

# **SCIENTIA IVRIDICA**

# SCIENTIA IVRIDICA

Revista fundada em 1951 pelo Senhor Conselheiro Francisco José Vellozo

## Diretor

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

## Conselho de Redação

António Barbosa, *Advogado*

Flávia Noversa Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria José Araújo, *Advogada*

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

## Comissão Científica

Arno dal Ri Junior, *Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Sta. Catarina, Brasil*

Carlos Abreu Amorim, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Cristina Dias, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Edson Alvisi, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Elizabeth Fernandez, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Flávia Piovesan, *Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Fernando de Gravato Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Heinrich Ewald Hörster, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joana Aguiar e Silva, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joaquim Freitas da Rocha, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

José Joaquim Gomes Canotilho, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Miranda, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Manuel Costa Andrade, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Maria de Assunção do Vale Pereira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria Miguel Carvalho, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Mário Ferreira Monte, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Teresa Moreira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Vasco Pereira da Silva, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Wladimir Brito, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

## Secretária de Redação

Paula Azevedo, *Licenciada em Direito*

## Secretária da Administração

Carmelinda Vilaça

## Propriedade e Edição

Universidade do Minho (Escola de Direito)

Contribuinte n.º 502 011 378

## Administração e Redação

Universidade do Minho

Campus de Gualtar - 4010-057 Braga

Tel. 253 601 800 - Fax 253 601 809 - E-mail: [si@direito.uminho.pt](mailto:si@direito.uminho.pt)

## Primeira Editora e Proprietária, Livraria Cruz (Braga)

ISSN: 0870 - 8185

Depósito legal: 381240/14

Tiragem: 60 exemplares

Publicação anotada na ERC

# **SCIENTIA IVRIDICA**

---

TOMO LXXIII  
N.º 365 – MAIO/AGOSTO

2024

**UNIVERSIDADE DO MINHO**  
Largo do Paço – 4704-553 Braga (Portugal)

## **SCIENTIA IVRIDICA**

Revista quadrimestral

### **Edição coordenada por**

Flávia Novera Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*  
Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*  
Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

### **Órgão da Associação Jurídica de Braga (AJB)**

*Esta revista propõe-se promover o intercâmbio cultural dos juristas da Comunidade Lusíada, a ligação mais íntima entre a Universidade e o Foro e todos os cultores do Direito, e o progresso deste. Procura fornecer informação atualizada sobre todos os ramos do Direito, o que também permite que a revista seja utilizada para formação cultural. Os artigos não assinados são da responsabilidade da Redação.*

Estatuto Editorial disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/scientiaivridica>

### **Permutas**

Solicita-se o endereço de todas as ofertas e permutas para:

SCIENTIA IVRIDICA

Largo do Paço

4704-553 Braga

Portugal

### **Assinaturas**

Assinatura anual (3 números):

Portugal: € 45.00

# As novas contraordenações no Regime Geral da Gestão de Resíduos e no Regime Unificado de Fluxos Específicos – as alterações promovidas pelo DL n.º 24/2024, de 26/3

Ana Sirage Coimbra

*Mestre em Direito Judiciário e em Administração Pública*

*Investigadora no Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)*

*da Escola de Direito da Universidade do Minho*

*Jurista na Administração Pública*

**Resumo:** A gestão de resíduos deve ser orientada para a prevenção da respetiva produção (reduzindo a sua quantidade e perigosidade), para a preservação dos recursos naturais (atendendo ao valor económico dos resíduos enquanto potenciais fontes de matérias-primas e energia), e para a atenuação dos impactos adversos para o ambiente e a saúde humana decorrentes da sua produção, mediante a criação de condições adequadas à sua gestão, baseadas na otimização da utilização das infraestruturas existentes. A prossecução destes objetivos impõe aos agentes que operam no setor dos resíduos o cumprimento de um conjunto de exigências para o desenvolvimento da respetiva atividade, sob pena da aplicação de medidas administrativas e/ou sancionatórias, que visam a sua responsabilização (por ação ou omissão). O Decreto-Lei n.º 24/2024, de 26 de março, promoveu um conjunto de alterações ao Regime Geral da Gestão de Resíduos e ao Regime Unificado de Fluxos Específicos, ampliando o catálogo das contraordenações como instrumento dissuasor da eventual adoção de práticas ilícitas pelos agentes envolvidos nas operações de gestão de resíduos e/ou fluxos específicos.

**Palavras-chave:** Contraordenações ambientais e contraordenações económicas / Regime Geral da Gestão de Resíduos / Regime Unificado de Fluxos Específicos

**Abstract:** Waste management should be geared towards preventing waste production (reducing its quantity and hazard), preserving natural resources (taking into account the economic value of waste as a potential source of raw materials and energy), and to mitigate the adverse im-

pacts on the environment and human health resulting from its production, by creating appropriate conditions for its management, based on the optimisation of the use of existing infrastructure. The pursuit of these objectives requires agents operating in the waste sector to comply with a set of requirements for the development of their activity, under penalty of the application of administrative and/or sanctioning measures, which aim to hold them accountable (by action or omission). Decree-Law no. 24/2024, of March 26(th), promoted a set of amendments to the General Waste Management Regime and the Unified Regime of Specific Flows, expanding the catalogue of administrative offences as a deterrent instrument against the possible adoption of illegal practices by the agents involved in waste management operations and/or specific streams.

**Keywords:** Environmental Offences and Economic Offences / General Waste Management Regime / Unified Regime of Specific Flows

**Sumário:** I. Introdução. II. Alterações ao art. 117.º do Regime Geral da Gestão de Resíduos (Contraordenações ambientais). III. Alterações aos arts. 90.º (Contraordenações ambientais) e 91.º (Contraordenações económicas) do Regime Unificado de Fluxos Específicos. IV. Conclusão.

## I. Introdução

O DL n.º 11/2023, de 10/2 (denominado *Simplex Ambiental*), iniciou a reforma do licenciamento ambiental. Segundo a autora<sup>1</sup>, este diploma cumpre um dos desígnios do XXIII Governo Constitucional inserido nas medidas *SIMPLEX* e procede à reforma e simplificação dos licenciamentos ambientais, anunciando como propósitos a agilização dos procedimentos administrativos e a diminuição dos encargos sobre os operadores económicos. Conforme referido no preâmbulo do mencionado diploma, “[...] não é apenas a simplificação administrativa que está em causa. Num contexto de crise energética, de seca e de luta contra as alterações climáticas, é necessário acelerar a concretização das transformações que é preciso realizar. A transição energética, a promoção da economia circular, o melhor aproveitamento da água e a descarbonização da economia implicam medidas

---

<sup>1</sup> ANA SIRAGE COIMBRA, *Simplex Ambiental Abreviado* – Notas ao Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de fevereiro, Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2023, p. 9.

que facilitem e promovam essas transformações, para as quais o presente decreto-lei contribui”. O mesmo prefácio anunciava ainda a futura adoção de “novas iniciativas legislativas com o mesmo propósito de simplificação e redução dos encargos administrativos para as empresas também noutras áreas, incluindo, em especial, o urbanismo<sup>2</sup>, ordenamento do território, indústria, comércio e serviços e agricultura”.

No âmbito desta reforma ampliada, o DL n.º 24/2024, de 26/3, entrou em vigor em 27 de março<sup>3</sup>, e procede à alteração do Regime Geral da Gestão de Resíduos (doravante RGGR) e do Regime Jurídico da Deposição de Resíduos em Aterro, aprovados em anexo ao DL n.º 102-D/2020, de 10/12, bem como à alteração do DL n.º 152-D/2017, de 11/12, que unificou o regime da gestão de fluxos específicos de resíduos sujeitos ao princípio da responsabilidade alargada do produtor (o Regime Unificado de Fluxos Específicos).

Nos termos do n.º 1 do art. 15.º do RGGR, as orientações fundamentais da política de resíduos constam dos planos de gestão de nível nacional, que integram o Plano Nacional de Gestão de Resíduos<sup>4</sup> e os Planos de Gestão de Resíduos Urbanos<sup>5</sup> e de

---

<sup>2</sup> A título de exemplo, o pacote legislativo denominado Simplex Urbanístico, foi aprovado pelo DL n.º 10/2024, de 8/1, incluindo, entre outras, alterações legislativas a regimes jurídicos em matéria de ordenamento do território (respetivamente à Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo e ao Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial).

<sup>3</sup> Com a ressalva estabelecida no art. 20.º DL n.º 24/2024, de 26 /3, quanto à data de produção de efeitos em determinados casos, a saber:

“1 – O disposto no artigo 11.º do Regime Geral de Gestão de Resíduos, aprovado pelo anexo I ao Decreto-Lei n.º 102-D/2020, de 10 de dezembro, com a redação dada pelo presente decreto-lei, produz efeitos a partir de 1 de janeiro de 2025.

2 – O disposto no n.º 6 do artigo 19.º, no n.º 2 do artigo 22.º e na alínea a) do n.º 5 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 11 de dezembro, com a redação dada pelo presente decreto-lei, produz efeitos a partir de 1 de janeiro de 2025”.

<sup>4</sup> Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2023, *Diário da República*, 1.ª Série, de 24/3/2023, cuja introdução refere: “[...] o Plano Nacional de Gestão de Resíduos (PNGR 2030), que ora se aprova, constitui um instrumento de planeamento macro da política de resíduos, que consagra as orientações estratégicas de âmbito nacional da política de resíduos e as regras orientadoras de atuação, as prioridades a observar, as metas a atingir e as ações a implementar no sentido de garantir a concretização dos princípios da gestão de resíduos, bem como o cumprimento dos objetivos definidos no RGGR, e que deve, nos termos do referido regime jurídico, ser objeto de desenvolvimento pelos planos de gestão de resíduos urbanos e de resíduos não urbanos”.

<sup>5</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2023, *Diário da República*, 1.ª Série, de 18/10/2023, que aprova o Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos 2030.

Resíduos Não Urbanos<sup>6</sup>. Os Planos de Gestão de Resíduos Urbanos e de Resíduos Não Urbanos desenvolvem o disposto no Plano Nacional de Gestão de Resíduos no âmbito dos resíduos urbanos e não urbanos, respetivamente – n.º 3 do art. 15.º do RGGR. Projetando os desafios que enfrentamos no âmbito da gestão de resíduos urbanos, VALENTE e FONSECA<sup>7</sup> consideram que “o sucesso destas mudanças estruturais está dependente de uma mudança de abordagem, postura e cultura no setor. [...] A ideia de que investir em infraestruturas não é suficiente sem alterar *mindsets*, estratégias e sistemas de incentivos e penalizações corre o risco de ainda não ter sido interiorizada por muitos dos que possuem responsabilidades na gestão do setor”.

No próémio do DL n.º 24/2024 pode ler-se: “Quanto ao RGGR, e apesar das recentes alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 11/2023, de 10 de fevereiro, que procedeu à reforma e simplificação dos licenciamentos ambientais e que alterou, entre outros, o RGGR, torna-se necessário rever este regime jurídico, por forma a completar a transposição da Diretiva (UE) 2018/851 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2008/98/CE relativa aos resíduos, a Diretiva Quadro dos Resíduos. Ademais, tendo presente a recente publicação de uma nova geração de Planos Estratégicos para o setor dos resíduos (Plano Nacional de Gestão de Resíduos, Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos e Plano Estratégico para os Resíduos Não Urbanos), torna-se necessário efetuar atualizações ao RGGR, de modo a garantir a compatibilização das normas de gestão de resíduos com os objetivos e medidas preconizadas naqueles documentos”.

Acerca dos objetivos da política de ambiente quanto aos componentes associados a comportamentos humanos, a alínea *b*) do art. 11.º da Lei n.º 19/2014, de 14/4 (Bases da Política de Ambiente), estabelece que a gestão de resíduos deve ser orientada para a prevenção da respetiva produção (reduzindo a sua quantidade e perigosidade), para a preservação dos recursos naturais (atendendo ao valor económico dos resíduos enquanto potenciais fontes de matérias-primas e

---

<sup>6</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 127/2023, *Diário da República*, 1.ª Série, de 18/10/2023, que aprova o Plano Estratégico para os Resíduos Não Urbanos 2030.

<sup>7</sup> SUSANA VALENTE/SUSANA FONSECA, “Resíduos urbanos. Políticas Ambientais – Balanço e Perspetivas”, in *50 Anos de Políticas Ambientais em Portugal – Da Conferência de Estocolmo à Atualidade*, Luísa Schmidt (org.), Porto, Edições Afrontamento, Lda., 2023, p. 205.



energia) e para a atenuação dos impactos adversos para o ambiente e a saúde humana decorrentes da sua produção, mediante a criação de condições adequadas à sua gestão, baseadas na otimização da utilização das infraestruturas existentes. Neste sentido, o Plano Nacional de Gestão de Resíduos 2030 (doravante PNGR) reflete esses propósitos nos objetivos estratégicos (OE) n.ºs 1, 2 e 3, a saber:

1. Prevenir a produção de resíduos ao nível da quantidade e da perigosidade (OE1);
2. Promover a eficiência na utilização dos recursos, contribuindo para uma economia circular (OE2);
3. Reduzir os impactos ambientais negativos através de uma gestão de resíduos integrada e sustentável (OE3).

A prossecução destes objetivos impõe aos agentes que operam no setor dos resíduos o cumprimento de um conjunto de exigências para o desenvolvimento da respetiva atividade, sob pena da aplicação de medidas administrativas e/ou sancionatórias, que visam a sua responsabilização (por ação ou omissão). Esta opção legislativa surge refletida no aditamento de novos tipos contraordenacionais pelo DL n.º 24/2024, que revelam um alargamento expressivo das condutas sujeitas à aplicação de sanções, como instrumento dissuasor da eventual adoção de práticas ilícitas pelos agentes envolvidos nas operações de gestão de resíduos e/ou fluxos específicos.

