes dos trabalhadores, ou os próprios trabalhadores, sobre a data e motivo da transmissão, as consequências jurídicas, económicas e sociais para os trabalhadores e as medidas projetadas em relação a estes, bem como sobre o conteúdo do contrato entre ambos (cfr. art. 286.º/1 CT). Na redação dada pela Lei n.º 14/2018 o legislador acrescentou ao dever de informação a obrigação de informar os trabalhadores acerca do conteúdo do contrato celebrado entre transmitente e transmissário, o que, na esteira de alguns autores, se deverá entender como um reforço do conteúdo dever de informação<sup>4339</sup> em benefício de um procedimento mais garantístico dos trabalhadores. Todavia, considerando a parte final da norma em apreço, ressalvam-se as situações de informações, relativas ao conteúdo do contrato, que devam ser consideradas confidenciais e outras cuja prestação possa ser recusada<sup>4340</sup>, desde que, em ambos os casos, estas decisões sejam fundamentadas por escrito com base em critérios objetivos assentes em exigências de gestão (cfr. arts. 412.º e 413.º CT). Tal ressalva poderá ter como consequência a não transmissão de informação determinante para o exercício do direito de oposição, dificultando a tarefa, já de si árdua, de fundamentação deste direito.

Para o cumprimento adequado do dever de informação será necessária uma acentuada colaboração entre cedente e cessionário, tal como tem vindo a ser defendido na doutrina alemã<sup>4341</sup>. Tendo o legislador descurado “a necessidade de consagração expressa de deveres internos” (Martins, 2018, p. 148)<sup>4342</sup> e não tendo previsto expressamente qualquer obrigação de partilha de informação entre transmitente e transmissário, poderá ser bastante difícil o cumprimento completo e exato da informação a fornecer aos trabalhadores.

Não obstante, alguns autores consideram que a partilha de informação “pode (e deve) ocorrer, quer por exigência jurídica, quer por imperativo de racionalidade económica (...) [estando] as partes (...) obrigadas a deveres gerais de boa-fé na conclusão de contratos, tanto nos preliminares como na formação deles (cfr. art. 227.º/1 CC)” (Azevedo, 2019, p. 252)<sup>4343</sup>. Assim, por força do princípio da boa-fé, o cedente deverá prestar ao cessionário toda a informação relativa à situação jurídico-laboral dos trabalhadores que serão abrangidos pela transmissão. Paralelamente, o cessionário deverá informar o cedente das consequências jurídicas, sociais e económicas para os trabalhadores, bem como das medidas projetadas em

---

<sup>4339</sup> Azevedo, 2019, p. 250.

<sup>4340</sup> Por serem informações suscetíveis de prejudicar ou afetar gravemente o funcionamento da organização laboral e/ou o prosseguimento das negociações para a transmissão da unidade económica.

<sup>4341</sup> Assim, entre outros, Gomes, 2018, pp. 81-82.

<sup>4342</sup> Martins, 2018, p. 148.

<sup>4343</sup> Azevedo, 2019, p. 252.



relação a estes. Note-se que as medidas a serem aplicadas aos trabalhadores abrangidos pela transmissão estarão no domínio do conhecimento e da vontade do cessionário<sup>4344</sup>, podendo ser desconhecidas do cedente. Assim, este apenas poderá cumprir o dever de informação que sobre si impende, quanto a esse ponto, se aqueles elementos lhe forem devidamente transmitidos pelo cessionário<sup>4345</sup>.

Importa ainda equacionar se o conteúdo do dever de informação imposto pelo legislador será o bastante para que o trabalhador possa decidir, em consciência, se pretende ou não exercer o seu direito de oposição. Júlio Gomes refere, a este propósito, o exemplo de uma situação ocorrida na Alemanha em que “transmitente e transmissário não informaram os trabalhadores de que uma parte substancial dos prédios do transmitente seria alienada a um terceiro, não acompanhando, por conseguinte, a unidade económica transmitida e prejudicando a garantia patrimonial dos trabalhadores” (Gomes, 2018, p. 82)<sup>4346</sup>. Ora, do nosso ponto de vista, o dever de informação imposto pelo legislador, apesar de ter sido reforçado pela nova lei, será, ainda assim, suscetível de não acautelar devidamente os interesses dos trabalhadores, sobretudo na vertente de estarem munidos de informação que lhes permita ponderar e decidir, adequadamente, se pretendem ou não exercer o seu direito de oposição. Reportando-nos ao exemplo *supra*, facilmente se compreende que a ocultação de informação relativa à garantia patrimonial dos trabalhadores é suscetível de influenciar, erroneamente, a vontade destes quanto ao exercício do direito de oposição<sup>4347</sup>.

Mas mais ainda haverá a dizer a este respeito.

A violação da obrigação de informação constitui contraordenação grave (cfr. art. 286.º/9 CT), existindo responsabilidade contraordenacional caso este requisito não seja cumprido nos termos da lei. Porém, a doutrina questiona se existirão ainda outras consequências decorrentes deste vício procedimental.

Na situação de não ser transmitida qualquer informação aos trabalhadores, se tal apenas acarretar responsabilidade contraordenacional estar-se-á, com relativa probabilidade, a aniquilar o direito de oposição. Não tendo o trabalhador conhecimento da transmissão antes da sua realização, não poderá exercê-lo. Assim, verificar-se-á, por força da transmissão, a sub-rogação legal do cessionário na posição do cedente no contrato de trabalho, obstaculizando o exercício do direito de oposição que, visando a manutenção do vínculo com o cedente, se considera dever ser exercido antes da transmissão e tendo como destinatário o primitivo empregador<sup>4348</sup>. Neste caso poder-se-ia admitir, quando o direito de oposição não tenha sido exercido tempestivamente por motivo imputável ao transmitente, e em ordem a não premiar

---

<sup>4344</sup> Gomes, 2018, p. 81.

<sup>4345</sup> Azevedo, 2019, p. 252.

<sup>4346</sup> Gomes, 2018, p. 82.

<sup>4347</sup> O relevo para o trabalhador das informações relativas à garantia patrimonial dos seus créditos foi já afirmado, entre nós, no Ac. do STJ de 30/04/2019 (Júlio Gomes).

<sup>4348</sup> Azevedo, 2019, p. 259.

o infrator, o seu exercício após a ocorrência da transmissão, i. e., já na esfera do transmissário, mas tendo ainda por efeito a conservação do vínculo do trabalhador com o primitivo empregador<sup>4349</sup>.

Julgamos, contudo, não ser de admitir a tese do exercício retroativo do direito de oposição. Consideramos, ao invés, que o cumprimento do dever de informação tem natureza instrumental face ao exercício do direito de oposição. Não sendo aquele dever cumprido, impede-se o exercício de tal direito por parte do trabalhador, que não está em condições nem de formar a sua vontade, nem de aduzir a competente motivação através de factos que permitam alegar e provar a verificação dos fundamentos previstos na lei. É que, para tal, o trabalhador terá de ter acesso a informação relativa à esfera do transmissário.

Entendemos, pois, ser mais adequado fazer decorrer da total falta de informação ou da insuficiência ou erro na transmissão da mesma o diferimento da contagem do prazo que o trabalhador tem para se opor<sup>4350</sup>. Neste caso, não estaríamos a considerar um exercício retroativo deste direito, mas sim um exercício tempestivo do mesmo. Esta solução tem sido admitida na doutrina e jurisprudência alemãs, considerando que “o prazo para o exercício do direito de oposição não começa a correr, podendo o direito de oposição ser exercido mesmo depois da transmissão ser efetuada, com os limites do abuso de direito”<sup>4351</sup>.

Admitimos, no entanto, que, tendo ocorrido a transmissão, poderá revelar-se difícil, ou até mesmo impossível, a aplicação prática da solução acima defendida. O primitivo empregador poderá ter deixado de existir, ou, existindo, estar inacessível ao trabalhador, o que justificaria a intervenção do legislador, estabelecendo um regime de articulação entre o dever de informação e o exercício do direito de oposição.

Mas podemos questionar-nos ainda acerca de outras consequências que possam advir do facto de ter sido transmitida uma informação deficitária e/ou errada.

Defendemos que o exercício do direito de oposição “depende do cumprimento completo, claro e atempado do dever de informação” (Martins, 2018, p. 131)<sup>4352</sup>, estando intimamente ligado ao procedimento de informação e consulta previsto na lei. Assim, caso o cumprimento deste dever tenha sido levado a cabo de forma negligente ou até dolosa (com intenção de prejudicar os trabalhadores), pode desde logo resultar que o trabalhador não exerce o seu direito de oposição porque não estava devidamente informado sobre os elementos impostos por lei, ou que o trabalhador exerce o seu direito de oposição mas não será este, em caso de litígio, judicialmente reconhecido posto que os fundamentos apresentados não correspondem à verdade dos factos alegados<sup>4353</sup>. A este propósito, gostaríamos de tecer duas considerações:

---

<sup>4349</sup> Azevedo, 2019, p. 260.

<sup>4350</sup> Assim, Martins, 2018, p. 155.

<sup>4351</sup> Gomes, 2018, p. 82.

<sup>4352</sup> Martins, 2018, p. 131.

<sup>4353</sup> Quintas, 2019, pp. 209-210.

a primeira, relativa à invalidade da declaração proferida pelo trabalhador, por erro na formação da vontade, e a segunda relativa à eventual existência de responsabilidade civil.

Importará referir a situação de o trabalhador não exercer o seu direito de oposição, remetendo-se ao silêncio, entendendo-se este não apenas como um nada dizer, mas como uma total omissão, ou seja, um nada fazer<sup>4354</sup>. É que, traduzindo-se a noção de declaração num comportamento adequado a exteriorizar a vontade do sujeito e a comunicá-la a outrem, pode o mesmo (comportamento) consistir tanto numa ação como numa omissão<sup>4355</sup>. Posto isto, quando o trabalhador se abstém de exercer o seu direito de oposição estará, ainda, a emitir uma declaração que consiste na omissão de uma conduta, declaração essa que designaremos por silente. Sabendo que o silêncio apenas terá valor (declarativo) nos casos expressamente previstos na lei, convenção ou uso (art. 218.º CC), importa analisar se no regime em apreço se poderá atribuir um valor à omissão do exercício do direito de oposição. A doutrina civilista é unânime ao afirmar que uma das situações em que o legislador atribui valor declarativo ao silêncio está prevista no regime da locação, quando se estatui a renovação do contrato se nenhuma das partes o denunciar nos prazos e nos termos previstos na lei (art. 1054.º CC). Tomando como exemplo esta situação, poderemos compará-la com aquela que aqui se analisa. Se o exercício do direito de oposição, nos termos e no prazo legalmente previsto, obsta à transmissão da posição de empregador no contrato, então a não oposição do trabalhador terá como consequência a produção do efeito sub-rogatório previsto na lei, pelo que se atribui valor declarativo ao silêncio/omissão da conduta de oposição<sup>4356</sup>. Exercendo o trabalhador o seu direito de oposição, estará inequivocamente a declarar a sua vontade de não se produzir o efeito automático do ingresso do transmissário na titularidade da posição de empregador, no contrato, até então ocupada pelo transmissário.

Em ambas as situações existem declarações adequadas a transmitir a vontade do trabalhador, declarações estas que, silente ou proferida de forma expressa e escrita, são convergentes com a sua vontade. Assim, existindo uma invalidade não resultará de uma divergência entre a declaração e a vontade, mas sim de uma deformação da vontade durante o seu processo formativo, ou seja, de um vício da vontade<sup>4357</sup>.

Sabemos que a vontade do trabalhador de exercer ou não o seu direito de oposição está intimamente ligada à informação que possua relativa ao transmissário, nomeadamente, quanto à sua situação financeira e política de organização do trabalho. *Quid iuris* se o seu desconhecimento ou falsa representação da realidade tiver determinado a formação de uma vontade (real) divergente daquela que se formaria se não tivesse uma representação inexata

---

<sup>4354</sup> Pinto, 1982, p. 423.

<sup>4355</sup> Fernandes, 1999, p. 279.

<sup>4356</sup> Seja porque estamos perante um ónus legal (Fernandes, 1999, p. 288), seja porque a lei atribui natureza de facto concludente ao silêncio (Pinto, 1982, p. 425).

<sup>4357</sup> Hörster, 2013, p. 567.

da realidade (vontade hipotética)<sup>4358</sup>? *Quid iuris* se a sua vontade está viciada porque foi insuficientemente esclarecida ou não foi livre<sup>4359</sup>? Neste caso, teremos um erro sobre os motivos (arts. 251.º e 252.º CC), ao qual o legislador atribui relevância jurídica se se verificarem determinados requisitos, entre os quais tratar-se de um erro essencial<sup>4360</sup> ou causal<sup>4361</sup>, sem o qual o trabalhador declarante não teria proferido aquela declaração. No caso de o trabalhador não exercer a sua oposição porque, por exemplo, desconhece a situação financeira difícil do transmissário, não existirão dúvidas sobre a essencialidade deste erro na medida em que quer o transmitente quer o transmissário conhecem, ou têm obrigação de conhecer, que a solvabilidade do (novo) empregador é um elemento essencial na formação da vontade do trabalhador.

Poderemos também equacionar a situação de estarmos perante um erro determinado por um comportamento da outra parte (transmitente) ou de terceiro (transmissário)<sup>4362</sup>, erro esse qualificado por dolo<sup>4363</sup>, nos termos do art. 253.º CC, quer o mesmo resulte de uma conduta positiva ou negativa do transmitente ou do transmissário que, através de determinados artifícios ou sugestões, tiveram a intenção, ou pelo menos a consciência, de enganar o trabalhador.

Não pretendemos aqui analisar o regime jurídico dos vícios da vontade, mas apenas alertar para a situação de a vontade de deduzir, ou não, oposição poder ter sido malformada (por erro ou dolo). Neste caso, o trabalhador poderá invocar judicialmente a anulabilidade da sua declaração dentro do ano subsequente à cessação do vício (art. 287.º CC), sendo que se a ação de anulação for julgada procedente os efeitos jurídicos produzidos, serão destruídos retroativamente, ripristinando-se a situação anterior à emissão da declaração (art. 289.º CC)<sup>4364</sup>. Esta situação colocará vários problemas de ordem prática, na medida em que se o trabalhador não tiver deduzido oposição poderá ser extremamente difícil, decorrido algum tempo, ripristinar a situação que existiria e manter-se o vínculo com o cedente. O mesmo ocorre caso tenha deduzido oposição e deva depois esta declaração ser anulada, tudo se passando como se a não tivesse emitido e devesse ser considerado como trabalhador do cessionário. Por estas razões se considera que o legislador deveria intervir esclarecendo e regulando as consequências de situações em que a vontade do trabalhador se tenha formado erroneamente em consequência do não cumprimento, ou do cumprimento defeituoso, do dever de informação por parte do cedente e do cessionário.

---

<sup>4358</sup> Pinto, 2012, p. 505.

<sup>4359</sup> Hörster, 2013, p. 570.

<sup>4360</sup> Pinto, 2012, p. 507.

<sup>4361</sup> Fernandes, 1999, p. 206.

<sup>4362</sup> Pinto, 2012, p. 521.

<sup>4363</sup> Fernandes, 1999, p. 223.

<sup>4364</sup> Pinto, 2012, pp. 620-623.

Por outro lado, nestas situações não será descabido equacionar-se a existência de responsabilidade civil. Consistindo a mesma na obrigação imposta por lei, a quem causa prejuízos a outrem, de colocar o lesado na situação em que estaria caso não tivesse ocorrido a lesão<sup>4365</sup>, verificamos, desde logo, que se exige um facto voluntário (controlado pela vontade) traduzido numa ação ou numa omissão, quando exista, neste último caso, o dever jurídico de praticar determinado ato<sup>4366</sup>. Na situação em apreço, o art. 286.º/2 do CT faz impender sobre o transmitente um dever de prestar determinadas informações aos trabalhadores abrangidos pela transmissão. Assim, a omissão desta prestação ou a sua má execução (porque tardia, insuficiente ou desconforme com o previsto na lei) configurará um facto ilícito, por violação de norma legal, subsumível a uma violação positiva do contrato<sup>4367</sup> por força do não cumprimento (ainda que na vertente de cumprimento defeituoso) de uma obrigação contratual. Consideramos, assim, não estar no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, resultante da violação de um dever geral de abstenção em face de direitos absolutos, mas antes no domínio da responsabilidade civil contratual, por ter sido violada uma obrigação do empregador<sup>4368</sup>. Assente a ilicitude da conduta do empregador, devedor da prestação da informação, presumir-se-á, ainda que de forma relativa, a sua culpa nos termos previstos no art. 799.º/1 do CC. Quanto ao nexo de causalidade, tendemos a considerar que a omissão da prestação de informação, ou a sua prestação incompleta e/ou errónea, são suscetíveis de influir na decisão do trabalhador de exercer, ou não, o seu direito de oposição e, em consequência, sofrer danos. Assim, provando o trabalhador os danos sofridos e o nexo de causalidade entre estes e a atuação do empregador, terá direito a ser ressarcido dos mesmos. Estarão, pois, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, posto que foi violada a obrigação de informação (ilicitude) de forma dolosa ou negligente (culpa) em consequência da qual (nexo de causalidade) terão resultado prejuízos para o trabalhador (dano)<sup>4369</sup>. Esta possibilidade tem sido defendida pela doutrina e jurisprudência alemãs, admitindo que, logrando o trabalhador provar os danos sofridos em consequência da violação do dever de informação, terá o mesmo direito a ser indemnizado, independentemente de se tratar de danos patrimoniais ou não patrimoniais<sup>4370</sup>.

---

<sup>4365</sup> Pinto, 2012, p. 128.

<sup>4366</sup> Varela, 2015, p. 527.

<sup>4367</sup> Cordeiro, 2017, p. 418.

<sup>4368</sup> Quanto à distinção entre estas duas modalidades de responsabilidade civil, ver Pinto, 2012, p. 137.

<sup>4369</sup> Assim, Quintas, 2019, por apelo à norma constante do art. 485.º/2 do CC, p. 209.

<sup>4370</sup> Gomes, 2018, p. 83.

## **Capítulo V – Direito de oposição e (nova) justa causa de resolução do contrato de trabalho**

Antes da consagração legal do direito de oposição, vários autores defendiam a sua desnecessidade, considerando que a sub-rogação legal da titularidade da posição de empregador nos contratos de trabalho não tinha como consequência obrigar-se o trabalhador a desempenhar a sua atividade para um terceiro com o qual não havia celebrado qualquer contrato. Defendiam, ainda, não serem postos em causa os direitos dos trabalhadores, na medida em que estes poderiam sempre denunciar o contrato ou resolvê-lo com justa causa, nos termos do art. 394.º/3 b) do CT, porquanto a alteração do empregador consubstanciaria uma alteração substancial do seu contrato de trabalho<sup>4371</sup>. À data, várias críticas foram tecidas quanto à sobreposição entre a figura do direito de oposição e a da resolução do contrato com justa causa, desde logo porque se efetivam em momentos diferentes e visam finalidades também elas diferentes<sup>4372</sup>. Assim, enquanto o direito de oposição teria como destinatário o transmitente, reportando-se a um momento anterior à transmissão da unidade económica e visando a manutenção da relação laboral com este, a resolução do contrato pelo trabalhador poderia ser levada a cabo antes ou depois da transmissão, tendo como destinatário, respetivamente, o cedente ou o cessionário, e como objetivo a cessação da relação laboral. Criticava-se também o facto de a diretiva relativa à transmissão da unidade económica ter deixado por regular um dos seus aspetos mais importantes – o direito de oposição –, fazendo-o depender excessivamente das legislações nacionais, o que, para além de uma grande margem de incerteza, criou inúmeras disparidades de regime, não tendo sido o direito de oposição reconhecido em vários EM<sup>4373</sup>.

Tendo a Lei n.º 14/2018 consagrado o direito de oposição (art. 286.º-A CT) e introduzido, simultaneamente, uma nova justa causa de resolução do contrato (art. 394.º/3 d) CT), torna-se premente concluir estarmos perante institutos diferentes. Resta agora analisar se, de facto, o legislador consagrou dois mecanismos verdadeiramente alternativos, aos quais o trabalhador pode recorrer com base numa decisão discricionária ou se, ao invés, existem algumas condicionantes que devem ser tidas em consideração.

Mas afirme-se desde já a nossa discordância da leitura feita por alguns autores, segundo os quais “exercido o direito de oposição o trabalhador pode optar entre a manutenção da relação laboral com o transmitente e a resolução do contrato de trabalho” (Santos & Santos, 2018, p. 82)<sup>4374</sup>. Estamos claramente perante meios de reação completamente diferentes, não se podendo entender tratar-se apenas do direito de oposição que, de seguida, se exerce de uma

---

<sup>4371</sup> Ramalho, 2016, p. 650.

<sup>4372</sup> Reis, 2007, p. 341.

<sup>4373</sup> Simão, 2002, pp. 212-213.

<sup>4374</sup> Santos & Santos, 2018, p. 82.

forma conservadora do vínculo laboral ou, ao invés, disruptiva do mesmo. Antes pelo contrário, estamos em face de dois direitos distintos<sup>4375</sup>, quer quanto ao momento do seu exercício, quer quanto à sua finalidade.

Também não nos parece ser a leitura mais acertada aquela que limita o direito de oposição, com a subsistência do vínculo ao transmitente, a situações de transmissão parcial da empresa<sup>4376</sup>, com fundamento em que apenas se poderá pretender a manutenção da relação com o cedente quando o mesmo disponha de uma estrutura empresarial, i. e., de um posto de trabalho disponível para o trabalhador que consigo pretende continuar a desenvolver a prestação laboral. Nada na lei condiciona o direito de oposição a estas circunstâncias fácticas, pelo que, exercido o direito de oposição em toda e qualquer situação, tal determinará a manutenção do vínculo com o transmitente. Diferente será saber o que acontecerá ao contrato de trabalho na situação em que, mantendo-se o vínculo, o transmitente não disponha de um posto de trabalho ao qual alocar o trabalhador.

Assim, concordamos com a ideia de que, a não existir uma verdadeira alternatividade entre os dois institutos, não será pelo facto de o direito de oposição ter sido inviabilizado pela extinção do transmitente em consequência da transmissão<sup>4377</sup>, na medida em que este direito poderá ser exercido em todas as situações, mas antes porque a resolução do contrato com justa causa, ao pressupor a transmissão para o adquirente da posição de empregador, limita o seu exercício contra aquele e já não contra o transmitente<sup>4378</sup>.

Parece-nos que o melhor entendimento será considerar que, apesar de os fundamentos serem semelhantes, o que distingue estes dois direitos será a finalidade adstrita ao seu exercício. Assim, o trabalhador que exerce o seu direito de oposição visará a manutenção da relação laboral com o empregador originário e, portanto, pretende impedir que no seu contrato opere a sub-rogação legal. Neste caso, terá “forçosamente” de exercer este direito em momento anterior ao da transmissão, devendo a comunicação escrita ser dirigida ao transmitente. Com bem afirma Leal Amado, “opondo-se à mudança de empregador, o trabalhador mantém, do mesmo passo, o seu emprego com o transmitente” (Amado, 2018b, p. 54)<sup>4379</sup>. Já na situação em que, não tendo o trabalhador exercido o seu direito de oposição, se operou a transmissão da posição contratual, este poderá resolver o contrato com justa causa, com direito a compensação, ocorrendo por sua iniciativa a extinção da relação laboral. Pressupõe-se, assim, que o direito de resolução deverá ser exercido perante aquele que é o seu novo empregador, o cessionário<sup>4380</sup>. Importa ainda notar que no caso da resolução com justa causa não se poderá aplicar o prazo de cinco dias estabelecido na lei para o exercício do direito

---

<sup>4375</sup> Gomes, 2018, p. 95.

<sup>4376</sup> Ramalho, 2019, p. 695.

<sup>4377</sup> Vasconcelos, 2018, p. 142.

<sup>4378</sup> Martinez & Brito, 2018, p. 44.

<sup>4379</sup> Amado, 2018b, p. 54.

<sup>4380</sup> Gomes, 2018, p. 98.

de oposição. Deverá ser considerado o prazo geral da resolução, ou seja, o prazo de 30 dias subsequente ao conhecimento dos factos (art. 395.º/1 do CT), i.e., ao conhecimento das circunstâncias que legitimam a resolução do contrato com justa causa: a suscetibilidade de ocorrência de prejuízo sério ou da falta de confiança na política de organização do trabalho do cessionário<sup>4381</sup>. Esta interpretação permite acautelar os interesses dos trabalhadores que, não tendo tido conhecimento prévio de determinadas circunstâncias, apenas o venham a adquirir na pendência da relação de trabalho com o transmissário independentemente da data em que tenha ocorrido a transmissão.

---

<sup>4381</sup> Martinez & Brito, 2018, p. 54.



## Capítulo VI – O problema dos efeitos do direito de oposição

Aqui chegados, cumpre-nos perguntar o que sucede ao contrato de trabalho quando o direito de oposição tenha sido exercido de forma lícita e tempestiva.

Partindo da redação do art. 286.º-A/2 do CT, somos levados a concluir que o exercício do direito de oposição determinará a manutenção do vínculo com o transmitente, primitivo empregador. Tal solução não suscita quaisquer dúvidas quando tenha sido transmitida a unidade económica à qual o trabalhador estava adstrito e o empregador possua outra unidade económica em que exista um posto de trabalho compatível com o desempenhado pelo trabalhador opoente, devendo, nestes casos, o empregador manter o trabalhador ao seu serviço<sup>4382</sup>.

O que porventura deveria ter sido esclarecido pelo legislador é o que acontece ao contrato de trabalho se, e na medida em que, o primitivo empregador não possui qualquer outra unidade económica ou, embora detendo outra empresa ou estabelecimento, não dispõe, nos mesmos, de um posto de trabalho compatível com o do trabalhador opositor. Como se interroga Milena Rouxinol, já ao abrigo do atual regime, não detendo o primitivo empregador qualquer posto de trabalho em que possa ocupar o trabalhador, o que sucederá ao contrato de trabalho<sup>4383</sup>?

Importa assinalar que alguma doutrina defende que o trabalhador nem sequer pode exercer o seu direito de oposição nas situações em que o transmitente se extingue (fusão, cisão), pelo que apenas lhe restaria a resolução do contrato com justa causa<sup>4384</sup>. Não nos parece ser este o entendimento resultante da lei, porquanto nada se estabelece, na mesma, que permita inferir que se pretendeu restringir o direito de oposição a situações de transmissão parcial da empresa.

Podemos ainda questionar-nos sobre o que ocorre quando, verificando-se uma transmissão parcial, o primitivo empregador não possua, na parte da empresa que manteve na sua titularidade, um posto de trabalho compatível com a atividade desempenhada pelo trabalhador. Ser-lhe-á exigível, e, se sim, em que medida, criar um novo posto de trabalho? Poder-se-á conceber que a lei impõe ao empregador o ónus de reconduzir o trabalhador a um posto de trabalho alternativo<sup>4385</sup>? Não tendo o legislador tido o cuidado de regular estas situações, existe, entre nós, quem defenda não poder ser imposto ao primitivo empregador a criação de um novo posto de trabalho, razão pela qual o contrato estará destinado a extinguir-se<sup>4386</sup>.

---

<sup>4382</sup> Gomes, 2018, p. 86.

<sup>4383</sup> Rouxinol, 2019, p. 883.

<sup>4384</sup> Vasconcelos, 2018, p. 142.

<sup>4385</sup> Rouxinol, 2019, p. 883.

<sup>4386</sup> Ramalho, 2019, p. 698.

Caso cesse, a questão que importa colocar é de que forma se produzirá a sua extinção. É que, não tendo o legislador previsto qual a sorte do contrato nestas situações, o exercício do direito de oposição poderá ser exercido em vão se o primitivo empregador não possuir um posto de trabalho onde ocupar o trabalhador<sup>4387</sup>.

Certa doutrina entende que nestes casos ocorrerá a caducidade do contrato de trabalho. Alguns autores defendem a aplicação do art. 343.º alínea b) do CT<sup>4388</sup>, porquanto estamos em face de uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o empregador receber o trabalho, caso em que o trabalhador não terá direito a qualquer compensação<sup>4389</sup>. Ora, não nos parece que este entendimento se possa compaginar com o facto de o legislador ter procurado proteger o trabalhador no caso da transmissão, atribuindo-lhe um direito a resolver o contrato com justa causa e mediante compensação. Se assim se entendesse, dificilmente faria sentido permitir ao trabalhador lançar mão desta possibilidade e, por outro lado, permitir ao empregador invocar a caducidade em termos tais que não tivesse qualquer obrigação de compensar o mesmo. Seria o mesmo que esvaziar o conteúdo do direito de oposição, posto que os trabalhadores teriam um enorme receio de o exercer sob pena de, em caso de não ser possível a manutenção da relação laboral, se verem confrontados com uma situação económica difícil. Já antes da consagração legal do direito de oposição se sustentava que, pese embora esta solução fosse a aplicável no âmbito do direito constituído, no plano do direito a constituir não se poderia considerar como sendo a que melhor protegeria o interesse dos trabalhadores<sup>4390</sup>.

Outros autores invocam a caducidade do contrato de trabalho nos termos do art. 346.º do CT, à luz de uma interpretação atualizadora<sup>4391</sup>, em face do novo regime da transmissão da unidade económica, ou de uma interpretação restritiva<sup>4392</sup>, na medida em que onde termina a razão de ser da lei deverá terminar o seu alcance. Com esta solução, o trabalhador teria direito à mesma compensação que receberia no caso de extinção do empregador e/ou de encerramento da unidade económica.