Sobre a eficácia do direito de mera ordenação social na proteção do ambiente, CLÁUDIA SANTOS *et al.*<sup>8</sup> referem que “se a tutela penal é, por excelência, repressiva enquanto [...] a intervenção administrativa se assume como essencialmente preventiva, parece-nos que o ilícito de mera ordenação social ocupa a este propósito uma posição intermédia: embora, à primeira vista, pareça exclusivamente repressivo, no sentido de que se traduz no conhecimento de um ilícito e na determinação da respetiva sanção – constituindo por isso o direito sancionatório ao serviço da administração –, cremos ser possível apontar-lhe ainda uma natureza eminentemente preventiva [...] o próprio regime das contra-ordenações está eivado deste mesmo tipo de preocupações. E não deixará de ser útil relembrar que este ramo do direito desde logo se assumiu como especialmente predisposto à defesa do

---

<sup>8</sup> CLÁUDIA MARIA CRUZ SANTOS/JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS/MARIA ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, José Joaquim Gomes Canotilho (coord.), Lisboa, Universidade Aberta, 1998, pp. 191-192.

ambiente, o que talvez se justifique pela própria antecipação de tutela que representa se comparado com o direito penal. Ou seja, o facto de o ambiente ser uma das áreas por excelência destinatária do direito de mera ordenação social resulta precisamente desta tutela mais rápida e eficaz, repressiva mas ainda preventiva”. Com entendimento análogo, MENDES e MAGALHÃES<sup>9</sup> assinalam “a contemporânea coexistência, no horizonte do sistema jurídico português, de uma tutela penal do ambiente a par de uma intervenção igualmente contra-ordenacional, ambas as esferas do domínio sancionatório pautando-se por uma edificação normativa e de política legislativa centrada em pilares eminentemente preventivos”. Encontramos evidências dessa função preventiva, por exemplo:

a) Na possibilidade de determinação de medidas cautelares prevista no art. 41.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, quando tal se revele necessário para a instrução do processo de contraordenação ambiental ou quando estejam em causa a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente;

b) Na figura da suspensão da sanção<sup>10</sup>, em que o art. 20.º-A da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais prevê a possibilidade de, na decisão do processo de contraordenação, a autoridade administrativa poder suspender, total ou parcialmente, a aplicação da coima, quando seja aplicada uma sanção acessória que imponha medidas adequadas à prevenção de danos ambientais, à reposição da situação anterior à infração e à minimização dos efeitos decorrentes da mesma, e o cumprimento da sanção acessória seja indispensável à eliminação de riscos para a saúde, segurança das pessoas e bens ou ambiente [alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 20.º-A]. O n.º 3 do art. 20.º-A acrescenta que a suspensão pode ficar condicionada

---

<sup>9</sup> CAROLINA MENDES/TIAGO MAGALHÃES, “Direito Penal do Ambiente – Uma análise de legislação e jurisprudência”, in *Risco Ambiental – Atas do Colóquio de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Adriano Vaz Serra realizado em 27 de Fevereiro de 2015*, Jorge Sinde Monteiro/Mafalda Miranda Barbosa (coord.), Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 240-241.

<sup>10</sup> Pelo seu interesse, ver o teor do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19/2/2024, proc. n.º 2638/23.9T9SNT.L1-3, que se pronunciou nos termos seguintes: “O propósito legal de permitir a suspensão de uma coima, mediante a imposição de sanções acessórias, tem por único propósito alcançar-se o objectivo de, por via de uma acção do próprio transgressor, se proceder à reparação dos danos por si praticados, dando-lhe um incentivo substancial (não pagamento de uma quantia monetária que, sendo as molduras das contra-ordenações em Portugal como são, será sempre seguramente elevada), repondo-se assim a situação existente antes da prática da infracção, à custa do próprio infractor. Para que a suspensão da coima aconteça basta que se demonstre que, de *motu proprio*, o infractor já tudo fez para repor a situação existente antes da prática da infracção”.

ao cumprimento de certas obrigações, designadamente as consideradas necessárias para a regularização de situações ilegais, à reparação de danos ou à prevenção de perigos para a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente.

Ainda que o preâmbulo do DL n.º 24/2024 não enfatize este aspeto em particular, entre as principais alterações efetuadas destacamos o averbamento de contraordenações ao art. 117.º do RGGR (Contraordenações ambientais), bem como aos arts. 90.º (Contraordenações ambientais) e 91.º (Contraordenações económicas) do Regime Unificado de Fluxos Específicos. No direito contraordenacional, o princípio da legalidade tem associados os princípios da lei prévia (plasmado no art. 4.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais e no art. 3.º do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas), da lei certa (tipicidade das contraordenações) e da lei estrita (proibição da analogia). Para PAULO ALBUQUERQUE<sup>11</sup>, se o requisito “de uma *lege scripta* não corresponde a uma reserva de lei formal, ela redundante, contudo, na proibição de criar contraordenações ou agravar coimas com base no costume”.

A diferenciação na qualificação das contraordenações (ambientais ou económicas) determina a aplicação de dois regimes jurídicos distintos no processamento contraordenacional dos ilícitos verificados. Se estivermos perante uma contraordenação ambiental, rege a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais (em que o n.º 2 do art. 1.º enuncia o conceito de contraordenação ambiental, na mesma linha do que sucede com o art. 1.º do Regime Geral das Contraordenações, para a noção de contraordenação em geral). No caso da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, a tipicidade implica a infração de normas relativas ao ambiente<sup>12</sup>, enquanto para as contraordenações económicas vigora o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas. O n.º 2 do art. 1.º deste diploma define o conceito de contraordenação económica<sup>13</sup>, também em termos análogos ao estabelecido no art. 1.º do Regime Geral das Contraordenações para a noção de contraordenação. A única particularidade prende-se com a associação da tipicidade à in-

---

<sup>11</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações – à luz da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2.ª ed. atual., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2022, p. 33.

<sup>12</sup> Sobre o regime jurídico das contraordenações ambientais, ver ANA SIRAGE COIMBRA, *Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais – Anotada e Comentada*, Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2022.

<sup>13</sup> Ver ANA SIRAGE COIMBRA, *Regime Jurídico das Contraordenações Económicas Anotado*, Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2021.

fração de normas relativas ao acesso e exercício de atividades económicas. No demais, encontramos os restantes elementos que integram a conceção de contra-ordenação. De acordo com SILVA DIAS<sup>14</sup>, “para alguém ser responsável pela prática de uma contra-ordenação, é necessário que o facto praticado seja típico, ilícito e censurável e por fim projectável numa moldura de coima previamente definida na estatuição típica”. Segundo BEÇA PEREIRA, em anotação ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas<sup>15</sup>, conciliando o “artigo 1.º com os artigos 2.º e 8.º, n.º 1, conclui-se que constitui contra-ordenação todo o facto: ilícito, típico, culposo e punível com coima”.

Em conformidade com vários diplomas especiais<sup>16</sup>, o Regime Geral das Contraordenações (doravante RGCO) figura como regime subsidiário nos aspetos em que aqueles sejam omissos<sup>17</sup>. De acordo com TIAGO AZEVEDO<sup>18</sup>, “o Regime Geral das Contraordenações deve ser entendido como o regime geral no domínio do Direito Contraordenacional, sendo por isso uma das fontes normativas internas mais relevantes. Em virtude da evolução crescente do Direito das contraordenações em relação a cada vez mais domínios, como na economia, finanças, saúde, educação, cultura, ambiente, entre outras, e de o legislador ainda não ter estabelecido um critério distintivo entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional, o Regime Geral das Contraordenações passou a ser o regime geral estagnado, sendo deixado

<sup>14</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra, Edições Almedina S.A., 2018, p. 90.

<sup>15</sup> ANTÓNIO BEÇA PEREIRA, *Regime Geral das Contraordenações e Coimas*, 13.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, S.A., 2022, p. 22.

<sup>16</sup> Como, por exemplo, o Código da Estrada, o Regime Sancionatório do Setor Energético (Lei n.º 9/2013, de 28/1), o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 298/92, de 31/12), o Código dos Valores Mobiliários (DL n.º 486/99, de 13/11), o Regime Geral das Infrações Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5/6), o Regime Quadro das Contraordenações do Setor das Comunicações (Lei n.º 99/2009, de 4/9), o Novo Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8/5) e o Regime Processual Aplicável às Contraordenações Laborais e de Segurança Social (Lei n.º 107/2009, de 14/9).

<sup>17</sup> Nos termos da exposição de motivos da mencionada proposta de Lei n.º 20/X, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 27, de 24/6/2005: “3. Actualmente não existe, nem nunca existiu, um regime jurídico para as contra-ordenações ambientais. Tem, assim, de se recorrer ao Regime Geral das Contra-Ordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro, e que não foi pensado para a resolução de concretos problemas contra-ordenacionais na área ambiental que impõem soluções muito próprias”.

<sup>18</sup> TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Lições de Direito das Contraordenações*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, S.A., 2022, pp. 45-46.

a flutuar na ordem jurídica contraordenacional, com uma expressão diminuída”. Crítico em relação à multiplicação de legislação setorial nas contraordenações em razão da matéria<sup>19</sup>, LEONES DANTAS<sup>20</sup> refere que “se analisarmos as diferentes soluções, não encontramos um fundamento objetivo que justifique as especificidades introduzidas, à luz das áreas a que os diferentes regimes se aplicam. [...] É imperioso que o Regime Geral assuma o seu papel no cerne deste sistema sancionatório e se ponha cobro à criação de especificidades, sem justificação objetiva, o que os regimes especiais evidenciam”.

## II. Alterações ao art. 117.º do RGGR (Contraordenações ambientais)

O art. 117.º do RGGR tem como epígrafe “Contraordenações ambientais”. De acordo com o art. 21.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais (dora-vante LQCA), para determinação da coima aplicável e tendo em conta a relevância dos direitos e interesses violados, as contraordenações classificam-se em leves, graves e muito graves<sup>21</sup>.

Como nota prévia, assinalamos apenas que em todas as contraordenações que remetam para o denominado Regulamento MTR (relativo às transferências de re-

---

<sup>19</sup> De acordo com o teor da exposição de motivos da proposta de Lei n.º 20/X (proposta de lei que esteve na origem da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais), *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 27, de 24/6/2005: “4. O projecto em causa tem, assim, como objectivo estabelecer a lei quadro das contra-ordenações ambientais, tendo em consideração a especificidade dessa matéria – tomando, aliás, o exemplo do que vem sucedendo noutras áreas da actividade económica, como o domínio laboral, aéreo ou, ainda, do mercado dos valores mobiliários –, iniciativa a ser acompanhada de um reforço da actividade de fiscalização da Administração. 5. A referida lei-quadro pretende disciplinar de uma forma sistemática as várias matérias que obrigatoriamente um regime deste âmbito tem de abarcar, enquadradas por princípios sólidos e doutrinamente aceites, bem como apresentar uma tramitação para os processos de contra-ordenação ambiental adaptada à sua especificidade”.

<sup>20</sup> ANTÓNIO LEONES DANTAS, *Direito Processual das Contraordenações*, Coimbra, Coimbra Editora, S.A., 2023, pp. 294-295.

<sup>21</sup> Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2018, de 26/9/2018, proc. n.º 215/15.7T8ACB.C1 -A. S1, *Diário da República*, 1.ª série, n.º 219, de 14/11/2018: «[...] sempre que o legislador, de forma geral e abstrata, classifica a infração como sendo grave, não poderá o julgador modificar a lei atribuindo menor gravidade àquela ilicitude. Por isto, não pode deixar de se entender que a classificação legal de uma contraordenação como grave afasta logo a possibilidade de o julgador considerar que aquela mesma contraordenação grave afinal é de “reduzida gravidade”. O legislador, ao classificar as contraordenações como graves, muito graves ou leves, pretendeu assegurar o princípio da proporcionalidade entre as infrações e as sanções previstas».

síduos), atendendo à entrada em vigor do Regulamento (UE) 2024/1157 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1013/2006 (cujas normas ainda surgem mencionadas em algumas das contraordenações a seguir referenciadas), importa considerar o estatuído no art. 85.º do Regulamento (UE) 2024/1157, com a epígrafe “Revogação e disposições transitórias”, designadamente:

*“1. O Regulamento (CE) n.º 1013/2006 é revogado, com efeitos a partir de 20 de maio de 2024.*

*2. No entanto, as disposições do Regulamento (CE) n.º 1013/2006 continuam a aplicar-se até 21 de maio de 2026 exceto:*

- a) O artigo 30.º, que deixa de ser aplicável a partir de 20 de maio de 2024;*
- b) O artigo 37.º continua a ser aplicável até 21 de maio de 2027;*
- c) O artigo 51.º continua a ser aplicável até 31 de dezembro de 2025.*

*3. O Regulamento (CE) n.º 1013/2006 continua também a aplicar-se às transferências para as quais foi apresentada uma notificação em conformidade com o artigo 4.º desse regulamento e relativamente às quais a autoridade competente de destino tenha dado o seu aviso de receção em conformidade com o artigo 8.º desse regulamento antes de 21 de maio de 2026. As disposições do presente regulamento não são aplicáveis a essas transferências.*

*[...]*

*5. A valorização ou eliminação dos resíduos de uma transferência que já tenham sido autorizadas pelas autoridades competentes envolvidas em conformidade com o artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1013/2006 devem ser concluídas no prazo máximo de um ano a contar de um ano a contar de 21 de maio de 2026.*

*6. Uma transferência que já tenha sido autorizada pelas autoridades competentes envolvidas em conformidade com o artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1013/2006 deve ser concluída no prazo máximo de três anos a contar de 21 de maio de 2026.*

*7. O consentimento prévio de uma instalação em conformidade com o artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 1013/2006 deixa de ser válido, o mais tardar, cinco anos a contar de 20 de maio de 2024.*

*8. As referências ao Regulamento (CE) n.º 1013/2006 revogado devem entender-se como sendo feitas para o presente regulamento, e devem ser lidas de acordo com a tabela de correspondência constante do anexo XIII”.*

Nas alterações efetuadas ao art. 117.º do RGGR pelo DL n.º 24/2024, ao elenco das *contraordenações muito graves* (n.º 1), foram adicionadas a inobservância do dever de receção de resíduos nos termos do n.º 3 do art. 35.º ou o incumprimento de normas técnicas nos termos do n.º 4 do mesmo artigo [alínea *b*]); a violação da proibição de mistura, na recolha seletiva, entre biorresíduos e outros resíduos, nos termos do n.º 5 do art. 36.º [alínea *c*]); a violação da proibição de incineração e deposição em aterro dos resíduos recolhidos de forma seletiva nos termos do n.º 10 do artigo 36.º [alínea *d*]); a transferência de resíduos destinados a operações de eliminação ou de valorização identificadas na alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento MTR, em violação das condições impostas pelas autoridades competentes de destino, de expedição e de trânsito, nos termos do art. 10.º do Regulamento MTR, com exceção das referentes às obrigações de reporte através do SIRER (Sistema Integrado de Registo Eletrónico de Resíduos)<sup>22</sup> [alínea *f*]); a transferência de resíduos destinados a operações de eliminação ou a operações de valorização identificadas na alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento MTR, em violação da decisão de objeção à transferência apresentada pelas autoridades competentes, nos termos, respetivamente, dos arts. 11.º e 12.º do Regulamento MTR [alínea *g*]); a transferência de resíduos destinados a operações de eliminação ou de valorização identificadas na alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento MTR, tendo obtido a autorização das autoridades competentes envolvidas através de falsificação, deturpação ou fraude, nos termos do n.º 35 do art. 2.º do Regulamento MTR [alínea *h*]); a transferência de resíduos destinados a operações de eliminação ou de valorização identificadas na alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento MTR, sem autorização das autoridades competentes envolvidas, nos termos do n.º 35 do art. 2.º do Regulamento MTR [alínea *i*]); o não cumprimento das obrigações previstas no n.º 9 do art. 24.º do Regulamento MTR pela pessoa que trata da transferência [alínea *m*]); a violação da proibição de exportação de resíduos prevista nos arts. 39.º ou 40.º do Regulamento MTR [alínea *r*] e a remediação de um solo contaminado, incluindo a sua escavação e transporte, sem prévio licencia-

---

<sup>22</sup> O Sistema Integrado de Registo Eletrónico de Resíduos (SIRER) é um sistema de informação que permite o registo, a submissão e o armazenamento de dados relativos à produção e gestão de resíduos, produtos colocados no mercado abrangidos por legislação relativa a fluxos específicos de resíduos e resíduos abrangidos pelos regimes de desclassificação. A obrigação legal de inscrição no SIRER e reporte de dados decorre dos arts. 97.º e 98.º do DL n.º 102-D/2020, de 10/12. A Portaria n.º 20/2022, de 5/1, introduziu o novo Regulamento SIRER.



mento, bem como a sua remediação em incumprimento da licença de operação de remediação do solo emitida, ao abrigo do art. 77.º [alínea x)].