Estas posições, segundo as quais opera a caducidade do contrato de trabalho, suscitam-nos algumas dúvidas atendendo à parte final do art. 286.º-A/2 do CT, na qual se determina a manutenção do vínculo com o transmitente. É que manter-se o vínculo e tal ter por consequência a caducidade do contrato parece-nos algo contraditório. Ao invés, julgamos mais consentâneo com a letra da lei considerar que se o vínculo se mantém, para que o contrato se possa extinguir “esse ato extintivo será de imputar a uma decisão do empregador originário”

---

<sup>4387</sup> Martinez, 2019, p. 791.

<sup>4388</sup> Embora por referência à norma antecessora desta, no CT de 2003.

<sup>4389</sup> Amado, 2018a, p. 296.

<sup>4390</sup> Reis, 2007, pp. 347 e ss.

<sup>4391</sup> Gomes, 2018, p. 85.

<sup>4392</sup> Carvalho, 2004, p. 474.

(Rouxinol, 2019, p. 884)<sup>4393</sup>. Neste sentido defende-se a invocação da extinção do posto de trabalho<sup>4394</sup>, de acordo com o regime previsto nos arts. 367.º e ss. do CT, cabendo ao transmitente fazer cessar o contrato por despedimento, o que resultará, em face do novo regime, “na inversão do ónus da ruptura do contrato de trabalho” (Fernandes, 2018, pp. 16-17)<sup>4395</sup>.

E, pelas mesmas razões, também não podemos concordar com o entendimento de que na situação em apreço o trabalhador deverá resolver o contrato com justa causa (art. 394.º/3 d) CT) com direito a indemnização (art. 396.º/5 CT), porquanto, como já tivemos oportunidade de esclarecer, este meio apenas estará ao dispor do trabalhador após a transmissão do seu contrato e em face do cessionário<sup>4396</sup>.

Na situação em análise, estamos perante uma cessação do contrato de trabalho que não tem lugar por iniciativa do trabalhador, mas sim por motivos atinentes à esfera do empregador, razão pela qual a lei estabelece que o trabalhador terá direito a uma compensação, tendo o empregador que levar a cabo procedimentos destinados a provar os motivos inerentes ao despedimento. Na nossa opinião, se o trabalhador não pretende acompanhar a transmissão da unidade económica, a solução ao seu alcance será o novo direito de oposição que o legislador lhe atribuiu. Ora, exercendo este direito, diz a lei que o seu contrato se mantém com o cedente, pelo que não poderemos lançar mão da figura da caducidade, com ou sem direito a compensação, dado estarmos, isso sim, no âmbito de um despedimento. Será o empregador que, vendo-se a braços com um trabalhador para o qual não tem um posto de trabalho disponível, deverá fazer prova de que o posto de trabalho em causa se extinguiu e, em consequência, promover o despedimento do trabalhador com o direito à compensação que lhe é devida.

Não obstante, salientamos que este regime, ao impor ao transmitente o despedimento dos trabalhadores opositores para os quais não possua postos de trabalho disponíveis e/ou ao transmissário suportar os encargos com a resolução do contrato com justa causa pelo trabalhador, poderá levantar dificuldades quer quanto ao recurso à transmissão da unidade económica como modo de recuperação das empresas<sup>4397</sup>, quer quanto à circulação das empresas e ao investimento nas mesmas<sup>4398</sup>.

---

<sup>4393</sup> Rouxinol, 2019, p. 884.

<sup>4394</sup> Martins, 2013, pp. 257-311, concluiu pela admissibilidade do direito de oposição do trabalhador no nosso ordenamento jurídico, tendo como efeito a manutenção da relação laboral com o cedente. Na opinião do autor, o primitivo empregador deveria encontrar um posto de trabalho compatível para o trabalhador opositor, e apenas quando tal não fosse viável poderia levar a cabo um despedimento por motivos económicos.

<sup>4395</sup> Fernandes, 2018, pp. 16-17, e, mais recentemente, do mesmo autor, 2019, p. 476.

<sup>4396</sup> Ramalho, 2019, p. 696.

<sup>4397</sup> Martínez, 2019, p. 791.

<sup>4398</sup> Cordeiro, 2019, p. 783.

## **Conclusão**

Ao longo do estudo do direito de oposição consagrado pela Lei n.º 14/2018, demos conta dos inúmeros problemas e divergências suscitadas por um regime legal que nos parece bastante incompleto e deficitário. Por esta razão, concluímos que será necessária a intervenção do legislador para regular, nomeadamente, as matérias relativas à articulação do direito de oposição do trabalhador com o dever de informação do transmitente e transmissário, e ainda qual o destino a dar ao contrato de trabalho nos casos em que, sendo exercido o direito de oposição e mantendo-se o vínculo com o cedente, este não possua nenhum posto de trabalho ao qual reconduzir o trabalhador.

Não obstante estes problemas, a presente lei teve o mérito de reconhecer que o trabalhador se pode opor à transmissão automática da titularidade da posição de empregador no seu contrato de trabalho, ainda que não se possa deixar de ter reservas relativamente à exigência de fundamentação do direito, impondo-se ao trabalhador uma tarefa probatória eventualmente hercúlea.

Parece-nos, assim, que em face das dificuldades suscitadas e do labor da doutrina, o legislador deverá repensar o regime jurídico do direito de oposição de modo a consagrá-lo enquanto uma verdadeira forma de proteção dos trabalhadores. Aos trabalhadores deve ser conferido o direito de oposição não como um último reduto difícil de alcançar, mas sim como meio de tutela da sua dignidade e liberdade contratual, respeitando o facto de se tratar de um sujeito de direitos que incumbe ao legislador proteger.

## Bibliografia

AMADO, J. L. (2018a). Transmissão da empresa e contrato de trabalho: Algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição. *RLJ*, n.º 4010, pp. 290-300.

AMADO, J. L. (2018b). Transmissão de unidade económica e dos contratos de trabalho: Oposição *ma non troppo*? *QL*, n.º 53, pp. 43-64.

AMADO, J. L. (2014). *Contrato de trabalho*, 4.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

AMADO, J. L. (2019). *Contrato de trabalho: Noções básicas*, 3.<sup>a</sup> Edição Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, J. O. (2006). *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13.<sup>a</sup> Edição Refundida. Coimbra: Almedina.

AZEVEDO, T. C. (2019). Transmissão indireta: Algumas notas à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março. *PDT*, pp. 229-267.

BAUGARD, D. (2016). Les mystères attachés à la notion de modification du contrat de travail entraînée par le transfert d'entreprise. *Le Droit Ouvrier*, n.º 820, pp. 667-678.

CARVALHO, C. (2004). Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho. In P. Morgado de Carvalho (coord.). *A reforma do Código do Trabalho*, pp. 437-474. Coimbra: CEJ – IGT, Coimbra Editora.

CHEZLEMAS, M.H. (2011). Le transfert d'entreprise: Royaume-Uni. *Revue de Droit du Travail*, n.º 2, pp. 135-143.

CORDEIRO, A. M. (2005). Do abuso do direito: Estado das questões e perspectivas. *ROA*, vol. II, pp. 1-35.

CORDEIRO, A. M. (2019). *Direito do trabalho II – Direito individual*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A. M. (2017). *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.<sup>a</sup> Edição Totalmente Revista e Aumentada. Coimbra: Almedina.

COSTA, M. J. A. (2009). *Direito das obrigações*, 12.<sup>a</sup> Edição Revista e Actualizada. Coimbra: Almedina.

DRAY, G. (2015). *O princípio de protecção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.

FALCÃO, D. & TOMÁS, S. T. (2018). Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março. *PDT*, pp. 105-116.

FERNANDES, A. M. (2018). Alguns aspectos do novo regime jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento. *QL*, n.º 53, pp. 7-41.

FERNANDES, A. M. (2019). *Direito do trabalho*, 19.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, F. L. (1999). Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: Uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário? *QL*, n.º 14, pp. 213-240.

FERNANDES, L. A. C. (2010). *Teoria geral do direito civil*, vol. II, 5.<sup>a</sup> Edição Revista e Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

GOMES, J. (1996). O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: O artigo 37.º da LCT e a directiva de 14 de fevereiro, 77/187/CEE. *RDES*, vol. 11, pp. 77-194.

GOMES, J. (2001). A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade? In P. Romano Martinez (coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 481-521. Coimbra: Almedina.

GOMES, J. (2018). Algumas reflexões críticas sobre a Lei n.º 14/2018 de 19 de março. *PDT*, pp. 75-104.

GOMES, J. (2008). Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho. *QL*, n.º 32, pp. 141-167.

GRAU, T. (2005). Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 5 BGB. *RdA*, pp. 367-376.

HAAS, H., SALAMON, E. & HOPPE, C. (2011). Beseitigung des Widerspruchs gegen den Betriebsübergang: Auswirkungen der Verletzung von Informationspflichten des Arbeitgebers. *NZA*, pp. 128-132.

HENRIQUES, F. A. (2001). Transmissão de estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho. *ROA*, n.º 61, pp. 969-1038.

HÖRSTER, H. E. (2013). *A Parte geral do Código Civil: Teoria geral do direito civil*, 7.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Almedina.

LOURENÇO, R. S. (2009). Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa. *ROA*, pp. 1-15.

MACHADO, J. B. (2013). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 21.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P. R. & BRITO, P. M. (2018). O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março. *RDES*, n.º 1-4, pp. 7-85.

MARTINEZ, P. R. (2017). *Direito do trabalho*, 8.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P. R. (2019). *Direito do trabalho*, 9.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINS, D. C. (2018). Novo regime de transmissão da unidade económica: Algumas notas. *PDT*, pp. 117-158.

MARTINS, D. C. (2013). Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho. *Coleção Cadernos Laborais*, n.º 6. Coimbra: Almedina.

MARTINS, P. F. (2007). Duas questões a propósito dos efeitos da transferência da unidade de estabelecimento nas relações de trabalho: Artigo 321.º do código do trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho. In A. Moreira (coord.). *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 307-334. Coimbra: Almedina.

MARTINS, P. F. (2011). Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho. In *Aquisição de empresas*, pp. 211-261. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTINS, P. F. (2017). *Cessaçã do contrato de trabalho*, 4.<sup>a</sup> Edição Revista e Atualizada. Cascais: Princípia Editora.

MARZO, C. & LECOMTE, F. (2010). Le refus d'être transféré: Droit comparé. *Droit Social*, n.º 6, pp. 698-710.

MAUL-SARTORI, M. (2011). Le transfert d'entreprise: Allemagne. *Revue de Droit du Travail*, n.º 4, pp. 262-270.

MOULY, J. (2016). La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise: Quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié? *Droit Social*, n.º 9, pp. 775-778.

NEVES, A. C. (2010). *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, R. G. (2005). Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial. Verbo Jurídico, disponível em [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net).

PINTO, C. A. M. (1982). *Cessão da posição contratual*, Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PINTO, C. A. M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 4.ª Edição (2.ª Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora.

QUINTAS, H. (2019). Breves notas sobre o passado, o presente e o futuro do regime da transmissão da empresa ou do estabelecimento. *PDT*, pp. 197-227.

RAMALHO, M. R. P. (2018). Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – algumas notas. In AA.VV. *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. (2001). *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, M. R. P. (2016). *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações laborais individuais*, 6.ª Edição Coimbra: Almedina.

RAMALHO, M. R. P. (2019). *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações laborais individuais*, 7.ª Edição Coimbra: Almedina.

REINECKE, G. (2012). Betriebsübergang: Rettungsanker Verwirkung des Widerspruchsrechts? *Der Betrieb*, pp. 50-60.

REIS, J. (2007). O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho. In AA.VV. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Congresso Empresas e Sociedades*, pp. 305-358. Coimbra: Coimbra Editora.

ROUXINOL, M. S. (2019). Transmissão da unidade económica. In AA. VV. *Direito do trabalho: Relação individual*, pp. 849-890. Coimbra: Almedina.

ROUXINOL, M. S. (2014). *A vinculação autoral do trabalhador jornalista*. Coimbra: Coimbra Editora.

SAGAN, A. (2011). Unterrichtung und Widerspruch beim Betriebsübergang aus deutscher und europäischer Sicht. *ZIP*, pp. 1641-1650.

SANTOS, M. & SANTOS, S. (2018). O (novo) direito de oposição em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento. *QL*, n.º 53, pp. 65-87.

SIMÃO, J. (2002). A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional. *QL*, n.º 20, pp. 203-220.

TELES, I. G. (1997). *Direito das obrigações*, 7.ª Edição Revista e Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora.

THEPOT-OLAGNE, C. (2015). Transfert des contrats de travail en cas de transmission d'entreprise: Une analyse économique du droit d'opposition du salarié. *Management & Avenir*, n.º 79, pp. 143-155.

VARELA, J. M. A. (2015). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª Edição. Coimbra: Almedina.

VARELA, J. M. A. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª Edição. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, J. (2005). A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho. *PDT*, n.º 71, pp. 73-93.

VASCONCELOS, J. (2018). Sobre a resolução do contrato de trabalho fundada na transmissão para o adquirente da empresa ou estabelecimento da posição contratual do empregador. *RDES*, n.º 1-4, pp. 125-143.

VICENTE, J. N. (2008). *A fuga à relação de trabalho (típica): Em torno da simulação e da fraude à lei*. Coimbra: Coimbra Editora.

XAVIER, B. G. L. (2014). *Manual de direito do trabalho*, 2.ª Edição Revista e Atualizada. Lisboa: Edições Babel.



**A tutela da parentalidade na caducidade**  
**do contrato de trabalho a termo resolutivo certo**  
**por iniciativa do empregador**

Sofia Martinho dos Santos

Sob a orientação da Professora Doutora  
Catarina de Oliveira Carvalho

## **Resumo**

O contrato de trabalho a termo traduzir-se-á sempre numa relação laboral precária. Esta modalidade contratual, nascida para assegurar necessidades do empregador, representa uma forte instabilidade na vida do trabalhador, dada a duração limitada do seu vínculo profissional. Esta fragilidade ganha ainda mais relevância perante a cessação do contrato a termo de um trabalhador, mãe ou pai, que se encontre no exercício das suas responsabilidades parentais.

Deste modo, a tutela da parentalidade garante uma proteção especial àqueles trabalhadores em matéria de cessação do contrato. A presente dissertação tem como objeto a análise do equilíbrio entre o regime da caducidade no contrato a termo e a proteção da parentalidade.

**Palavras-chave:** Contrato a termo; caducidade; paternidade; maternidade; parentalidade; trabalhadora grávida; trabalhadora puérpera; trabalhadora lactante; pai trabalhador.

## **Abstract**

The fixed-term employment contract will always represent a precarious employment relationship. This type of contract, created to ensure the needs of the employer, represents a severe instability in the worker's life, given the limited duration of his/her professional relationship. This precariousness becomes even more relevant in face of a termination of the fixed-term contract of a worker, mother or father, who is in the exercise of their parental responsibilities. In this way, the protection of parenthood guarantees a special protection to those workers in terms of termination of the contract. This dissertation aims to analyse the balance between the expiration regime in the fixed-term contract and the protection of parenthood.

**Keywords:** Fixed-term contract; caducity; paternity; maternity; parenthood; pregnant worker; recently given birth worker; breastfeeding worker; working father.

## Lista de siglas e abreviaturas

|               |                                                                                                                                  |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ac.           | Acórdão                                                                                                                          |
| ACT           | Autoridade para as Condições de Trabalho                                                                                         |
| AR            | Assembleia da República                                                                                                          |
| Art.          | Artigo                                                                                                                           |
| Arts.         | Artigos                                                                                                                          |
| CC            | Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25/11, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 85/2019, de 03/09      |
| CDFUE         | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia                                                                                |
| CE            | Comunidade Europeia                                                                                                              |
| CEE           | Comunidade Económica Europeia                                                                                                    |
| CEEP          | Centro Europeu de Empresas de Serviços de Interesse Geral                                                                        |
| CES           | Conselho Económico e Social                                                                                                      |
| Cfr.          | Confrontar                                                                                                                       |
| Cit.          | Citado                                                                                                                           |
| CITE          | Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego                                                                               |
| CRP           | Constituição da República Portuguesa                                                                                             |
| CSER          | Carta Social Europeia Revista                                                                                                    |
| CT de 2003    | Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/08, revogada pela Lei n.º 7/2009, de 12/12                      |
| CT            | Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, com todas as alterações legislativas até à Lei n.º 93/2019, de 04/09 |
| DL            | Decreto-Lei                                                                                                                      |
| DUDH          | Declaração Universal dos Direitos Humanos                                                                                        |
| Ed.           | Edição                                                                                                                           |
| <i>et al.</i> | <i>et alii</i>                                                                                                                   |
| <i>i.e.</i>   | <i>id est</i>                                                                                                                    |
| LCCT          | Lei da Cessação do Contrato de Trabalho e dos Contratos a Termo – DL n.º 64-A/89, de 27/02                                       |
| n.º           | Número                                                                                                                           |
| N.ºs          | Números                                                                                                                          |
| OIT           | Organização Internacional do Trabalho                                                                                            |
| p.            | Página                                                                                                                           |
| Parág.        | Parágrafo                                                                                                                        |
| PIDCP         | Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos                                                                         |
| PIDESC        | Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais                                                            |
| pp.           | Páginas                                                                                                                          |

|             |                                                                    |
|-------------|--------------------------------------------------------------------|
| PR          | Presidente da República                                            |
| Proc.       | Processo                                                           |
| ss          | Seguintes                                                          |
| TJ          | Tribunal de Justiça                                                |
| TRL         | Tribunal da Relação de Lisboa                                      |
| TRP         | Tribunal da Relação do Porto                                       |
| UE          | União Europeia                                                     |
| UEAPME      | Associação Europeia do Artesanato e das Pequenas e Médias Empresas |
| UNICE       | União das Confederações da Indústria e do Patronato da Europa      |
| <i>v.g.</i> | <i>verbi gratia</i>                                                |

## **Indicações de leitura**

A presente dissertação obedece às regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23/08, em vigor em Portugal desde 13/05/2009, conforme dispõe o Aviso n.º 255/2010, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 182, de 17/09/2010, exceto nas transcrições, que se apresentam como constam nas obras originais.

As referências bibliográficas nas notas de rodapé são citadas pelo nome do autor, seguido da data da publicação e da respetiva página. No final, a lista bibliográfica encontra-se citada com a referência completa.

Por vezes são citadas diversas edições da mesma obra, porque as utilizamos para análise de diferentes momentos legislativos.

Sempre que for indicado um preceito legal sem a menção do diploma a que se refere, deve entender-se como pertencente ao Código do Trabalho em vigor.

Todas as decisões jurisprudenciais do TJ foram consultadas na base de dados (<https://eur-lex.europa.eu/>) e encontram-se citadas pelo nome do acórdão, seguido da data e do número do processo.

Todas as decisões jurisprudenciais nacionais foram consultadas na base de dados (<http://www.dgsi.pt/>) e encontram-se citadas pela entidade decisora, seguida da data e do n.º do processo.

# Índice

## I. Introdução

## II. O contrato de trabalho a termo resolutivo certo

### 1. Considerações introdutórias

### 2. A cessação contratual

#### 2.1. A caducidade

##### 2.1.1. O regime híbrido do art. 344.º

##### 2.1.2. O acordo de não renovação

##### 2.1.3. Os efeitos decorrentes da falta ou da intempestividade da comunicação da caducidade

##### 2.1.4. Os deveres do empregador perante a cessação contratual

#### 2.2. Outras formas de cessação

##### 2.2.1. Razão de ordem

##### 2.2.2. O despedimento

##### 2.2.3. A denúncia

##### 2.2.4. A ilicitude do despedimento

## III. Enquadramento internacional e europeu da proteção da parentalidade

### 1. Nos pactos internacionais

### 2. No direito da União Europeia

## IV. A cessação do contrato de trabalho a termo de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de um trabalhador em gozo de licença parental

### 1. Considerações prévias

### 2. Delimitação do âmbito subjetivo da tutela da parentalidade

#### 2.1. Trabalhadora grávida, puérpera ou lactante

#### 2.2. Trabalhador em gozo de licença parental

### 3. A caducidade do contrato de trabalho a termo

#### 3.1. Obrigação de comunicação

#### 3.2. Âmbito de aplicação

##### 3.2.1. Âmbito de aplicação subjetivo

##### 3.2.2. Contratos de trabalho não renováveis

##### 3.2.3. Comunicação da gravidez após comunicação da caducidade

#### 3.3. Prazo para a comunicação

#### 3.4. Conteúdo da comunicação

#### 3.5. Competências da CITE

### 4. A requalificação da caducidade em despedimento ilícito

#### 4.1. Não renovação por motivo discriminatório

#### 4.2. Requalificação do tipo contratual

#### V. Conclusões

#### VI. Bibliografia

## I. Introdução

O frequente recurso à contratação a termo e a facilidade em cessar estas relações laborais, por não se exigir a invocação de uma causa para operar a caducidade, despertam-nos algumas questões atinentes à proteção de uma categoria de trabalhadores especialmente vulnerável, designadamente, das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e do trabalhador em gozo de licença parental. Ora, o nosso legislador, ciente da vulnerabilidade que lhes assiste, consagra uma proteção perante a cessação do seu contrato de trabalho.

Deste modo, a necessidade de compatibilizar o regime da cessação do contrato a termo e o dever de proteção respeitante a estes trabalhadores perante a cessação do vínculo laboral, despertou-nos curiosidade sobre a harmonização destes dois regimes.

O objetivo inicial desta dissertação incidia sobre a análise da tutela da parentalidade em todas as formas de cessação do contrato de trabalho a termo por iniciativa do empregador. Porém, no decurso da investigação, verificámos que as especificidades relativas ao despedimento e à denúncia de um contrato a termo não tinham qualquer repercussão em matéria de proteção da parentalidade.

Em acréscimo, tendo em conta a limitação de caracteres imposta a este trabalho, não teríamos a possibilidade de tratar, com o desenvolvimento exigível, questões tão complexas como a proteção da parentalidade perante o despedimento por iniciativa do empregador, que seria, *per se*, objeto de uma dissertação autónoma.

Por estes motivos, e sem prejuízo de algumas menções pontuais àquelas modalidades de cessação contratual, optámos por centrar o nosso estudo na proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e do trabalhador em gozo de licença parental perante a caducidade, por iniciativa do empregador, do seu contrato de trabalho a termo resolutivo certo.

Assim, iniciamos este trabalho com a análise do regime do contrato a termo resolutivo certo no ordenamento jurídico português, para, de seguida, enquadrarmos a tutela da parentalidade no ordenamento jurídico europeu e internacional. Após a exposição de ambos os regimes, cumpre-nos o estudo detalhado do nosso tema, para que possamos, a final, avaliar o equilíbrio de tratamento entre a proteção da parentalidade e a caducidade do contrato.



## II. O contrato de trabalho a termo resolutivo certo

### 1. Considerações introdutórias

O ordenamento jurídico português consagra a regra da contratação por tempo indeterminado. Porém, confere, também, a possibilidade de as partes estabelecerem um termo resolutivo ao seu contrato de trabalho. Neste sentido, os sujeitos podem subordinar a cessação dos efeitos jurídicos do seu negócio a um evento futuro e certo. O nosso estudo incidirá apenas sobre os contratos a termo resolutivo certo<sup>4399</sup>, *i.e.*, aqueles contratos cujos efeitos cessem perante a verificação de uma data pré-determinada<sup>4400</sup>.

Não obstante esta liberdade negocial, o direito do trabalho apresenta algumas limitações à aposição de cláusulas resolutivas<sup>4401</sup>. Esta restrição justifica-se pelo facto de o contrato de trabalho a termo resolutivo constituir um desvio ao preceito constitucional consagrado no art. 53.º da CRP<sup>4402</sup>. Este princípio garante aos trabalhadores a segurança no emprego, proibindo os despedimentos sem justa causa por motivos políticos ou ideológicos. A este respeito, G. Canotilho e V. Moreira ensinam que esta proteção “não consiste apenas no direito a não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”, mas que “abrange todas as situações que se traduzam em injustificada *precariedade da relação de trabalho*”<sup>4403</sup>. Neste sentido, o direito à segurança no emprego “pressupõe assim que, *em princípio, a relação de trabalho é temporalmente indeterminada*, só podendo ficar sujeita a prazo quando houver razões que o exijam”<sup>4404</sup>.

Ora, atenta a natureza precária do contrato a termo, o legislador nacional impôs algumas regras quanto à sua formação, execução e cessação<sup>4405</sup>, tendo também sido alvo de regulação pela Diretiva 1999/70/CE do Conselho, de 28/06<sup>4406</sup>. Assim, a contratação a termo só é admitida perante situações legalmente determinadas e justificadas (art. 140.º), está sujeita a requisitos formais (art. 141.º), não pode exceder os dois anos (art. 148.º) e o contrato a termo só pode ser renovado nos termos do art. 149.º. São também impostos ao empregador deveres de informação específicos (art. 144.º) e atribuídos determinados direitos aos trabalhadores que vejam a sua relação laboral cessar (arts. 145.º e 146.º).

Pese embora a contratação a termo possa apresentar benefícios para ambas as partes, será fácil de compreender que é na esfera do empregador que se concentram os maiores

---

<sup>4399</sup> Alerta-se desde já que, por uma questão de simplicidade, de ora em diante, apenas se adotará a expressão “contrato a termo”, ao invés de contrato de trabalho a termo resolutivo certo.

<sup>4400</sup> Em bom rigor, com a verificação deste evento, o contrato pode cessar por caducidade, renovar-se ou transformar-se em contrato de trabalho por tempo indeterminado, como veremos mais adiante.

<sup>4401</sup> Discute-se, na doutrina portuguesa, a admissibilidade de uma condição resolutiva num contrato de trabalho. Todavia, tal divergência não será objeto do nosso estudo. Sobre esta questão, cfr. Amado, 2004, pp. 343-356.

<sup>4402</sup> Neste sentido, Martinez, 2019, p. 681 e Leitão, 2019, pp. 201-202.

<sup>4403</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 711.

<sup>4404</sup> Canotilho & Moreira, 2007, p. 711.

<sup>4405</sup> “O trabalho a termo (...) é, por natureza, precário; o que é o contrário de segurança”, *in* Canotilho & Moreira, 2007, pp. 711.

<sup>4406</sup> Diretiva respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo.

benefícios. Para a entidade empregadora, esta modalidade de contratação funciona como um instrumento de gestão empresarial de extrema importância que lhe permite colmatar uma necessidade temporária da empresa, nos termos do n.º 2 do art. 140.º, por motivos relacionados com o pessoal (*v.g.*, substituição de trabalhador ausente) ou por razões ligadas à atividade da empresa (*v.g.*, acréscimo excecional da sua atividade).

Não obstante, o n.º 4 do art. 140.º admite, também, o recurso à contratação a termo, em situações em que se verificam necessidades permanentes e não meramente temporárias. Assim, é possível celebrar contratos a termo quando está em causa o lançamento de nova atividade de duração incerta, o início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores ou perante um trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração.

Estas últimas soluções traduzem-se, essencialmente, em medidas de natureza económica e social, por um lado, de fomento e de diminuição do risco da iniciativa empresarial e, por outro, de política de emprego<sup>4407</sup>. Ora, sendo o sucesso de uma empresa bastante imprevisível, a possibilidade de celebrar contratos a termo, perante estas condições, permite que o empregador, após um determinado período de laboração, avalie a viabilidade do seu empreendimento. Na hipótese de este fracassar, a entidade empregadora apenas terá de operar a caducidade dos contratos de trabalho, não ficando onerada com os encargos da manutenção de trabalhadores por tempo indeterminado ou despedimento dos mesmos. Por outro lado, esta modalidade contratual permite a integração de trabalhadores com maiores dificuldades de acesso ao emprego, como é o caso dos desempregados de muito longa duração, funcionando, assim, como uma arma de combate ao desemprego.

A estes benefícios podem associar-se algumas desvantagens. Em primeiro lugar, e não obstante a contratação a termo funcionar como uma fonte geradora de emprego, a verdade é que os vínculos criados são precários e, no que concerne à cessação do seu contrato, a posição do trabalhador é bastante instável. Um contrato por tempo indeterminado só pode cessar, por iniciativa do empregador, em caso de incumprimento grave do trabalhador ou por uma causa objetiva, *v.g.* a impossibilidade de o empregador continuar a receber a prestação laboral e a garantir a remuneração. Porém, num contrato de trabalho a termo, a posição do trabalhador apresenta-se mais frágil, bastando ao empregador aguardar pela verificação do termo para que possa operar a caducidade do contrato e, assim, cessar a relação laboral.

Em segundo lugar, há que ter em consideração a existência de um “nexo incindível entre a figura do contrato a termo e o regime jurídico da cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador”<sup>4408</sup>. Resulta do princípio constitucional de segurança no emprego

---

<sup>4407</sup> Neste sentido, Ramalho, 2019, p. 55; Campos, 2013, p. 82 e Machado, 2014, p. 230. Gomes, 2007, p. 148 refere que se trata “de um incentivo à iniciativa empresarial com fins indirectos de fomento de emprego”.

<sup>4408</sup> Ramalho, 2019, p. 56.

que, em matéria de despedimento por iniciativa do empregador, o nosso sistema jurídico apresenta-se como bastante restritivo para o empregador<sup>4409</sup>. Pelo contrário, o trabalhador goza de discricionariedade para cessar o seu vínculo laboral a qualquer momento<sup>4410</sup>. Esta disparidade de posições tem levado ao recurso indevido do contrato a termo pelo empregador como um meio de contornar o regime restritivo de despedimento que sobre este recai<sup>4411</sup>. Assim, esta figura excecional tem vindo a ser banalizada<sup>4412</sup>, não só como um modo de obstar à aplicação das normas imperativas em matéria de despedimento, como também como forma de permitir uma maior maleabilidade na gestão dos recursos humanos das empresas<sup>4413</sup>, que fazem uso indevido destes contratos para aferirem as competências dos trabalhadores e determinarem aqueles que devem integrar nos quadros da empresa<sup>4414</sup>.