O alinhamento destes ilícitos contraordenacionais no grupo das infrações muito graves tem um denominador comum: na maioria dos casos, o prejuízo efetivo que poderá resultar para o ambiente da produção do resultado típico, sem a possibilidade de reversão dos danos causados. Destacamos que relativamente às obrigações dos produtores<sup>23</sup> e detentores de resíduos, o art. 29.º do RGGR estabelece a adoção de medidas de prevenção da produção de resíduos [alínea a) do n.º 1], de ações que visem garantir a gestão dos resíduos de acordo com a hierarquia da gestão de resíduos [alínea b) do n.º 1], e assegurar a triagem preliminar dos resíduos (quando não coloquem em causa a saúde humana ou o ambiente), de forma a permitir a recolha seletiva dos resíduos com vista à sua valorização [alínea c) do n.º 1].

A nosso ver, o aditamento das contraordenações supra identificadas encontra o seu fundamento:

a) No *princípio da regulação da gestão de resíduos*, designadamente na proibição da realização de operações de gestão de resíduos em incumprimento do disposto no RGGR (n.º 2 do art. 4.º) e na proibição do abandono de resíduos, da eliminação de resíduos no mar e sua injeção no solo, a queima a céu aberto, bem como a deposição ou gestão não autorizada de resíduos, incluindo a deposição de resíduos em espaços públicos (n.º 3 do art. 4.º);

b) No *princípio da proteção da saúde humana e do ambiente* (art. 6.º), quando estabelece que é um objetivo prioritário da política de resíduos evitar e reduzir os riscos para a saúde humana e para o ambiente, garantindo que a gestão de resíduos seja realizada recorrendo a processos ou métodos que não sejam suscetíveis de gerar efeitos adversos sobre o ambiente, nomeadamente poluição da água, do ar, do solo, afetação da fauna ou da flora, ruído ou odores ou danos em quaisquer locais de interesse e na paisagem;

c) No *princípio da hierarquia dos resíduos*, de acordo com a ordem de prioridades prevenção, preparação para a reutilização, reciclagem, outros tipos de valorização e eliminação [alíneas a) a e) do n.º 1 do art. 7.º].

---

<sup>23</sup> Um outro princípio da gestão de resíduos é o de a responsabilidade pela gestão dos resíduos recair sobre o produtor inicial dos resíduos (incluindo os custos associados), podendo, no entanto, por lei, a responsabilidade ser alargada ao produtor do produto que deu origem aos resíduos e partilhada pelos distribuidores desse produto. Este princípio não abrange os resíduos urbanos, cuja gestão é assegurada pelos sistemas municipais ou multimunicipais (art. 45.º do RGGR).



No que diz respeito às *contraordenações qualificadas como graves* (n.º 2 do art. 117.º do RGGR), assinalamos o exercício de recolha complementar sem a autorização referida no n.º 3 do art. 11.º [alínea *d*)]; o exercício de recolha complementar sem sujeição a uma tarifa distinta da aplicada no âmbito do serviço público, nos termos do n.º 5 do art. 11.º [alínea *e*)]; o incumprimento pelos sistemas municipais ou multimunicipais da obrigação de assegurar uma contabilização autónoma nos termos do n.º 6 do art. 11.º [alínea *f*)]; o incumprimento da obrigação de elaboração dos planos municipais, intermunicipais e multimunicipais nos termos do disposto no n.º 2 do art. 18.º [alínea *h*)]; o incumprimento do dever de receção de resíduos pelos municípios nos termos do n.º 3 do art. 35.º [alínea *k*)]; o incumprimento da obrigação de recolha e transporte de resíduos de forma separada prevista no n.º 1 do art. 38.º [alínea *p*)]; o envio, o transporte ou a receção de resíduos para os quais não tenha sido emitida a e-GAR<sup>24</sup> nos termos do n.º 2 do art. 38.º [alínea *q*)]; a emissão de e-GAR, e respetiva autorização, se aplicável, nos termos do n.º 2 do art. 38.º, após início do transporte [alínea *r*)]; o não cumprimento pelo transportador da obrigação de disponibilização da e-GAR, devidamente autorizada pelo produtor ou detentor dos resíduos, se aplicável, quando solicitado pelas autoridades competentes, nos termos da portaria prevista no n.º 4 do art. 38.º [alínea *s*)]; o envio, transporte ou receção de resíduos em território nacional sem que o transporte tenha sido previamente autorizado pelo produtor ou detentor dos resíduos, se aplicável, nos termos da portaria prevista no n.º 4 do art. 38.º [alínea *t*)]; a rejeição de e-GAR sem que tenha ocorrido a correspondente rejeição da carga de resíduos, nos termos da portaria prevista no n.º 4 do art. 38.º [alínea *u*)]; a anulação de e-GAR corretamente preenchida quando tenha ocorrido o correspondente transporte de resíduos, nos termos do n.º 2 do art. 38.º [alínea *w*)]; o transportador, comerciante ou destinatário dos resíduos assumirem-se como produtor ou detentor numa e-GAR exceto quando autorizados pela Autoridade Nacional de Resí-

---

<sup>24</sup> De acordo com o n.º 2 do art. 38.º do RGGR, o transporte de resíduos dentro do território nacional é obrigatoriamente acompanhado por uma guia eletrónica de acompanhamento de resíduos (e-GAR), corretamente preenchida, sem prejuízo das exceções e isenções legalmente previstas. As e-GAR entraram em funcionamento em 26/5/2017, um mês após a publicação da Portaria n.º 145/2017, de 26/4. Esta portaria (posteriormente alterada pela Portaria n.º 28/2019, de 18/1), designada Portaria e-GAR, define as regras aplicáveis ao transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo e aéreo de resíduos em território nacional e cria as guias eletrónicas de acompanhamento de resíduos (e-GAR), a emitir no Sistema Integrado de Registo Eletrónico de Resíduos (SIRER).

duos (ANR)<sup>25</sup> [alínea *x*]); o não cumprimento, pelo notificador, da obrigação de efetuar nova notificação nos termos do art. 17.º do Regulamento MTR [alínea *dd*]); a transferência de resíduos referidos nos n.ºs 2 e 4 do art. 3.º do Regulamento MTR, com o documento do anexo VII incompleto, incluindo a falta de assinatura no campo 12, ou preenchido de forma incorreta, nos termos do n.º 35 do art. 2.º do Regulamento MTR [alínea *gg*]); a transferência de resíduos referidos no n.º 2 do art. 3.º do Regulamento MTR sem a existência do contrato nos termos do n.º 2 do art. 18.º do Regulamento MTR e respetiva submissão no SIRER, no caso de transferências com origem em território nacional, nos termos do art. 40.º do RGGR [alínea *hh*]); a transferência de resíduos referidos no n.º 2 do art. 3.º do Regulamento MTR com um contrato que não cumpra os requisitos referidos no n.º 2 do art. 18.º do Regulamento MTR [alínea *ii*]); o não cumprimento pelo notificador da obrigação de retoma de resíduos quando a transferência de resíduos não possa ser concluída como previsto, nos termos do n.º 2 do art. 22.º do Regulamento MTR [alínea *mm*]); o incumprimento das obrigações de reporte através do SIRER previstas no n.º 3 do art. 40.º e no n.º 1 do art. 41.º [alínea *pp*]); o incumprimento das obrigações de reporte através do SIRER previstas no n.º 4 do art. 40.º e no n.º 2 do art. 41.º [alínea *ss*]); o incumprimento da obrigação de estabelecimento de locais para deposição seletiva de resíduos urbanos perigosos pelos municípios nos termos do n.º 7 do art. 45.º [alínea *vv*]); o incumprimento da obrigação de recolha seletiva de biorresíduos e encaminhamento para reciclagem pelos municípios nos termos do n.º 8 do art. 45.º [alínea *ww*]); o incumprimento do dever de manutenção e de monitorização ambiental das lixeiras nos termos do n.º 2 do art. 48.º [alínea *xx*]); a manutenção e a monitorização ambiental das lixeiras em inobservância dos planos aprovados nos termos no n.º 5 do art. 48.º [alínea *yy*]); o exercício das atividades de tratamento de resíduos em violação das condições impostas na licença de exploração, nos termos do art. 63.º [alínea *rrr*]); a desclassificação como subproduto em incumprimento das condições aplicáveis nos termos dos n.ºs 4 e 5 do art. 91.º [alínea *ttt*]); a não disponibilização da declaração de subproduto pelo produtor,

---

<sup>25</sup> A Agência Portuguesa do Ambiente (APA), enquanto Autoridade Nacional de Resíduos, assegura e acompanha a execução da estratégia nacional para os resíduos, possuindo competências de licenciamento, de monitorização das atividades de gestão de resíduos e de emissão de normas técnicas. A APA procede ainda ao controlo operacional e administrativo das transferências de resíduos em território nacional.

transportador ou utilizador final, nos termos do n.º 4 ou do n.º 9 do art. 91.º quando solicitado pelas autoridades competentes [alínea *uuu*] do n.º 2]; o incumprimento da obrigação de disponibilização da informação prevista na portaria prevista no n.º 1 do art. 113.º [alínea *ddd*] e a utilização dos perfis especiais de produtor/detentor de resíduos, referidos na portaria prevista no n.º 2 do art. 95.º, para fins diferentes dos previstos [alínea *eee*]).

No conjunto das contraordenações graves acrescentadas ao n.º 2 do art. 117.º do RGGR, verifica-se o seu entroncamento no art. 9.º do RGGR (subordinado à responsabilidade pela gestão de resíduos), e às exigências regulamentares que as diferentes categorias de agentes têm de assegurar para operarem na área de gestão dos resíduos, sob pena da aplicação das correspondentes sanções. Conforme referido no preâmbulo do DL n.º 102-D/2020, de 10/12 [que aprovou o regime geral da gestão de resíduos, o regime jurídico da deposição de resíduos em aterro e altera o regime da gestão de fluxos específicos de resíduos, transpondo as Diretivas (UE) 2018/849, 2018/850, 2018/851 e 2018/852]: “Ao nível da operacionalização da gestão dos fluxos de resíduos, destaca-se a importância primordial para o funcionamento efetivo deste setor, bem como para o cumprimento das metas nacionais, do respeito pelas obrigações dos operadores no âmbito dos fluxos de resíduos, sendo estes quaisquer produtores do produto, embaladores, fabricantes e fornecedores de materiais e componentes do produto, transformadores do produto e seus componentes, importadores, distribuidores, comerciantes, utilizadores, operadores de recolha de resíduos, operadores de gestão de resíduos responsáveis pela recolha, transporte e tratamento dos resíduos incluindo centros de receção, operadores de desmantelamento, de fragmentação, de valorização e de outras instalações de tratamento de veículos em fim de vida, incluindo os seus componentes e materiais, entidades que procedem à reparação e manutenção de veículos, bem como as autoridades e organismos públicos competentes em razão da matéria, designadamente os municípios, as autoridades policiais e as empresas de seguro”.

Relativamente às *contraordenações leves* (n.º 3 do art. 117.º do RGGR), destacamos o aditamento do incumprimento da obrigação de notificação nos termos do disposto no n.º 2 do art. 6.º-A [alínea *a*]); o incumprimento pelo produtor do produto ou pelas entidades gestoras de fluxos específicos de resíduos do dever de informação previsto na alínea *e*) do n.º 2 do art. 13.º [alínea *b*]); o incumprimento pelos produtores de biorresíduos provenientes das atividades de restauração, distribuição e indústria de separação na origem, nos termos previstos no n.º 1 do

art. 30.º [alínea *j*]); o incumprimento do prazo de 30 dias para conclusão da e-GAR definido na portaria prevista no n.º 4 do art. 38.º, por parte do produtor ou detentor ou do destinatário dos resíduos [alínea *n*]); o não cumprimento, por parte do notificador, da obrigação de informação às autoridades competentes de destino, de expedição e de trânsito da alteração de itinerário, nos termos do n.º 2 do art. 13.º do Regulamento MTR [alínea *q*]); o não cumprimento pelo notificador dos prazos estipulados nos termos dos n.ºs 4 e 5 do art. 9.º do Regulamento MTR, na transferência de resíduos destinados a operações de eliminação ou de valorização identificadas na alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento MTR [alínea *x*]); o incumprimento por entidades que efetuem campanhas de recolha de resíduos urbanos sob responsabilidade dos municípios das obrigações previstas nos n.ºs 3 e 5 do art. 45.º [alínea *hh*] do n.º 3]; o incumprimento da obrigação de submissão de informação de forma correta e completa nos termos do art. 99.º [alínea *qq*] e o envio e transporte de resíduos com e-GAR incorretamente preenchida, nos termos do n.º 2 do art. 38.º [alínea *uu*]]. Verificamos que as contraordenações adicionadas convergem, maioritariamente, para as situações de incumprimento das obrigações de informação previstas no RGGR para os gestores de resíduos, e da inobservância de prazos para a finalização das formalidades procedimentais associadas ao exercício da respetiva atividade.