Por fim, decorrem desta utilização excessiva da contratação a termo graves desvantagens. O relatório da OIT de 2018 demonstra que os postos de trabalho a que correspondem salários inferiores, onde existem menores oportunidades de formação e progressão e onde os custos de ajustamento são inferiores, são reservados ao trabalho a termo<sup>4415</sup>. Assim, a elevada rotatividade de trabalhadores e a sua falta de formação conduzem a uma baixa competitividade e à perpetuação de mão de obra desqualificada, o que, consequentemente, afeta a produtividade global do país.

## **2. A cessação contratual**

### **2.1. A caducidade**

#### **2.1.1. O regime híbrido do art. 344.º**

A cessação do contrato a termo por caducidade representa o aspeto mais característico desta modalidade contratual<sup>4416</sup>. A este propósito, dispõe a al. a) do art. 343.º que o contrato caduca quando se verifique o seu termo. Escreve M. Leitão que “a caducidade é a extinção do contrato em resultado da verificação de um facto jurídico *stricto sensu*, ou seja, de um facto jurídico não voluntário”<sup>4417</sup>.

Todavia, a caducidade do contrato de trabalho a termo respeita, no entendimento de Gomes, um “regime híbrido”<sup>4418</sup> que, em desvio às regras gerais, não opera *ipso iure*, sendo

---

<sup>4409</sup> Dray *et al.*, 2016, p. 102 referem que, em 2013, Portugal era o país da UE com maior grau de proteção dos trabalhadores permanentes em caso de despedimento individual.

<sup>4410</sup> O trabalhador apenas se encontra obrigado a comunicar a sua denúncia do contrato de trabalho com aviso prévio, nos termos do art. 400.º. Não obstante, caso não cumpra tal antecedência, apenas fica obrigado a indemnizar o empregador, por força do art. 401.º.

<sup>4411</sup> Neste sentido, Ramalho, 2019, p. 56.

<sup>4412</sup> A celebração de contratos a termo, em termos absolutos e em percentagem do trabalho por conta de outrem, entre 2010 e 2014, aumentou de 21,6% para 26,8%, de acordo com Dray *et al.*, 2016, p. 168.

<sup>4413</sup> Neste sentido, Leitão, 2019, p. 202.

<sup>4414</sup> Cfr. Campos, 2013, pp. 36-37 sobre a contratação a termo com fins experimentais.

<sup>4415</sup> Cfr. OIT, 2018, p. 52.

<sup>4416</sup> Neste sentido, Ramalho, 2019, p. 116 e Machado 2014, p. 308.

<sup>4417</sup> Leitão, 2019, p. 450.

<sup>4418</sup> Cfr. Gomes, 2007, pp. 922 e ss.

necessário comunicar à contraparte a sua vontade de não renovar ou de fazer cessar o respetivo contrato<sup>4419</sup>. Estabelece, assim, o n.º 1 do art. 344.º que a comunicação deve revestir a forma escrita e deve ser emitida nos 15 ou 8 dias anteriores ao termo do contrato, quer seja feita pelo empregador ou pelo trabalhador, respetivamente. Porém, esta comunicação, por se tratar de uma declaração recetícia<sup>4420</sup>, nos termos do n.º 1 do art. 224.º do CC, só produz efeitos quando entra na esfera jurídica da contraparte, *i.e.*, quando por ela for recebida. No entanto, se aquela se recusar a recebê-la ou não a chegar a receber, por culpa sua, considera-se que a declaração produz efeitos, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito<sup>4421</sup>.

### 2.1.2. O acordo de não renovação

Servindo esta comunicação o propósito de dar conhecimento da cessação do vínculo laboral à contraparte<sup>4422</sup>, surge uma questão que tem dividido a doutrina. Apesar de o n.º 2 do art. 149.º consagrar a regra da renovação automática dos contratos de trabalho a termo, o n.º 1 deste preceito confere a possibilidade de as partes acordarem, *ab initio*, que o contrato que celebram não se encontra sujeito a renovação. Assim, questiona-se se, perante estas situações, a caducidade opera automaticamente com a ocorrência do termo ou se, pelo contrário, é igualmente exigida a comunicação de uma das partes para que o contrato cesse por caducidade.

Ramalho, embora dubitativa, apoia-se no elemento literal e nas alterações introduzidas nos arts. 149.º n.º 2 e 344.º n.º 1 no CT de 2009<sup>4423</sup> para defender a extensão do dever de comunicação às situações em que as partes tenham acordado previamente a sua não renovação. Acredita que decorre, atualmente, da conjugação destas normas uma “exigibilidade genérica da emissão de um aviso prévio como condição operativa da caducidade”<sup>4424</sup>. Apesar de Silva, desde 2004, também compreender a necessidade de proceder à comunicação da caducidade independentemente de as partes terem estipulado uma cláusula de não renovação, avança, contudo, com uma posição intermédia, por estar em

---

<sup>4419</sup> Com este entendimento: Ramalho, 2019, p. 116; Cordeiro, 2019, p. 892; Gomes, 2007, pp. 922 e ss.; Martinez, 2019, p. 946 e Machado, 2014, p. 309.

<sup>4420</sup> Neste sentido, cfr. Ramalho, 2019, pp. 116-117 e Gomes, 2007, p. 923.

<sup>4421</sup> Cfr. Martins, 2017, p. 45.

<sup>4422</sup> A propósito da *ratio* desta comunicação, Moreira, 2002, p. 383 defende que esta imposição visa proteger o trabalhador de ser surpreendido pela perda do emprego. Para Campos, 2013, p. 187, este dever encontra fundamento em razões de segurança jurídica, ao garantir que o trabalhador esteja corretamente informado sobre a sua situação laboral.

<sup>4423</sup> O art. 140.º n.º 2 do CT de 2003 estabelecia o seguinte: “O contrato renova-se no final do termo estipulado, por igual período, na falta de declaração das partes em contrário”. Por sua vez, o art. 388.º n.º 1 do CT de 2003 dispunha que “O contrato caduca no termo do prazo estipulado desde que o empregador ou trabalhador comunique (...) a vontade de o fazer cessar”. Ora, com a adoção do CT de 2009, o legislador consagrou, no art. 149.º, n.º 2 que, “Na ausência de estipulação a que se refere o número anterior [*i.e.*, o acordo de não renovação] e de declaração de qualquer das partes que o faça cessar, o contrato renova-se no final do termo, por igual período se outro não for acordado pelas partes”. E, por fim, o n.º 1 do art. 344.º afirma que “O contrato de trabalho a termo certo caduca no final do prazo estipulado, ou da sua renovação, desde que o empregador ou o trabalhador comunique” (itálico nosso).

<sup>4424</sup> Ramalho, 2019, p. 119.

crer que não é exigível aviso prévio quando as partes, para além de clausurarem a não renovação do contrato, estabelecem também a dispensa do aviso prévio<sup>4425</sup>.

Porém, o entendimento maioritário considera que, afastada a regra da renovação automática, as partes encontram-se dispensadas de comunicar, nos termos do art. 344.º, a sua intenção de fazer cessar o contrato de trabalho<sup>4426</sup>. Ora, perante o acordo de não renovação, o interesse subjacente à comunicação, *i.e.*, dar conhecimento à contraparte do prosseguimento ou da cessação do contrato, está, desde logo, tutelado no momento da sua celebração. Por esta razão, acompanhamos as vozes da doutrina maioritária que, perante estas situações, defende que a caducidade opera automaticamente, *i.e.*, que o contrato caduca *ipso facto*.

### **2.1.3. Os efeitos decorrentes da falta ou da intempestividade da comunicação da caducidade**

A solução ao problema da (des)necessidade de comunicar a caducidade ao trabalhador quando exista um acordo de não renovação mostra-se pertinente, atendendo aos efeitos que pode acarretar. Assim, a falta ou a intempestividade da comunicação, por parte do empregador<sup>4427</sup>, pode produzir efeitos distintos consoante o trabalhador se mantenha ou não no exercício das suas funções. Em ambas as situações, tal comunicação apresenta-se como inválida e sem apetência para cessar o contrato, uma vez que não se encontram cumpridos os requisitos legais impostos no n.º 1 do art. 344.º para que a caducidade seja operante.

Na hipótese em que o trabalhador, não obstante ter recebido a comunicação intempestiva da caducidade do seu contrato ou perante a sua ausência, continua a laborar sem que o empregador o impeça de exercer a sua atividade, podem suceder duas consequências distintas: o contrato renova-se automaticamente por igual período, se outro não for acordado pelas partes, por força do disposto no n.º 2 do art. 149.º ou, em última instância, transforma-se num contrato de trabalho por tempo indeterminado, ao abrigo do n.º 2 do art. 147.º, quando houver excedido o prazo de duração ou o número de renovações permitidas pelo art. 148.º ou quando hajam sido violadas as disposições previstas no art. 149.º.

Contudo, problemas maiores surgem quando o trabalhador, após receber a comunicação extemporânea da caducidade do seu contrato, deixa de comparecer no seu local de trabalho ou é impedido de exercer a sua atividade após a verificação do termo. O legislador, ao contrário do que previu para outros preceitos em que também se impõe a necessidade de um aviso prévio, não consagrou as consequências para o incumprimento da antecedência prevista no n.º 1 do art. 344.º. Assim, e uma vez que esta norma não pode ser afastada por

---

<sup>4425</sup> Silva, 2004, p. 265.

<sup>4426</sup> Neste sentido, Camanho, 2004, p. 301; Gomes, 2011, pp. 166-167; Martinez, 2019, p. 946; Martinez, 2015, pp. 372-374.

<sup>4427</sup> A lei não apresenta consequências para a falta ou intempestividade da comunicação por parte do trabalhador, pese embora se defenda (Ramalho, 2019, p. 120) que deve ser aplicado o regime comum da denúncia do contrato com aviso prévio por iniciativa do trabalhador, previsto no art. 400.º.

acordo das partes, tem-se entendido que nestes casos é necessário requalificar a declaração do empregador como um despedimento ilícito, por ausência de procedimento prévio.

#### **2.1.4. Os deveres do empregador perante a cessação contratual**

No momento da cessação do contrato de trabalho a termo, impende sob o empregador, não apenas um dever de comunicação da caducidade do contrato ao trabalhador, mas também um conjunto de deveres de informação a várias entidades. Assim, estabelece o art. 144.º a obrigação de aquele comunicar à comissão de trabalhadores, à associação sindical em que o trabalhador esteja filiado e à ACT a celebração, com a indicação do respetivo motivo justificativo, e a cessação daquele contrato de trabalho a termo.

Surge, contudo, no n.º 3 deste preceito, aquele que será o dever de comunicação mais relevante para o presente estudo e que será tratado com mais detalhe *infra*, onde se consagra a obrigatoriedade de o empregador comunicar à CITE<sup>4428</sup> o motivo da não renovação de contrato de trabalho a termo sempre que estiver em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou um trabalhador no gozo de licença parental.

Por fim, é ainda imposto ao empregador o pagamento de uma indemnização ao trabalhador pela caducidade do seu contrato de trabalho. Assim, o trabalhador tem direito a receber uma compensação pecuniária que, ao abrigo dos arts. 344.º n.º 2 e 366.º, resulta no valor correspondente a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade. No que concerne à natureza desta compensação, tem-se entendido, de forma relativamente pacífica, que este direito, atribuído ao trabalhador, visa compensá-lo pela precariedade do seu vínculo laboral<sup>4429</sup>.

### **2.2. Outras formas de cessação**

#### **2.2.1. Razão de ordem**

Não obstante a caducidade corresponder à modalidade *natural* de cessação dos contratos a termo, estes podem cessar através de qualquer outra modalidade legalmente prevista<sup>4430</sup>. Assim, o art. 340.º estipula que os contratos de trabalho podem cessar por caducidade, revogação, resolução e denúncia por iniciativa do trabalhador, ou por despedimento (por iniciativa do empregador) por facto imputável ao trabalhador, coletivo, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação.

---

<sup>4428</sup> Entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, por força do DL n.º 76/2012, de 26/03, que aprova a orgânica da CITE, alterado pela Lei n.º 60/2018, de 21/08.

<sup>4429</sup> Gomes, 2007, p. 924; Leitão, 2019, p. 501; Martinez, 2019, p. 949; Ramalho, 2019, p. 121; e Martinez, 2015, p. 375.

<sup>4430</sup> Amado, 2019, p. 425 refere, a este propósito, que “nada obsta, no entanto, à operatividade das outras formas de cessação do contrato de trabalho (*maxime* o despedimento patronal) em sede de contrato a termo, caso em que terão aplicação as correspondentes regras gerais”. Também neste sentido, Martinez, 2019, p. 927 e Campos, 2013, p. 211.

Como havíamos referido *supra*, apenas nos dedicaremos ao estudo da cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, nomeadamente, perante o despedimento e a denúncia. Neste sentido, impõe-se a análise das especificidades decorrentes destas modalidades de cessação num contrato a termo. Com esta avaliação pretendemos aferir se as particularidades atinentes ao despedimento e à denúncia de um contrato a termo justificam uma abordagem diversa em matéria de proteção da parentalidade comparativamente àquela que é tutelada em situações de despedimento ou de denúncia de um contrato por tempo indeterminado.

### **2.2.2. O despedimento**

No que concerne ao despedimento, é necessário distinguir duas hipóteses: a decisão da entidade empregadora que decorre de motivos subjetivos e a que advém de motivos objetivos.

Na primeira situação, está em causa um comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torna imediata e praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral. Tal conduta, dita por justa causa, permite ao empregador encetar as diligências necessárias para cessar a relação contratual entre ambos, nos termos dos arts. 351.º e ss. Porém, o procedimento disciplinar, aí consagrado, mostra-se complexo, o que, num contrato de trabalho a termo, pode colocar um problema sério, nomeadamente, o da verificação do termo no decurso do processo disciplinar. Ora, os efeitos que advêm da caducidade do contrato a termo por iniciativa do empregador não serão os mesmos que os efeitos de um despedimento por facto imputável ao trabalhador.

A lei não resolve este conflito, razão pela qual Campos defende a necessidade de se prever um procedimento para o exercício da ação disciplinar mais célere para este tipo de contratos<sup>4431</sup>. Contudo, até lá, cabe ao empregador escolher entre operar a caducidade<sup>4432</sup> do contrato e proceder ao pagamento da correspondente compensação, nos termos do n.º 2 do art. 344.º, ou levar avante o procedimento disciplinar e cessar o contrato por esta via.

No que concerne à cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos, há que diferenciar três modalidades: o despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação. Sobre estes regimes não parecem existir particularidades na cessação dos contratos celebrados a termo relativamente ao regime geral. Por consequência, não se justifica um tratamento diferenciado da tutela da parentalidade no âmbito de um despedimento de um contrato a termo daquele que é consagrado perante o despedimento de um contrato por tempo

---

<sup>4431</sup> Campos, 2013, p. 212.

<sup>4432</sup> Na situação em que o empregador opte por operar a caducidade do contrato de trabalho no decurso do procedimento disciplinar, o processo caduca por inutilidade superveniente, uma vez que não se mostra possível despedir um trabalhador cujo contrato haja já cessado por caducidade. Neste sentido, Campos, 2013, p. 212.

indeterminado de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de um trabalhador em gozo de licença parental.

### **2.2.3. A denúncia**

A entidade empregadora pode ainda cessar o contrato de trabalho de forma unilateral através da denúncia que, ao contrário da resolução, não carece de motivo justificativo, *i.e.* é *ad nutum*. Porém, contrariamente à liberdade atribuída ao trabalhador para denunciar o seu contrato de trabalho, o empregador apenas pode denunciá-lo nas situações expressamente previstas, nomeadamente, durante o período experimental, nos termos do art. 114.<sup>o4433</sup>.

O período experimental nos contratos de trabalho a termo apresenta especificidades quanto à sua duração. A este respeito, estipula o n.º 2 do art. 112.º que a duração deste período corresponde a 30 dias, quando esteja em causa um contrato com duração igual ou superior a seis meses, e 15 dias quando se trate de um contrato com duração inferior a seis meses.

Contudo, esta particularidade no contrato a termo não justifica uma proteção da parentalidade diversa daquela que é garantida para a denúncia de um contrato por tempo indeterminado. Assim, a tutela da parentalidade garantida aos trabalhadores daquela categoria especial perante a denúncia de um contrato por tempo indeterminado é exatamente a mesma daquela que é assegurada para a denúncia de um contrato a termo.

### **2.2.4. A ilicitude do despedimento**

É, no entanto, ao nível dos efeitos resultantes da ilicitude da cessação do contrato de trabalho a termo por iniciativa do empregador que se verificam as maiores particularidades. De acordo com as regras gerais e à luz do princípio constitucional de segurança no emprego, qualquer despedimento tem de ter um fundamento válido e seguir um determinado procedimento. Pode acontecer, no entanto, que o trabalhador impugne tal despedimento e que este seja declarado ilícito pelo tribunal, nos termos do art. 387.º. Perante esta situação, o empregador pode ser condenado a indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, a reintegrá-lo nos quadros da empresa e ainda a compensá-lo pecuniariamente, em respeito ao disposto nos arts. 389.º e 390.<sup>o4434</sup>. Porém, perante a declaração de ilicitude do despedimento de um trabalhador a termo, os efeitos daí decorrentes apresentam alguns desvios a este regime

---

<sup>4433</sup> Martinez, 2015, p. 415 afirma que o empregador pode também denunciar um contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do art. 344.º. Isto porque o mesmo autor, 2019, p. 936 entende que “a denúncia não tem autonomia como modo de cessação do contrato, pois conduz à caducidade; ou seja, a denúncia funciona como meio indireto de cessação do contrato, porque constitui o modo de fazer valer a caducidade, que sem a denúncia não operaria”.

<sup>4434</sup> A título de compensação pela ilicitude do despedimento, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado de tal decisão, devendo ser deduzidas as importâncias que aquele auferira com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento, a retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento até 30 dias antes da propositura da ação, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento e, ainda, o subsídio de desemprego que lhe haja sido atribuído desde o despedimento até ao trânsito em julgado da ação.



geral<sup>4435</sup>. Neste seguimento, mostra-se essencial determinar o momento da verificação do termo para que se possam apurar os efeitos decorrentes de tal declaração.

Assim, estabelece a al. a) do n.º 2 do art. 393.º que, perante a declaração de ilicitude do despedimento de um trabalhador a termo, o empregador é condenado a indemnizá-lo pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela cessação da relação contratual. Apesar de esta consequência se apresentar como semelhante à do regime regra, surge uma particularidade. Este preceito apresenta duas formas para calcular esta indemnização: o ressarcimento deve corresponder, no mínimo, ou ao valor das retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde o despedimento até ao termo, ou desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial, no caso de o termo ocorrer posteriormente.

A respeito deste normativo, coloca-se a questão de saber se perante esta indemnização devem deduzir-se os valores previstos no n.º 2 do art. 390.º, relativos ao regime geral. Maioritariamente, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que tais deduções não devem ter lugar perante a ilicitude da cessação de um contrato a termo, uma vez que o montante correspondente às retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde o despedimento até à verificação do termo ou até ao trânsito em julgado da decisão judicial apenas representa um limite mínimo do *quantum* indemnizatório a receber pelo trabalhador a termo<sup>4436</sup>.

Em acréscimo àquele efeito da declaração de ilicitude do contrato a termo, e também à semelhança do regime regra, a al. b) do n.º 2 do art. 393.º condena o empregador a reintegrar o trabalhador na empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Todavia, esta reintegração apenas é exigível quando o termo ocorra depois do trânsito em julgado da decisão judicial. A este respeito, Campos entende que “se ‘ficcione’ a caducidade do contrato aquando da verificação do termo”<sup>4437</sup>, quer nas situações em que é possível a reintegração, quer naquelas em que já não o é por já se haver verificado o termo anteriormente.

Do exposto decorre a questão de saber se, nas situações em que a reintegração já não se mostra possível, o trabalhador tem direito à compensação pela caducidade do seu contrato de trabalho, como referido *supra*, ao abrigo do n.º 2 do art. 344.º. Já no que concerne às situações em que a reintegração é possível, surge a dúvida se o trabalhador a termo pode, à semelhança do que sucede com um trabalhador contratado por tempo indeterminado, optar por receber uma indemnização substitutiva da reintegração, prevista no art. 391.º<sup>4438</sup>. Contudo, estas questões não são objeto do nosso estudo.

---

<sup>4435</sup> A este respeito, cfr. Amado *et al.*, 2019, pp. 1103-1105.

<sup>4436</sup> Com o mesmo entendimento sobre a não aplicação das deduções previstas no n.º 2 do art. 390.º aos contratos de trabalho a termo, cfr. Leitão, 2019, p. 499 e Campos, 2013, p. 218. Na jurisprudência, cfr. ac. TRL, de 08/11/2017, Proc. n.º 31345/16.7T8LSB.L1-4; ac. TRP, de 14/03/2016, Proc. n.º 214/15.9T8PNF.P1; ac. TRP, de 16/12/2015, Proc. n.º 97/14.6T8OAZ.P1; ac. TRP, de 09/03/2015, Proc. n.º 638/10.8TTOAZ.P1; ac. TRP, de 09/12/2013, Proc. n.º 505/10.5TTMAI.P1.

<sup>4437</sup> Campos, 2013, p. 215.

<sup>4438</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. Campos, 2013, pp. 217-218.

Desta análise, verificamos que as especificidades atinentes à ilicitude do despedimento no âmbito de um contrato a termo também não se repercutem na tutela da parentalidade consagrada para o regime geral. Assim, considerando as particularidades apontadas, concluímos que estas modalidades de cessação e os seus efeitos não têm influência na proteção da parentalidade relativamente ao regime previsto para os contratos por tempo indeterminado

### **III. Enquadramento internacional e europeu da proteção da parentalidade**

#### **1. Nos pactos internacionais**

“A proteção da família, enquanto tal, é assegurada por numerosos instrumentos de direito internacional de proteção dos direitos fundamentais”<sup>4439</sup>, entre os quais se destacam a DUDH, o PIDESC, a Convenção n.º 183 da OIT e a CSER. De acordo com estes instrumentos, a família representa o “elemento natural e fundamental da sociedade”<sup>4440</sup>, sendo, por essa razão, merecedora de uma tutela especial.

No que concerne à DUDH<sup>4441</sup>, esta garante, no seu n.º 1 do art. 25.º, que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”. Por conseguinte, o n.º 2 acautela que “a maternidade e a infância têm direito a ajuda e assistência especiais”.

Neste seguimento, e de forma complementar, surge o preceito contido no art. 10.º do PIDESC<sup>4442</sup>, ao reconhecer a importância da família e a necessidade de a dotar da mais ampla proteção e assistência possíveis. É no n.º 2 que se concretiza essa tutela, em primeiro lugar, ao reconhecer a necessidade de se atribuir às mães um período de especial proteção antes e depois do parto e, de seguida, ao conceder uma licença com remuneração ou com prestações adequadas da segurança social às mães trabalhadoras.

Porém, é no âmbito da OIT que esta tutela ganha maior relevo. A proteção da maternidade foi, desde a sua criação, uma questão de extrema importância. De facto, em 1919, esta Organização adotou a primeira Convenção referente à proteção da maternidade (Convenção n.º 3). A esta seguiu-se, em 1952, a Convenção n.º 103 e, em 2000, a Convenção n.º 183<sup>4443</sup>. Ao longo dos anos, a tutela da parentalidade foi sendo fortalecida com o alargamento dos seus direitos, “visando fundamentalmente garantir que o trabalho não coloque em risco a saúde da mulher ou da criança, durante e após a gravidez e que a função reprodutiva da mulher não prejudique a sua segurança económica ou segurança no emprego”<sup>4444</sup>. Atualmente, a Convenção n.º 183 consagra uma licença de maternidade com a

---

<sup>4439</sup> Fernandes, 2013, p. 391.

<sup>4440</sup> Arts. 16.º n.º 3 da DUDH, 23.º, n.º 1 do PIDCP e 10.º, n.º 1 do PIDESC.

<sup>4441</sup> No âmbito nacional, a CRP consagra, no seu art. 16.º n.º 2, que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

<sup>4442</sup> Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07.

<sup>4443</sup> Todavia, esta última apenas foi aprovada e ratificada em Portugal em 2012, pela Resolução da AR n.º 108/2012, de 08/08 e pelo Decreto do PR n.º 137/2012, de 08/08.

<sup>4444</sup> OIT, 2008, p. 2.

duração mínima de 14 semanas, prestações pecuniárias e acesso a prestações médicas, e, com extrema importância para o presente trabalho, a proteção do emprego e não discriminação em razão do seu estado.

Neste sentido, estabelece o n.º 1 do art. 8.º da Convenção que “é proibido ao empregador despedir uma mulher durante a sua gravidez, durante a licença referida nos artigos 4.º ou 5.º, ou durante um período posterior ao seu regresso ao trabalho a determinar pela legislação nacional, excepto por motivos não relacionados com a gravidez, o nascimento da criança e as suas consequências, ou a amamentação”. Cabe ao empregador o ónus de provar que os motivos do despedimento não estão relacionados com a gravidez, o nascimento da criança e as suas consequências, ou a amamentação. A par desta proibição de despedimento, surge, no número seguinte, a garantia da continuidade do emprego, tendo a mulher o “direito de retomar o mesmo posto de trabalho ou um posto equivalente com a mesma remuneração quando regressar ao trabalho ou no final da licença por maternidade”. A este propósito, refere-se que “a garantia para as mulheres grávidas e puérperas de que não perderão o seu emprego por motivo de gravidez, ausência por licença de maternidade ou porque acabaram de ter um filho é essencial para evitar que a maternidade seja uma fonte de discriminação contra as mulheres no emprego”<sup>4445</sup>, não devendo a sua condição ter “qualquer impacto negativo no emprego das mulheres ou nos seus direitos previstos no contrato de trabalho”<sup>4446</sup>.

A acompanhar esta Convenção encontra-se a Recomendação n.º 191<sup>4447</sup>, que sugere “um nível mais elevado de prestações e uma duração mais longa da licença por maternidade remunerada”<sup>4448</sup>.

Por fim, no âmbito do direito internacional regional, a CSER<sup>4449</sup> reconhece uma proteção especial relativa à maternidade e à igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores com responsabilidades familiares. Neste sentido, o art. 8.º da CSER, fortemente inspirado pela Convenção n.º 103 da OIT<sup>4450</sup>, reconhece, por um lado, a necessidade de conceber uma licença de maternidade às trabalhadoras grávidas ou parturientes e, por outro, alguns direitos inerentes à sua condição, nomeadamente, a proibição de prestar trabalho de carácter perigoso, insalubre ou penoso, o direito a dispensas para aleitação e, ainda, o direito a prestações pecuniárias durante o gozo da referida licença. Não obstante tais benefícios, é o n.º 2 deste preceito que se mostra relevante para o presente estudo.

Neste seguimento, considera-se “como ilegal para o empregador proceder ao despedimento de uma mulher durante o período compreendido entre o momento em que esta

---

<sup>4445</sup> OIT, 2008, p. 6.

<sup>4446</sup> OIT, 2008, p. 6.

<sup>4447</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. Servais, 2012, p. 253.

<sup>4448</sup> OIT, 2019, p. 10.

<sup>4449</sup> Aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 64-A/2001, de 17/10 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 54-A/2001, de 17/10.

<sup>4450</sup> Neste sentido, Torella, 2018, p. 305.

notifica o empregador da sua gravidez e o fim da sua licença de maternidade, ou numa data tal que o prazo de pré-aviso expire durante esse período”. Todavia, o art. 8.º, parágrafo 2, da parte II do anexo da CSER<sup>4451</sup>, integrante da CSER, afirma que tal proibição não reveste um caráter absoluto. Assim, nas situações em que a trabalhadora comete uma falta grave que justifique a rutura da relação contratual, a empresa cesse a sua atividade ou se verifique o prazo estabelecido no contrato de trabalho, é lícito ao empregador cessar o contrato de trabalho com aquelas trabalhadoras, independentemente da sua condição.

De forma complementar<sup>4452</sup>, surge o preceito contido no 27.º da CSER, com vista à obtenção da igualdade de oportunidade e de tratamento entre os trabalhadores com responsabilidades familiares e os outros trabalhadores. Enquanto o n.º 1 se destina à enumeração de algumas medidas que as Partes devem adotar, os n.ºs 2 e 3 consagram o dever de estas preverem “a possibilidade de cada um dos pais, durante um período posterior à licença de maternidade, obter uma licença parental para acompanhamento de um filho” e “assegurar que as responsabilidades familiares não possam, como tais, constituir motivo válido de despedimento”. Do exposto decorre, de forma clara, que as responsabilidades parentais não podem, *per se*, constituir um fundamento para a cessação do contrato de trabalho.

## **2. No direito da União Europeia**

O direito da UE reveste-se de especial importância nesta matéria, abrangendo consideráveis instrumentos normativos. Tais instrumentos apresentam, à semelhança do direito internacional, duas vertentes. Se por um lado se mostra importante tutelar a saúde das mulheres e dos seus filhos, mostra-se igualmente pertinente assegurar que a sua condição de grávida, puérpera ou lactante não seja fundamento para um tratamento menos favorável. Por se mostrar extremamente relevante, salientamos a CDFUE, a Diretiva 92/85/CEE do Conselho<sup>4453</sup> e, por fim, a Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>4454</sup>.

A CDFUE consagra, no art. 23.º, um princípio geral de igualdade entre homens e mulheres e o reconhecimento de um direito fundamental à não discriminação em razão do sexo<sup>4455</sup>, ao dispor que “deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração”. Apesar da leitura ampla que deve ser feita, importa-nos delimitá-la ao âmbito laboral. Neste seguimento, assumem particular importância a jurisprudência do TJ e o direito derivado da União.

---

<sup>4451</sup> Anexo relativo ao âmbito da CSER no que respeita às pessoas protegidas.

<sup>4452</sup> Neste sentido, Torella, 2018, p. 346.

<sup>4453</sup> Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19/10, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

<sup>4454</sup> Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/06, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores.

<sup>4455</sup> Canotilho, 2013, p. 289.

Uma das decisões do TJ que contribuiu para o desenvolvimento deste princípio foi o ac. Roca Álvarez<sup>4456</sup>, que representou “um importante passo no sentido de uma igualdade e partilha efetivas dos direitos e obrigações familiares de homens e mulheres”<sup>4457</sup>, ao considerar que vulnera o princípio da igualdade entre homens e mulheres a norma nacional que “prevê que os trabalhadores do sexo feminino, mães de uma criança e com o estatuto de trabalhador por conta de outrem, podem beneficiar de uma dispensa, segundo diversas modalidades, durante os primeiros nove meses que se seguem ao nascimento dessa criança ao passo que os trabalhadores do sexo masculino, pais de uma criança e com o mesmo estatuto, só podem beneficiar dessa mesma dispensa se a mãe da criança tiver também o estatuto de trabalhador por conta de outrem”<sup>4458</sup>.

Ainda a propósito da CDFUE, o art. 33.º assegura, no seu n.º 2, que “todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho”, a fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional. Este preceito, inspirado pelas Diretivas 92/85/CEE e 96/34/CE<sup>4459</sup> e pelos arts. 8.º e 27.º da CSER, deve ser interpretado à luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres supramencionado<sup>4460</sup>.

Como bem atenta Fernandes “a relevância do n.º 2 do art. 33.º da CDFUE reside, seguramente, na proclamação de três direitos subjetivos tendentes à conciliação da vida familiar e da vida profissional – o direito à proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, o direito a uma licença por maternidade paga e o direito a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho”<sup>4461</sup>. Tais direitos são merecedores de proteção individualizada por atos de direito derivado da União. Todavia, no âmbito do presente estudo, delimitamos a análise apenas ao primeiro destes direitos.

Por conseguinte, a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade encontra consagração no n.º 1 do art. 10.º da Diretiva 92/85/CEE, ao proibir o despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes<sup>4462</sup> durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade<sup>4463</sup>, “salvo nos casos excecionais não relacionados com o estado de gravidez admitidos pelas legislações e/ou práticas nacionais e, se for caso disso, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo”.

---

<sup>4456</sup> Ac. de 30/09/2010, (C-104/09).

<sup>4457</sup> Canotilho, 2013, p. 296.

<sup>4458</sup> Caso Roca Álvarez, cit., § 18.

<sup>4459</sup> Diretiva 96/34/CE do Conselho, de 03/06, relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, mais tarde revogada pela Diretiva 2010/18/UE do Conselho, 08/03, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES. E, mais recentemente, revogada pela Diretiva (UE) 2019/1158.

<sup>4460</sup> Neste sentido, Fernandes, 2013, p. 393.

<sup>4461</sup> Fernandes, 2013, p. 934.

<sup>4462</sup> Nos termos do art. 2.º da referida Diretiva.

<sup>4463</sup> Nos termos do art. 8.º, n.º 1 da referida Diretiva.

A *ratio* desta proibição, à luz da jurisprudência do TJ, prende-se com o “risco que um eventual despedimento implica para a situação física e psíquica das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, incluindo o risco particularmente grave de incitar a trabalhadora grávida a interromper voluntariamente a gravidez”<sup>4464</sup>.

A jurisprudência do TJ tem tutelado a maternidade e a gravidez de forma ampla<sup>4465</sup>. A este propósito, serve de exemplo o ac. Mary Brown, onde se decidiu que é contrário ao direito da UE o “despedimento de uma trabalhadora em qualquer momento da gravidez por faltas devidas a incapacidade para o trabalho causada por uma doença originada pela gravidez”<sup>4466</sup> e, ainda, o ac. Tele Danmark, onde o TJ se opôs ao despedimento de uma trabalhadora que “não informou a entidade patronal da sua gravidez, embora tivesse dela conhecimento no momento da celebração do contrato de trabalho”<sup>4467</sup>.

No que respeita ao período de proteção, “o termo ‘maternidade’ abrange o período compreendido entre a conceção e o aleitamento”<sup>4468</sup>. A este respeito mostra-se interessante referir a jurisprudência do TJ nos acordãos Sabine Mayr<sup>4469</sup> e Roca Álvarez<sup>4470</sup>. A primeira decisão reporta-se a uma situação em que a trabalhadora se havia submetido a um tratamento de fertilização *in vitro* e, à data da comunicação do despedimento, o seu óvulo já havia sido fecundado, mas ainda não havia sido transferido para o seu útero. Não obstante o TJ considerar que, perante essa factualidade, a trabalhadora não encontrava proteção contra o seu despedimento ao abrigo do art. 10.º da Diretiva 92/85/CEE, determinou que a cessação contratual motivada pelo recurso àquele tratamento constituía uma discriminação direta em razão do sexo. No que concerne à segunda decisão, o TJ decidiu que seria contrária ao direito da UE uma norma nacional que não atribuisse o direito de um trabalhador pai beneficiar de uma licença para aleitação quando a mãe não exercesse uma atividade por conta de outrem, permitindo, porém, a situação inversa, *i.e.*, que a mãe gozasse tal licença independentemente do estatuto profissional do pai.

Todavia, apesar desta ampla proteção, o TJ tem interpretado o termo “despedimento” de uma forma mais restrita<sup>4471</sup>. Pese embora a proibição de despedimento deva ser aplicada também aos contratos de trabalho a termo, o TJ entendeu, no ac. Jiménez Melgar<sup>4472</sup>, que a falta de renovação do contrato aquando da verificação do seu termo não pode constituir, *per se*, um despedimento à luz do art. 10.º da Diretiva. Afirma, no entanto, que a não renovação

---

<sup>4464</sup> Cfr. acórdãos Nadine Paquay, 11/10/2007, (C-460/06), § 30; Tele Danmark, 04/10/2001, (C-109/00), § 26; Sabine Mayr, 26/02/2008, (C-506/06), § 34; Dita Danosa, 11/11/2010, (C-232/09), § 60; Mary Brown, 30/06/1998, (C-394/96), § 18 e North Western Health Board, 08/09/2005, (C-191/03), considerando 47.

<sup>4465</sup> Cfr. Fernandes, 2013, p. 395.

<sup>4466</sup> Ac. Mary Brown, cit, considerando 28.

<sup>4467</sup> Ac. Tele Danmark, cit, considerando 34.

<sup>4468</sup> Cfr. Fernandes, 2013, p. 395.

<sup>4469</sup> Ac. Sabine Mayr, cit.

<sup>4470</sup> Ac. Roca Álvarez, cit.

<sup>4471</sup> Schlachter, 2015, p. 306.

<sup>4472</sup> Ac. Jiménez Melgar, 04/10/2001, (C-438-99).

motivada pelo estado de gravidez da trabalhadora constitui uma discriminação direta em razão do sexo, contrária ao direito da UE, tema que retomaremos adiante.

Por fim, cumpre-nos fazer referência à recente Diretiva (UE) 2019/1158, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e que revoga a Diretiva 2010/18/UE, que por sua vez já havia substituído a Diretiva 96/34/CE. Ao contrário do que havia sucedido até aqui, esta nova Diretiva não implementa um acordo-quadro celebrado entre os parceiros sociais europeus, mas advém diretamente da atuação do Parlamento Europeu e do Conselho, que se revelam atentos ao desequilíbrio dos regimes jurídicos dos Estados-Membros em matérias atinentes à conciliação entre a vida profissional e familiar e à igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres no trabalho<sup>4473</sup>.

Esta recente Diretiva procura combater a discriminação e os estereótipos entre mulheres e homens e promover uma partilha mais equitativa das responsabilidades familiares. Neste sentido, consagra o direito do pai a uma licença remunerada de paternidade de 10 dias úteis (art. 4.º), a uma licença de cuidador (art. 6.º) e a uma licença parental que garante, a cada trabalhador, “um direito individual a uma licença parental de quatro meses (...) até aos oito anos” da criança, sendo que dois desses meses não podem ser transferidos para o outro progenitor (art. 5.º). Em acréscimo, a Diretiva consagra também o direito de os pais solicitarem regimes de trabalho flexíveis até, pelo menos, aos oito anos do seu filho (art. 8.º).

Atinente à proteção contra o despedimento, este instrumento normativo consagra, no seu art. 12.º, o dever de os Estados-Membros tomarem as medidas necessárias para proibirem os despedimentos ou quaisquer ações preparatórias para despedimentos dos trabalhadores, quer sejam do sexo masculino ou do sexo feminino, em razão de terem pedido ou gozado das licenças de paternidade, parental ou de cuidador, previstas nos arts. 4.º, 5.º e 6.º da referida Diretiva.

---

<sup>4473</sup> A atuação normativa do Parlamento Europeu e do Conselho, ao contrário das Diretivas 2010/18/UE e 96/34, que implementaram os acordos-quadro sobre a licença parental e que foram celebradas entre os parceiros europeus, revela “o reconhecimento formal da importância do tópico da conciliação pelas instituições europeias” – Ramalho, 2019, p. 728.



## **IV. A cessação do contrato de trabalho a termo de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de um trabalhador em gozo de licença parental**

### **1. Considerações prévias**

Em Portugal, a proteção da parentalidade tem amparo constitucional, nomeadamente, no art. 68.º da CRP. Este normativo considera que a maternidade e a paternidade correspondem a valores sociais eminentes e garante, por força disso, no seu n.º 1, o direito dos pais e das mães a serem protegidos “na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos”. Também na al. c) do n.º 2 do art. 59.º, o legislador constituinte demonstrou a sua preocupação neste âmbito ao garantir a “especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto”.

É neste seguimento, e a par do preceituado nas fontes de direito internacional e da UE, que o legislador ordinário se preocupou em consagrar um regime especial de proteção a esta categoria de trabalhadores, tendo sido recentemente reforçado pela Lei n.º 90/2019, de 04/09. Assim, o CT dedica-se, nos arts. 33.º a 65.º, à tutela da parentalidade no âmbito laboral, sendo ainda possível encontrar algumas normas dispersas pelo CT. Esta tutela desdobra-se em quatro elementos: atribuição de licenças, dispensas e faltas; reinserção e atualização profissional do trabalhador que esteve ausente por força do exercício de responsabilidades parentais; proteção da saúde e segurança das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e aplicação de regras especiais em matéria de despedimento<sup>4474</sup>.

A proteção da parentalidade visa, essencialmente, garantir a saúde e a segurança das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, dos fetos e dos recém-nascidos, assegurar que o gozo de direitos atinentes à maternidade e paternidade não servem de fundamento para um tratamento discriminatório ou menos favorável relativamente a outros trabalhadores e, por fim, promover a conciliação da vida profissional com a vida familiar<sup>4475</sup>. Esta proteção é aplicável nas várias fases contratuais, designadamente, na celebração do contrato de trabalho, na sua execução e na sua cessação.

Cumpre-nos, após delimitação do âmbito subjetivo desta tutela, analisar como se concretiza a proteção destes trabalhadores perante a caducidade do seu contrato a termo.

---

<sup>4474</sup> Neste sentido, cfr. Rijo, 2018, p. 90.

<sup>4475</sup> Neste sentido, cfr. Ramalho, 2019, pp. 735-737 e Rijo, 2018, p. 90.

## **2. Delimitação do âmbito subjetivo da tutela da parentalidade**

### **2.1. Trabalhadora grávida, puérpera ou lactante**

É no art. 36.º que se consagram os conceitos de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante para efeitos de proteção da parentalidade<sup>4476</sup>. Assim, para que uma trabalhadora goze da tutela conferida pelo nosso ordenamento jurídico nesta matéria, é necessário que esteja em estado de gestação (trabalhadora grávida), seja parturiente ou se encontre no período de 120 dias imediatamente posteriores ao parto<sup>4477</sup> (trabalhadora puérpera) ou que amamente o seu filho (trabalhadora lactante). Em qualquer uma destas situações impõem-se dois requisitos formais, a saber: a comunicação escrita do seu estado e a apresentação de atestado médico que comprove a sua condição ao empregador<sup>4478</sup>.

Todavia, o n.º 2 do art. 36.º, à luz do princípio da boa-fé<sup>4479</sup>, ressalva que este regime protetor é ainda aplicável nas situações em que o empregador tenha conhecimento da situação ou do facto relevante, mesmo não tendo havido uma comunicação formal por parte da trabalhadora. Este preceito veio esclarecer algumas dúvidas levantadas anteriormente pela doutrina no que concerne às consequências do incumprimento dos suprarreferidos pressupostos formais, *v.g.* “suponhamos que uma trabalhadora é despedida no oitavo mês de gravidez sem ter comunicado o seu estado de gestação, por escrito, ao empregador ou sem ter apresentado o respetivo atestado médico, será que não pode invocar a proteção resultante deste diploma, apesar de ser visível a sua situação de gestante?”<sup>4480</sup>.

Apesar de Lourenço<sup>4481</sup> ter defendido que o incumprimento dos deveres formais implicava a não aplicação do regime protetor da parentalidade àquelas trabalhadoras, tal não parecia ser a solução mais razoável para outro setor da doutrina<sup>4482</sup>. A este propósito, ainda que no âmbito da Diretiva 92/85/CEE, o TJ pronunciou-se no caso Dita Danosa<sup>4483</sup>, onde afirmou que seria contrário ao objetivo e ao espírito desta Diretiva interpretar restritivamente os termos da al. a) do art. 2.º e negar a proteção especial à trabalhadora que não havia informado o empregador da sua gravidez, pese embora este soubesse da sua condição.

---

<sup>4476</sup> Anteriormente consagrados no art. 2.º da Lei 4/84 e, depois, no art. 34.º do CT de 2003.

<sup>4477</sup> A Lei n.º 17/95, de 09/06, que veio alterar a Lei n.º 4/84, de 05/04, consagrou a definição de trabalhadora puérpera e fixou o período de puerpério em 98 dias. Mais tarde, o CT de 2003 alargou este intervalo para 120 dias imediatamente posteriores ao parto.

<sup>4478</sup> O caráter formal da comunicação foi imposto pelo nosso legislador ao concretizar a norma europeia, que apenas obriga a que a trabalhadora “informe o empregador do seu estado, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais”. Neste sentido, cfr. Carvalho, 2004, p. 63 e Ramalho, 2019, pp. 734-735. No que concerne à trabalhadora puérpera, o CT de 2009 veio permitir que esta fizesse prova da sua condição mediante a apresentação da certidão de nascimento do filho ou de atestado médico.

<sup>4479</sup> Neste sentido, Ramalho, 2019, p. 734.

<sup>4480</sup> Carvalho, 2004, p. 64 e, da mesma Autora, 2001, p. 147. Dúvidas semelhantes foram também levantadas a propósito da diretiva europeia: veja-se, por exemplo, Jean Jacqmain, 1994, p. 358 *apud* Carvalho, 2004, p. 64: “será possível que uma mulher visivelmente grávida que não informou o empregador do seu estado não seja protegida?”.

<sup>4481</sup> Lourenço, 2003, p. 137.

<sup>4482</sup> Cfr. Carvalho, 2004, p. 64 e Gomes, 2000, p. 262.

<sup>4483</sup> Ac. Dita Danosa, cit.

Nas palavras de Ramalho, a consagração do n.º 2 do art. 36.º veio corrigir “o excesso de formalismo do Código anterior nesta matéria”<sup>4484</sup>, pelo que a qualificação de uma trabalhadora como grávida, puérpera ou lactante não depende “apenas da existência de uma situação de facto, suscetível de ser subsumível do ponto de vista naturalístico nalgum daqueles conceitos”<sup>4485</sup>, mas depende do ónus de informação que impende sobre a trabalhadora ou do conhecimento do empregador da sua situação, independentemente da sua comunicação<sup>4486</sup>.

Contudo, ainda que se defenda a aplicação do regime de proteção da parentalidade a uma trabalhadora que não cumpriu os requisitos formais que lhe eram impostos para dela fazer gozo, impõe-se a inversão do ónus de prova. Assim, cumpre à trabalhadora demonstrar que o empregador tinha conhecimento da sua condição de grávida, puérpera ou lactante.

## **2.2. Trabalhador em gozo de licença parental**

A tutela da parentalidade abrange, não só as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, mas também o trabalhador “pai”<sup>4487</sup>. O art. 35.º concretiza-a ao atribuir-lhes o direito ao gozo de licenças, dispensas e faltas para assistência a filhos<sup>4488</sup>.

Como preceitua o art. 39.º, a licença parental<sup>4489</sup> compreende várias modalidades, designadamente, a licença parental inicial (art. 40.º), a licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro (art. 42.º) e a licença parental exclusiva do pai (art. 43.º). Já no que respeita às modalidades de licença parental complementar, estas encontram consagração no art. 51.º e traduzem-se, essencialmente, numa licença parental alargada por três meses ou na flexibilização dos tempos de trabalho, através do recurso à prestação de trabalho a tempo parcial.

Surge, assim, a questão de saber em que circunstâncias é que um trabalhador pai encontra proteção perante a cessação do seu contrato, mais concretamente, qual a licença que pode estar a gozar para beneficiar desta tutela.

A proteção da parentalidade perante a cessação contratual encontra amparo nos arts. 63.º e 144.º, a propósito do despedimento e da não renovação do contrato a termo, respetivamente. Neste seguimento, ambos os preceitos garantem proteção ao “trabalhador no

---

<sup>4484</sup> Ramalho, 2019, p. 735.

<sup>4485</sup> Dray in Martinez *et al.*, 2020, p. 158.

<sup>4486</sup> Cfr. Dray, 2015, p. 720.

<sup>4487</sup> Convém referir a inclusão do preceito 33.º-A no CT pela Lei n.º 90/2019, que dispõe que “todas as referências feitas na presente subsecção à mãe e ao pai consideram-se efetuadas aos titulares do direito de parentalidade, salvo as que resultem da condição biológica daqueles”.

<sup>4488</sup> Cfr. Carvalho, 2004, p. 44 e 2001, pp. 153-154, a propósito da necessidade de se assegurar a proteção de ambos os progenitores, inclusive dos adotivos, em todos os direitos que não sejam indissociáveis da condição biológica da mulher para gerar e amamentar os filhos.

<sup>4489</sup> Ramalho, 2018, p. 112 e 2016, p. 375, critica a terminologia adotada na legislação portuguesa em matéria de parentalidade. Afirmar que “por um lado, a substituição da designação tradicional *licença de maternidade* pela expressão *licença parental inicial* não tem paralelo no direito europeu, o que dificulta a identificação da realidade a que se refere; por outro lado, o sentido amplo do termo *licença parental* no nosso sistema dificulta a distinção entre as várias modalidades que tal licença pode revestir; por fim, a tradução literal do termo ‘parental’ não é feliz, porque o termo não tem o mesmo sentido em língua inglesa e em língua portuguesa”.

gozo de licença parental” (sublinhado nosso). Porém, a al. d) do art. 381.º estabelece a ilicitude do despedimento quando o empregador não haja solicitado o parecer à CITE e está em causa um trabalhador no “gozo de licença parental inicial” (sublinhado nosso). Deste modo, levanta-se a questão de saber se o trabalhador apenas está protegido durante o gozo da licença parental inicial, prevista no art. 40.º, ou se a expressão prevista nos arts. 63.º e 144.º engloba qualquer uma das modalidades de licença parental elencadas no art. 39.º, *i.e.*, a licença parental inicial, a licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro e a licença parental exclusiva do pai.

Estamos em crer que a singela expressão “licença parental”, disposta nos arts. 63.º e 144.º, deve ser interpretada de forma ampla, de modo a abranger todas as modalidades de licença parental elencadas no art. 39.º.

Uma vez que a licença parental inicial encontra correspondência com o período de puerpério (120 dias imediatamente posteriores ao parto), em que a trabalhadora mãe está protegida<sup>4490</sup>, acreditamos que ao trabalhador pai também deve ser garantido o mesmo nível de proteção perante a cessação do seu contrato aquando do gozo desta licença.

No que concerne à licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro, parece-nos que não fará sentido excluir deste âmbito de proteção o trabalhador que se encontre no gozo de tal licença, uma vez que este estará a substituir uma trabalhadora (mãe) que também teria sempre proteção por ser grávida, puérpera ou lactante.

Quanto à última modalidade de licença parental prevista no art. 39.º, leia-se licença parental exclusiva do pai, convém esclarecermos que esta licença é de gozo obrigatório nas seis semanas seguintes ao nascimento da criança, sendo forçoso o gozo consecutivo de cinco dias imediatamente a seguir ao parto. Assim, estabelecendo também um paralelismo com a proteção conferida às trabalhadoras puérperas, parece-nos que, por razões de não discriminação, o trabalhador que goze de uma licença exclusiva do pai deve também estar protegido ao abrigo dos arts. 63.º e 144.º.

Por sua vez, pese embora não se designe por “licença parental”, acreditamos que um trabalhador que goze de uma licença por adoção, consagrada no art. 44.º, encontra também proteção na cessação do seu contrato, atendendo ao elemento literal previsto no n.º 1 deste preceito, que consagra o direito de um candidato a adotante a gozar da licença parental inicial.

Contudo, entendemos que a questão não será tão líquida quanto à proteção de um trabalhador que se encontre no gozo de uma licença parental complementar, consagrada no art. 51.º. A proteção contra a cessação contratual de um pai trabalhador que goze desta licença não parece encontrar correspondência à proteção conferida a uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante. Por conseguinte, na hipótese de se considerar que a expressão “licença

---

<sup>4490</sup> Em bom rigor, esta correspondência não é exata, uma vez que a licença parental inicial pode durar 180 dias. E a proteção conferida à mãe também pode ser mais longa, na hipótese de ser uma trabalhadora lactante.

parental”, prevista nos arts. 63.º e 144.º, compreende a licença parental complementar, tal proteção deve ser aplicada a qualquer trabalhador que se encontre no seu gozo, quer seja pai ou mãe, sob pena de se traduzir num tratamento discriminatório contra as trabalhadoras mães. cremos, contudo, que o objetivo do legislador não se prendeu com tal interpretação. Neste sentido, consideramos que a Lei n.º 90/2019, apesar de visar um reforço da proteção na parentalidade, não projetou alargar o âmbito de proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, mas apenas equiparar a proteção que já se encontrava garantida a estas trabalhadoras no art. 144.º aos pais trabalhadores. Razões pelas quais defendemos que o trabalhador em gozo de licença parental complementar não está protegido perante a cessação do seu contrato de trabalho.

No que concerne à proteção conferida pelo direito europeu, estabelece o n.º 1 do art. 12.º da Diretiva (UE) 2019/1158 que os “Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para proibir o despedimento ou qualquer ação preparatória para despedimento dos trabalhadores em razão de terem pedido ou gozado uma das licenças previstas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, ou pelo facto de terem exercido o seu direito a um regime de trabalho flexível a que se refere o artigo 9.º”. Assim, os Estados-Membros devem garantir tal proteção aos trabalhadores que hajam pedido ou gozado, à luz da Diretiva, da licença de paternidade, parental ou de cuidador.

Conscientes da divergência terminológica das licenças adotadas no direito nacional e europeu, mostra-se relevante estabelecer um paralelismo entre estas, a fim de compreender se será necessário reforçar, ainda mais, a tutela da parentalidade no nosso ordenamento jurídico e, por conseguinte, proteger os trabalhadores em gozo de licença de parental complementar contra a cessação do seu contrato<sup>4491</sup>.

Estamos em crer que a licença de paternidade prevista na Diretiva corresponde à licença parental exclusiva do pai no direito nacional, razão pela qual defendemos, como suprarreferido, a aplicação do disposto nos arts. 63.º e 144.º a estes trabalhadores.

Atinente à “licença parental” designada no art. 5.º da Diretiva, e ao direito a regimes de trabalho flexíveis, consagrado no art. 9.º da Diretiva, entendemos, embora dubitativamente, que correspondem à nossa licença parental complementar<sup>4492</sup>. Do exposto parecia decorrer a necessidade de se reforçar a tutela nacional e incluir, na proteção conferida pelos arts. 63.º e 144.º, o trabalhador em gozo de licença parental complementar. Porém, note-se que diferentemente do art. 10.º da Diretiva 92/85/CEE que proíbe o despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, salvo nos casos excecionais e mediante o

---

<sup>4491</sup> Note-se que, de acordo com o art. 20.º da Diretiva, ainda se encontra a decorrer o prazo para a sua transposição, pelo que mesmo que se conclua que Portugal carece de alguma alteração legislativa, ainda não se encontra em incumprimento.

<sup>4492</sup> A este respeito, refere Ramalho, 2018, p. 114 que “a licença parental complementar (...) é a modalidade de licença parental que corresponde tecnicamente à licença parental prevista no direito comunitário”.

acordo de uma autoridade competente, nesta nova Diretiva apenas se determina a proibição de despedimento motivada pelo pedido ou gozo daquelas licenças, sem qualquer exigência de acordo de uma autoridade externa. Assim, considerando o regime restritivo em matéria de cessação contratual imposto no nosso ordenamento jurídico, tal disposição já encontra amparo no nosso sistema, ao abrigo do art. 53.º da CRP. Por este motivo, a proteção conferida nos arts. 63.º e 144.º quanto ao “trabalhador em gozo de licença parental” não carece de um reforço com vista ao alargamento da tutela ao trabalhador em gozo de licença parental complementar.

### **3. A caducidade do contrato de trabalho a termo**

#### **3.1. Obrigação de comunicação**

Perante a intenção de o empregador operar a caducidade do contrato celebrado com uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou com um trabalhador em gozo de licença parental, impende sob a entidade empregadora não um pedido de parecer prévio, como previsto no art. 63.º para proceder ao despedimento<sup>4493</sup>, mas um especial dever de comunicação<sup>4494</sup>, ao abrigo do art. 144.º.

A importância deste dever foi explanada pela CITE, no parecer n.º 5/CITE/2005<sup>4495</sup>, ao reconhecer que a falta de fiscalização atinente à matéria da maternidade nos contratos de trabalho a termo representava uma desproteção das trabalhadoras numa parte substancial das relações laborais. Em causa estava uma trabalhadora grávida que, após comunicação da sua condição à sua entidade patronal, recebeu uma comunicação desta onde revelava a sua intenção de não renovar o seu contrato de trabalho. Porém, o empregador havia não só renovado o contrato com outros trabalhadores da mesma categoria profissional, como também havia contratado um outro trabalhador para desempenhar as mesmas funções da trabalhadora grávida.

Cumpre-nos assim avaliar se este dever de comunicação permite controlar eventuais práticas discriminatórias neste domínio.

---

<sup>4493</sup> Neste sentido, Carvalho, 2004, p. 126; Batista, 2004, pp. 63-64; Xavier & Carvalho, 2013, p. 35; Machado, 2014, p. 302; Mendes, Almeida & Botelho, 2004, p. 198; Machado, 2009, p. 256; Monteiro & Brito *in* Martinez *et al.*, 2004, p. 244 e Vicente & Rouxinol, 2018, p. 245.

<sup>4494</sup> Nos termos dos arts. 149.º e 344.º.

<sup>4495</sup> Proc. n.º 42 – CT/2004, de 10/02/2005.

## **3.2. Âmbito de aplicação**

### **3.2.1. Âmbito de aplicação subjetivo**

Esta obrigatoriedade de comunicação pelo empregador surgiu, pela primeira vez, no n.º 3 do art. 133.º do CT de 2003<sup>4496</sup> e encontrou consagração no CT de 2009 no n.º 3 do art. 144.º. Porém, havia uma desconformidade entre o CT e o DL n.º 76/2012, responsável pela aprovação da orgânica da CITE. Este diploma estabelecia, na al. d) do art. 3.º, que a Comissão tinha competência para analisar as comunicações das entidades empregadoras sobre a não renovação de contrato de trabalho a termo não só quando estivesse em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, como previsto no CT, mas também nas situações concernentes ao trabalhador durante o gozo de licença parental.

Apenas recentemente, com a entrada em vigor da Lei n.º 90/2019, se assegurou a conformidade destes dois instrumentos, protegendo todos estes sujeitos, cujos conceitos já tivemos oportunidade de clarificar *supra*.

### **3.2.2. Contratos de trabalho não renováveis**

Os contratos podem apresentar diferentes motivos para não serem passíveis de renovação, *v.g.*, o contrato excedeu o limite máximo de renovações ou as partes estabeleceram *ab initio* uma cláusula de não renovação. Ora, atento o facto de na formulação legal constar a obrigação de comunicar o “motivo da não renovação”, Vicente & Rouxinol<sup>4497</sup> questionam se esta exigência de comunicação à CITE abrange, também, os contratos de trabalho a termo não renováveis.