### **III. Alterações aos arts 90.º (Contraordenações ambientais) e 91.º (Contraordenações económicas) do Regime Unificado de Fluxos Específicos**

O n.º 1 do art. 4.º do DL n.º 152-D/2017, de 11/12 (Regime da gestão de fluxos específicos de resíduos sujeitos ao princípio da responsabilidade alargada do produtor, abreviadamente Regime Unificado de Fluxos Específicos – RGFER), estabelece que constituem princípios gerais da gestão de fluxos específicos de resíduos a prevenção da produção desses resíduos, em quantidade e nocividade, e a redução da sua produção através da criação de sistemas de reutilização, de reciclagem e outras formas de valorização. O Objetivo Estratégico 1 (OE1) do Plano Nacional da Gestão de Resíduos (PNGR), de prevenir a produção de resíduos, ao nível da quantidade e da perigosidade, materializa aqueles princípios. Acresce que, nos termos do n.º 2 do art. 5.º do RGFER, os intervenientes no ciclo de vida do produto (desde a sua conceção, fabrico, distribuição, comercialização e utilização até ao manuseamento dos respetivos resíduos) são corresponsáveis pela sua gestão, de-

vendo contribuir, na medida da respetiva intervenção e responsabilidade, para o funcionamento dos sistemas de gestão nos termos definidos no referido regime jurídico – ligando com o Objetivo Estratégico 2 (OE2) do PNGR, de promoção da eficiência na utilização dos recursos, concorrendo para uma economia circular. Em conformidade, nas alterações efetuadas pelo DL n.º 24/2024, de 26/3, ao DL n.º 152-D/2017, de 11/12, o elenco das contraordenações previstas no art. 90.º do RGFER também foi objeto de uma reformulação. Assim, nos termos do n.º 2 do art. 90.º passam a integrar o universo de *contraordenações ambientais graves*, puníveis nos termos da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, o transporte de VFV<sup>26</sup> não acompanhado do respetivo certificado de destruição ou do documento único, nos termos do n.º 7 do art. 6.º ou o transporte de REEE<sup>27</sup> por entidades não autorizadas nos termos do n.º 11 do art. 6.º [alínea b)]; a celebração de contratos com operadores de gestão de resíduos que impeçam o livre acesso à atividade de gestão de resíduos por parte de outros operadores, em violação do disposto no n.º 20 do art. 11.º [alínea f)]; o incumprimento das obrigações da entidade gestora previstas no n.º 1 do art. 12.º, bem como o incumprimento da obrigação prevista no n.º 7 do art. 18.º [alínea o)]; o incumprimento do dever de assegurar o pagamento das compensações financeiras, bem como de reposição dos montantes executados à caução, nos termos dos n.ºs 10 e 12 do art. 18.º [alínea p)]; o incumprimento da obrigação de cobrança e reembolso do depósito de embalagens reutilizáveis ou da obrigação de recolha de embalagens, nos termos do disposto nos n.ºs 2, 3, 6 e 7 do art. 23.º [alínea q)]; o incumprimento da obrigação de recolha das embalagens reutilizáveis, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 23.º-D [alínea u)]; o incumprimento pelos embaladores da adoção das medidas previstas nos termos do disposto nos n.ºs 5, 7 e 8 do art. 28.º [alínea w)]; o incumprimento das metas de

---

<sup>26</sup> De acordo com as definições constantes do art. 3.º do DL n.º 152-D/2017, de 11/12, na sua redação atual, entende-se por:

“*vvv*) «Veículo», qualquer veículo classificado nas categorias M1 ou N1, definidas no anexo ii ao Decreto-Lei n.º 16/2010, de 12 de março, bem como os veículos a motor de três rodas definidos no Decreto-Lei n.º 30/2002, de 16 de fevereiro, na sua redação atual, com exclusão dos triciclos a motor;

“*www*) «VFV», veículo que, para além dos referidos na alínea anterior, constitui um resíduo de acordo com a definição constante do RGGR”.

<sup>27</sup> Segundo a alínea *eee*) do n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual, entende-se por «REEE», quaisquer EEE (equipamentos elétricos e eletrónicos) que constituam resíduos, incluindo os componentes, subconjuntos e materiais consumíveis que fazem parte integrante do produto no momento em que este é descartado.

gestão nos termos do disposto no art. 30.º-D [alínea *x*]); a falta de reembolso do valor de depósito nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 30.º-F [alínea *y*]); o incumprimento das obrigações relativas ao valor de depósito nos termos do disposto nos n.ºs 3 e 6 do art. 30.º-F [alínea *z*]); o incumprimento da obrigação de instalação de pontos de recolha, nos termos do n.º 1 do art. 30.º-H [alínea *aa*]); o incumprimento das obrigações relativas ao valor de depósito nos termos do n.º 2 do art. 30.º-I [alínea *bb*]); o encaminhamento dos resíduos de embalagens em violação do disposto no n.º 1 do art. 30.º-K [alínea *cc*]); a falta de pagamento do valor de manuseamento nos termos do disposto no art. 30.º-P [alínea *cc*]); o incumprimento por parte da EG do SDR das obrigações previstas no art. 30.º-S [alínea *ee*]); o incumprimento, por parte dos embaladores, das obrigações previstas no art. 30.º-V [alínea *ff*]); o incumprimento por parte dos responsáveis pelos pontos de recolha das obrigações previstas no art. 30.º-X [alínea *gg*]); o incumprimento das obrigações relativas à colocação e disponibilização no mercado de embalagens, nos termos do disposto no art. 30.º-Z [alínea *hh*]); a inobservância por parte dos produtores detentores de óleos usados das obrigações relativas à armazenagem e integração no circuito de gestão dos óleos usados, nos termos do n.º 2 do art. 46.º [alínea *ii*]); o incumprimento dos requisitos de armazenagem de óleos usados previstas no art. 48.º [alínea *jj*]); a não observância, por parte do operador de desmantelamento, das obrigações relativas à emissão de certificados de destruição nos termos dos n.ºs 4, 5, 7 e 9 do art. 85.º [alínea *yyy*]); o incumprimento de alguma das proibições referidas nas alíneas *a*) a *d*) do n.º 9 do art. 87.º [alínea *dddd*]); o incumprimento, por parte dos operadores económicos que procedam à publicitação e comercialização de peças ou componentes usados provenientes de VFV, da obrigação da disponibilização no ato da venda do documento comprovativo das peças e ou componentes serem originadas de um desmantelador de VFV licenciado e da fatura com discriminação detalhada de todas as peças usadas e ou componentes e respetivo preço, nos termos do disposto no n.º 6 do art. 81.º [alínea *ffff*]); o incumprimento, por parte dos operadores económicos que procedam à publicitação e comercialização de peças ou componentes usados provenientes de VFV e que procedam a vendas à distância, da obrigação de dispor de modo visível, por peça ou por componente usada, da informação sobre a designação e o número de licença do operador de desmantelamento de VFV, nos termos do n.º 7 do art. 81.º [alínea *gggg*]) e o incumprimento, por parte dos operadores de tratamento de resíduos que integram a rede de receção e recolha seletiva de uma entidade gestora do respetivo fluxo, na receção de resíduos de baterias e acumuladores industriais,

entregues por particulares, conforme estabelecido nos termos do disposto no n.º 4 do art. 73.º [alínea *hhhh*]).

No que concerne ao n.º 3 do art. 90.º do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual, também passou a constituir *contraordenação ambiental leve*, punível nos termos da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, o incumprimento das obrigações relativas ao sistema de contabilidade de gestão, nos termos do n.º 14 do art. 11.º [alínea *a*)]; a não observância por parte da entidade gestora da obrigação relativa ao fecho de contas no final da validade da licença, nos termos do n.º 15 do art. 11.º [alínea *b*)]; o incumprimento da obrigação de discriminação na fatura do valor correspondente à prestação financeira nos termos do n.º 8 do art. 14.º e a discriminação na fatura do valor correspondente à prestação financeira em violação do n.º 10 do art. 14.º [alínea *c*)]; o incumprimento da obrigação de publicitação dos valores da prestação financeira pela entidade gestora, nos termos do disposto no n.º 11 do art. 15.º [alínea *d*)]; o incumprimento da obrigação de reporte periódico de dados e de manutenção de registos cronológicos por parte dos intervenientes na recolha de REEE, nos termos das alíneas *c*) e *d*) do n.º 7 do art. 19.º [alínea *f*)]; o incumprimento da obrigação de reporte da informação, por parte dos fabricantes e importadores de veículos, em violação do disposto no n.º 9 do art. 19.º [alínea *g*)]; o incumprimento da obrigação de comunicação das alterações do registo ou do respetivo cancelamento, nos termos do disposto no n.º 10 do art. 19.º [alínea *h*)]; a nomeação de representante autorizado sem observância dos requisitos estabelecidos nos n.ºs 4 e 5 do art. 20.º [alínea *i*)]; o incumprimento da obrigação de informação, nos termos do disposto no n.º 11 do art. 23.º [alínea *m*)]; o incumprimento, por parte das entidades gestoras, da apresentação de estudo de viabilidade, nos termos do disposto no n.º 6 do art. 58.º [alínea *o*)]; o incumprimento por parte das entidades gestoras da apresentação do estudo de viabilidade nos termos do disposto no n.º 4 do art. 72.º [alínea *x*]).

Grosso modo, o legislador agregou ao conjunto de contraordenações com menor grau de gravidade a violação de formalidades associadas ao funcionamento de um sistema integrado de gestão de fluxos específicos de resíduos<sup>28</sup>, ao

---

<sup>28</sup> De acordo com o n.º 1 do art. 10.º do RGFER, o sistema integrado é o sistema através do qual o produtor do produto, o embalador ou o fornecedor de embalagens de serviço transfere a responsabilidade pela gestão do resíduo no qual o produto, ou a embalagem, consoante aplicável, se transforma, para uma entidade gestora licenciada para o efeito, que assume coletivamente essa responsabilidade.



sistema de registo de produtores e outros intervenientes e de representantes autorizados, e da apresentação de estudos de viabilidade de implementação de sistemas de incentivo ou de depósito e reembolso, para determinados fluxos específicos de resíduos.

Também foi aditado ao art. 90.º do DL n.º 152-D/2017 um n.º 7, com a seguinte redação: “A condenação pela prática da infração prevista na alínea p)<sup>29</sup> do n.º 2, relativa ao incumprimento dos n.ºs 10 e 12 do artigo 18.º, pode, em função da culpa do agente, implicar a cassação da licença da entidade gestora”. Acreditamos que a inclusão desta norma surge para colmatar uma lacuna no n.º 15 do art. 16.º do RGFER, que prevê a cassação da licença apenas nos casos de não apresentação ou manutenção da caução, a que se referem os n.ºs 12 a 14 do citado art. 16.º. Em anotação ao art. 21.º do RGCO, de acordo com FERREIRA ANTUNES<sup>30</sup>, “é ao normativo substantivo incriminador que cabe, estabelecer não apenas a coima mas também a sanção acessória”, sendo que os pressupostos gerais de aplicação das sanções acessórias são a gravidade da infração e a culpa do agente (n.º 1 do art. 21.º do RGCO, *ex vi* art. 29.º da LQCOA). Segundo SIMAS SANTOS e LOPES DE SOUSA<sup>31</sup>, “para além do preenchimento dos requisitos legais de que depende a aplicação das sanções, deverá ser formulado, na decisão condenatória, um juízo fundamentado sobre as razões ligadas à gravidade da infração e à culpa do agente que justificam, em termos de razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação da sanção”. Acresce que, conforme referido por PAULO ALBUQUERQUE<sup>32</sup>, “o princípio da taxatividade das sanções acessórias implica que a criação de uma nova sanção acessória depende de uma lei da AR ou de um decreto-lei autorizado, por se tratar de uma alteração do RGCO”. Pelo que criticamos a redação deste n.º 7, por omitir a menção ao regime aplicável das sanções acessórias da Lei-Quadro das Contraordenações

---

<sup>29</sup> Que prevê como contraordenação o incumprimento do dever de assegurar o pagamento das compensações financeiras, bem como de reposição dos montantes executados à caução, nos termos dos n.ºs 10 e 12 do art. 18.º do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual.

<sup>30</sup> MANUEL FERREIRA ANTUNES, *Contraordenações e Coimas – Regime Geral*, 2.ª ed., Petrony Editora, 2013, p. 105.

<sup>31</sup> MANUEL SIMAS SANTOS/JORGE LOPES DE SOUSA, *Contraordenações – Anotações ao Regime Geral*, 6.ª ed., Lisboa, Áreas Editores, 2011, p. 215.

<sup>32</sup> Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações – à luz da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., p. 128.



Ambientais, ao contrário do que sucede com o n.º 6 do art. 90.º do RGFER<sup>33</sup>. A nosso ver, o legislador deveria ter remetido, igualmente, para a sanção acessória prevista no art. 30.º da LQCOA, no caso, na alínea g) do n.º 1 (cessação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações relacionados com o exercício da respetiva atividade).

Quanto ao art. 91.º do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual, estabelece que sem prejuízo das contraordenações ambientais previstas no art. 90.º, passam a incluir o elenco das contraordenações económicas<sup>34</sup> graves, puníveis nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas<sup>35</sup>, o incumprimento, pelos produtores de produto, das obrigações relativas ao registo, nos termos do n.º 6 do art. 19.º [alínea a)]; o incumprimento, pelos produtores de EEE, das obrigações previstas na alínea b) do n.º 7 do art. 19.º [alínea b)] e o incumprimento, por parte do produtor do produto ou do representante autorizado, da obrigação de informação à APA, I. P., da cessação do mandato, nos termos do n.º 6 do art. 20.º [alínea d)].

No que diz respeito à instrução e decisão dos processos de contraordenação, o DL n.º 24/2024 veio acrescentar um n.º 3 ao art. 92.º, determinando que, no caso das entidades gestoras do fluxo específico de resíduos urbanos de embalagens, compete à ERSAR<sup>36</sup>, no âmbito das respetivas competências, a instrução dos pro-

---

<sup>33</sup> Que estabelece que a condenação pela prática das infrações muito graves e graves previstas nos n.ºs 1 e 2 pode ser objeto de publicidade quando a medida concreta da coima aplicada ultrapasse metade do montante máximo da coima abstratamente aplicável, nos termos do disposto na Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais.

<sup>34</sup> De acordo com o n.º 2 do art. 1.º do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE), constitui contraordenação económica todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares, relativas ao acesso ou ao exercício, por qualquer pessoa singular ou coletiva, de atividades económicas nos setores alimentar e não alimentar e para o qual se comine uma coima.

<sup>35</sup> De acordo com o preâmbulo do DL n.º 9/2021, de 29/1, que aprova o referido diploma legal: “Pretende-se, com o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, essa uniformização e a simplificação dos regimes contraordenacionais aplicáveis em matéria de acesso e exercício de atividades económicas, ao longo das cadeias de produção e de distribuição, acautelando não só a eficiência desejada quanto à tramitação dos processos de contraordenação, mas também estabelecendo um regime substantivo e um regime adjetivo comuns aos ilícitos contraordenacionais económicos, que reflitam a ponderação dos vários princípios subjacentes à teleologia do direito sancionatório económico, no respeito dos direitos procedimentais e processuais dos operadores económicos”.

<sup>36</sup> A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano.

cessos de contraordenação instaurados no âmbito do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual, bem como a aplicação das correspondentes coimas e da sanção acessória prevista no n.º 6 do art. 90.º (que estabelece que a condenação pela prática das infrações muito graves e graves previstas nos n.ºs 1 e 2 do art. 90.º pode ser objeto de publicidade quando a medida concreta da coima aplicada ultrapasse metade do montante máximo da coima abstratamente aplicável, nos termos do disposto na Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais).

#### IV. Conclusão

Referindo-se à proteção do ambiente, LOUREIRO<sup>37</sup> considera que “enquanto bem jurídico fundamental da comunidade (da comunidade universal, na verdade), tem assumido cada vez maior importância na nossa ordem jurídica, dizendo bem da consciencialização que se tem operado na sociedade quanto à necessidade de evitar danos ambientais. Esse relevo crescente, todavia, vem impor sobre o Estado – detentor último dos mais sérios poderes de intervenção sobre a esfera dos particulares – uma pressão muito grande sobre como e quando atuar, através de que instrumentos e com que consequências. Se se nos afigura pacífico, hoje, que uma tal tutela deve estar fragmentada entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, os demais momentos de construção do sistema continuam ainda a estar envoltos em muitas dificuldades e dúvidas”.