A doutrina acredita que a expressão “motivo da não renovação” não pretende restringir esta obrigação apenas aos contratos que são passíveis de renovação, mas que deve ser interpretada de forma abrangente, de modo a incluir as situações em que a caducidade opera, mesmo já não sendo possível proceder a uma nova renovação contratual<sup>4498</sup>. Perfilhamos deste entendimento, sendo, para nós, pacífica a aplicação do n.º 3 do art. 144.º aos contratos a termo que, após sucessivas renovações, já não permitem uma nova.

Contudo, no que concerne aos contratos que dispõem de uma cláusula de não renovação *ab initio*, a resposta não é tão pacífica. Xavier & Carvalho escrevem que “só nos casos em que a não renovação resulte de decisão do empregador sobre este impende a obrigação de comunicação”<sup>4499</sup>. Embora se possa pensar que a caducidade do contrato motivada pela cláusula de não renovação não possa ser encarada como uma decisão unilateral

---

<sup>4496</sup> Cfr. Neto, 2009, p. 302 e Xavier & Carvalho, 2013, p. 13.

<sup>4497</sup> Vicente & Rouxinol, 2018, p. 246.

<sup>4498</sup> Machado, 2014, p. 301 e Leite & Rouxinol, 2013, p. 83.

<sup>4499</sup> Xavier & Carvalho, 2013, p. 35. No mesmo sentido, Monteiro & Brito *in* Martinez *et al.*, 2020, p. 375, a propósito do art. 144.º, n.º 3 e os mesmos autores *in* Martinez *et al.*, 2004, p. 244, relativamente ao preceito 133.º, n.º 3 do CT de 2003.

do empregador, dada a concordância prévia de ambos os sujeitos sobre aquela cessação contratual, Amado afirma que a estipulação desta cláusula não corresponde a uma vontade real de ambas as partes, mas apenas à do empregador<sup>4500</sup>. No entanto, acreditamos que, perante tal cláusula, a comunicação da caducidade à CITE não será devida por não haver risco de discriminação, uma vez que as partes já haviam decidido pela sua não renovação antes de o empregador conhecer da condição especial daquele trabalhador. No mesmo sentido escrevem Leite & Rouxinol que, seguindo a corrente doutrinária que dispensa o aviso prévio da caducidade do empregador ao trabalhador quando exista cláusula de não renovação, entendem que também não se impõe este dever de comunicação à CITE<sup>4501</sup>.

### **3.2.3. Comunicação da gravidez após comunicação da caducidade**

Problema diverso é o de saber se a obrigação de comunicação, prevista no n.º 3 do art. 144.º, é devida numa situação em que o empregador apenas é informado da condição da trabalhadora grávida após ter-lhe comunicado a sua intenção de não renovar o seu contrato. Veja-se, por exemplo, a situação em que o empregador, pese embora tenha de respeitar a antecedência mínima de 15 dias, prevista no n.º 1 do art. 344.º, para operar a caducidade do contrato, informa a trabalhadora com um mês de antecedência da sua intenção. Contudo, uns dias mais tarde, a trabalhadora informa-o que está grávida. Estará o empregador obrigado a comunicar a caducidade deste contrato à CITE? Julgamos que não. À semelhança do que se passa na questão anterior, quanto à cláusula de não renovação, consideramos que não há necessidade de informar a CITE, uma vez que não haverá risco de a decisão ter sido motivada por razões discriminatórias, dada a falta de conhecimento da condição da trabalhadora no momento da comunicação da caducidade.

Porém, como já vimos, sempre assistirá à trabalhadora o direito de provar que, não obstante ter comunicado a sua gravidez após a receção do aviso prévio da caducidade, o empregador já tinha conhecimento da sua condição anteriormente, ao abrigo do n.º 2 do art. 36.º. Assim, na hipótese de tal se provar, a comunicação à CITE seria exigida e a sua omissão constituiria contraordenação grave, nos termos do n.º 5 do art. 144.º. A responsabilidade do empregador poderia, contudo, ser superior na eventualidade de se verificar que o motivo da não renovação se prendeu com a condição daquela trabalhadora, como veremos *infra*.

---

<sup>4500</sup> Cfr. Amado, 2014, pp. 422-423.

<sup>4501</sup> Cfr. Leite & Rouxinol, 2013, p. 84.



### 3.3. Prazo para a comunicação

Até à entrada em vigor da Lei n.º 90/2019, o n.º 3 do art. 144.º apenas dispunha que o empregador deveria comunicar à CITE o motivo da não renovação do contrato “no prazo de cinco dias úteis”. Assim, atenta esta ampla referência, a doutrina portuguesa sempre se questionou sobre o momento a partir do qual se deveria contabilizar este prazo.

Machado questionava, em 2009, “será a partir dos quinze dias de que o empregador dispõe para comunicar a vontade de fazer cessar o contrato? Ou será a partir do momento em que efectivamente cessa o vínculo?”<sup>4502</sup>. Para esta Autora, o prazo deveria contar-se a partir do momento em que o aviso prévio da cessação da relação contratual era prestado.

No entanto, no entender de Xavier & Carvalho e Machado, o prazo para a comunicação dever-se-ia contar a partir da data da cessação do contrato<sup>4503</sup>.

Esta última Autora elencava ainda outras leituras possíveis, como, por exemplo, “considerar o prazo de comunicação da vontade de fazer cessar o contrato, previsto no artigo 344.º, n.º 1 ou considerar a data de comunicação da cessação do contrato ao trabalhador (e não a cessação propriamente dita, cujos efeitos dependem da recepção daquela comunicação pelo trabalhador)”<sup>4504</sup>.

Neste seguimento, a Lei n.º 90/2019 veio tentar esclarecer esta dúvida e estabelece-se, atualmente, que o empregador deve comunicar à CITE, “com a antecedência mínima de cinco dias úteis à data do aviso prévio, o motivo da não renovação de contrato de trabalho a termo sempre estiver em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou um trabalhador em gozo de licença parental”.

Porém, esta formulação continua a ser questionável. Poderá, igualmente, perguntar-se se esta antecedência respeita à data legal do aviso prévio, nos termos do n.º 1 do art. 344.º, ou se deve ser contabilizada com referência à data em que efetivamente tenha sido comunicada a vontade de não renovação.

Monteiro & Brito entendem, atualmente, que a comunicação “deve agora ser prestada até cinco dias úteis antes da data em que a caducidade do contrato no final do respetivo termo é dada a conhecer ao trabalhador, o que, por seu turno, deve suceder com a antecedência de pelo menos 15 dias (de calendário) relativamente ao mesmo termo”<sup>4505</sup>. Também nós colhemos deste raciocínio.

Não obstante esta opção legislativa gerar alguma perplexidade ao determinar a obrigação de o empregador comunicar à CITE antes de comunicar ao próprio trabalhador a sua intenção de proceder à cessação contratual, acreditamos que a intenção do legislador foi

---

<sup>4502</sup> Machado, 2009, p. 255.

<sup>4503</sup> Xavier & Carvalho, 2013, p. 36 e Machado, 2014, pp. 301-302.

<sup>4504</sup> Machado, 2014, p. 302.

<sup>4505</sup> In Martinez *et al.*, 2020, p. 375.

precisamente essa. Assim, também nós acompanhamos a opinião de Monteiro & Brito ao defender que a antecedência mínima de cinco dias deve corresponder ao momento efetivo do aviso prévio e não ao limite mínimo estabelecido no n.º 1 do art. 344.º.

Por fim, cumpre-nos referir quais as consequências da inobservância desta comunicação. Assim, estabelece o n.º 5 do art. 144.º que apenas lhe correspondem consequências meramente contraordenacionais. Antes da entrada em vigor da Lei n.º 90/2019, era claro que o incumprimento da obrigação de comunicação não se projetava na validade de cessação do contrato por surgir na sequência da cessação. Contudo, o facto de este dever surgir, atualmente, antes da cessação contratual pode levantar dúvidas quanto à projeção da sua validade em caso de incumprimento. No entanto, não cremos que esta alteração legislativa tenha tal repercussão.

### **3.4. Conteúdo da comunicação**

No que concerne à questão de saber o que deve constar dessa comunicação, Monteiro & Brito defendem que esta comunicação “serve apenas o propósito de dar conhecimento da caducidade do contrato no final do termo”<sup>4506</sup>. Porém, Machado afirma que não basta “dar conhecimento da caducidade”, mas que é necessário indicar o motivo da não renovação<sup>4507</sup>. Neste seguimento, esclarecem Xavier & Carvalho que incumbe ao empregador “a indicação destes motivos, nos termos que permitam o controlo por parte da CITE: bastará referir, por ex., e consoante o caso, o desaparecimento da necessidade transitória que deu origem à celebração do contrato a termo a sua superação por outra via (reafecção de outro trabalhador)”<sup>4508</sup>.

Ao contrário dos limites legais impostos para a renovação do contrato, *i.e.*, a subsistência dos motivos que determinaram a aposição do termo, o empregador goza de uma ampla margem de decisão, não se encontrando sujeito a pressupostos legalmente determinados quando pretenda optar pela não renovação do vínculo laboral. A sua decisão assenta num mero juízo de gestão, pelo que “a liberdade do empregador está, fundamentalmente, limitada, apenas, pela exigência de que a sua decisão não se funde em critérios a que o Direito associa um desvalor jurídico”<sup>4509</sup>, visando, desta forma, assegurar que a opção de não renovar o contrato não se prende com a condição especial destes trabalhadores. Neste sentido, a comunicação da decisão de não renovação deve ser transparente, racional e esclarecida<sup>4510</sup>.

---

<sup>4506</sup> In Martinez *et al.*, 2004, p. 244. Com o mesmo entendimento, cfr. Batista, 2004, p. 63 e Silva, 2004, p. 267.

<sup>4507</sup> Machado, 2009, p. 255.

<sup>4508</sup> Xavier & Carvalho, 2013, p. 36.

<sup>4509</sup> Xavier & Carvalho, 2013, p. 52.

<sup>4510</sup> Xavier, 2009, p. 175.

### 3.5. Competências da CITE

Cumprindo-se a obrigação de comunicação pelo empregador, importa agora saber quais serão as competências da CITE após a sua receção. Pelo facto de não ser exigido um parecer prévio, à semelhança do que acontece perante o despedimento, mas apenas a obrigatoriedade de comunicação, surge a aparência de que a intervenção da CITE se esgota no direito à informação<sup>4511</sup>.

O DL n.º 76/2012, alterado pela Lei n.º 60/2018, estabelece, na al. e) do seu art. 3.º que é da competência da CITE “analisar as comunicações das entidades empregadoras sobre a não renovação de contrato de trabalho a termo sempre que estiver em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador durante o gozo da licença parental”. Apesar de o termo “analisar” não se encontrar desenvolvido, as alíneas f) e i) deste mesmo preceito atribuem-lhe também a competência para “apreciar as queixas que lhe sejam apresentadas ou situações de que tenha conhecimento indiciadoras de violação de disposições legais sobre igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, proteção da parentalidade e conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal” e de solicitar à ACT “a realização de visitas aos locais de trabalho, com a finalidade de comprovar quaisquer práticas discriminatórias em razão do sexo”.

Neste sentido, parte da doutrina não rejeita a hipótese de a CITE solicitar à entidade empregadora, posteriormente à comunicação desta, os dados quanto à admissão de trabalhadores para o mesmo posto de trabalho que foi objeto de cessação<sup>4512</sup>, entendendo que a CITE pode solicitar a intervenção da ACT com vista à verificação de práticas discriminatórias. Assim sucedeu no parecer n.º 34/CITE/2005, de 23/06/2005, onde a CITE, após a receção da comunicação da não renovação de um contrato de trabalho com uma trabalhadora grávida requereu à empresa vários documentos, nomeadamente, a cópia do contrato de trabalho, a cópia da comunicação de não renovação enviada à trabalhadora e informação sobre os fundamentos que presidiram à não renovação do contrato. De seguida, após a resposta do empregador, a CITE solicitou a intervenção da ACT, que concluiu pela verificação de indícios de prática discriminatória por razão da maternidade. Também no parecer n.º 38/CITE/2005, de 12/07/2005, a CITE adotou, num caso análogo, as mesmas medidas.

Consentaneamente, é aconselhado, no *site* da CITE, às entidades empregadoras anexarem “à informação cópia da comunicação de não renovação ao/à trabalhador/a, cópia do respetivo contrato de trabalho a termo, bem como eventuais aditamentos e/ou renovações

---

<sup>4511</sup> Neste sentido, Machado, 2014, p. 302.

<sup>4512</sup> Xavier & Carvalho, 2013, p. 37 e Machado, 2014, p. 302.

e ainda indicação sobre se o/a trabalhador/a foi ou será substituído/a por outro/a trabalhador/a”<sup>4513</sup>.

Por seu turno, para Machado<sup>4514</sup>, o facto de não se impor a emissão de um parecer prévio, como sucede perante o despedimento, levanta dúvidas quanto à legitimidade de atuação da CITE. A Autora defende a criação de uma norma idêntica à prevista no art. 63.º para estas situações, *i.e.*, a consagração da obrigatoriedade de emissão de um parecer da CITE após a apreciação do motivo justificativo invocado pela entidade empregadora para cessar o contrato de trabalho por caducidade. Na hipótese de tal parecer ser desfavorável, a apreciação da cessação contratual seria analisada judicialmente e, caso não fosse solicitado este parecer, ao invés de ser reconduzido a responsabilidade meramente contraordenacional, constituiria um vício invalidante da cessação contratual, similarmente ao previsto na al. d) do art. 381.º.

Consideramos que esta categoria de trabalhadores merece proteção contra a cessação do seu vínculo laboral, independentemente de se traduzir num despedimento ou numa caducidade. Não somos indiferentes à especialidade intrínseca de um contrato a termo, designadamente, o limite temporal pré-determinado, contudo, a tutela atualmente consagrada no art. 144.º parece-nos insuficiente. Assim, defendemos um reforço da proteção consagrada naquele preceito, quer seja pela exigência de maior fundamentação dos motivos da não renovação, de um maior controlo *a posteriori* pela CITE, como, por exemplo, averiguar a existência de novas contratações para o mesmo posto de trabalho ou, ainda, por um agravamento da contraordenação prevista no n.º 5 do art. 144.º.

Este entendimento reporta-nos às situações em que, não obstante ter sido comunicado à CITE o motivo justificativo para a não renovação do contrato de trabalho, a caducidade é fraudulenta e traduz-se, na verdade, numa prática discriminatória.

## **4. A requalificação da caducidade em despedimento ilícito**

### **4.1. Não renovação por motivo discriminatório**

A exigência de comunicação do motivo de não renovação do contrato com uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante surgiu, no entendimento de Xavier & Carvalho<sup>4515</sup>, da orientação do TJ no ac. Jiménez Melgar<sup>4516</sup>, onde se equiparou a não renovação de um contrato a termo à recusa de contratar uma trabalhadora desta categoria especialmente protegida, constituindo uma discriminação direta em razão do sexo<sup>4517</sup>.

Em juízo estava a situação de uma trabalhadora que havia celebrado sucessivos contratos a termo. Pese embora não conterem a indicação do motivo justificativo para a sua

---

<sup>4513</sup> In <http://cite.gov.pt/pt/acite/pareceresprevios.html>.

<sup>4514</sup> Machado, 2009, pp. 255-256.

<sup>4515</sup> Xavier & Carvalho, 2013, pp. 35-36.

<sup>4516</sup> Ac. Jiménez Melgar, 04/10/2001, (C-438/99).

<sup>4517</sup> Neste sentido, Xavier & Carvalho, 2013, p. 37. Sobre a discriminação após a celebração do contrato de trabalho e a igualdade de tratamento na cessação do contrato de trabalho, cfr. Carvalho, 2001, pp. 134-153.

celebração, todos eles expiravam no prazo determinado. Dias antes da chegada deste último prazo, a empresa enviou à trabalhadora uma carta comunicando “a caducidade” daquele contrato. Embora não resulte dos autos a data concreta, esta trabalhadora informou a sua entidade empregadora do seu estado de gravidez e, após a cessação contratual, o empregador contactou Jiménez Melgar para que celebrassem um novo contrato. Porém, esta trabalhadora recusou assiná-lo, afirmando que havia sido despedida de forma discriminatória e em violação dos seus direitos fundamentais. Neste seguimento, o Tribunal nacional espanhol, perante as dúvidas sobre o carácter e o alcance do art. 10.º da Diretiva 92/85/CEE, suspendeu a instância e remeteu várias questões ao TJ.

Este órgão jurisdicional afirmou que, apesar de o art. 10.º da Diretiva 92/85/CEE poder ser aplicável aos contratos de trabalho a termo<sup>4518</sup>, a sua não renovação não pode ser equiparada, *per se*, a um despedimento proibido pela disposição da UE<sup>4519</sup>. No entanto, ressaltou que se o motivo justificativo para a não renovação for a condição em que a trabalhadora se encontra, *i.e.*, gravidez, puerpério ou lactância, tal comportamento é suscetível de representar uma recusa de recrutamento, constituindo, por consequência, uma discriminação direta em razão do sexo, contrária aos arts. 2.º n.º 1 e 3.º n.º 1 da Diretiva 76/207/CEE do Conselho<sup>4520</sup>.

A tutela da igualdade e não discriminação encontra amparo, no nosso ordenamento jurídico, nos arts. 23.º e ss. Neste sentido, a al. a) deste preceito refere que constitui discriminação direta a situação em que “uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”. Apesar da proteção conferida naqueles artigos, a Lei n.º 90/2019 aditou o art. 35.º-A à subsecção atinente à parentalidade, e veio reforçar a proibição de qualquer forma de discriminação pelo exercício dos direitos de maternidade e de paternidade.

Pelo facto de o estado de gestante e de puérpera apenas ser possível para uma trabalhadora do sexo feminino, compreende-se que o tratamento diferenciado fundado nessa condição se traduza numa discriminação direta em razão do sexo<sup>4521</sup>.

---

<sup>4518</sup> Nos Processos Jiménez Melgar, cit, § 44 e Tele Danmark, cit, onde estava em causa uma trabalhadora que havia sido contratada a termo e, apesar de saber que estava grávida, só informou a entidade empregadora mais tarde. O empregador despediu-a por esta não lhe ter informado do seu estado aquando a contratação e por se encontrar impedida de exercer as funções durante um grande período para o qual havia sido contratada.

<sup>4519</sup> Ac. Jiménez Melgar, cit, § 45.

<sup>4520</sup> Ac. Jiménez Melgar, cit, § 46. Com o mesmo entendimento, conclusões do advogado-geral Antonio Tizzano, apresentadas em 07/06/2001, § 50. Esta última Diretiva foi revogada pela Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05/06, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação).

<sup>4521</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. Carvalho, 2009, pp. 94-108; Mestre, 2015, pp. 391-392; Raposo, 2004, pp. 42-80 e Silva, 2000, pp. 84-112.

Neste seguimento, a não renovação motivada por estes elementos, além das consequências contraordenacionais gerais relativas à discriminação, constitui um ato ilícito, com as consequências indemnizatórias previstas no art. 28.<sup>o</sup><sup>4522</sup>.

No mesmo sentido já se pronunciou, em 1994, o Tribunal Constitucional espanhol<sup>4523</sup> quando, perante a não renovação do contrato de uma trabalhadora grávida, considerou estar perante uma situação discriminatória<sup>4524</sup>. O órgão jurisdicional julgou, assim, tal denúncia nula, tendo considerado que o contrato havia sido renovado e, consequentemente, a invocação da caducidade produzido os efeitos de um despedimento ilícito.

## 4.2. Requalificação do tipo contratual

A requalificação da declaração de caducidade em despedimento pode operar, também, em situações que não se relacionem com uma prática discriminatória. Um exemplo de uma situação deste género será aquela em que o empregador comunica ao trabalhador que o seu contrato a termo não irá renovar-se, porém, o contrato foi celebrado ou converteu-se num contrato por tempo indeterminado, por força do art. 147.<sup>o</sup>.

Vicente e Rouxinol defendem que perante a hipótese de um empregador denunciar um contrato de trabalho concebendo, no entanto, que tal ato representa um despedimento, devem ser-lhe aplicadas “todas as exigências de cariz substancial e procedimental próprias” de um despedimento<sup>4525</sup>. Neste sentido, o empregador deveria ter atuado em conformidade com o regime jurídico consagrado para as situações de despedimento. Assim, “o imediato juízo de ilicitude que, neste tipo de casos, se liga à qualificação do ato como um despedimento resulta, evidentemente, de se ter omitido o cumprimento de tais regras”<sup>4526</sup>.

Situação diversa é aquela em que o empregador denuncia o contrato de trabalho sem que haja perspetivado o seu ato como um despedimento. A este propósito, defendem as mesmas Autoras que, precisamente por não ter concebido o seu ato como um despedimento é que a entidade empregadora não cumpriu as exigências que lhe eram impostas e, por essa razão, é que o despedimento, agora requalificado, será ilícito<sup>4527</sup>.

Aplicando tal raciocínio ao *casu* em estudo, compreende-se que, perante a requalificação da caducidade em despedimento, seja de aplicar o regime previsto no art. 63.<sup>o</sup>, nomeadamente, a necessidade de requerer um parecer prévio à CITE.

---

<sup>4522</sup> Com este entendimento, Xavier & Carvalho, 2013, p. 37 e Machado, 2014, p. 302.

<sup>4523</sup> Na decisão n.º 173/1994, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2690>.

<sup>4524</sup> Dos factos resulta não só que a entidade empregadora havia renovado o contrato de trabalho com outras cinco trabalhadoras, para as mesmas funções da trabalhadora *in casu*, como também a confissão verbal do empregador ao marido desta trabalhadora de que o verdadeiro motivo para a não renovação daquele contrato se justificava com o estado de gravidez da trabalhadora.

<sup>4525</sup> Vicente & Rouxinol, 2018, p. 246.

<sup>4526</sup> Vicente & Rouxinol, 2018, p. 247.

<sup>4527</sup> Neste sentido, Vicente & Rouxinol, 2018, p. 247.

Contudo, não foi este o entendimento do TRP, em 20/05/2013<sup>4528</sup>. Em causa estava uma trabalhadora que havia celebrado um contrato de trabalho a termo incerto e que, enquanto se encontrava a gozar a licença parental pelo nascimento do seu filho, recebeu uma comunicação da caducidade do seu contrato da sua entidade empregadora. Alegava, porém, que o motivo invocado para proceder à cessação contratual era falso, pois a empresa continuava a necessitar dos seus serviços, tendo os restantes trabalhadores continuado a prestar o seu trabalho nos mesmo moldes em que o faziam anteriormente. O Tribunal afirmou que, perante uma situação em que a declaração de caducidade do contrato de trabalho apresentada pelo empregador representa, na verdade, um despedimento, a entidade empregadora não tinha a obrigação de solicitar um parecer à CITE nos termos do art. 63.º e, consequentemente, a sua falta não constituía fundamento para qualificar como ilícito tal despedimento, ao abrigo da al. d) do art. 381.º.

Acompanhamos as vozes de Vicente & Rouxinol quando afirmam, a esse respeito, que tal decisão se apresenta “juridicamente incoerente e, outrossim, traduz-se em premiar o empregador infrator”<sup>4529</sup>, não lhe exigindo o parecer legalmente previsto no art. 63.º quando, de facto, o seu ato configura um despedimento de um trabalhador pertencente a uma categoria especialmente protegida. Noutras palavras, para este Tribunal, o empregador que cesse um contrato de trabalho e que não assuma tal ato como um despedimento vê-lhe desaplicada uma exigência legal que a um outro empregador, que não dissimulou o seu ato, se impõe.

Na sequência daquele entendimento, o Tribunal afirmou que no que concerne à indemnização a receber pela trabalhadora em substituição da reintegração, não seria de aplicar o n.º 8 do art. 63.º, que consagra uma indemnização majorada ao abrigo do art. 392.º, mas uma indemnização calculada nos termos gerais do art. 391.º.

Porém, parece-nos, à semelhança daquelas Autoras, que em qualquer caso de ilicitude do despedimento de um trabalhador desta categoria específica é aplicável o disposto no n.º 8 do art. 63.º, respeitante à indemnização majorada em substituição da reintegração do trabalhador.

---

<sup>4528</sup> No Proc. 1073/11.6TTBCL.P1, relator: Ferreira da Costa.

<sup>4529</sup> Vicente & Rouxinol, 2018, p. 247.

## V. Conclusões

Apesar de a proteção da parentalidade e a necessidade de conciliação da vida familiar com a profissional terem vindo a ganhar cada vez mais relevância na nossa sociedade, sendo espelho disso a recente aprovação da Diretiva (UE) 2019/1158 e, no plano nacional, a entrada em vigor da Lei n.º 90/2019, responsáveis, essencialmente, por um reforço da tutela nestas matérias, parece-nos que ainda não será suficiente.

Como tivemos oportunidade de constatar ao longo deste estudo, o empregador que pretenda cessar um contrato a termo, por via da caducidade, com uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou um trabalhador em gozo de licença parental, apenas se encontra obrigado a comunicar o motivo da não renovação à CITE.

Consideramos que este dever de comunicação carece de mais desenvolvimento legal do que a mera *comunicação* do motivo da não renovação. Assim, parece-nos mais razoável que sobre o empregador impenda uma obrigação de *demonstrar* que a necessidade que havia justificado a contratação daquele/a trabalhador/a já não se impõe, nomeadamente, através da exposição de todos os factos que motivaram a sua intenção e, quando possível, do anexo de documentos comprovativos dos factos alegados (*v.g.* anexar a baixa médica do trabalhador que se havia ausentado durante aquele período e que, por sua vez, tinha sido a justificação para aquela contratação a termo).

Acreditamos que pode também justificar-se a obrigação de o empregador, durante um determinado período, estar sujeito ao envio, para a CITE, de todos os novos contratos de trabalho que celebrar, para que esta Comissão possa averiguar se a categoria profissional do trabalhador que viu o seu contrato cessar está a ser ocupada por um novo trabalhador. Nesta linha de pensamento, e mesmo que não se entenda a necessidade de consagrar esta obrigação, deve impor-se à CITE um maior controlo *a posteriori*, com recurso a operações de fiscalização na empresa.

Por fim, estamos em crer que o reforço desta proteção pode também traduzir-se num agravamento das consequências para o incumprimento de tal comunicação. A título comparativo, será de notar que a inobservância do pedido de parecer à CITE, imposto para o despedimento de um trabalhador desta categoria, é sancionado com os efeitos de ilicitude do despedimento. Apesar de, atendendo à razão de ser da contratação a termo, não acharmos que a mesma solução seria exigível perante a caducidade, pensamos que os efeitos meramente contraordenacionais resultantes do incumprimento da comunicação serão insuficientes.



## VI. Bibliografia

- AMADO, J. *et al.* (2019). *Direito do trabalho: Relação individual*. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. (2004). Contrato de trabalho e condição resolutiva (breves considerações a propósito do Código do Trabalho). In *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, pp. 343-356. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. (2014). De novo sobre uma velha questão: A compensação por caducidade nos contratos a termo certo. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, pp. 411-424.
- AMADO, J. (2019). *Contrato de trabalho: Noções básicas*, 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.
- BATISTA, A. (2004). Inovações do Código do Trabalho em matéria de contrato a termo resolutivo. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 68, pp. 53-78.
- CAMANHO, P. (2004). O contrato de trabalho a termo. In *A reforma do Código do Trabalho*, pp. 293-306. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAMPOS, A. (2013). *O contrato de trabalho a termo: Uma forma de trabalho precário?* Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CANOTILHO, G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, M. (2013). Anotação ao artigo 23º. In Silveira A. & Canotilho M. (coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Comentada*, pp. 289-297. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C. (2001). Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher. In *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 129-158. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C. (2004). A protecção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1, 2 e 3, pp. 41-137.
- CARVALHO, C. (2009). Informações relativas ao estado de gravidez e (não) contratação de trabalhadora grávida para o exercício de atividades proibidas ou condicionadas face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). In *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos – Estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*, pp. 94-108. São Paulo: Editora LTr.
- CORDEIRO, A. (2019). *Direito do trabalho II – Direito individual*. Coimbra: Almedina.
- DRAY, G. *et al.* (2016). *Livro Verde sobre as relações laborais*. Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Lisboa. Disponível em [http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO\\_VERDE\\_2016.pdf](http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf).
- DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do Trabalhador*. Coimbra Almedina.
- FERNANDES, S. (2013). Anotação ao artigo 33º. In Silveira A. & Canotilho M. (coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Comentada*, pp. 391-401. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. (2000). Do uso e abuso do período experimental. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 3 e 4, pp. 245-276.
- GOMES, J. (2007). *Direito do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, M. (2004). Considerações sobre o regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo no Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 24, pp. 137-169.
- LEITÃO, L. (2019). *Direito do trabalho*, 6.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.

LEITÃO, S. (2019). Duração, renovação e sucessão de contratos a termo: Alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro. *Revista de Direitos e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 201-236.

LEITE, J. & ROUXINOL M. (2013). Enquadramento jurídico-institucional. *Trabalho, igualdade e diálogo social: Estratégias e desafios de um percurso*. Estudos 9. Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Coimbra, pp. 61-99. Disponível em [http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Trab\\_Iguald\\_DSocial\\_Estudios9.pdf](http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/Trab_Iguald_DSocial_Estudios9.pdf).

LEITE, J. (2013). A reforma laboral em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 3, n.º 3. Disponível em [http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6454/A\\_reforma\\_laboral\\_em\\_Portugal.pdf?sequence=1](http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6454/A_reforma_laboral_em_Portugal.pdf?sequence=1).

LOURENÇO, P. (2003). Os deveres de informação no contrato de trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1 e 2, pp. 29-157.

MACHADO, M. (2014). *O contrato de trabalho a termo*. Porto: VidaImobiliária.

MACHADO, S. (2009). *Contrato de trabalho a termo. A transposição da Diretiva 1999/70/CE para o ordenamento jurídico português: (In)compatibilidades*. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTINEZ, P. et al. (2004). *Código do Trabalho anotado*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P. et al. (2020). *Código do Trabalho anotado*, 12.ª ed. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P. (2015). *Da cessação do contrato*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P. (2019). *Direito do trabalho*, 9.ª ed. Coimbra: Almedina.

MARTINS, P. (2017). *Cessação do contrato de trabalho*, 4.ª ed. Lisboa: Principia.

MENDES, M. ALMEIDA, S. & BOTELHO J. (2004). *Código do Trabalho anotado, Compilação conjugada*. Lisboa: Livraria Petrony.

MESTRE, B. (2015). Sobre o conceito de discriminação – uma perspectiva contextual e comparada. *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, pp. 377-410. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MOREIRA, A. (2002). Caducidade do contrato de trabalho a termo. In *IV Congresso Nacional de direito do trabalho: Memórias*, pp. 381-395. Coimbra: Almedina.

NETO, A. (2009). *Novo Código do Trabalho e legislação complementar anotados*, 3.ª ed. Lisboa: Ediforum.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2008). *Maternidade segura e o mundo do trabalho*. Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social de Portugal, Lisboa. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_travail\\_pub\\_59.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_59.pdf).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2018). *Trabalho digno em Portugal 2008-18: Da crise à recuperação*. BIT, Genebra. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_647524.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_647524.pdf).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2019). *Construir sistemas de proteção social: Normas internacionais e instrumentos de direitos humanos*. OIT, Genebra. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_733935.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_733935.pdf).

RAMALHO, M. (2016). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 6.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, M. (2018). Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – algumas notas. In *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: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

RAMALHO, M. (2019). *Tratado de direito do trabalho, Parte IV – Contratos e regimes especiais*. Coimbra: Almedina.

RAPOSO, V. (2004). Os limites da igualdade: Um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade laboral entre sexos). *Questões Laborais*, n.º 23, pp. 42-80.

RIJO, N. (2018). Período experimental e parentalidade – Denúncia do contrato de trabalho de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante durante o período experimental. *Questões Laborais*, n.º 52, pp. 75-103.

SCHLACHTER, M. (2015). *EU labour law: A commentary*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

SERVAIS, J. (2012). *International labour law*, 3.<sup>a</sup> ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

SILVA, F. (2004). 30 anos de contrato de trabalho a termo. In *A reforma do Código do Trabalho*, pp. 215-275. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, M. (2000). A discriminação sexual no mercado de trabalho – uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas. *Questões Laborais*, n.º 15, pp. 84-112.

TORELLA, E. (2018). Article 27 RESC. In *International and European labour law: Article-by-article commentary*, pp. 346-348. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

TORELLA, E. (2018). Article 8 RESC. In *International and European labour law: Article-by-article commentary*, pp. 304-307. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

VICENTE, J. & ROUXINOL, M. (2018). Alguns aspetos sobre o despedimento de trabalhadora grávida: Observações a propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-05-2013. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 241-254.

XAVIER, B. & CARVALHO, A. (2013). Reflexões sobre a intervenção da CITE no âmbito da cessação do contrato de trabalho. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 4, pp. 7-55.

XAVIER, B. (2009). *Procedimentos laborais na empresa. Ensinar e investigar*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

**Reflexões críticas acerca do enquadramento jurídico-penal da  
prostituição no ordenamento jurídico português**

Tatiana Isabel Laranjeira Botelho

Sob orientação da  
Professora Doutora Sandra Tavares

## **Agradecimentos**

Ao meu pilar a quem devo o que sou e tudo o que consegui, Mãe, obrigada pelo apoio, incentivo, dedicação e confiança que em mim depositas todos os dias. Obrigada por tornares tudo isto possível.

À Professora Doutora Sandra Tavares, o meu profundo agradecimento por ter aceitado orientar-me, pela disponibilidade, amabilidade, paciência e sabedoria que me transmitiu.

Agradeço ainda aos meus colegas e amigos que de longe e de perto me acompanharam nesta fase e me deram a força necessária para prosseguir.

## **Resumo**

A presente dissertação é uma reflexão crítica acerca do enquadramento jurídico-penal da prostituição no ordenamento jurídico português. A abordagem inicial deste fenómeno centra-se no estudo do tratamento adotado no cenário internacional, fazendo referência aos vários modelos prostitucionais existentes e a sua aplicação no direito comparado – Alemanha, Nova Zelândia e Suécia.

Analisámos a evolução politico-legislativa do tratamento da prostituição em Portugal desde o século XII até aos dias de hoje e concluímos que, atualmente, o legislador português não criminaliza nem regula a prostituição, apenas criminalizando a sua exploração no artigo 169.º do Código Penal.

A incriminação contida no artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal – denominado lenocínio simples – foi objeto de várias revisões, sendo que, a principal e mais polémica foi a revisão de 1998, que levou à supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Polémica que se centra nas questões da (in)existência de bem jurídico e na (in)constitucionalidade do normativo e que, divide, até aos dias de hoje, a doutrina e jurisprudência.

Após analisarmos a doutrina e jurisprudência sobre este tema e concluímos pela existência de duas posições antagónicas: uma no sentido de considerar o n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal inconstitucional e outra, em sentido oposto, considerando o normativo totalmente em conformidade com os cânones da Constituição.

Na parte final da presente dissertação, serão apresentadas algumas reflexões críticas e sugestões aos problemas levantados pelo artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal.

**Palavras-chave:** prostituição, modelos prostitucionais, lenocínio, exploração da prostituição, bem jurídico-penal, crimes de perigo, liberdade sexual, dignidade da pessoa humana.

## **Abstract**

The present dissertation is a critical reflection about the legal and penal framework of prostitution in the Portuguese legal system. The initial approach to this phenomenon centers around the study of the treatment adopted in the international scenario, making reference to the various existing prostitutorial models and their application in comparative law – Germany, New Zealand and Sweden.

We analyzed the political-legislative evolution of the treatment of prostitution in Portugal from the 12<sup>th</sup> century to the present day and concluded that, currently, the Portuguese legislator does not criminalize or regulate prostitution, only criminalizes its exploitation in the article 169 of the Penal Code.

The incrimination contained in article 169, no. 1 of the Penal Code – denominated simple pimping – has been subjected to several revisions, the main and most controversial one being the 1998 revision that led to the suppression of the element “exploring situations of abandonment or economic need”. Controversy which centers around the questions of the (in)existence of a legal interest and the (un)constitutionality of the normative and that, until today, divides the doctrine and jurisprudence.

After analyzing the doctrine and jurisprudence about this subject we concluded that two opposite positions exist: one that considers the article 169, no. 1 of the Penal Code unconstitutional and another that, in the opposite sense, considers the normative totally confirmative with the canons of the Constitution.

In the end of the present dissertation, we will present some critical reflections and suggestions about the problems raised by the article 169, no. 1 of the Penal Code.

**Key-words:** prostitution; prostitutorial models, pimping, exploitation of prostitution, legal interest, crimes of danger, sexual freedom, human dignity.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

|      |                                                 |
|------|-------------------------------------------------|
| Ac.  | Acórdão                                         |
| Al.  | Alínea                                          |
| Art. | Artigo                                          |
| CIG  | Comissão para Cidadania e a Igualdade de Género |
| CRP  | Constituição da República Portuguesa            |
| CP   | Código Penal                                    |
| DL   | Decreto-Lei                                     |
| N.º  | Número                                          |
| P.   | Página                                          |
| STJ  | Supremo Tribunal de Justiça                     |
| TC   | Tribunal Constitucional                         |
| TRL  | Tribunal da Relação de Lisboa                   |
| PRA  | <i>Prostitution Reform Act 2003</i>             |



# **Índice**

Nota introdutória

Introdução

Capítulo I – Prostituição no cenário internacional

1. Modelos prostitucionais

2. Direito comparado

a. Alemanha

b. Nova Zelândia

c. Suécia

Capítulo II – Prostituição no quadro legislativo nacional

1. Evolução político-legislativa da prostituição em Portugal

2. Atual quadro legislativo nacional

2.1. O crime de lenocínio

2.1.1. Evolução legislativa

2.1.2. Análise do tipo legal

2.1.3. Inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal: análise

jurisprudencial

Capítulo III – Reflexões críticas

Conclusão

Bibliografia

Legislação estrangeira

Jurisprudência

## **Nota introdutória**

A presente dissertação de mestrado tinha como data final de entrega o dia 1 de abril de 2020. Contudo, devido à pandemia Covid-19 da qual o país foi vítima, fomos informados a 13 de março de 2020 que o prazo de entrega seria suspenso por tempo indeterminado. Posteriormente, foi-nos comunicado que a data de entrega da dissertação seria o 1 de junho de 2020.

De acordo com o regulamento de entrega da dissertação, o mestrando deverá entregar 15 dias antes da data final de entrega, o texto integral da dissertação ao orientador, de modo a este emitir o respetivo parecer.

Curiosamente, e contracorrente ao defendido na presente dissertação, surge o ac. do TC n.º 134/2020, que vem julgar inconstitucional a norma objeto de análise da presente tese. O acórdão é datado de 3 de março de 2020, sendo que, à data, já toda a pesquisa inerente à presente dissertação, bem como o seu texto, estavam finalizados, de modo a dar cumprimento ao envio antecipado de 15 dias da data final de entrega inicial.

Acresce ainda que, devido à *supra* referida pandemia Covid-19, os espaços de pesquisa, inclusive bibliotecas, mantiveram-se encerrados, limitando significativamente o campo de pesquisa disponível.

Não obstante, e sob pena de imperícia da nossa parte, não poderíamos deixar de lhe fazer referência e tomar em devida conta o desafio que representa para a posição defendida na presente dissertação.

## **Introdução**

Conhecida como a mais velha profissão do mundo, a prostituição é um fenómeno inegável em Portugal e no resto do mundo.

A relevância dada a este tema há muito fora reconhecida e os pareceres são vários. Se, por um lado, se levantam vozes no sentido da necessidade de regulamentação da prostituição como uma qualquer atividade laboral, em nome da liberdade e autonomia da pessoa, por outro, vozes em sentido oposto se fazem ouvir ao considerar a prostituição e a sua exploração uma forma de violência, uma violação da liberdade sexual da pessoa prostituída, bem como um atentando ao princípio mais básico do Estado de Direito Democrático – o princípio da dignidade da pessoa humana.

A presente dissertação centra-se na análise crítica da postura legislativa do legislador penal português acerca da prostituição e sua exploração. Neste sentido, o Capítulo I irá fazer referência aos vários modelos prostitucionais existentes no quadro internacional, demonstrando, nomeadamente, como os mesmos são legislados e aplicados, bem como, analisar alguns estudos sobre o impacto da sua aplicação.

O Capítulo II terá como propósito perceber quais as opções político-legislativas que foram sendo adotadas no ordenamento jurídico-penal português desde o século XII até ao atual quadro legislativo, sendo este último objeto de uma análise mais detalhada.

O nosso ordenamento jurídico-penal não faz referência direta à prostituição, apenas prevendo no art. 169.º, n.º 1 do CP a criminalização da exploração da prostituição. A atual redação do referido artigo tem levantado duras e persistentes críticas por parte da doutrina e da jurisprudência, cerrando uma firme querela onde se questiona a inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP. Neste âmbito, credenciamos conveniente apontar e analisar os fundamentos lançados pela doutrina e pela jurisprudência que defendem a inconstitucionalidade da incriminação da exploração da prostituição – o lenocínio – previsto e punido no n.º 1 do art. 169.º do CP, bem como os argumentos da doutrina e da jurisprudência que pugnam pela não inconstitucionalidade do referido artigo.

Por fim, e de modo a conseguirmos dar resposta às principais questões colocadas sobre este tema, dedicaremos o Capítulo III às nossas reflexões críticas, que versarão, nomeadamente, sobre a teoria do bem jurídico-penal, a legitimidade e fundamentação dos crimes de perigo abstrato, e a sua aplicabilidade ao caso concreto do art. 169.º, n.º 1 do CP.

# Capítulo I – Prostituição no cenário internacional

## 1. Modelos prostitucionais

“A prostituição é uma prática social multifacetada composta por fatores económicos, culturais e pessoais que inviabilizam a construção de um modelo explicativo homogêneo, rígido e estático sobre a mesma” (Sousa & Oliveira, 2008, p. 1).

Examinar as soluções adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos para a prostituição reveste-se de uma enorme importância. A existência de modelos operacionais e estudos sobre os seus resultados permite uma reflexão acerca do impacto destes no fenómeno da prostituição, nomeadamente, se o modelo adotado conseguiu atingir o seu objetivo; no caso de não ter conseguido atingir o objetivo traçado, perceber quais os obstáculos encontrados; e, ainda, compreender quais as vantagens de um determinado modelo em detrimento de outro.

Não obstante, não podemos perder de vista a diversidade cultural, política, social e económica existente entre os diferentes países, que influencia os distintos modelos adotados internacionalmente.

A este nível, o tratamento da prostituição conduz-se numa divisão em três modelos tradicionais e antagónicos: o modelo regulamentarista, o modelo abolicionista e o modelo proibicionista.

O *modelo regulamentarista* parte do pressuposto de que a prostituição é a mais velha “profissão” do mundo, que sempre irá existir, sendo, por isso, algo impossível de eliminar. Este modelo opta por integrar a prostituição na sua legislação, intervindo com vista à regulação da atividade, nomeadamente, por razões de ordem e saúde pública. Quer a prostituição, quer a sua exploração por terceiro são autorizadas mediante a observância de determinadas regras estabelecidas pelo Estado (neste sentido, Ferreira, 2018, p. 12; Tenório, 2016, p. 25; Garcia & Gonçalves, 2016, p. 453; Oliveira, 2017, p. 39). Seguem este modelo, entre outros, a Alemanha, a Holanda e a Nova Zelândia.

O *modelo abolicionista* é caracterizado por uma certa ausência de posicionamento sobre o fenómeno da prostituição. A prostituição não é criminalizada, mas também não é regulada, sendo a pessoa prostituída vista como “vítima do comércio sexual” (Tenório, 2016, p. 32). A ideia base é a de que a pessoa prostituída é sempre coagida a exercer a prostituição. No entanto, trata-se aqui de uma vítima sem qualquer tipo de proteção por parte do Estado. Os ordenamentos jurídicos que adotam este modelo estão direcionados para proibir todo e qualquer tipo de favorecimento ou exploração da prostituição (neste sentido, Tenório, 2017, p. 30; Ferreira, 2018, p. 11; Oliveira, 2017, p. 38). Seguem este modelo, entre outros, Portugal e Espanha.

Por fim, o *modelo proibicionista* caracteriza-se por considerar a prostituição uma atividade ilegal, condenando todos os elementos envolvidos: pessoa prostituída, cliente e terceiro intermediário. A prostituição é vista como uma violação de direitos humanos, devendo ser encarada “como uma violação dos direitos da mulher e como uma forma de violência contra ela” (Tenório, 2016, p. 28; Garcia & Gonçalves, 2016, p. 452; Ferreira, 2018, p. 11; e Oliveira, 2017, p. 38.). Seguem este modelo, entre outros, a Suécia e a Irlanda.

## **2. Direito comparado**

### **2.1 Alemanha**

Até 2002, a Alemanha seguia um modelo tendencialmente abolicionista onde a prostituição não era crime, mas também não era regulamentada.

Com a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã a 1 de Janeiro de 2002 (*Prostitutionsgesetz – ProstG*), a Alemanha começou a regular o exercício e a situação jurídica das pessoas que se prostituem. A Lei da Prostituição Alemã veio prever que se forem praticados atos sexuais em troca de uma quantia previamente fixada, este “contrato” estabelece uma reivindicação legalmente eficaz, podendo a pessoa que se prostitui reclamar essa quantia nos tribunais. No entanto, a mesma lei afirma que o cliente não poderá exigir a execução do serviço, pois tal seria uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>4530</sup>.

A Lei da Prostituição Alemã veio prever taxas pré-contratuais, mecanismos de defesa das pessoas que se prostituem e o direito destas à segurança social e a todos os direitos inerentes, como subsídio de desemprego, seguro de saúde e pensões (Oliveira, 2017, p. 42; Tampep, 2010, p. 113).

A entrada em vigor desta lei ditou também alterações ao Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) passando este a tipificar diversas formas de lenocínio: § 180a *Ausbeutung von Prostituierten* (Exploração da Prostituição) e § 181a *Zuhälterei* (Lenocínio ou Proxenetismo).

Segundo o relatório sobre o trabalho sexual na Europa – Tampep 8 National Mapping reports, Mapping of National Prostitution Scene, National Coordinators Report 2008/9 – elaborado pela Tampep<sup>4531</sup>, estima-se que existam 400 000 pessoas que praticam a prostituição na Alemanha, sendo que, cerca de 65% são migrantes e que recorrem a estes serviços cerca de 1 000 000 de homens por dia (Tampep, 2010, p. 108).

---

<sup>4530</sup> Art. 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

<sup>4531</sup> TAMPEP International Foundation – Rede Europeia para a Promoção dos Direitos e da Saúde entre Profissionais do Sexo Migrantes. Trata-se de uma organização internacional, fundada em 1993, financiada pela Comissão Europeia e outras organizações, que promove projetos em mais de 25 países, com o objetivo de responder às necessidades dos trabalhadores do sexo na Europa. Mais informações disponíveis em <https://tampep.eu/>.

Os profissionais do sexo apontam como segunda maior vulnerabilidade, a seguir às dificuldades financeiras, a violência e o abuso por parte dos clientes, polícia e proprietários das casas onde se desenvolve a atividade (Tampep, 2010, pp. 112-113).

Apesar dos direitos estabelecidos a favor dos profissionais do sexo, a maioria destes não exerce os seus direitos, sendo que muitos deles não têm sequer conhecimento dos mesmos. Estes profissionais continuam a ser alvo de discriminação e estigmatização, fomentando uma baixa autoestima, tornando-se alvos vulneráveis à exploração e situações de dependência (Tampep, 2010, p. 113).

Neste sentido, a Tampep sugere ao Governo Alemão que desenvolva campanhas eficazes de educação sobre o trabalho sexual e os direitos dos profissionais do sexo, de modo a sensibilizar a sociedade, diminuindo a estigmatização e discriminação de que são alvo; que crie um órgão oficial que fique encarregue de fazer cumprir e fiscalizar a aplicação da Lei de Prostituição, percebendo as lacunas existentes e colmatando-as; e que o Governo elimine as disparidades de interpretação e regulamentação que existem nos 16 Estados da Alemanha. Por fim, defende uma intervenção junto dos profissionais do sexo para que estes tenham pleno conhecimento dos seus direitos e deveres, através de um aconselhamento especializado e de uma divulgação mais consistente (Tampep, 2010, p. 113).

Por fim, alguns dados importantes dão conta que o número de profissionais do sexo aumentou consistentemente desde a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã – se em 1999 os migrantes representavam cerca de 50% dos profissionais do sexo, passados 10 anos representam cerca de 2/3 de toda a população de trabalhadores do sexo (Tampep, 2010, p. 109). É de salientar, porém, que existe uma série de questões decorrentes da Lei da Prostituição Alemã que permanecem incertas, acarretando consequência negativas para os profissionais do sexo. Com a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã, foi estabelecido que outras áreas do direito teriam de ser alteradas e adaptadas a esta nova realidade legal; no entanto, essas mesmas leis ainda não foram objeto de alteração, nomeadamente, leis fiscais, regulamentos de atividade por zonas, e apoios aos migrantes. Existem mesmo leis que conflituam, sendo o mesmo assunto tratado de forma distinta consoante a zona em que se encontre, o que causa uma insegurança para os profissionais do sexo (tampep, 2010, p. 120).

## **2.2 Nova Zelândia**

O PRA – lei que regula o trabalho sexual na Nova Zelândia e que entrou em vigor em 2003 – teve como objetivos principais “descriminalizar a prostituição, salvaguardar os direitos humanos dos/as TS [trabalhadores do sexo], promover o bem-estar, a saúde e segurança ocupacional dos/as TS, contribuir para a saúde pública, combater a exploração dos/as TS e o envolvimento de menores na prostituição” (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 69; Ferreira, 2018, p. 52).

Após a entrada do PRA, a prostituição passou a ser considerada uma profissão legítima, enquadrada no âmbito do Ministério do Trabalho, sendo que os profissionais do sexo passaram a ter benefícios no que respeita à saúde e segurança, como qualquer outro trabalhador, bem como os mesmos direitos laborais. Estes profissionais passaram a ser titulares do direito de apresentar queixas por assédio, tratamento desigual, violência, revindicação de pagamento de serviços, entre outros (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 69; Part 3, 7 – 10 PRA).

No que concerne às casas onde a atividade é desenvolvida – bordéis – o PRA vem criar um regime de certificação para os seus proprietários (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 69; Ferreira, 2018, pp. 52-53; Part 3, 34 – 41 do PRA), onde se exige que estes sejam maiores de 18 anos, sejam cidadãos ou residentes permanentes na Nova Zelândia, que possuam uma licença válida e renovável anualmente e que não tenham qualquer condenação desqualificante (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 69; Part 3, 34 – 41 do PRA).

De modo a combater a prostituição de menores de 18 anos, o PRA estabelece três pontos importantes: proibição de auxiliar/ajudar menores de 18 anos na prestação de serviços sexuais comerciais, proibição de receber ganhos com serviços sexuais comerciais prestados por menores de 18 anos e proibição de contratar serviços sexuais comerciais ou ser cliente de menores de 18 anos. O incumprimento destas regras pode culminar na aplicação de uma pena de prisão até 7 anos.

O PRA estabelece ainda um sistema de inspeções a estas casas, para fins de fiscalização do cumprimento dos requisitos de saúde e segurança (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 70; Part 3, 24 – 29 do PRA).

Decorridos 5 anos após a entrada em vigor do PRA, um estudo desenvolvido pelo *Prostitution Law Review Committee* (New Zealand Government, 2008) veio tecer algumas conclusões sobre o impacto que este teve no fenómeno da prostituição na Nova Zelândia.

Começando pelo impacto que o PRA teve no número de trabalhadores do sexo (New Zealand Government, 2008, pp. 29-43), o Comité começa por evidenciar que nunca foi objetivo do PRA diminuir ou aumentar o número de pessoas envolvidas na indústria do sexo, mas sim proporcionar a estes profissionais melhores condições de trabalho, proteção e saúde. Defende, por isso, que a descriminalização da prostituição “não se tornou um fator significativo nas decisões das pessoas para entrar na indústria do sexo” (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 70), a indústria do sexo sempre foi uma realidade tratada de forma escondida e paralela. Com a descriminalização desta atividade, trabalhadores e proprietários de bordéis começam a falar mais abertamente, os próprios trabalhadores de rua ficaram mais visíveis. No entanto, o Comité salienta que a maior visibilidade destes trabalhadores e proprietários não é, nem poderá ser, um indicador do crescimento do número das pessoas envolvidas nesta indústria (New Zealand Government, 2008, p. 41). Esta visibilidade da indústria do sexo é,

pelo contrário, considerada uma consequência positiva da descriminalização pois, contribui para a diminuição da estigmatização existente perante estes trabalhadores/proprietários, bem como para diminuir as situações de risco a que estes estavam expostos quando tinham de praticar esta atividade clandestinamente.

No que concerne à proteção dos direitos humanos, o Comité defende que o PRA teve um impacto importante na proteção dos direitos dos trabalhadores do sexo, nomeadamente, a proteção dos menores de 18 anos na indústria do sexo, proteção da exploração da prostituição e ainda, o direito a recusar um determinado cliente ou prática sexual (New Zealand Government, 2008, pp. 14 e 45).

Relativamente à saúde, o Comité refere que o número diminuto de reclamações recebidas pelos inspetores de saúde poderá indicar um “elevado nível de conformidade” (APDES, RTS & Peixoto, 2012, p. 71) com as regras exigidas pelo PRA (New Zealand Government, 2008, p. 14). Quanto à violência, a maioria dos trabalhadores do sexo afirma que o PRA pouco poderá fazer; no entanto, existe um sentimento de maior propensão por parte destes para relatar os incidentes à polícia (New Zealand Government, 2008, p. 14).

O impacto do PRA nas condições laborais é bastante positivo. Apesar de o estigma em torno da prostituição continuar, e haver ainda algumas situações de exploração, existem também evidências de que esta indústria se está a adaptar ao seu novo estatuto. Quer os proprietários de bordéis, quer os trabalhadores do sexo têm consciência dos seus deveres e direitos, unindo-se para dar cumprimento a todas as regras (New Zealand Government, 2008, p. 17).

Posto isto, e de acordo com o relatório ora apresentado, a adoção de um modelo regulamentarista por parte da Nova Zelândia veio melhorar as condições de saúde, trabalho, segurança e bem-estar dos trabalhadores do sexo. Estes passaram a sentir um maior poder de negociação, quer com os clientes, quer com os proprietários de bordéis, havendo por isso um sentimento geral de apoio pelo sistema legal. As condições de trabalho foram visivelmente melhoradas, os trabalhadores do sexo deixaram o ambiente clandestino, propício a violência e abusos, para exercerem a sua atividade legalmente. Apesar de todos os pontos positivos, verifica-se ainda um certo estigma e desaprovação face à atividade prostitucional.

## **2.3 Suécia**

A 1 de Janeiro de 1999, a Suécia foi o primeiro país a implementar um modelo tendencialmente proibicionista no que ao tratamento da prostituição diz respeito. Esta tomada de posição firme por parte da Suécia deveu-se ao facto de esta considerar que a prostituição, a sua exploração e a compra de serviços sexuais eram incompatíveis com os princípios da liberdade do indivíduo e da igualdade de género, que há muito defendia. Neste sentido, o combate a este fenómeno era, e é, uma preocupação social premente, afirmando



mesmo que este fenómeno se trata de uma forma gravíssima de violência contra a mulher, violadora do mais básico princípio da dignidade humana (Skarhed, & Kullman, 2010, p. 13). Trata-se de um modelo “tendencialmente” proibicionista, pois no tradicional modelo proibicionista todos os envolvidos são condenados, incluindo as pessoas prostituídas, o que não acontece no modelo sueco.

Este modelo foi, inicialmente, implementado como parte da Lei Kvinnofrid 1997/98:55 – Lei de Violência Contra as Mulheres –, tendo como base quatro grandes pilares: criminalizar os compradores de serviços sexuais, descriminalizar a conduta da pessoa prostituída, oferecer ajuda e serviços para que as vítimas da prostituição possam abandonar a indústria do sexo, e consciencializar e educar a população em geral.

Atualmente, esta proibição encontra-se no Capítulo 6, Seção 11 do Código Penal Sueco. De acordo com o Código Penal Sueco, quem obtém uma relação sexual em troca de pagamento comete o crime de compra de serviços sexuais. O crime prevê duas modalidades de pena: a pena de multa e a pena de prisão até 1 ano.

Decorridos 9 anos desde a entrada em vigor deste modelo, e de modo a compreender o impacto que este teve no fenómeno da prostituição na Suécia, o Governo sueco criou, em 2008, um Comité de Inquérito para Avaliar a Proibição contra a Compra de Serviços Sexuais. Este teria como objetivo determinar como funcionava a proibição na prática e os efeitos da criminalização na incidência da prostituição e no tráfico de seres humanos para fins sexuais. As conclusões do comité foram compiladas no relatório intitulado “A proibição da compra de serviços sexuais: uma avaliação 1999-2008” (*Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999-2008 (SOU 2010:49)*)<sup>4532</sup>.

O Comité começou por salientar que a tarefa de avaliar os efeitos da criminalização da compra de serviços sexuais não se mostrou uma tarefa fácil. Quer o fenómeno da prostituição, quer o fenómeno do tráfico de seres humanos para fins sexuais são realidades sociais complexas e multifacetadas que, na maioria dos casos, ocorrem em segredo. Além disso, a internacionalização e o desenvolvimento da *internet*, nomeadamente, como forma de aliciamento e publicidade, também dificultaram uma avaliação detalhada. Daí que, embora existam vários estudos e ensaios, o conhecimento de números exatos sobre estas duas realidades é sempre limitado (Swedish Institute, 2010, p. 7).

Não obstante, apesar da limitação apontada anteriormente, o Comité teceu algumas conclusões sobre o impacto da criminalização da compra de serviços sexuais no fenómeno da prostituição e do tráfico de seres humanos para fins sexuais.

---

<sup>4532</sup> O presente relatório encontra-se redigido no idioma sueco, pelo que, e uma vez que não dominamos o idioma, recorreremos ao documento *Selected Extracts of the Swedish Government Report SOU 2010:49: “The ban against the purchase of sexual services. An evaluation 1999-2008”* da autoria do Swedish Institute, que se trata de uma compilação de extratos do documento original, traduzidos para a língua inglesa. O Swedish Institute é uma organização que atua em diversas vertentes, como a cultura, educação e desenvolvimento internacional. Mais informações disponíveis em <https://si.se/en/>.

O primeiro efeito da criminalização foi o da redução da prostituição de rua em cerca de 50%. Antes da entrada em vigor da criminalização da compra de serviços sexuais, a prostituição de rua apresentava valores semelhantes nas capitais da Noruega, Dinamarca e Suécia. No entanto, comparando valores à data de 2008, e após a criminalização da compra de serviços sexuais, os valores da prostituição de rua nas capitais da Noruega e Dinamarca são três vezes maiores do que na capital da Suécia (Swedish Institute, 2010, p. 7). O Comité conclui que, à luz das grandes semelhanças económicas e sociais existentes entre os três países, seria razoável supor que a redução da prostituição de rua na Suécia tenha sido resultado direto da criminalização. Acrescenta ainda que tal suposição é apoiada pela redução imediata e drástica da prostituição de rua que ocorreu na Noruega quando esta, a 1 de Janeiro de 2009, se tornou no segundo país a introduzir uma proibição de compra de serviços sexuais (Swedish Institute, 2010, pp. 7-8).