Atendendo ao acréscimo considerável de contraordenações ambientais, nas alterações promovidas pelo DL n.º 24/2024, de 26/3, ao Regime Geral da Gestão de Resíduos (num total de quarenta e oito), e ao Regime Unificado de Fluxos Específicos (num total de trinta e seis)<sup>38</sup>, parece-nos evidente a relevância conferida pelo legislador à aplicação de medidas sancionatórias, de cuja eficácia também depende o cumprimento dos objetivos fixados no RGGR e, por consequência, do PNGR. A obrigação do cumprimento do dever omitido prevista no art. 24.º da LQCA reflete essa preocupação, quando determina que o pagamento da coima

---

<sup>37</sup> FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A Fronteira entre o Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social: Reflexão a partir das Contraordenações Ambientais”, in *Jornadas de Direito das Contraordenações* (pp. 117-136), Porto, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 132-133.

<sup>38</sup> Sendo que ao grupo das contraordenações económicas abrangidas pelo art. 91.º do DL n.º 152-D/2017, na sua redação atual, apenas foram acrescentadas três.

não dispensa o infrator da reposição da legalidade, sempre que ainda for possível. Neste sentido, concordamos com CLÁUDIA SANTOS *et al.*<sup>39</sup> quando assinalam a “ap-tidão do direito de mera ordenação social para sancionar as infracções ambientais e, mais do que isso, prevenir a ocorrência de tais prejuízos ecológicos”, concluindo pelo melhor posicionamento deste ramo do direito “para a tutela ambiental rela-tivamente ao direito penal. O que não equivale a defender que a este seja de todo escamoteada uma função de proteção do bem jurídico ambiente, mas sim a afir-mar que a sua intervenção deve ser reservada a casos de particular gravidade e sempre com a preocupação de que o regime previsto na lei penal possa ser eficaz sob o ponto de vista do bem jurídico a proteger”.

A aprovação de atos legislativos é somente uma das etapas do processo de execução de políticas públicas, sendo necessário garantir a sua implementação, para que se possam atingir os objetivos pretendidos. Neste caso, requer-se um empenhamento significativo por parte das entidades com intervenção em matéria de resíduos, uma vez que as medidas previstas também envolvem uma mudança de práticas administrativas, a adequação dos sistemas informáticos à tramitação dos procedimentos, e a formação dos trabalhadores afetos à execução das tarefas inerentes às respetivas áreas de atuação. Aqui destacaria o papel determinante da atividade fiscalizadora da Administração na deteção dos ilícitos, na medida em que o grau de eficácia do edifício legal erigido em matéria de contraordenações ambientais dependerá, antes do mais, de um correto enquadramento de facto e de direito dos novos tipos legais, que possibilite avançar com a instauração dos respetivos processos. Por sua vez, já em sede de instrução e decisão desses processos de contraordenação, importará reforçar as autoridades administrativas competentes com meios humanos e materiais que lhes permitam aplicar as san-ções (pecuniárias e acessórias) e acompanhar a sua execução.

---

<sup>39</sup> Cf. CLÁUDIA MARIA CRUZ SANTOS/JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS/MARIA ALEXAN-DRA DE SOUSA ARAGÃO, *Introdução ao Direito do Ambiente, cit.*, pp. 191-192.



# Créditos laborais e insolvência do empregador – *Quid iuris?*

Cláudio Sampaio

*Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa*

*(Escola de Direito da Universidade do Minho)*

**Resumo:** Como é sabido, a celebração de um contrato de trabalho acarreta para o trabalhador a subordinação jurídica perante a entidade patronal, sendo, por isso, considerado a parte mais fraca nessa relação jurídica. Tendo isto em consideração, o Código do Trabalho assume uma postura maioritariamente protetora do trabalhador, em função dessa mesma subordinação. Sucede que o tecido jurídico-comercial do nosso ordenamento jurídico é particularmente volátil, pelo que a insolvência de uma empresa não é rara, independentemente da atividade a que se dedica. Destarte, procurar-se-á abordar no presente artigo a proteção conferida aos trabalhadores perante a reconhecida incapacidade da sua entidade empregadora de cumprir, integral e pontualmente, com as suas obrigações.

**Palavras-chave:** Créditos / Insolvência / Laboral / Obrigações / Privilégios

**Abstract:** It is well known that the celebration of an employment contract implies the legal subordination of the employee towards the employer, which justifies why the employee is considered the weakest part of that legal relationship. Bearing this in mind, our Labour Code mostly assumes a protective stance towards the employee because of said subordination. In our legal system, the legal-commercial fabric is particularly volatile, which is why a company's insolvency is not rare, despite its activity. Therefore, with this paper, we aim to study the protection granted to employees in the face of the publicly acknowledged incapacity of their employer to fulfil, perfectly and timely, their obligations.

**Keywords:** Credits / Insolvency / Labour / Obligations / Privileges

## 1. Introdução

A situação insolvencial é uma realidade com a qual juristas, gerentes, administradores, empresários e leigos convivem diariamente – raro é o cidadão que desconhece, ainda que em termos básicos, o que é uma insolvência –, mais ainda após a pandemia da Covid-19.

Neste particular, assume relevância a possibilidade de, no âmbito de uma ação de declaração de insolvência, se decidir no sentido de uma empresa continuar a laborar, ainda que insolvente. Repare-se que a solução não é, de todo, estranha, atento o facto de vigorar hodiernamente entre nós um modelo de insolvência-saneamento e não de insolvência-liquidação<sup>1</sup>.

O que acontece, porém, quanto à qualificação jurídica dos créditos laborais dos trabalhadores perante o empregador insolvente? E, indo mais longe, como se classificam juridicamente os créditos laborais dos trabalhadores com mais antiguidade na empresa em relação aos trabalhadores mais recentes, que podem até ter sido contratados, precisamente, porque na pendência do processo de insolvência se entendeu que a empresa poderia ser “salva” se aumentasse a produção? São estas as questões que pretendemos descortinar com o presente texto, tendo em conta que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, CIRE) apenas regula expressamente a matéria da insolvência do trabalhador (no seu art. 113.º) e não a do empregador<sup>2/3</sup>.

## 2. Classificação dos créditos – Um problema *ab initio*

Com a declaração da insolvência apreendem-se os bens do devedor, nos termos dos arts. 149.º e segs. do CIRE.

---

<sup>1</sup> Quanto a esta matéria, veja-se CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 24 a 33.

<sup>2</sup> ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 209 e segs.

<sup>3</sup> Para exemplificar a divergência doutrinal “originária” quanto a este tema, veja-se, por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos Sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à luz do Código de Trabalho*, Lisboa, AAFDL, 2004, p. 51, onde o Autor entendia ser de aplicar o art. 111.º do CIRE, com o que não concordamos, tendo em conta que este preceito contende com contratos de prestação de serviços duradouros. Quanto à distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, veja-se, entre outros, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 59 a 73.

Esta apreensão permite a constituição da designada “massa insolvente”, o património separado<sup>4</sup>, de afetação especial<sup>5</sup>, que tem como objetivo principal a satisfação das suas próprias dívidas – as designadas dívidas da massa/créditos sobre a massa, nos termos do art. 51.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE –, e, como objetivo secundário, a satisfação dos credores da insolvência – as chamadas dívidas da insolvência/créditos sobre a insolvência, nos termos do n.º 1 do art. 46.º do mesmo diploma<sup>6</sup>.

Do citado preceito legal resulta um claro afastamento do princípio *par conditio creditorum*, que estipula a igualdade entre os credores. Desde logo, é notória a distinção entre credores da massa e credores da insolvência, na medida em que os primeiros têm prioridade, em relação aos segundos, quanto à distribuição do valor resultante da liquidação da massa insolvente. Além dessa diferença – e consequente necessidade de se apurarem quais os créditos que são sobre a massa ou sobre a insolvência – existe também a questão da classificação e graduação dos créditos sobre a insolvência, como veremos *infra*.

## 2.1. Efeitos (eminentemente) práticos da classificação dos créditos

Como já dissemos, os créditos sobre a massa têm prioridade sobre os da insolvência, mas que créditos, ao certo, compõem cada universo e, dentro das dívidas da insolvência, como se graduam<sup>7</sup> os vários créditos?

### 2.1.1. Créditos sobre a insolvência/Dívidas da insolvência

Os créditos sobre a insolvência são, nos termos do n.º 1 do art. 47.º do CIRE, os créditos, de natureza patrimonial, sobre o insolvente *ou* que estejam garantidos por bens que integram a massa insolvente, desde que o fundamento dessa garantia seja anterior à data da declaração da insolvência.

---

<sup>4</sup> Para maiores desenvolvimentos quanto à distinção entre as modalidades de patrimónios separados, *vide* HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 207 a 210.

<sup>5</sup> Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981, pp. 125 e segs., e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>6</sup> Doravante, todos os preceitos legais citados sem referência ao diploma legal no qual se inserem presumem-se ínsitos no CIRE.

<sup>7</sup> Veja-se, entre outros, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 62 a 73.

### 2.1.2. Créditos sobre a massa/Dívidas da massa (insolvente)

Já os créditos sobre a massa serão, *a contrario sensu*, aqueles que sejam contraídos após a data da declaração da insolvência. Como bem denota CATARINA SERRA, o problema é que esta também não é a melhor designação do que são os créditos sobre a massa, já que existem créditos sobre a insolvência cujo fundamento é posterior à data da declaração da insolvência<sup>8</sup>.

Repare-se que não existe uma definição *exata* do que compõe as dívidas da massa, visto as alíneas *a)* a *j)* do n.º 1 do art. 51.º contemplarem um elenco meramente exemplificativo de dívidas da massa insolvente, fazendo o legislador uma remissão genérica para outras dívidas qualificadas como tal pelo próprio CIRE.

Assim, constituem dívidas da massa insolvente: as custas do processo de insolvência [alínea *a)*]; as remunerações do administrador da insolvência e as despesas deste e dos membros da comissão de credores [alínea *b)*]; as dívidas emergentes dos atos de administração, liquidação e partilha da massa insolvente [alínea *c)*]; as dívidas resultantes da atuação do administrador da insolvência no exercício das suas funções [alínea *d)*]; qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida em que se reporte a período anterior à declaração de insolvência [alínea *e)*]; qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não seja recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte anteriormente à declaração de insolvência ou em que se reporte a período anterior a essa declaração [alínea *f)*]; qualquer dívida resultante de contrato que tenha por objeto uma prestação duradoura, na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte e cujo cumprimento tenha sido exigido pelo administrador judicial provisório [alínea *g)*]; as dívidas constituídas por atos praticados pelo administrador judicial provisório no exercício dos seus poderes [alínea *h)*]; as dívidas que tenham por fonte o enriquecimento sem causa da massa insolvente [alínea *i)*]; a obrigação de prestar alimentos relativa a período posterior à data da declaração de insolvência, nas condições do art. 93.º [alínea *j)*]; o direito da contraparte do insolvente à contraprestação apenas no que exceda o valor do que seria apurado nos casos em que o administrador da insolvência tenha recusado o cumpri-

---

<sup>8</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 63.



mento do contrato (n.º 3 do art. 103.º); o direito da contraparte do insolvente à contraprestação em dívida, no caso de o cumprimento da prestação ser imposto contratualmente ao insolvente e o administrador da insolvência não tenha recusado o cumprimento (n.º 5 do art. 103.º); a remuneração e o reembolso de despesas do mandatário constituem dívida da massa insolvente quando contendam com a prática de atos necessários, pelo mandatário, no sentido de evitar prejuízos previsíveis para a massa insolvente, até que o administrador da insolvência tome as devidas providências [n.º 2, alínea *a*), e n.º 3 do art. 110.º]<sup>9</sup>; no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente<sup>10</sup> (arts. 120.º e segs.), constitui dívida da massa a obrigação de restituição do valor correspondente ao objeto prestado por terceiro, apenas na medida do respetivo enriquecimento à data da declaração da insolvência (n.º 5 do art. 126.º).

## 2.2. Classes de créditos (sobre a insolvência)

Tendo em conta a panóplia de créditos que podem compor o grupo das dívidas da insolvência, como se graduam estes? É neste particular que se chama à colação o n.º 4 do art. 47.º, que estipula a distinção entre créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos subordinados e créditos comuns, além dos créditos condicionais mencionados, por seu turno, no art. 50.º.

### 2.2.1. Créditos garantidos

Os créditos garantidos são, nos termos da alínea *a*) do n.º 4 do art. 47.º, aqueles que beneficiam de garantias reais e, bem assim, os créditos garantidos por consignação de rendimentos (arts. 656.º e segs.), penhor (arts. 666.º e segs.), hipoteca (arts. 686.º e segs.), direito de retenção (arts. 754.º e segs.) ou por privilégios creditórios especiais (arts. 735.º e segs., todos do Código Civil).

---

<sup>9</sup> Repare-se que a remuneração e o reembolso de despesas do mandatário constituem dívidas da insolvência quando contendam com o período em que o mandatário tenha exercido funções desconhecendo, sem culpa, a declaração de insolvência do mandante, como resulta da leitura conjunta do art. 110.º, n.º 3, *in fine*, e da alínea *b*) do n.º 2 do mesmo preceito.

<sup>10</sup> Sobre a resolução em benefício da massa insolvente, *vide*, com maiores desenvolvimentos, CÁTARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 238 a 245, e AMÉRICO FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Coimbra, Almedina, 2008, *passim*.

Relembrando que os privilégios creditórios especiais são aqueles que contêm com o valor de determinados bens (móveis ou imóveis, consubstanciando, respetivamente, privilégios creditórios mobiliários especiais ou privilégios creditórios imobiliários especiais), nos termos do art. 735.º, n.ºs 1 e 2, *in fine*, do Código Civil<sup>11</sup>, nunca descurando que estes consubstanciam verdadeiros direitos reais<sup>12</sup>.

Neste quesito, assume relevância a alínea *b*) do n.º 1 do art. 333.º do Código do Trabalho, que preceitua que os trabalhadores gozam de privilégio imobiliário especial (ao qual voltaremos *infra*<sup>13</sup>) em relação aos créditos fundados pelo contrato de trabalho, pela sua violação ou pela cessação do mesmo, versando esse privilégio sobre o imóvel do empregador onde o trabalhador presta a sua atividade.

### 2.2.2. Créditos privilegiados

Reconduzem-se, nos termos da alínea *a*) do n.º 4 do art. 47.º, aos créditos que beneficiam de privilégios creditórios gerais (sobre os bens que compõem a massa insolvente).

Os privilégios creditórios gerais são aqueles que dizem respeito ao valor de todos os bens móveis – privilégios mobiliários gerais – ou imóveis – privilégios imobiliários gerais – existentes no património do devedor à data da penhora ou de ato equivalente, como resulta do art. 735.º, n.º 2, do Código Civil<sup>14</sup>.

Podemos, desde já, adiantar que os trabalhadores gozam de privilégio creditório mobiliário geral para garantia dos créditos cujo fundamento se prenda com o contrato de trabalho, a violação ou a cessação do mesmo, como resulta da alínea *a*) do n.º 1 do art. 333.º do Código do Trabalho.

### 2.2.3. Créditos subordinados

Os créditos subordinados são aqueles de que nenhum credor quer ser titular, já que são colocados em último lugar ao nível do pagamento, visto este só ter lugar após o dos créditos comuns (que estudaremos já de seguida).

---

<sup>11</sup> Cf. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 425.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, *vide* LUÍS MANUEL COUTO GONÇALVES, *Direitos Reais*, 5.ª ed., Braga, AEDUM, 2022, p. 13, e PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *op. cit.*, p. 422.

<sup>13</sup> Veja-se o ponto 3.1.

<sup>14</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *op. cit.*, p. 425.

Assim como não existe uma definição legal e exata (taxativa) do que compõe os créditos sobre a massa, também inexistem uma definição do que são créditos subordinados, pois o art. 47.º, n.º 4, alínea b), remete para o elenco do art. 48.º.

Destarte, são considerados créditos subordinados: os créditos detidos por pessoas *especialmente relacionadas* com o devedor<sup>15</sup>, desde que a relação especial seja anterior à aquisição do crédito e por aqueles a quem tenham sido transmitidos, nos dois anos anteriores ao início do processo insolvencial [arts. 48.º, alínea a), e 49.º], os juros supervenientes à declaração de insolvência, de créditos não subordinados (excetuando-se os que estão abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais) até ao valor dos bens onerados, e de créditos subordinados [alíneas b) e f) do art. 48.º], os créditos convencionalmente subordinados [alínea c) do art. 48.º], os créditos que contendam com prestações a título gratuito por parte do devedor [alínea d) do art. 48.º], os créditos sobre a insolvência que, na sequência da resolução em benefício da massa, resultem para um terceiro de má-fé [alínea e) do art. 48.º] e os créditos por suprimentos [alínea g) do art. 48.º].

#### 2.2.4. Créditos comuns

Os créditos comuns contêm todos os créditos que careçam de ser classificados como privilegiados, garantidos ou subordinados. Trata-se, portanto, de uma classe supletiva/residual<sup>16</sup> de créditos.

#### 2.2.5. Créditos condicionais

Os créditos condicionais encontram-se regulados, como mencionamos *supra*, pelo art. 50.º e dizem, naturalmente, respeito aos créditos que se encontrem sujeitos a condição suspensiva ou resolutiva.

Consustanciam créditos condicionais: os resultantes da recusa de execução ou denúncia antecipada, por parte do administrador da insolvência, de contratos

---

<sup>15</sup> Deixaremos o estudo crítico da taxatividade (ou não) do art. 48.º e do conceito de “pessoa especialmente relacionada com o devedor” para momento oportuno. Adiantamos, contudo, que parte da doutrina defende que a enumeração é taxativa. *Vide*, por todos, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>16</sup> A expressão é de CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 72.

bilaterais em curso à data da declaração da insolvência ou da resolução de atos em benefício da massa insolvente, enquanto não se verificar essa denúncia, recusa ou resolução [cf. art. 50.º, n.º 2, alínea *a*)]; os créditos que não possam ser exercidos contra o insolvente sem prévia excussão do património de outrem, enquanto não se verificar tal excussão<sup>17</sup> [art. 50.º, n.º 2, alínea *b*)]; e os créditos sobre a insolvência pelos quais o insolvente não responda pessoalmente, enquanto a dívida não for exigível [art. 50.º, n.º 2, alínea *c*]).

### 3. Créditos laborais – Concurso de privilégios e de créditos

Da exposição que acabamos de fazer resulta claro e evidente que os trabalhadores de uma entidade empregadora declarada insolvente se podem arrogar como titulares, simultaneamente, de privilégio creditório imobiliário especial [art. 333.º, n.º 1, alínea *b*), do Código do Trabalho] e de privilégio creditório mobiliário geral [art. 333.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do Trabalho], ou seja, podem ser, respetivamente, titulares de créditos garantidos (por força do privilégio imobiliário especial) e de créditos privilegiados (*ex vi* privilégio mobiliário geral).

#### 3.1. Alcance do privilégio imobiliário especial

Questão que não abordamos *supra* e que nos propusemos a expor foi a do alcance do privilégio imobiliário especial dos trabalhadores.

Neste quesito, a doutrina e a jurisprudência são ricas... em divergência. Procuraremos fazer agora uma síntese das várias posições.

Quanto ao alcance do privilégio creditório imobiliário especial dos trabalhadores, têm sido debatidas as possibilidades de uma interpretação restrita e de uma interpretação ampla deste privilégio. A primeira posição<sup>18</sup> estipula que o privilégio

---

<sup>17</sup> É o que acontece caso o insolvente seja fiador de outrem e não tenha renunciado ao benefício de excussão prévia, nos termos do art. 638.º do Código Civil.

<sup>18</sup> *Vide*, por todos, MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 289 e 290, nota de rodapé 107, e “A garantia dos créditos laborais”, in *Código do Trabalho: A Revisão de 2009*, Paulo Morgado de Carvalho (coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 381 a 393, e JOANA VASCONCELOS, “Sobre a Garantia dos Créditos Laborais no Código do Trabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, António Monteiro Fernandes (coord.), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 321 a 341.

creditério recairia, específica e exclusivamente, sobre o imóvel (ou imóveis) onde o trabalhador laborou ou laborava; a segunda, mais presente na jurisprudência<sup>19</sup>, mas também defendida por alguma doutrina<sup>20</sup>, defende que todos os imóveis que compõem o património do empregador, desde que ligados à sua atividade económico-empresarial, são abrangidos pelo privilégio. Foi neste sentido que se decidiu num Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (AUJ) de 2016<sup>21</sup>.

A situação é particularmente problemática quando a entidade empregadora (insolvente) se dedica à atividade de construção civil e é imperativo saber se o privilégio abrange todos os imóveis construídos por esta, não só pelo “relevo económico da atividade de construção civil, o elevado número de insolvência nesta área, o facto de estes bens constituírem em regra o cerne do património dessas e a situação muitas vezes débil desses trabalhadores”<sup>22</sup> e também aqui a jurisprudência tem divergido, aderindo ora à tese mais restrita<sup>23</sup>, ora à mais ampla<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Neste sentido, veja-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 21/2/2018, proc. n.º 7899/16.7T8CBR-C.C1 (Arlindo Oliveira); e do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 18/1/2018, proc. n.º 942/11.8TYLSB-B.L1-2 (Teresa Albuquerque); e de 23/11/2017, proc. n.º 227/16.3T8VFC-G.L1-6 (António Santos). Estes e todos os Acórdãos citados encontram-se disponíveis em *www.dgsi.pt* e foram consultados pela última vez a 5/9/2024, salvo indicação em sentido diverso. Veja-se, detalhadamente, MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvências*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 446 e 447, nota de rodapé 1146, e, também, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, op. cit., pp. 429 a 431.

<sup>20</sup> Veja-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”, in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 383 e segs., *maxime* p. 399; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 899; e PEDRO ROMANO MARTINEZ/LUÍS MIGUEL MONTEIRO/JOANA VASCONCELOS/PEDRO MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY/LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Anotação ao Artigo 333.º”, in *Código do Trabalho – Anotado*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 756 e 757.

<sup>21</sup> Cf. o AUJ do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 23/2/2016, proc. n.º 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1-A (Pinto de Almeida).

<sup>22</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, op. cit., p. 431.

<sup>23</sup> Vejam-se os Acórdãos do STJ de 13/11/2014, proc. n.º 1315/11.8TJVNF-A.P1.S1 (Ana Paula Boularot); do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 28/6/2018, proc. n.º 1165/12.4TBVNO-E.E1 (Tomé de Carvalho); do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 17/9/2015, proc. n.º 2731/11.0TBRRG-E.G1 (Fernando Fernandes Freitas); de 29/5/2014, proc. n.º 5049/11.5TBRRG-J.G1 (Maria Purificação Carvalho); de 13/3/2014, proc. n.º 8746/12.4TBRRG-E.G1 (António Santos); de 30/5/2013, proc. n.º 1193/07.1TBGMR-E.G1 (Raquel Rego); e de 10/5/2007, proc. n.º 450/07-2 (Conceição Bucho); e do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 28/4/2014, proc. n.º 434/07.0TYVNG-B.P1 (Alberto Ruço); e de 23/2/2012, proc. n.º 239/07.8TYVNG.P1 (Ana Paula Amorim).

<sup>24</sup> Neste sentido, *vide* os Acórdãos do STJ de 5/4/2022, proc. n.º 850/13.8TBTVD-F.L1.S1 (Graça Amaral); de 27/11/2019, proc. n.º 7553/15.7T8VIS-G.C1.S2 (Assunção Raimundo); e de 30/5/2017,

Não obstante esta divisão, a verdade é que, no já citado AUJ, o STJ decidiu no sentido de se afastar o privilégio creditório imobiliário especial em relação aos “imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização”. Repare-se, porém, que o AUJ implica que o seu âmbito de aplicação seja circunscrito aos imóveis destinados a comercialização, ficando, a *contrario sensu*, abrangidos pelo privilégio todos os outros, nomeadamente sede, armazéns e garagens<sup>25</sup> da entidade patronal.

De todo o modo, o AUJ conta com alguns votos de vencido, dos quais se destaca o da Senhora Conselheira Maria Clara Sottomayor, que fundamenta a sua posição de forma bastante vigorosa e aponta uma incoerência gritante – é que o mesmíssimo AUJ, por um lado, adere à tese ampla quanto ao alcance do privilégio imobiliário especial e, por outro lado, exclui os imóveis que forem destinados à comercialização, quando estes são *grosso modo* a maioria (se não a totalidade) do património das empresas de construção civil.

Desta forma, a adesão à tese ampla fica desprovida de sentido útil na maioria dos casos, já que acaba por não proteger os trabalhadores. Citando a Senhora Conselheira, o Acórdão, “em contradição com os valores afirmados, acaba por fazer prevalecer os interesses das instituições bancárias, retirando assim aos trabalhadores da construção civil a possibilidade de beneficiarem do produto da venda destes imóveis para pagar os seus créditos”.

Concluindo e aderindo explicitamente à tese ampla<sup>26</sup>, recordamos as palavras de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, quando defende esta posição assente “na teleologia da norma (mais do que fixar um único imóvel, o que se pretende é excluir do privilégio os imóveis de uso pessoal do empregador) e num imperativo de igualdade entre trabalhadores”<sup>27</sup>.

---

proc. n.º 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1 (Ana Paula Boularot); do TRC de 12/6/2012, proc. n.º 1087/10.3TJCBBR-J.C1 (Jaime Carlos Ferreira); e de 28/6/2011, proc. n.º 494/09.9TBNLS-C.C1 (Fonte Ramos); do TRE de 12/6/2019, proc. n.º 749/16.6T8OLH.E1 (José Manuel Barata); de 30/5/2019, proc. n.º 1014/15.1T8STR-C.E1 (Rui Machado e Moura); de 14/2/2019, proc. n.º 1633/12.8TBBNV-B.E1 (Rui Machado e Moura); e de 8/11/2018, proc. n.º 4029/16.9T8STB-C.E1 (Florabela Moreira Lança); e do TRL de 24/1/2023, proc. n.º 1451/13.6TYLSB-G.L1-1 (Paula Cardoso); o Ac. do TRL, datado de 11/5/2021, Proc. n.º 157/08.2TYLSB.L1-1 (Manuela Espadaneira Lopes); e de 18/1/2018, proc. n.º 942/11.8TYLSB-B.L1-2, *cit.*

<sup>25</sup> Neste sentido, *vide* o já citado Acórdão do STJ de 27/11/2019, proc. n.º 7553/15.7T8VIS-G.C1.S2.

<sup>26</sup> No mesmo sentido, *vide* PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *op. cit.*, p. 431, nota de rodapé 1188.

<sup>27</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”, *op. cit.*, p. 399.

### 3.2. Graduação dos créditos privilegiados

A lei civil estabelece a ordem pela qual são pagos os créditos privilegiados, em caso de concurso (art. 745.º, n.º 1, do Código Civil) entre créditos cujos privilégios revestem a mesma natureza, isto é, em caso de concurso de créditos com privilégios mobiliários (art. 747.º do Código Civil) e em caso de concurso de créditos com privilégios imobiliários (art. 748.º do Código Civil).

No âmbito dos privilégios mobiliários, graduam-se, primeiramente, os créditos relativos a despesas de justiça (art. 746.º do Código Civil), seguindo-se os créditos resultantes da disponibilização de capital para a revitalização do devedor no âmbito do Processo Especial de Revitalização (art. 17.º-H); em terceiro lugar, os créditos dos trabalhadores, nos termos do art. 333.º, n.º 2, alínea *a*), do Código do Trabalho; em quarto lugar, os créditos previstos no art. 204.º, n.º 1, do Código Contributivo e no art. 747.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Civil; em quinto lugar, os créditos por fornecimentos para atividade agrícola [art. 747.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Civil], os créditos de vítima de um facto que dê azo a responsabilidade civil [art. 747.º, n.º 1, alínea *d*), do Código Civil] e os créditos de autor de obra intelectual [art. 747.º, n.º 1, alínea *e*), do Código Civil]; por fim, os créditos com privilégio mobiliário geral, pela ordem constante do art. 737.º do Código Civil, *ex vi* art. 747.º, n.º 1, alínea *f*), do mesmo diploma<sup>28</sup>.

Quanto aos privilégios imobiliários, graduam-se, primeiramente, os créditos privilegiados relativos a despesas de justiça (arts. 743.º e 746.º do Código Civil), seguidos pelos créditos dos trabalhadores, nos termos do art. 333.º, n.º 2, alínea *b*), do Código do Trabalho; em terceiro lugar, os créditos do Estado, previstos no art. 748.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Civil; em quarto lugar, os créditos das autarquias locais pelo Imposto Municipal sobre Imóveis e Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, nos termos do art. 748.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Civil; em quinto lugar, os créditos previstos no art. 205.º do Código Contributivo; e, por fim, os créditos fiscais que gozam de privilégio imobiliário geral (arts. 111.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e 116.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *op. cit.*, pp. 432 e 433.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 434.



Como PESTANA DE VASCONCELOS aponta – e bem –, por norma, os créditos garantidos por privilégios mobiliários especiais prevalecem sobre os créditos garantidos por privilégios mobiliários gerais; contudo, frequentemente, tal não acontece, como no caso dos créditos dos trabalhadores e da Segurança Social<sup>30</sup>.

Existindo créditos igualmente privilegiados (assegurados, simultaneamente, por privilégios mobiliários e imobiliários – como é o caso dos créditos dos trabalhadores), o art. 745.º, n.º 2, do Código Civil ordena que se proceda ao rateio entre eles, na proporção dos respetivos montantes.