Outro dado interessante prende-se com a nacionalidade das pessoas prostituídas. Apesar de o número de mulheres estrangeiras na prostituição de rua ter aumentado em todos os países nórdicos, incluindo na Suécia, em comparação, pode notar-se que o aumento dramático relatado pela Noruega e pela Dinamarca não tem paralelo na Suécia (Swedish Institute, 2010, p. 8).

No que concerne aos meios de propaganda da prostituição, o Comité identificou, não uma nova forma de publicitar os serviços sexuais, mas a evolução de uma forma já existente, a *internet*. Esta tornou-se numa importante forma de publicidade, mas também uma importante forma de exploração da prostituição e aliciamento para tráfico de seres humanos para fins sexuais. Além disso, trata-se de uma forma de prostituição e tráfico difícil de verificar e avaliar. O Comité verificou um aumento deste tipo de prostituição e aliciamento na Suécia, na Noruega e na Dinamarca; no entanto, o aumento é mais significativo na Noruega e na Dinamarca (Swedish Institute, 2010, p. 8).

Estando ciente de que a *internet* desempenha um papel importante, particularmente no que diz respeito aos jovens na prostituição, o Comité reconhece que aumentaram as necessidades de proteger os jovens de caírem na prostituição, pois apresentam uma maior vulnerabilidade (Swedish Institute, 2010, p. 8).

No que concerne à prostituição no interior, em contraposição à prostituição de rua, nada indica que esta tenha aumentado. Também nada sugere que tenha havido um deslocamento de prostituição de rua para o interior. Segundo estudos realizados junto de pessoas que trabalham em contacto com a prostituição, o Comité afirma que não se verificou qualquer aumento da prostituição desde a criminalização da compra de serviços sexuais. Apesar de o quadro geral dos países nórdicos ser o de um aumento da prostituição entre 2000-2008, constata-se que na Suécia tal não aconteceu. O Comité afirma, mais uma vez, apesar de poder haver várias outras explicações, que é razoável supor que a prostituição também teria

aumentado na Suécia se não tivesse entrado em vigor a proibição de compra de serviços sexuais. A criminalização tem ajudado, por isso, a combater o fenómeno da prostituição (Swedish Institute, 2010, pp. 8-9).

Avaliando o impacto que a criminalização teve no tráfico de pessoas para fins sexuais, o Comité começa por realçar que é de extrema dificuldade avaliar a escala exata do tráfico humano para fins sexuais. No entanto, reconhece que a proibição da compra de serviços sexuais é uma barreira para traficantes e compradores (Swedish Institute, 2010, p. 9).

Aquando da implementação da proibição da compra de serviços sexuais, foram várias as dúvidas expressas no sentido de que a criminalização correria o risco de levar a prostituição para o “subsolo”, tornando as pessoas prostituídas alvos mais vulneráveis, aumentando o risco de abusos físicos e piorando as condições de vida destas, sendo que tal enquadramento levaria a que estas não tivessem acesso à proteção que lhes era dada pelo Estado, podendo, de certo modo, favorecer o tráfico de pessoas para fins sexuais (Swedish Institute, 2010, p. 9).

No entanto, o Comité afirma que, segundo os estudos e contactos que tiveram com funcionários públicos e pessoas envolvidas com a questão, estas dúvidas não se chegaram a concretizar. Aliás, o departamento policial afirma que, nas várias operações levadas a cabo contra a prostituição, além de estas desempenharem um efeito dissuasor perante os compradores de serviços sexuais e intermediários, ajudaram ainda a desmantelar várias situações de tráfico de pessoas para fins sexuais. Conclui, neste sentido, que a criminalização, em certo modo, contribuiu para a prevenção e descoberta de casos de tráfico humano para fins sexuais (Swedish Institute, 2010, pp. 9-10).

Por fim, o Comité tece algumas sugestões a adotar pelo Estado de modo a melhorar toda a legislação e implementação desta criminalização. Começa por referir que, além da criminalização dos serviços sexuais, devem ser feitos outros esforços de modo a combater e prevenir a prostituição: criação de medidas voltadas para os compradores de serviços sexuais, realização de pesquisas em relação a quem compra os serviços, e métodos de tratamento. É importante também dar apoio a crianças e jovens em risco, continuando com iniciativas de informação de modo a influenciar a opinião pública nesta área. E, ainda, investir numa maior formação e apoio aos profissionais que lidam com esta situação (Swedish Institute, 2010, p. 11). O Comité propõe a criação de um Centro Nacional Contra a Prostituição e Tráfico Humano para Fins Sexuais que teria como objetivo, além de prestar apoio às vítimas destes fenómenos, realizar pesquisas e estudos sobre a prostituição e o tráfico de pessoas, de modo a fornecer um acompanhamento contínuo e conhecimento sistemático sobre a evolução e caracterização destes fenómenos. O Comité reconhece que é necessário criar melhores condições para coordenação, acompanhamento e produção de conhecimento para o futuro, a fim de utilizar o conhecimento existente e também disponibilizar novos conhecimentos para todos os que trabalham com estas questões (Swedish Institute, 2010, pp. 11-12). Uma última sugestão do

Comité prende-se com o aumento da pena para o crime de compra de serviços sexuais, pois considera que o nível atual de penalidade para certos casos de crime de compra de serviços sexuais não é proporcional à real gravidade do crime. Acrescenta ainda que no tipo legal de crime se deveria ter em consideração, entre outros fatores, a condição da vítima, se esta é portadora ou não de deficiência, ou o abuso de alguma condição psicológica. No fundo, propõe que o crime passe a conhecer vários e diferentes graus de gravidade, e que a pena reflita exatamente isso.

## **Capítulo II – Prostituição no quadro legislativo nacional**

### **1. Evolução político-legislativa da prostituição em Portugal**

Entre o século XII e meados do século XIX, o fenómeno da prostituição era regulado por leis avulsas que “visavam controlar a prostituição e as pessoas que a praticavam” (Oliveira, 2017, p. 203). Durante este período, a prostituição era “mais ou menos aceita” (sic) (Garcia & Gonçalves, 2016, p. 455), sendo que a “repressão nunca foi efetuada com perseverança” (Garcia & Gonçalves, 2016, p. 455).

Com a entrada em 1836 do Código Administrativo<sup>4533</sup>, passou a prever-se o estabelecimento de regulamentos para a prostituição, que foram implementados em Portugal a partir de 1853, denotando-se aqui uma corrente regulamentarista no que concerne ao tratamento da prostituição. Entre algumas medidas, salienta-se a obrigatoriedade de as pessoas prostituídas se matricularem e de possuírem um livrete individual de registo de inspeções obrigatórias.

Contudo, a 1 de Janeiro de 1963, com a entrada em vigor do DL n.º 44579, de 19 de setembro de 1962, a prostituição passou a ser proibida e criminalizada. O decreto-lei veio prescrever “o encerramento das casas; despejo e apreensão de todos os bens; destruição dos livros de registo de matrículas e livretos; punição com pena de prisão até um ano e multa para indivíduos que conscientemente fomentem, favoreçam ou de algum modo facilitem o exercício da prostituição ou nela intervenham com fins lucrativos; equipara as pessoas prostituídas a vadios para efeito de aplicação de medidas de segurança; e às menores de 16 anos define a aplicação de medidas de proteção, assistência ou educação” (Garcia & Gonçalves, 2016, pp. 459-460). Tais medidas não conseguiram eliminar a prostituição, servindo antes para piorar as condições das pessoas prostituídas, expondo-as a perigos adversos, como agressões ou perseguições.

Com a Revolução de 25 de Abril de 1974, criou-se uma comissão com vista à resolução dos problemas da prostituição que funcionaria junto do Ministério dos Assuntos Sociais. A 1 de janeiro de 1983, a prostituição é descriminalizada com a entrada em vigor do DL n.º 400/82, de 23 de setembro, posição que se mantém até à presente data.

### **2. Atual quadro legislativo nacional**

De acordo com o referido anteriormente, Portugal caracteriza-se por seguir, atualmente, um modelo tendencialmente abolicionista, na medida em que a prostituição não é vista como uma atividade ilegal; não obstante, também não se encontra regulamentada.

---

<sup>4533</sup> Código Administrativo de 1836, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1814.pdf>, arquivo da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Veja-se, ainda, <http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/18/15/p43>.

## **2.1. O crime de lenocínio**

### **2.1.1. Evolução legislativa**

No nosso ordenamento jurídico, o art. 169.º do CP faz referência direta à prostituição e tipifica o crime de lenocínio. Segundo o n.º 1 do referido artigo, “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”<sup>4534</sup>, e acrescenta o n.º 2 que “Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de um a oito anos”<sup>4535</sup>.

Inicialmente, este crime integrava o âmbito dos crimes contra as pessoas, mais propriamente, os crimes contra a honestidade. Foi o CP de 1982 que trouxe a primeira alteração, passando o crime de lenocínio a constar dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade.

Com a revisão de 1995<sup>4536</sup> e a inserção dos crimes sexuais num capítulo autónomo, o crime de lenocínio passa a constar dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Como evidência Inês Leite, “assumiu-se como bem jurídico tutelado, a liberdade sexual” (Leite, 2011, p. 31). A redação do artigo, à data, exigia que o agente atuasse profissionalmente ou com intenção lucrativa, que fomentasse, favorecesse ou facilitasse o exercício por outra pessoa de prostituição ou prática de atos sexuais de relevo, sendo que tais condutas deveriam explorar uma situação de abandono ou de necessidade económica<sup>4537</sup>.

A revisão de 1998<sup>4538</sup> acarretou uma alteração ao crime de lenocínio, eliminando a exigência de exploração de uma situação de abandono ou de necessidade económica. Esta alteração teve como principal consequência o alargamento do âmbito de punição das situações até aí abrangidas.

A revisão de 2001<sup>4539</sup> apenas trouxe alterações ao n.º 2, diminuindo-se as situações que constituíam o tipo agravado de lenocínio. Já a reforma de 2007 veio eliminar do n.º 1 a referência feita à “prática de atos sexuais de relevo”, sendo que o artigo se mantém inalterado até à presente data.

---

<sup>4534</sup> Lei n.º 59/2007, de 04/09.

<sup>4535</sup> Lei n.º 59/2007, de 04/09.

<sup>4536</sup> DL n.º 48/95, de 15 de março.

<sup>4537</sup> DL n.º 48/95, de 15 de março.

<sup>4538</sup> DL n.º 65/98, de 02 de fevereiro.

<sup>4539</sup> Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto.

### **2.1.2. Análise do tipo legal**

É no seguimento da Revisão de 1998, e com a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, que surge a controvérsia em torno do bem jurídico protegido pelo art. 169.º, n.º 1 do CP.

Até à supressão do referido elemento, era claro o bem jurídico protegido pela norma incriminadora – a liberdade sexual. Quando desprovida deste mesmo elemento, autores defendem que esta se tornou numa norma que não tutela nenhum bem jurídico, muito pelo contrário, acaba por tutelar uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade (Rodrigues & Fidalgo, 2012, p. 797). Os autores que defendem esta posição argumentam que a defesa do sentimento de pudor e/ou moralidade não é função do direito penal, nem “presidiu ao novo enquadramento dos ‘crimes contra a liberdade sexual’ no título mais vasto dos ‘crimes contra as pessoas’, sendo que o direito penal apenas deveria intervir em dois casos: “quando está em causa o desenvolvimento sexual de menores [protegido pelo art. 175.º do CP] ou, quando, em relação a adultos, se utilize a violência, ameaça grave, se provoque erro ou se aproveite do seu estado de pessoa indefesa” (Rodrigues & Fidalgo, 2012, p. 797).

Joaquim Malafaia partilha desta opinião, afirmando ainda que, apesar do comportamento de quem vive da atividade e lucra com as receitas geradas pela prostituição ser moralmente censurável, o direito penal “deixou de ser um direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ e dos ‘bons costumes’, tutelando antes casos em que um determinado bem jurídico é colocado em causa” (Malafaia, 2009, pp. 46-47).

Sénio Alves e Pedro Vaz Patto, apesar de concordarem com a posição que nega a tutela da liberdade e autodeterminação sexual ao n.º 1 do art. 169.º do CP, defendem a manutenção da criminalização desta conduta, no entanto, em moldes distintos. Segundo Sénio Alves, a norma protege o “interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto”, defendendo mesmo a deslocação deste normativo para o título IV – “Dos crimes contra a vida em sociedade” (Alves, 1995, p. 68)<sup>4540</sup>. Já Pedro Vaz Patto considera que a norma em causa tutela o bem jurídico da dignidade humana<sup>4541</sup> e, uma vez que esta é indisponível, a incriminação tem-se por legítima. Acrescenta ainda que é esta “indisponibilidade que limita a relevância do consentimento do ofendido [pessoa prostituída] como causa de exclusão da ilicitude penal” (Patto, 2001, p. 138).

Para Paulo Pinto de Albuquerque, apesar da referida supressão, o elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” continua a ter de se provar, pugnando

---

<sup>4540</sup> Veja-se o sumário do ac. do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168 – “através do crime de lenocínio não é a prostituta que a lei quer proteger mas o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto”.

<sup>4541</sup> Neste sentido, veja-se os acs. do STJ de 05/09/2007, processo n.º 07P1125 e TRL de 19/01/2016, processo n.º 5964/11.6T3SNT.L1-5.

por uma “interpretação constitucional restritiva” e defendendo, por isso, que o bem jurídico protegido continua a ser a liberdade sexual (Albuquerque, 2015, p. 67).

Inês Leite defende que o bem jurídico aqui tutelado é a liberdade sexual, pois considera que a incriminação dependerá sempre do “fator de exploração da pessoa que se prostitui, exploração esta que se encontra associada tipicamente a uma diminuição do âmbito de autonomia da vontade da mesma” (Leite, 2011, p. 48). É neste sentido que a autora defende a qualificação do crime como de perigo concreto, tendo sempre de se provar que o exercício da atividade de prostituição revela, em cada caso concreto, aptidão para condicionar ou diminuir a esfera de autonomia da vontade da pessoa que se prostitui. A mesma Autora dá como exemplo o caso de um terceiro que, embora recebendo remuneração pela atividade, proporciona melhores condições de segurança e de saúde à pessoa que se prostitui. Nestes casos, não haveria lugar à incriminação, pois não se comprovava qualquer tipo de exploração (Leite, 2011, pp. 85-86).

Com a exposição doutrinárias *supra* tivemos como objetivo evidenciar a querela doutrinária existente em torno da definição do bem jurídico tutelado pelo art. 169.º, n.º 1 do CP. O Tribunal Constitucional e os demais tribunais judiciais não ficaram alheios a esta discussão, sendo que iremos analisar em seguida as decisões por eles proferidas.

### **2.1.3. Inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal: análise jurisprudencial**

É no seguimento do debate sobre o bem jurídico tutelado pelo n.º 1 do art. 169.º do CP que o TC é chamado a pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade do mesmo.

O TC pronuncia-se, pela primeira vez, sobre esta matéria no ac. n.º 144/2004. O TC é chamado a averiguar a (in)constitucionalidade da referida norma por violação dos arts. 41.º (liberdade de consciência) e 47.º (liberdade de escolha de profissão), conjugados com o art. 18.º, n.º 2 (restrição de direitos) da CRP.

A requerente começa por alegar que o direito penal não tem na sua génese a tutela de valores de ordem moral, “mas sim, e tratando-se de um ‘crime contra as pessoas’, defender interesses eminentemente pessoais, tais como a liberdade e autodeterminação sexual” (ac. TC n.º 144/2004, p. 2).

Relativamente à relação existente entre o Direito e a Moral, o TC reconhece que se trata de uma questão amplamente debatida pela doutrina, mas que “tanto quem procure em valores morais a legitimação do direito, como quem acentue a distinção em moral e direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam nas duas ordens normativas” (ac. TC n.º 144/2004, p. 2).



Neste sentido, e confrontado com a questão prévia de saber se a norma em questão apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, o TC considera que subjacente à norma em questão está

inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída. Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de ação, situações e atividades cujo 'princípio' seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão, possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem (ac. TC n.º 144/2004, p. 3).

No que concerne à possível violação do art. 41.º da CRP, na medida em que restringe o direito à liberdade de consciência, o Tribunal nega que a incriminação do n.º 1 do art. 169.º do CP restrinja, em que medida for, esse direito, pois

não está em causa qualquer aspeto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41.º, n.º1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheias (ac. TC n.º 144/2004, p. 3).

Já quanto à alegada violação do art. 47.º da CRP por parte do n.º 1 do art. 169.º do CP, o Tribunal afirma que

ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (...), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão específica íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros (...) uma certa 'atividade profissional' que tenha por objeto a específica negação deste tipo de valores seja proibida, não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica têm obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos

diretamente associados à proteção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (ac. TC n.º 144/2004, p. 3).

Por fim, o acórdão faz menção à eliminação do elemento “explorando situações de abandono ou necessidade económica”, defendendo que

O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir da qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social. Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efetivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (...). O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana (ac. TC n.º 144/2004, pp. 3-4).

Vários foram os acórdãos que se seguiram sobre esta mesma questão<sup>4542</sup>, remetendo a maioria para a fundamentação do ac. TC n.º 144/2004, pugnando pela não inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP. Não obstante, encontramos vozes que se levantam em sentido contrário – pugnando pela inconstitucionalidade do lenocínio simples – em vários acórdãos constitucionais.

Salienta-se o ac. TC n.º 396/2007, onde consta o voto de vencido de Maria João Antunes, que afirma a inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP por violação das normas constitucionais presentes no art. 27.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 18.º, n.º 2 da CRP. Defende no seu voto de vencido que

A Lei n.º 65/98 alterou a estrutura típica do crime de Lenocínio, previsto no artigo 170º do Código Penal [atual art. 169.º, n.º 1 do CP], eliminando a exigência típica da ‘exploração numa situação de abandono ou necessidade’, ao arremio de uma evolução legislativa, em matéria de crimes sexuais, que se inscreve num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afecta, mais

---

<sup>4542</sup> Veja-se, nomeadamente, o ac. TC n.º 303/2004 e o ac. TC n.º 196/2004.

directamente, o direito à liberdade (artigo 27.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Num paradigma em que a intervenção é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm protecção suficiente e adequada através de outros meios de política social. Com 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, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.ºs 1 e 2, da CRP) (ac. TC n.º 396/2007, p. 7).

Salienta-se igualmente o voto de vencido de Joaquim de Sousa Ribeiro no ac. TC n.º 654/2011, onde defende que

com a eliminação, na revisão de 1998, do segmento que estabelecia, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão de abandono ou necessidade económica, da pessoa que se prostitui, desapareceu qualquer conexão com a protecção da vontade livre dessa pessoa (ac. TC n.º 654/2011, pp. 6-7).

Joaquim de Sousa Ribeiro compara o tipo legal em questão com os restantes crimes que constam do capítulo dos crimes sexuais, os quais referem “como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos, constrangimento sobre a vontade da vítima” (ac. TC n.º 654/2011, p. 6), sendo que tal não acontece com o crime de lenocínio previsto no n.º 1 do art.º 169.º do CP.

Joaquim de Sousa Ribeiro tece ainda algumas críticas ao ac. TC n.º 144/2204, afirmando que a jurisprudência fixada legitima a intervenção penal, no caso em apreço, com fundamento na protecção do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse demasiado abstrato e geral para fundamentar e validar o “exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais” (ac. TC n.º 654/2011, p. 8). Termina afirmando que só será possível legitimar este “exercício do poder punitivo do Estado” recorrendo a “uma concepção essencialista (...) não decorrente de claras opções constitucionais” (ac. TC n.º 654/2011, p. 9), mas sim de concepções de natureza ético-sociais. Joaquim de Sousa Ribeiro pugna, portanto, pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art.º 169.º do CP por violação do princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP) e, ainda, pelo facto de a norma se encontrar desprovida de qualquer ligação com um bem jurídico constitucionalmente definido e protegido.

É de destacar, ainda, os votos de vencido de Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade no ac. TC n.º 641/2016. O primeiro vem afirmar que a reforma de 1998

tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado (...) de modo que só fazendo uma interpretação restritiva da norma, no sentido de se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social, é possível afirmar que o tipo legal visa proteger o bem jurídico da liberdade sexual (...) não pode considerar-se que a letra da lei é mais ampla que o seu espírito quando foi o próprio legislador que quis eliminar do texto da lei aquela exigência. Se o fez para proteção de outros bens jurídicos, não o deveria deixar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (ac. TC n.º 641/2016, p. 10).

Neste sentido, pugna pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Manuel da Costa Andrade pugna igualmente pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP, argumentando que, após a eliminação do elemento “explorando situação de abandono ou de necessidade económica”, o legislador

abriu deliberadamente mão do momento da factualidade típica que associava a infração à ofensa à liberdade sexual e deixou atrás de si uma incriminação exclusivamente votada à punição de “*quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, favorecer ou facilitar*” uma prática em si mesma irrelevante, indiferente para o direito penal – a prostituição. (...) a incriminação é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas. Que sendo adultas, esclarecidas e livre – no fundo a situação típica pressuposta pela incriminação – devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto na sombra da virtude” como do “pecado”. Uma escolha insindicação, que devem poder levar à prática inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal (ac. TC n.º 641/2016, p. 11).

Por fim, considera que a ideia de apoiar a legitimação material da incriminação na sua relação com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem “é posta em crise quando confrontada com o recorte típico da incriminação. Que pune os factos mesmo nas constelações fáticas em que as pessoas que se prostituem, sendo maiores, o fazem com toda a liberdade e autonomia” (ac. TC n.º 641/2016, p. 11).

Por fim, uma nota para o ac. do TRP de 08/02/2017, que vem declarar inconstitucional o n.º 1 do art. 169.º do CP. Após tecer algumas considerações sobre a vinculação do legislador ordinário ao princípio constitucional do direito penal do bem jurídico, analisa a sua materialização no art. 169.º, n.º 1 do CP.

O Tribunal vem defender que, de acordo com o defendido pelo ac. TC n.º 144/2004, o legislador criou um tipo legal de crime de perigo abstrato, nos termos do qual “não se exige uma lesão efetiva do bem jurídico (...) mas tão só a colocação em perigo desse bem jurídico” (ac. trp de 08/02/2017, p. 25), sendo que,

a criminalização de condutas relativas a crimes em que o perigo constitui a motivação da proibição deve visar a proteção de bens jurídicos identificáveis e de grande importância. Para além disso, necessita de uma especial fundamentação, desde logo do ponto de vista criminológico, para que se possa ter por materialmente justificada, à luz da constituição, e sem violação do art.º 18.º, n.º 2, a antecipação da tutela penal do bem jurídico fundamental em causa (...) considerando que o bem jurídico visado é a autonomia e liberdade da pessoa que se prostitui (...) não vemos como as condutas descritas no tipo-de-ilícito em causa traduzam em si uma perigosidade típica de lesão de tal bem jurídico. Dito de outra forma, não se pode presumir, de forma categórica e inilidível, que quem fomenta, favoreça ou facilite a prostituição, ao fazê-lo, pura e simplesmente, põe em risco a liberdade sexual de quem se prostitui (as presunções operadas pelo legislador ordinário, nos termos explicados pelo Tribunal Constitucional, assentam em estudos de natureza científica, ligados à área dos conhecimentos sociais e empíricos, carecendo de demonstração metódica, organizada e racionalmente interpretada a associação da prostituição a situações de carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui) (ac. TRP de 08/02/2017, p. 26).

O Tribunal considera, portanto, não justificável o facto de o legislador ter criado um tipo legal de crime de perigo abstrato. Por fim, mesmo que se entenda que a motivação que determinou a proibição é legítima, o Tribunal nega ao caso a existência de necessidade penal, pois considera “que o bem jurídico em causa seria eficazmente acautelado com uma tutela contra-ordenacional mínima em sede de regulação administrativa da atividade” (ac. TRP de 08/02/2017, p. 26).

A nível jurisprudencial, percebemos que a orientação do TC é no sentido da declaração da não inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP<sup>4543</sup>. Apesar desta orientação, são

---

<sup>4543</sup> Veja-se o prefácio da presente dissertação.

vários os votos de vencido que pugnam em sentido contrário, e alguns tribunais judiciais declaram mesmo a inconstitucionalidade do normativo em análise.

Concluindo, o bem jurídico protegido pela incriminação contida no n.º 1 do art. 169.º do CP, apesar da posição assumida pelo TC nos vários acórdãos por ele proferidos, continua a despertar um grande debate. Neste sentido, passaremos agora a tecer algumas reflexões acerca desta querela.

### Capítulo III – Reflexões críticas

Iniciámos o nosso estudo por examinar as soluções adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos para a prostituição, reunindo três modelos prostitucionais patentes – o modelo regulamentarista, o modelo abolicionista e o modelo proibicionista. No primeiro verifica-se a regulamentação do exercício da prostituição, considerando-se esta uma atividade laboral como outra qualquer. No segundo modelo acaba por não se tomar uma posição clara no que concerne ao exercício da prostituição, não o punindo, mas também não o criminalizando. O terceiro modelo criminaliza a prática da prostituição, bem como todos os seus intervenientes.

Da análise feita à evolução do fenómeno da prostituição em Portugal, concluímos que este segue, atualmente, um modelo tendencialmente abolicionista, onde a prostituição, por um lado, não é considerada uma atividade ilegal, mas, por outro, também não é objeto de regulamentação.

Contudo, o legislador considerou, e bem, que, apesar de a prática da prostituição em si mesma considerada não consubstanciar um crime, a sua exploração por terceiro viola a liberdade sexual e o princípio da dignidade humana da pessoa prostituída.

É neste sentido que o legislador vem tipificar o crime de lenocínio, no art. 169.º do CP. Após várias revisões, o atual n.º 1 do art. 169.º do CP tem despertado várias e duras críticas no que concerne à sua conformidade com a CRP. Tais críticas surgem após a revisão de 1998, onde o legislador eliminou o elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, e centram-se, essencialmente, na questão de saber qual o bem jurídico protegido pela norma em questão, uma vez que, após a eliminação daquele elemento, considera parte da doutrina que o tipo legal não protege qualquer bem jurídico, mas apenas e só conceções puramente morais.

Posto isto, fará todo o sentido iniciar estas nossas reflexões críticas pelo mais básico pilar do direito penal – o bem jurídico-penal.

Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias, “o paradigma do direito penal democrático hodierno pode (...) reduzir-se a um princípio político-criminal fundamental, diretamente atinente à questão da sua legitimação (...) todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico” (Dias, 2010, p. 33).

Neste sentido, a definição de bem jurídico apresenta-se como uma tarefa de grande importância. Américo Taipa de Carvalho vem defendendo uma conceção ético-social do bem jurídico-penal, mediatizada pela CRP. Segundo este critério, só deverão ser qualificados como bens jurídico-penais os “valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade” (Carvalho, 2014, p. 48); por outras palavras, bens que possuam dignidade penal.

No entanto, tal não basta. É, ainda, “necessário que o recurso às penas criminais seja considerado indispensável e adequado à proteção daqueles bens jurídicos fundamentais” (Carvalho, 2014, p. 48), que gozem, portanto, de necessidade penal, pressuposto que resulta diretamente do princípio político-criminal da intervenção mínima do direito penal ou princípio da subsidiariedade do direito penal.

Acresce que, e sob pena de a conceção ético-social do bem jurídico se demonstrar vaga e difusa, é necessário proceder-se a uma concretização deste critério. É na CRP que encontramos tal concretização, nomeadamente no seu art. 18.º, n.º 2, que, nas palavras de Américo Taipa de Carvalho, “contém o critério jurídico-constitucional da definição material do bem jurídico-penal” (Carvalho, 2014, p. 52). Concretização que se opera na medida em que condiciona a restrição de direitos à salvaguarda de outros, materializando-se, assim, a exigência da dignidade penal, e condiciona tal restrição à inexistência/insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal, a adequação da sanção criminal a uma tutela relativamente eficaz do bem jurídico, e a proporcionalidade entre a gravidade da sanção criminal e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos protegidos, materializando-se, assim, a necessidade penal (Dias, 2018, p. 126).

É, portanto, na CRP que o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material, “repousando nela o critério regulador da atividade punitiva do Estado e, em última instância, se funda a exigência de que a função do direito penal seja somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos e ainda que a densificação do conteúdo dos bens jurídico-penais tenha como referente a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos” (Brandão, 2017, p. 239).