Repare-se, todavia, que a questão só se coloca se considerarmos os créditos laborais como créditos sobre a insolvência, pois só aí precisamos de proceder à operação de graduação dos créditos e dos privilégios, o que nos leva para a questão fulcral que consubstancia o tema do nosso estudo: atendendo à data a que os créditos laborais remontam, serão créditos sobre a insolvência ou sobre a massa?

Nesta matéria, devemos distinguir não só entre os créditos laborais de natureza remuneratória (relacionados com a própria execução do contrato de trabalho, ou seja, salários, subsídios de férias, subsídios de Natal ou subsídios de alimentação) e de natureza compensatória (atinentes à compensação a que o trabalhador tem direito pela cessação do contrato de trabalho, seja por força do fecho do estabelecimento comercial ou pelo despedimento) como, também, entre os créditos contraídos antes e depois da declaração de insolvência. Vamos por partes.

### 3.3. Créditos remuneratórios

Relativamente aos créditos remuneratórios, o CIRE é bastante explícito.

Os créditos remuneratórios cujo fundamento remonte a data anterior à declaração da insolvência, são créditos sobre a insolvência, sendo qualificados como créditos garantidos ou privilegiados, atentos os privilégios creditórios em causa, como já vimos. Tal é corroborado pela leitura conjunta dos arts. 47.º, n.ºs 1 e 4, alínea a), e 51.º, n.º 1, alínea f)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Neste sentido, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência, op. cit.*, p. 275; JÚLIO VIEIRA GOMES, “Nótula sobre os efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho”, in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 285 e segs., *maxime* p. 291; e JOANA COSTEIRA, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 83.



Por sua vez, os créditos remuneratórios cujo fundamento seja posterior à data da declaração da insolvência são considerados dívidas sobre a massa, retroagindo, aliás, às prestações laborais prestadas a partir da data da abertura do processo insolvencial<sup>32</sup>, independentemente de se tratar de contratos celebrados antes [conforme os arts. 51.º, n.º 1, alíneas *c*) e *f*), nos casos em que o administrador da insolvência não considere que os trabalhadores são dispensáveis] ou após [nos termos dos arts. 55.º, n.º 4, e 51.º, alínea *d*), nos casos em que o administrador da insolvência decide contratar novos trabalhadores] a declaração da insolvência.

### 3.4. Créditos compensatórios

Tratando-se de créditos compensatórios com fundamento anterior à data de declaração de insolvência, a solução lógica e legal é que tenham o mesmo tratamento que os créditos remuneratórios fundados nas mesmas circunstâncias, isto é, que sejam considerados créditos sobre a insolvência, nos termos dos arts. 47.º, n.ºs 1 e 4, alínea *a*).

Por seu turno, os créditos compensatórios fundados após a declaração de insolvência já se revelam como uma questão um pouco mais controversa. Desde logo, porque há que ter em atenção se esses créditos resultam: 1) da cessação de contratos de trabalho que haviam sido celebrados *antes* da declaração da insolvência e que cessam por caducidade decorrente do encerramento do estabelecimento comercial, nos termos do art. 156.º, n.º 2, ou do art. 157.º, ou por despedimento, quando o administrador da insolvência entenda que aqueles trabalhadores são dispensáveis ao funcionamento da empresa, seguindo o preceito do art. 347.º, n.º 2, do Código do Trabalho, ou, por outro lado, 2) da cessação de contratos de trabalho celebrados após a declaração de insolvência (contratos celebrados pelo administrador da insolvência, que cessam por caducidade com o encerramento definitivo do estabelecimento ou com a transmissão deste, salvo convenção entre as partes em sentido diverso, como resulta do art. 55.º, n.º 4)<sup>33</sup>.

Quanto aos segundos “tipos” de contratos, não há dúvidas de que se trata de créditos resultantes de um ato de administração da massa, realizado pelo admi-

---

<sup>32</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 275 e 276, e JÚLIO VIEIRA GOMES, “Nó-tula sobre os efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho”, *op. cit.*, pp. 293 e segs.

<sup>33</sup> Neste sentido, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 277.

nistrador de insolvência, pelo que serão, inequivocamente, dívidas da massa insolvente, como estipulado pelo art. 51.º, n.º 1, alínea c).

Quanto aos créditos compensatórios resultantes da cessação, após a declaração de insolvência, de contratos celebrados anteriormente, a doutrina e a jurisprudência divergem e é aqui que assenta o cerne do nosso estudo.

#### 4. Dívidas sobre a insolvência ou dívidas sobre a massa?

##### 4.1. Tese segundo a qual os créditos laborais são dívidas da massa insolvente

Numa primeira tentativa de descortinar este imbróglio jurídico, a doutrina<sup>34</sup> e a jurisprudência<sup>35</sup> entenderam que os créditos resultantes da cessação de contratos de trabalho por parte do administrador de insolvência seriam considerados créditos sobre a massa, nos termos do (já citado) art. 347.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

É de notar, contudo, que, mesmo concordando com a qualificação destes créditos como dívidas da massa insolvente, os Autores divergem quanto ao seu fundamento legal – alguns, enquadram-nos na alínea c) do n.º 1 do art. 51.<sup>36</sup>, enquanto outros os enquadram na alínea d) do mesmo preceito<sup>37</sup>.

Creemos que tenha cabimento a subsunção destes créditos à alínea c) do n.º 1 do art. 51.º, tendo em conta que “nem toda a cessação do vínculo laboral ocorrida depois da declaração de insolvência é imputável à atividade do administrador da insolvência, podendo muito bem o encerramento do estabelecimento ser deliberado pela assembleia de credores”<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Veja-se LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, reimp., Lisboa, Quid Juris, 2011, pp. 215 e segs.; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “A Natureza dos Créditos Laborais Resultantes de Decisão do Administrador de Insolvência – Anotação ao Ac. do TRC de 14.7.2010, Proc. 562/09”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 34, Braga, Cejur, 2011, pp. 55 a 66, em especial, p. 65; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”, *op. cit.*, p. 404.

<sup>35</sup> Veja-se os Acórdãos do TRP de 4/5/2022, proc. n.º 3410/21.6T8VNG-F.P1 (Fernanda Almeida); e de 6/7/2010, proc. n.º 1/08.0TJVNF-L.S1.P1 (Sílvia Pires).

<sup>36</sup> CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>37</sup> MENEZES LEITÃO, “A Natureza dos Créditos Laborais Resultantes de Decisão do Administrador de Insolvência – Anotação ao Ac. do TRC de 14.7.2010, Proc. 562/09”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>38</sup> Como bem denota CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 278, nota de rodapé 538.

## 4.2. Tese segundo a qual os créditos laborais são dívidas da insolvência

Numa ótica completamente distinta, a maioria da jurisprudência<sup>39</sup> tem decidido que estes créditos constituem dívidas da insolvência. No mesmo sentido, JOANA COSTEIRA defende que estes créditos são dívidas da insolvência, justificando a sua posição no facto de a cessação dos contratos de trabalho – quer esta se dê por ato do administrador da insolvência ou por encerramento do estabelecimento comercial, decidido pela assembleia de credores – ser imputável à própria situação de insolvência<sup>40</sup>.

Além deste argumento, a Autora defende que a solução contrária (de classificação dos créditos compensatórios, fundados na cessação contratual após a declaração de insolvência, como dívidas da massa) poderia levar a um injustificado tratamento entre os trabalhadores que haviam sido despedidos pelo insolvente imediatamente antes da declaração da insolvência (cujos créditos seriam irremediavelmente considerados como créditos sobre a insolvência) e os trabalhadores que viessem a ser despedidos imediatamente após a declaração, fosse pelo administrador da insolvência ou por decisão da assembleia de credores<sup>41</sup>.

De forma a solidificar a sua posição, a Autora relembra que os créditos laborais gozam de privilégios creditórios, que, por seu turno – e como vimos *supra* –, permitem classificar os créditos dos trabalhadores como créditos garantidos e/ou créditos privilegiados. Ora, tal classificação só faz sentido se se classificarem como créditos sobre a insolvência.

Também CATARINA SERRA<sup>42</sup> defende esta classificação, baseando-se, para tal, nos argumentos *supra* invocados e indo mais longe, lembrando que nem todos

---

<sup>39</sup> Veja-se os Acórdãos do STJ de 20/10/2011, proc. n.º 1164/08.0TBVEV-D.E1.S1 (Alves Velho); do TRC de 14/7/2010, proc. n.º 562/09.7T2AVR-P.C1 (Barateiro Martins); do TRL de 7/7/2022, proc. n.º 2647/20.0T8BRR-A.L1-1 (Manuela Espadaneira Lopes); e do TRP de 23/2/2012, proc. n.º 239/07.8TYVNG.P1, *cit.*; de 7/6/2010, proc. n.º 373/07.4TYVNG-V.P1 (Soares de Oliveira); e de 1/2/2010, proc. n.º 1/08.0TJVNF-AY.S1.P1 (Soares de Oliveira).

<sup>40</sup> JOANA COSTEIRA, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>41</sup> JÚLIO VIEIRA GOMES, “Nótula sobre os efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho”, *op. cit.*, pp. 293 e segs., defende um argumento semelhante, associado ao tratamento desigual injustificado de trabalhadores despedidos antes ou depois da declaração da insolvência.

<sup>42</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 281 e 282.

os créditos que surgem após a declaração da insolvência constituem dívidas da massa [dá os exemplos das alíneas *c*) e *d*) do n.º 3 do art. 102.º, relativo aos efeitos da insolvência nos negócios em curso] e que os créditos que se qualificam como tal são raros e “tendencialmente excecionais”<sup>43</sup>.

Colmata a sua posição invocando o princípio *par conditio creditorum*, na medida em que o estado de insolvência da empresa e de impossibilidade de cumprimento integral de todas as suas obrigações é reconhecido e declarado pelo tribunal e, por isso, deve tentar-se que exista uma “distribuição equitativa das perdas”, pois, caso assim não fosse, o processo insolvencial serviria apenas para satisfazer as dívidas contraídas após a declaração da insolvência e não as dívidas que deram origem a esse estado jurídico – e, naturalmente, à abertura do próprio processo.

### **4.3. Tese segundo a qual os créditos laborais são, simultaneamente, dívidas da insolvência e dívidas da massa**

Numa outra perspetiva, a jurisprudência<sup>44</sup> tem tentado encontrar uma solução intermédia. Para tal, procurou defender a qualificação de parte dos créditos compensatórios/indemnizatórios até à data da declaração da insolvência como créditos sobre a insolvência (graduados, como tal, pelos privilégios creditórios *supra* estudados) e os créditos compensatórios que tenham a sua génese após a declaração da insolvência como dívidas da massa, à semelhança do que acontece com os créditos remuneratórios nas mesmas circunstâncias.

A solução é, teoricamente, bastante equilibrada, materialmente justa e, inegavelmente, bondosa. Porém, tem encontrado na doutrina alguma oposição, mormente pelo argumento aduzido por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que alerta para o carácter unitário da compensação e conseqüente impossibilidade de parcelamento da compensação (que é calculada, nos termos do art. 366.º do Código do Trabalho, com base na antiguidade do trabalhador) em duas prestações, sendo que uma delas seria paga primeiro (a correspondente ao período laboral decorrido após a declaração da insolvência, por se tratar de dívidas da massa) e

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Veja-se os Acórdãos do TRG de 9/7/2015, proc. n.º 72/12.5TBVRL-AJ.G1 (Carvalho Guerra), e de 9/7/2015, proc. n.º 72/12.5TBVRL-AH.G1 (Heitor Gonçalves).

outra – eventualmente – paga mais tarde, por ser considerada dívida da insolvência, correspondente ao período anterior à dita declaração<sup>45</sup>.

Questionamo-nos, contudo, quanto à possibilidade de ultrapassagem deste obstáculo, se se recorresse a uma *fictio iuris*, não no sentido de considerar que a compensação seria dividida em duas parcelas, mas sim no sentido de equacionar que estivessem em causa duas compensações, ou seja, como se ficticiamente tivesse existido a celebração de um novo contrato de trabalho aquando da declaração da insolvência.

Denote-se que, desta forma, os créditos remuneratórios e compensatórios anteriores à data da declaração integrariam o universo das dívidas da insolvência e os créditos da mesma natureza, constituídos após a declaração, seriam dívidas da massa.

É certo que, em última instância, os trabalhadores poderiam ser penalizados, na medida em que nem todo o tempo de serviço seria contabilizado para a compensação<sup>46</sup>. Porém, é inegável que se trata de uma possível solução mais protetora dos trabalhadores, visto que pelo menos parte dos seus créditos seriam verdadeiramente assegurados, por se tratar de dívidas da massa e, conseqüentemente, serem pagas primeiro do que as restantes.

Por vezes, mais vale pouco e garantido do que muito e eventual ou, como diz a sabedoria popular, “mais vale um pássaro na mão, do que dois a voar”, mas, claro, tudo isto se passa no plano do Direito a constituir, pois, como veremos de seguida, o Direito constituído já oferece resposta ao problema.

## 5. Ponto de situação hodierno – A solução *de iure constituto*

A questão encontra-se resolvida por intervenção legislativa – intervenção esta que saudamos, na medida em que procurou pacificar a doutrina e a jurisprudência e, conseqüentemente, a aplicação do Direito – desde 2022, com a entrada em vigor da Lei n.º 8/2022, de 11/1, que aditou o art. 47.º-A ao CIRE, que estabelece que “[o]s créditos compensatórios resultantes da cessação de contrato de trabalho

---

<sup>45</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”, *op. cit.*, pp. 403 e 404.

<sup>46</sup> Quanto a este contra-argumento, veja-se CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 283.

pelo administrador da insolvência após a declaração de insolvência do devedor constituem créditos sobre a insolvência”. A questão está, portanto, resolvida: os créditos laborais pela cessação do contrato de trabalho são dívidas da insolvência<sup>47</sup>.

Não podemos, contudo, deixar de apontar algumas questões que nos parecem relevantes. Por um lado, a norma peca por incompletude – menciona os contratos de trabalho que cessam pela intervenção do administrador da insolvência, mas não equaciona a possibilidade de essa mesma cessação ocorrer por decisão da assembleia de credores.

Em segundo lugar, a norma não diferencia os contratos de trabalho celebrados antes da declaração da insolvência daqueles celebrados após esta declaração. Levanta-se, portanto, a questão: serão os créditos compensatórios dos trabalhadores contratados após a declaração de insolvência créditos sobre a insolvência?

Creemos que relativamente a este segundo ponto a resposta seja negativa. Quanto aos contratos de trabalho celebrados após a declaração da insolvência, os créditos que emergem desses vínculos juslaborais (sejam de natureza remuneratória ou compensatória) serão sempre créditos sobre a massa, nos termos do já citado art. 51.º, n.º 1, alínea c)<sup>48</sup>.

## 6. Reflexões conclusivas

Não obstante a solução apresentada pelo legislador em 2022, cumpre-nos apontar, numa nota final, que não nos surpreenderia se, a jusante, o legislador alterasse a sua posição no sentido de considerar os créditos compensatórios resultantes da cessação de contratos de trabalho celebrados antes da declaração da insolvência como créditos sobre a massa<sup>49</sup>, quer fosse numa clara adesão à tese das dívidas da massa ou à tese intermédia. Tal assunção resulta de dois pontos de ordem.