Analisando agora o bem jurídico-penal tutelado pelo art. 169.º, n.º 1 do CP, este insere-se no Livro II, Título I, Capítulo V, Secção I, onde se tutela a liberdade sexual<sup>4544</sup>, compreendendo esta duas vertentes: a vertente positiva, que impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, tratar-se-á da possibilidade que cada indivíduo tem de fazer as suas escolhas no domínio da sexualidade; e a vertente negativa, que consagra o direito

---

<sup>4544</sup> No que concerne à distinção entre “liberdade sexual” e “autodeterminação sexual”, Inês Leite defende que “a liberdade sexual deve constituir o único e exclusivo objeto da tutela penal inerente às incriminações presentes no Capítulo V do Livro II do Código Penal” (Leite, 2011, p. 34). Acrescenta que “nem o facto de se ter recorrido a uma diversão linguística, distinguindo liberdade de autodeterminação sexual, deve servir de pretexto para se entender que o bem sob tutela dos crimes previstos nos artigos 171.º e seguintes corresponde a algo de muito diverso do conceito de liberdade sexual” (Leite, 2011, p. 40). Continua a Autora dizendo que “O conceito de autodeterminação parece corresponder a algo mais que a mera liberdade. A liberdade será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a existência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade. No entanto, (...) o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade. Quando muito, poderá dizer-se que a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo. Sem autodeterminação não poderá falar-se de uma verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência. A fruição da liberdade (...) pressupõe assim que o indivíduo possa não só escolher, mas construir o caminho ou caminhos por onde pretende progredir. A autodeterminação corresponde então ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade [sexual]” (Leite, 2011, p. 41).



de cada indivíduo a não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade.

Concebidas as considerações *supra* acerca da teoria do bem jurídico e sobre o bem jurídico protegido no art. 169.º, n.º 1 do CP, refletiremos crítica e detalhadamente sobre este último ponto – o bem jurídico protegido no crime de lenocínio simples.

Os juízos dividem-se e se, por um lado, alguns autores<sup>4545</sup> entendem que o crime de lenocínio simples, na atual redação, não tutela a liberdade sexual da pessoa prostituída, mas sim valores morais, valores que não compete ao direito penal proteger, por outro lado, autores<sup>4546</sup> há que, apesar de negarem a tutela da liberdade sexual, defendem que o art. 169.º, n.º 1 do CP tutela o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade e do ganho honesto, devendo o art. 169.º, n.º 1 ser deslocado para o Título IV – “Dos crimes contra a vida em sociedade”. Há, ainda, quem entenda que o crime de lenocínio simples tutela efetivamente a liberdade sexual, no entanto, pugnando por uma interpretação constitucional restritiva<sup>4547</sup> ou considerando-o um crime de perigo concreto<sup>4548</sup>.

Debruçar-nos-emos sobre este tópico, tendo como ponto de partida as principais conclusões retiradas do ac. do TC n.º 144/2004, onde se discutiu a (in)constitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP. Como vimos anteriormente, o TC considera o crime de lenocínio simples um crime de perigo abstrato, tutelando dessa forma, por antecipação, o bem jurídico-penal da liberdade sexual da pessoa prostituída.

As questões relacionadas com o perigo em direito penal têm despertado inúmeras hesitações, nomeadamente, quanto à sua legitimidade, fundamentação e harmonização com a CRP.

É neste sentido que José Faria Costa encontra na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo a fundamentação para os crimes de perigo (Costa, 1992, p. 568).

Segundo os ensinamentos do *supra* referido Autor, até à 1.ª Revolução Industrial, o perigo era sentido “pela consciência ética comunitária e ‘experenciado’ por cada um dos seus membros como algo externo à própria comunidade” (Costa, 1992, p. 321), o que, por conseguinte, “implicava uma total ausência de ressonância valorada na consciência comunitária das situações de perigo desencadeadas no seio da própria comunidade” (Costa, 1992, p. 321). À data, o perigo não era visto como algo desvalioso, merecedor de um tratamento específico por parte do direito, baseando-se o direito penal exclusivamente no resultado (Costa, 1992, p. 322).

Contudo, o paradigma alterou-se após a 1.ª Revolução Industrial. Em primeiro lugar, porque “cedo se percebeu que a técnica (...) era uma fonte geradora de perigos (Costa, 1992,

---

<sup>4545</sup> Entre outros, Rodrigues & Fidalgo, 2012, p. 797; Malafaia, 2009, pp. 46-47.

<sup>4546</sup> Entre outros, Alves, 1995, p. 68.

<sup>4547</sup> Entre outros, Albuquerque, 2015, p. 67.

<sup>4548</sup> Entre outros, Leite, 2011, p. 48.

p. 341). Desta constatação, nasceu a necessidade primeva de “obstar [a] que esses perigos se cristalizassem em danos, mormente pessoais” (Costa, 1992, p. 343). As fontes geradoras de perigos deixaram de ser consideradas externas à comunidade, para passarem a ser “fruto do desenvolvimento interno da própria comunidade” (Costa, 1992, p. 345).

Acresce que outro fenómeno jurídico marcou esta mudança de percepção do perigo na comunidade jurídica, fenómeno esse que se relaciona com a “cada vez mais intensa e profunda intervenção do Estado, nomeadamente a nível legislativo, na definição de muitos comportamentos dos seus cidadãos (...) intervenção que no mundo do direito penal, tinha a ver com a defesa do princípio da segurança” (Costa, 1992, p. 351).

Neste sentido, e nas palavras de José Faria Costa,

A comunidade humana realiza-se e forma-se por meio de uma teia de cuidados, em que o cuidado individual, isto é, o cuidado do ‘eu’ sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança (Costa, 1992, p. 319).

É precisamente nesta matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo – cuidar de si cuidando do outro – que o direito penal encontra a sua razão de ser. A ilicitude penal residirá na rutura da relação de cuidado originário. Rutura cuja repercussão socialmente relevante se torna insustentável para a comunidade juridicamente organizada, de modo a revelar a necessidade de intervenção penal. A primeva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo “é o suporte mais-que-perfeito para legitimar, em termos ético-sociais, a aplicação de uma pena aquele que, desvirtuando a relação de cuidado, põe em perigo um bem jurídico que a comunidade considera relevante para a proteção penal” (Costa, 1992, pp. 622-623) – conclui-se que o facto de pôr-em-perigo um certo bem jurídico-penal é elemento bastante para justificar uma pena criminal (Costa, 1992, p. 623).

Se até agora nos debruçámos sobre a procura de uma fundamentação para os crimes de perigo – fundamentação que se encontrou na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo defendida por José Faria Costa –, passemos agora à compreensão exata do que se deve entender por crimes de perigo.

Os crimes de perigo caracterizam-se pela ação típica consistir em agir de modo a criar perigo de lesão de determinados bens jurídicos, não dependendo o seu preenchimento da ocorrência efetiva da lesão. No âmbito dos crimes de perigo, é habitual proceder-se à distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo concreto, “o tipo legal exige que o bem ou bens jurídicos tutelados tenham sido, efetivamente, postos em perigo. (...) Deste modo, o perigo efetivo é elemento do tipo legal e, portanto tem de, no respetivo processo penal, se fazer prova de que a conduta pôs, de facto, em perigo o bem jurídico tutelado” (Carvalho, 2014, p. 297). Já nos crimes de perigo

abstrato, “o perigo não é elemento do tipo legal e, portanto, não tem de se fazer prova de que a conduta descrita no tipo colocou em perigo o bem jurídico” (Carvalho, 2014, p. 297).

O perigo representa, portanto, “um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido” (Costa, 1992, p. 583). A questão que se coloca é: quando é que podemos afirmar que estamos perante uma situação de perigo?

Segundo José Faria Costa, “haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção” (Costa, 1992, p. 596). Nova questão se impõe: como averiguar se um resultado é mais ou menos provável de acontecer? O mesmo Autor defende aqui o critério da “metade”, segundo um “cálculo de probabilidade” feito de acordo com as regras da experiência<sup>4549</sup> e juízos científicos (Costa, 1992, p. 600).

Temos, no entanto, de precisar qual será o limite probabilístico para se poder dizer que a partir dessa precisa linha de probabilidade há uma situação perigosa jurídico-penalmente relevante.

O bem jurídico-penal e a ofensividade são os pilares do Direito Penal. Como vimos anteriormente, o direito penal é um direito penal do bem jurídico, tendo como principal função a proteção deste. O princípio da ofensividade – *nullum crimen sine iniuria* – manifesta-se no facto de o Estado apenas poder punir condutas que lesionem ou coloquem em perigo um bem jurídico penalmente tutelado; por outras palavras, quando existe uma ofensa ao bem jurídico-penal. Resta-nos saber quando é que podemos considerar, em termos jurídico-penais, que um bem é ofendido.

Segundo o entendimento de José Faria Costa, a ofensividade estrutura-se em três distintos níveis: dano/violação, concreto pôr-em-perigo, e cuidado-de-perigo. No primeiro nível, temos um “total aniquilamento do próprio bem jurídico” (Costa, 1992, p. 629)<sup>4550</sup>. Já o segundo nível de ofensividade ocorre quando se coloca, concretamente, em perigo um bem jurídico. O terceiro e último nível de ofensividade trata-se no ponto central no que à fundamentação e legitimação dos crimes de perigo abstrato diz respeito, onde o perigo aparece apenas como uma motivação do legislador – cuidado-de-perigo, que está diretamente ligado à função do Estado cuidador. Acresce que, os crimes de perigo abstrato só se podem justificar quando se protege um bem jurídico com dignidade penal e plenamente identificável, e devem ainda conter uma rígida definição das condutas proibidas (Costa, 1992, p. 645).

---

<sup>4549</sup> Sobre as regras da experiência, Faria Costa acrescenta ainda que, “Ao buscarmos as regras da experiência para constituírem o critério da determinação jurídico-penal do perigo fazemo-lo (...) não enquanto compreensão abstratizante de uma sùmula empírica de experiências, mas antes como cânone de valoração que, embora assente em um transfundo de empiria, se transcende e se eleva a regra de captação do real, verdadeiro ou construído. Entre a relação efetivamente acontecida e a relação abstrata *ex ante* que se constrói há mediação, porque se perfilha aí, nesse espaço intermédio, uma regra da experiência. A reiterada captação de factos e a sua constante interiorização faz com que se aceite, coletivamente, que a um determinado facto se segue certo e esperado efeito (Costa, 1992, pp. 613-614).

<sup>4550</sup> Veja-se, a título de exemplo, o caso do crime de homicídio, onde se verifica um total aniquilamento do bem jurídico-penal vida.

Posto isto, e após todas as considerações tecidas sobre a fundamentação e caracterização dos crimes de perigo, estamos habilitados a transpô-las para o caso concreto do crime de lenocínio simples, previsto no art. 169.º, n.º 1 do CP.

O crime de lenocínio simples tutela a liberdade sexual da pessoa prostituída, punindo quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição.

Se, até à revisão de 1998, se exigia que o agente explorasse uma situação de abandono ou necessidade económica da pessoa prostituída, a atual redação basta-se com o exercício profissional ou a intenção lucrativa e com o fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição.

É reconhecida a legitimidade do legislador de proteger um determinado bem jurídico recorrendo aos crimes de perigo abstrato, por considerar que o “pôr-em-perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal” (Costa, 1992, p. 623). Tal aconteceu com o crime de lenocínio simples, onde se verificou um alargamento das situações abrangidas pelo tipo legal.

Tendo presente a doutrina de José Faria Costa e a jurisprudência firme e constante do TC no sentido de que as normas incriminadoras que tipificam crimes de perigo abstrato não violam os princípios constitucionais, resta verificar se tal se aplica ao n.º 1 do art. 169.º do CP.

Tal verificação passará por três níveis: primeiro, compreender se e em que medida a exploração da prostituição comporta um “perigo”; segundo, entender se o “cálculo de probabilidade” é cumprido, isto é, se, comportando a exploração da prostituição um “perigo”<sup>4551</sup>, será uma situação perigosa jurídico-penalmente relevante merecedora de tutela penal; e por fim, perceber se protege efetivamente um bem jurídico com dignidade penal e plenamente identificável, e se a norma incriminadora contém um rígida e clara definição das condutas proibidas.

Se é verdade que a prostituição é considerada a mais velha profissão do mundo, não é menos verdade que associada a ela também se encontram outros fenómenos como a violência<sup>4552</sup>, os abusos, as carências económicas e a exclusão social.

Para a compreensão destes fenómenos associados à prostituição, nada melhor do que descer ao concreto e analisar as conclusões de estudos empíricos e da experiência de quem lida diretamente com estas situações.

Tais estudos e experiências, apesar de não negarem que existe uma minoria de casos onde a opção pela prostituição é genuinamente livre, assumem como regra a de que o exercício

---

<sup>4551</sup> Tendo aqui o termo “perigo” a definição dada por Faria Costa: um “estádio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido”.

<sup>4552</sup> Conforme aponta um estudo de 2014, cerca de 71% das prostitutas já passaram por situações de violência durante a sua atividade, sendo que a maioria demonstrou receio de uma nova ocorrência num futuro próximo, informação disponível em [https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/19440/1/Artigo06\\_JCardoso\\_Port.pdf](https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/19440/1/Artigo06_JCardoso_Port.pdf).

da prostituição não resulta de uma opção autenticamente livre. A opção pela prostituição é, na esmagadora maioria, condicionada por carências socioeconómicas e psicoafectivas (Patto, 2013, p. 3).

O próprio exercício da prostituição acarreta consigo grandes vulnerabilidades, na medida em que a pessoa prostituída sujeita-se, entre outros, a uma relação de total controlo e domínio por parte do “cliente”, inexistindo reciprocidade e respeito. Sendo que a “violência física e psicológica acompanha em regra a prática da prostituição” (Patto, 2013, p. 3).

Quando, além da pessoa prostituída e do “cliente”, encontramos um terceiro interveniente que utiliza o corpo da pessoa prostituída como forma de rendimento, as vulnerabilidades acrescem às já existentes. Além da desigual relação existente entre a pessoa prostituída e o “cliente”, existe agora uma igual ou mais gritante relação de disparidade entre a pessoa prostituída e o terceiro interveniente – estabelece-se uma relação de domínio para com o corpo da pessoa prostituída, relação que se centra na coisificação do corpo da mesma.

Também a própria experiência de quem lida de perto com esta realidade, nomeadamente, a CIG<sup>4553</sup>, evidencia que as pessoas que se dedicam à prostituição são vítimas sem exceção, e toma uma posição clara no que concerne à erradicação da prostituição. Inclusive, em relatório datado de 2014<sup>4554</sup>, sobre a igualdade de género em Portugal, a CIG afirma que a prostituição é uma forma de violência sobre as mulheres – mais concretamente, sobre a pessoa prostituída, quer homem, quer mulher – uma violação dos direitos humanos e um modo de exploração sexual.

Justifica-se, assim, que o TC afirme que, subjacente ao n.º 1 do art. 169.º do CP, está “uma perspetiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída. Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo ‘princípio’ seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (...), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem” (ac. TC n.º 144/2004, p. 3).

Depreende-se do exposto que a exploração da prostituição, porque acarreta os vários riscos descritos, constitui um “perigo” para a liberdade sexual da pessoa prostituída.

Se a prática da prostituição em si pode ser considerada uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade da pessoa prostituída – fazendo-se referência à vertente positiva da liberdade sexual –, quando existe um aproveitamento económico por terceiro, tal

---

<sup>4553</sup> Para mais informação, consultar <https://www.cig.gov.pt/>.

<sup>4554</sup> Disponível para consulta em <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2016/03/Igualdade-de-G%C3%A9nero-em-Portugal-2014.pdf>.

não deixa de exprimir “uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui, na medida em que corresponda[*e*] à utilização de um dimensão especificamente íntima do outro não para fins dele próprio, mas para fins de terceiros” (ac. TC n.º 144/2004, p. 3). Interferência que opera independentemente do consentimento ou “opção”<sup>4555</sup> da pessoa prostituída. Veja-se, a título de exemplo, o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135.º do CP) e o crime de divulgação de pornografia infantil (art. 176.º, n.º 1, al. c) do CP), onde a autonomia da pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, o comportamento daquele que auxilie, instigue ou facilite esse ato. Isto porque, e na tese de José Faria Costa, nas relações com os outros, existe um dever de cuidado do eu para com o outro.

Conseguimos compreender quer os “perigos” inerentes à exploração da prostituição, quer o modo como esses “perigos” conflituam e colocam em causa o bem jurídico-penal da liberdade sexual. E é neste sentido que concluímos pela relevância da tutela penal dada pelo legislador aos “perigos” da exploração da prostituição, sobretudo justificada pela normal associação entre as condutas que são previstas no tipo legal de crime do art. 169.º, n.º 1 do CP – fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição – e a exploração de necessidades económicas e sociais das pessoas que a esta se dedicam.

Não obstante, a tutela penal *supra* conferida no art. 169.º, n.º 1 do CP à exploração da prostituição tem ainda como fundamento o mais basilar princípio do Estado de Direito Democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana, logo presente no art. 1.º da CRP. Princípio que, “na célere perspetiva kantiana, impede que esta [qualquer indivíduo] seja tratada (pelos outros ou por ela mesma) como *meio*, e não como *fim* em si mesma” (Patto, 2013, p. 3).

Fácil será perceber em que medida o princípio da dignidade humana é colocado em causa quando confrontado com a exploração da prostituição. O terceiro que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição utiliza uma dimensão especificamente íntima de outrem para fins de terceiros, instrumentalizando o corpo da pessoa prostituída. É esta instrumentalização que fere de forma inaceitável o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se defende que o art. 169.º, n.º 1 do CP protege o princípio da dignidade humana pura e simplesmente, pois este não poderá ser considerado um bem jurídico-penal. O princípio da dignidade da pessoa humana é algo bem mais essencial, é “a mais importante proposição ideológica que preside a um Estado de Direito” (Dias, 2010. p. 41). Não será menos verdade

---

<sup>4555</sup> É legítimo considerar que só em pouquíssimos casos a prostituição é, verdadeiramente, uma opção livremente escolhida por pessoas realmente autónomas, visto que, na maioria dos casos, ou, quiçá, na totalidade, a liberdade pela eleição da prostituição como forma de rendimento parte sempre de situações de graves carências socioeconómicas e psicoafectivas.

que, apesar de não poder constituir um bem jurídico-penal, tal princípio pode e deve concretizar-se em concretos bem jurídicos, como o é o da liberdade sexual.

Posto isto, “a incriminação prevista no art. 169.º, n.º 1 do CP, trata-se de uma opção de política criminal, justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência” (ac. TC n.º 144/2004, p. 3). É exatamente esta exploração da necessidade económica e social – anteriormente designada de exploração de situação de abandono ou necessidade económica – que o legislador teve como fundamental motivação da incriminação. Considerou, e bem, adequado tutelar as situações de exploração *supra* recorrendo à estruturação de um crime de perigo abstrato, onde não é necessário demonstrar que o agente explorou, no caso concreto, uma situação de necessidade económica e/ou social da pessoa prostituída. Além disso, fá-lo de acordo com as obrigações assumidas internacionalmente, nomeadamente na Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem<sup>4556</sup>, onde se considera que “a prostituição e o mal que a acompanha, a saber, o tráfico de pessoas com vista à prostituição, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade (...) [devendo] As Partes na presente Convenção convencionar punir toda a pessoa que, para satisfazer as paixões de outrem: 1) Alicie, atraia ou desvie com vista à prostituição uma outra pessoa, mesmo com o acordo desta; Explore a prostituição de uma outra pessoa, mesmo com o seu consentimento”.

Concluimos as nossas reflexões críticas fazendo uma sugestão em jeito de crítica ao legislador. Admitidos que são os riscos e perigos inerentes quer à prostituição, quer à sua exploração por terceiro, e admitindo a posição do legislador em considerar a prostituição e todas as suas formas de exploração violadoras dos direitos humanos das pessoas vítimas da prostituição, é nossa convicção que o próximo passo será, muito provavelmente, o de criminalizar a compra de serviços sexuais, seguindo o exemplo da Suécia.

Se o terceiro interveniente instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída – sendo tal um dos motivos da incriminação presente no art. 169.º, n.º 1 do CP –, não é menos verdade que o cliente, quando compra serviços sexuais, também instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída, servindo-se de uma dimensão especificamente íntima de outrem para fins próprios. Vistas as coisas deste prisma, se as condutas descritas no n.º 1 do art. 169.º do CP gozam, justificadamente, como vimos, de tutela penal, parece-nos, e salvo melhor entendimento, que também as condutas *supra* referidas do cliente deveriam gozar de igual tutela penal.

---

<sup>4556</sup> Disponível para consulta em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/288065/details/maximized>.

Não nos podemos esquecer, porém, que de nada valerá criminalizar a compra de serviços sexuais se nada se fizer quanto ao apoio às vítimas da prostituição. Proporcionar ajuda e serviços para que as vítimas de prostituição possam abandonar a indústria do sexo, criar programas de reabilitação social, e consciencializar a própria comunidade dos riscos e perigos que a prostituição e a sua exploração comportam seriam medidas necessárias e indispensáveis para que as vítimas fossem agora consideradas a prioridade do legislador. Por fim, acresce que, à eventual pena aplicada ao crime de compra de serviços sexuais, deveria estar associada a obrigação de frequentar programas de sensibilização de erradicação da prostituição e todas as suas formas de exploração.



## **Conclusão**

A evolução das políticas e das leis relativas à prostituição em Portugal que passaram pela sua regulação, posterior criminalização e por fim pela descriminalização da prostituição, culminaram na adoção de um modelo tendencialmente abolicionista onde a prostituição em si mesma considerada não constitui um crime, não obstante também não se encontra regulamentada. Dado evidente é que, nos últimos tempos o cerne da preocupação centra-se na questão de se saber até que ponto deve ou não a exploração da prostituição ser criminalizada.

A experiência e os vários estudos científicos elaborados sobre da prostituição e sua exploração demonstram, inequivocamente, que às condutas descritas no art. 169.º, n.º 1 do CP estão associados riscos e perigos intoleráveis, sendo manifesto o aproveitamento de terceiro das vulnerabilidades da pessoa prostituída – a vítima.

Assim, e apesar da atual redação do art. 169.º, n.º 1 do CP despertar duras críticas por parte da doutrina, nomeadamente, quanto à sua (in)constitucionalidade, é nossa convicção que a mesma não padece de qualquer inconstitucionalidade, nem se revela contrária aos cânones constitucionais.

Diversamente, a incriminação contida no n.º 1 do art. 169.º do CP fundamenta-se na frequente associação entre as condutas nele descritas e a situação de exploração de necessidades socioeconómicas e psicoafetivas das pessoas que se dedicam à prostituição, e que colocam em perigo a liberdade sexual da pessoa prostituída e a sua própria dignidade humana. De resto, o legislador, com a incriminação do lenocínio, está a cumprir as diretrizes com as quais se vinculou quando ratificou, nomeadamente, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem.

Contudo, somos da opinião que o legislador deverá refletir e ponderar a incriminação da compra de serviços sexuais. Tal como as condutas descritas no art. 169.º do CP são merecedoras de tutela penal – porque, entre outros fundamentos, instrumentalizam o corpo da pessoa prostituída –, também na compra de serviços sexuais, o cliente instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída. Seria, a nosso ver, um complemento com vista à erradicação da prostituição e de todas as formas de exploração desta, a par da adoção de políticas sociais, por parte do Estado, enquanto Estado-social.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, P. (2015). Anotações ao artigo 169.º. In *Comentário ao Código Penal: À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALVES, S. (1995). *Crimes sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*. Almedina: Coimbra.

APDES, RTS & PEIXOTO, V. (2012). *Recomendações para a redefinição do enquadramento jurídico do trabalho sexual em Portugal*, Vila Nova de Gaia, retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d54424455314e554c306455515656454d54425953556b765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e68627938354f4749304d7a6735596931694e6a41794c5451785a4749744f574e685a43316b4e3259794d7a41774d44646c4e7a51756347526d&fich=98b4389b-b602-41db-9cad-d7f230007e74.pdf&Inline=true>.

BRANDÃO, N. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: Entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico Editora.

CARVALHO, A. (2014). *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 2.ª Edição, Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, J. (1992). *O perigo em direito penal – Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. (2010). O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. (2018). *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA, L. (2018). *A prostituição em Portugal: Reflexão acerca de uma possível solução de regulamentação no ordenamento jurídico português*, Dissertação de Mestrado em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra: Universidade de Coimbra, retirado de [https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_.pdf](https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_.pdf).

GARCIA, M. & GONÇALVES, M. (2016). Prostituição: Que modelo jurídico-político para Portugal? *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 59, n.º 2, retirado de <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/22065/1/Prostitui%C3%A7%C3%A3o%20que%20modelo%20jur%3%addico-pol%3%adtico%20para%20Portugal.pdf>.

LEITE, I. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, janeiro-março.

MALAFAIA, J. (2009). A inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, janeiro-março.

NEW ZEALAND GOVERNMENT (2008). *Report of the Prostitution Law Review Committee on the Operation of the Prostitution Reform Act 2003*, retirado de <http://prostitutescollective.net/wp-content/uploads/2016/10/report-of-the-nz-prostitution-law-committee-2008.pdf>.

OLIVEIRA, A. (2017). Prostituição em Portugal. Uma atividade marginalizada num país que tolera mais do que persegue. *BAGOAS*, n.º 17, retirado de [https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=259362](https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=259362).

OLIVEIRA, M. (2017). *A prostituição no sistema jurídico português*, Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, retirado de [https://run.unl.pt/bitstream/10362/25338/1/Oliveira\\_2017.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/25338/1/Oliveira_2017.pdf).

PATTO, P. (2001). Direito penal e ética sexual. *Direito e Justiça*, vol. XV, Tomo 2.

PATTO, P. (2013). *O quadro legal da prostituição e a dignidade humana*. Lisboa: s.n., retirado de [https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/11/O\\_QUADRO\\_LEGAL\\_DA\\_PROSTITUICAO\\_E\\_A\\_DIGNIDADE\\_HUMANA.pdf](https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/11/O_QUADRO_LEGAL_DA_PROSTITUICAO_E_A_DIGNIDADE_HUMANA.pdf).

RODRIGUES, A. & FIDALGO, S. (2012). Anotação ao artigo 169.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

SOUSA, F. & OLIVEIRA, M. (2008). Contextualização do trabalho sexual exercido em casas noturnas em São Carlos: Observações de prostitutas sobre questões de gênero. *Fazendo gênero. Corpo, Violência e Poder*, n.º 8, retirado de <https://docplayer.com.br/35246070-Contextualizacao-do-trabalho-sexual-exercido-em-casas-noturnas-de-sao-carlos-observacoes-de-prostitutas-sobre-questoes-de-genero.html>.

SWEDISH INSTITUTE (2010). *Selected extracts of the Swedish Government Report SOU 2010:49: "The ban against the purchase of sexual services. An evaluation 1999-2008"*, retirado de [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/the\\_ban\\_against\\_the\\_purchase\\_of\\_sexual\\_services.\\_an\\_evaluation\\_1999-2008\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/the_ban_against_the_purchase_of_sexual_services._an_evaluation_1999-2008_1.pdf).

TAMPEP INTERNATIONAL FOUNDATION (2010). *Tampep 8 National Mapping Reports, Mapping of national prostitution scene, National Coordinators Report 2008/9*, retirado de [https://webgate.ec.europa.eu/chafea\\_pdb/assets/files/pdb/2006344/2006344\\_d4\\_deliverable\\_t8\\_annex\\_10\\_d\\_national\\_reports\\_mapping.pdf](https://webgate.ec.europa.eu/chafea_pdb/assets/files/pdb/2006344/2006344_d4_deliverable_t8_annex_10_d_national_reports_mapping.pdf).

TENÓRIO, Á. (2016). *A possibilidade de regulamentação da prostituição e seus efeitos no direito do trabalho em ordenamentos jurídicos abolicionistas: Um estudo de direito comparado*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais. Coimbra: Universidade de Coimbra, retirado de <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42883/1/%c3%81lvara%20Ten%c3%b3rio.pdf>.

## Legislação estrangeira

Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB), retirado de <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

Código Penal Sueco (Brottsbalk), retirado de [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700\\_sfs-1962-700](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700).

Lei da Prostituição Alemã (Prostitutionsgesetz – ProstG), retirado de <https://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), retirado de <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.

Prostitution Reform Act 2003 (PRA), retirado de <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0028/latest/whole.html#DLM197821>.

## Jurisprudência

### Tribunal Constitucional:

Acórdão do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, processo n.º 566/2003, retirado de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>.

Acórdão do TC n.º 196/2004, de 23/03/2004, processo n.º 130/04, retirado de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html>.

Acórdão do TC n.º 303/2004, de 05/05/2004, processo n.º 922/03, retirado de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040303.html>.

Acórdão do TC n.º 396/2007, de 10/07/2007, processo n.º 33/2007, retirado de [http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_busca\\_actc.php?ano\\_actc=2007&numero\\_actc=396](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=396).

Acórdão do TC n.º 654/2011, de 21/12/2011, processo n.º 62/11, retirado de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110654.html>.

Acórdão do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016, processo n.º 401/16, retirado de <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html>.

Acórdão do TC n.º 134/2020, de 03/03/2020, processo n.º 1458/17, retirado de <https://dre.pt/pesquisa/-/search/288065/details/maximized>.

**Supremo Tribunal de Justiça:**

Acórdão do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168, retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5fo03fa814/fd39ffef5ce516db802568fc0039947b?OpenDocument>.

Acórdão do STJ de 05/09/2007, processo n.º 07P1125, retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5fo03fa814/8de77467c21e93b28025737c004acdd6?OpenDocument>.

**Tribunal da Relação de Lisboa:**

Acórdão do TRL de 19/01/2016, processo n.º 5964/11.6T3SNT.L1-5, retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/136dcfd29946803180257f54003ec721?OpenDocument>.

**Tribunal da Relação do Porto:**

Acórdão do TRP de 08/02/2017, processo n.º 404/13.9TAFLG.P1, retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/32eeaddd481f2b45802580d7003b28ff?OpenDocument>.



**CATOLICA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

ESCOLA DO PORTO



**CATOLICA**  
RESEARCH CENTRE  
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

[www.uceditora.ucp.pt](http://www.uceditora.ucp.pt)