Em primeiro lugar, não cremos que a classificação destes créditos como créditos sobre a massa inevitavelmente conduzissem o processo insolvencial ao fra-

---

<sup>47</sup> Saudando a intervenção legislativa, vide MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., pp. 450 e 451, nota de rodapé 1155.

<sup>48</sup> No mesmo sentido, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., pp. 275 a 277.

<sup>49</sup> Aderindo, assim, à posição de CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coleção de Estudos sobre a Insolvência*, op. cit., pp. 215 e segs.; MENEZES LEITÃO, “A Natureza dos Créditos Laborais Resultantes de Decisão do Administrador de Insolvência – Anotação ao Ac. do TRC de 14.7.2010, Proc. 562/09”, op. cit., p. 65; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”, op. cit., p. 404.

casso (salvo situações em que esses créditos remuneratórios e compensatórios ascendessem a valores mesmo muito elevados).

Em segundo lugar, também não nos parece que essa solução viole cabalmente o princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores, uma vez que este princípio já é posto em causa quando os créditos compensatórios e remuneratórios dos trabalhadores contratados após a declaração da insolvência são considerados créditos sobre a massa.

Dito de outro modo, os trabalhadores com mais antiguidade, que cumpriram com os seus deveres<sup>50</sup>, nomeadamente de obediência, assiduidade, lealdade e produtividade, que cumpriram as suas funções enquanto trabalhadores – e, por hipótese, foram o principal motivo pelo qual a empresa se conseguiu manter saudável até à insolvência<sup>51</sup> –, vão ser prejudicados face aos trabalhadores mais recentes, já que os créditos destes serão sobre a massa e os daqueles serão sobre a insolvência (à exceção dos créditos remuneratórios, como já vimos).

É certo que se pode arguir que os novos trabalhadores entraram para a empresa numa situação munida de alguma publicidade, de reconhecida impossibilidade de cumprir com as suas obrigações, mas este argumento tanto vale para um lado como para outro, isto é, pode arguir-se que já sabiam para o que iam! De igual modo, pode argumentar-se que os trabalhadores com mais antiguidade também sabiam da situação da entidade empregadora e preferiram manter-se a trabalhar na empresa insolvente. Contudo, neste particular não nos devemos olvidar do fenómeno da dependência do trabalho<sup>52</sup>.

Tendo em conta o que acabamos de expor, pode considerar-se a solução materialmente justa ou não coloca já em causa o princípio da igualdade entre trabalhadores? Não seria mais garantístico do princípio da igualdade entre trabalhadores se se considerassem os créditos compensatórios de contratos celebrados antes da

---

<sup>50</sup> Quanto a esta matéria, veja-se, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, op. cit., pp. 363 a 368.

<sup>51</sup> Questão particularmente interessante será aquela em que os trabalhadores contribuam para a situação de insolvência da empresa e o eventual abuso de direito na exigência de créditos laborais, mas deixaremos isso para momento oportuno.

<sup>52</sup> Com isto referimo-nos ao facto – já conhecido – de que muitas pessoas não trabalham para viver mas o contrário. Imagine-se um trabalhador, já com alguma idade, que se depara com a sua entidade empregadora insolvente. Muito dificilmente este trabalhador vai preferir que o seu contrato cesse, seja por que via for, provavelmente pela dificuldade em arranjar trabalho com a sua idade. Nestes casos, é óbvio que mesmo com o navio a afundar, os trabalhadores preferam permanecer na empresa.

declaração de insolvência como dívidas da massa? Deixamos a questão em aberto, para fomentar um pouco mais a discussão<sup>53</sup> na doutrina e na jurisprudência, lembrando que a solução vigente, imposta pelo art. 47.º-A, é que estes créditos sejam considerados dívidas da insolvência<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Discussão de elevado interesse prático é também a da possível conjugação do fenómeno em estudo com o das sociedades fictícias e dos contratos de trabalho simulados. Neste sentido, veja-se, por todos, RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, *maxime* pp. 191 a 225, e CLÁUDIO SAMPAIO, *As Sociedades Fictícias em Portugal e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2025, *passim* (a publicar).

<sup>54</sup> Sem prejuízo da proteção concedida pelo Fundo de Garantia Salarial, que muitas vezes pode ser insuficiente, tendo em conta os seus limites quantitativos. Quanto a esta matéria, veja-se, detalhadamente, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, *op. cit.*, p. 323; e ANA MARGARIDA VALVERDE E CUNHA, “Proteção dos Trabalhadores em caso de Insolvência do Empregador: Cálculo das prestações do Fundo de Garantia Salarial – Algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário”, in *Questões Laborais*, n.º 38, 2011, pp. 197 e segs.



# A criminologia pede passagem

Daniel Eduardo Cândido

*Mestrando em Ciências Criminais (ED-UMinho)*

*Mestre em Letras (EFLCH-Unifesp)*

*Professor universitário e advogado (OA67567P) (OAB336069SP)*

**Resumo:** O presente texto propõe uma reflexão sobre o papel do juiz criminal na efetivação dos direitos fundamentais do cidadão acusado da prática de crimes. Para isso, são apresentadas algumas perspectivas criminológicas que buscam reduzir o uso do direito penal, tais como resposta não contingente, idoneidade, representação legislativa da população prisional, respeito às autonomias culturais e culpabilidade por vulnerabilidade social. Almeja-se, por fim, elevar o nível de complexidade no processo de criminalização, de modo a servir como modelo para o Sistema de Justiça Criminal.

**Palavras-chave:** Campo da criação ideológica / Criminologia / Direito penal

**Abstract:** This text proposes a reflection on the role of criminal judges in upholding the fundamental rights of individuals accused of committing crimes. To achieve this, it presents several criminological perspectives aimed at reducing the use of criminal law, such as non-contingent responses, adequacy/suitability, legislative representation of the prison population, respect for cultural autonomy, and culpability based on social vulnerability. Ultimately, the aim is to increase the complexity of the criminalization process, serving as a model for the Criminal Justice System.

**Keywords:** Field of ideological creation / Criminology / Criminal law

## Considerações iniciais

Dentre os campos da criação ideológica como ciência, arte, religião<sup>1</sup>, entre outros, o Direito é um dos mais relevantes em razão do carácter cogente dos comandos normativos. Cada norma jurídica representa um valor e a ideologia de um grupo socialmente organizado<sup>2</sup>. Ideologia é “o conjunto de reflexão e refração no cérebro [mente] humano da realidade social e natural que é expressa e fixada pelo homem na palavra, no desenho, no desenho técnico ou em outra forma de signo expresso”<sup>3</sup>.

Nessa perspectiva, o campo jurídico percebe o mundo circundante por intermédio de uma visão peculiar de valores<sup>4</sup>. O próprio produto normativo, enquanto criação sócio-histórico-cultural, além de outras especificidades, faz imprimir o conteúdo ideológico na construção dos próprios enunciados jurídicos. Por essa razão, “o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade”<sup>5</sup>.

No direito penal brasileiro, por exemplo, como o mais severo instrumento de controlo social, parte dessa ideologia ganha evidência com o número de pessoas processadas e presas pelo cometimento de crimes patrimoniais. A acumulação de riqueza patrimonial por parte de certos grupos, que concorrem para a desigualdade social, tem sido ignorada e, assim, evidencia-se parte da ideologia deste campo. A justificativa institucional valida o atual sistema de justiça criminal mesmo quando da violação de direitos fundamentais e acaba, por fim, dificultando ainda mais a fiscalização e o controlo da atividade judicial.

---

<sup>1</sup> VALENTIN VOLÓCHINOV, *A palavra na vida e a palavra na poesia: ensaios, artigos, resenhas e poemas*, Sheila Grillo/Ekaterina Vólkova Américo (org., trad., ensaio introdutório e notas), São Paulo/SP: Editora 34, 2019, p. 243.

<sup>2</sup> Para referência, ver nota anterior.

<sup>3</sup> VALENTIN NIKOLÁIEVITCH VOLÓCHINOV, “Estilística do discurso literário I: O que é linguagem/língua?”, in Valentin Volóchinov, *A palavra na vida e a palavra na poesia: ensaios, artigos, resenhas e poemas*, ob. cit., pp. 234-265.

<sup>4</sup> PÁVEL NIKOLÁIEVITCH MEDVIÉDEV, *O método formal nos estudos literários: introdução crítica a uma poética sociológica*, Sheila Camargo Grillo/Ekaterina Vólkova Américo (trad.), São Paulo, Contexto, 2012, p. 48.

<sup>5</sup> TOBIAS BARRETO, “Tobias Barreto e a luta pelo direito”, in T. Barreto (org.), *Obras completas de Tobias Barreto: Estudos de direito III*, Rio de Janeiro/Sergipe: J. E. Solomon/Diário Oficial, 2012, p. 113.

Mesmo o princípio dispositivo<sup>6/7/8</sup>, como estrutura do processo legal devido, tem sido incapaz de servir como filtro de contenção do processo de criminalização. Como é sabido, diferentemente do que acontece no sistema inquisitório, este princípio é o fundamento do sistema acusatório e responsável por distribuir a carga probatória entre os sujeitos processuais numa verdadeira pretensão processual acusatória e, por fim, a demarcar a fronteira e o limite da atuação do juiz. Diante deste quadro, qual deveria ser o papel do magistrado durante a sua atividade neste campo da criação ideológica?

Além da própria compreensão da posição ontológica que ocupa, um olhar democrático acerca da função do direito penal somado a um conhecimento criminológico satisfatório, certamente, surge como um ponto de partida para uma eficiente prestação jurisdicional. Em consideração a isso, antes de relembrarmos algumas das antigas contribuições da criminologia a fim de limitar o uso do direito sancionatório, retoma-se, resumidamente, à função do próprio direito penal.

De um lado, encontram-se os que advogam ser a função do direito penal a salvaguarda de bens sociais relevantes que necessitam de proteção segundo a ótica do legislador, ainda que em carácter subsidiário<sup>9</sup>. Nesta perspectiva, o direito punitivo justificar-se-ia em razão da violação da norma penal incriminadora por um agente punível. A lei penal seria, então, a manifestação da soberania popular e o Estado faria o uso legítimo da violência<sup>10</sup> a fim de dar cumprimento ao comando do preceito secundário da norma. Portanto, enfim, haveria um consenso acerca dos valores sociais espalhados na sociedade<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> SEBASTIÃO DE SOUZA, *O princípio dispositivo no código de processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949, p. 90.

<sup>7</sup> ANGELO CULOTTA, "La formazione della prova nel nuovo dibattito pretorile tra principio dispositivo e poteri di integrazione del giudice", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 35, pp. 1365-1404, 1992. Disponível em [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=31873](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31873) [acesso em 6 abr. 2024].

<sup>8</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 7.

<sup>9</sup> MANUEL COSTA DA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 382.

<sup>10</sup> MAX WEBER, *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Brasília, UnB, 1999, 2 v., p. 157.

<sup>11</sup> GÜNTER STRATENWERTH, "La criminalización en los delitos em los contra bienes juridicos colectivos", in Roland Hefendehl, *La teoria del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 357.

De outro lado, estão aqueles que defendem ser a função do direito penal, antes de tudo, um dique contentor contra a violência institucionalizada<sup>12</sup>. O Direito é a vontade da classe dominante instanciada no carácter cogente da lei em desfavor de pessoas rotuladas como criminosas<sup>13/14</sup> e a atividade estatal realiza o controlo da administração da violência<sup>15</sup>. Este ponto de vista se coaduna com a compreensão da manifestação política como a permanência da guerra por outros meios<sup>16</sup> num processo marcado por permanente conflito.

Inobstante a discussão em torno da função do direito punitivo, outro desafio que surge seria encontrar políticas públicas alternativas à prisão que contribuíssem com a mudança na cultura do encarceramento. Se a política criminal é “o programa oficial de controle do crime e da criminalidade”<sup>17</sup>, esse mesmo mecanismo “deve exigir do direito penal que só intervenha com seus instrumentos de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais”<sup>18</sup>, mas não é o que tem ocorrido.

O Estado brasileiro não tem possibilitado o acesso pleno à cidadania pois “exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares”<sup>19</sup>, e busca, na maioria das vezes, resolver problemas sociais com o uso indevido do direito penal. Além disso, o seu programa de política criminal padece de legitimidade diante de sua deficiência científico-criminológica. Dentre outras consequências, cede-se espaço para que a notícia

---

<sup>12</sup> EUGENIO RAUL ZAFFARONI, “Direito penal humano ou inumano?”, in *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunción, ano 3, n. 6, ago. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27> [acesso em 05 dez. 2022].

<sup>13</sup> FRIEDRICH ENGELS/KARL MARX, *O manifesto comunista*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1999, p. 121.

<sup>14</sup> HOWARD. S. BECKER, *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*, Rio de Janeiro, Zahar, 2008, p. 28.

<sup>15</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Raquel Ramallete (trad.), Petrópolis, Vozes, 1987, p. 37.

<sup>16</sup> MICHEL FOUCAULT, “Il faut défendre la société”, cours au Collège de France (1975-1976), édition établie, dans le cadre de l’Association pour le Centre Michel Foucault, sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Mauro Bertani et Alessandro Fontana, p. 35. Disponível em [https://monoskop.org/images/9/99/Foucault\\_Michel\\_Il\\_faut\\_defendre\\_la\\_societe.pdf](https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_Il_faut_defendre_la_societe.pdf) [acesso em 11 jul. 2022].

<sup>17</sup> JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*, 6.<sup>a</sup> ed., Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 243.

<sup>18</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, jan./abr. 1983, p. 13.

<sup>19</sup> JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. atual., Curitiba, ICPC/Lúmen Juris, 2007, p. 453.

criminal, como um atrativo dos meios de comunicação de massa, seja objeto de especulação nos espaços publicitários<sup>20</sup> crenes no “novo credo criminológico”<sup>21</sup>.

Mas como a compreensão de um direito penal concebido como instrumento limitador da violência estatal não foi ainda superada, buscamos respostas no saber criminológico que visam limitar o uso do direito penal. Apresentados como princípios por ALESSANDRO BARATTA<sup>22</sup> e como teoria por EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI<sup>23</sup>, o conhecimento jurídico-criminológico abaixo possibilitaria ao juiz concorrer para a promoção dos direitos fundamentais, mesmo quando da omissão ou erro legislativo. Muito embora não se pretenda fazer um direito penal melhor<sup>24</sup>, mas sim relembrar soluções possíveis a fim de não se ultrapassar o limite da necessidade penal<sup>25</sup>, ainda que muitos sigam recalitrantes.

### Resposta não contingente

Concebida por ALESSANDRO BARATTA<sup>26</sup> como um princípio de limitação funcional, tal regra tem como objetivo evitar o açodamento na produção de leis penais. Tornar-se-ia imprescindível, antes de tudo, uma profunda discussão legislativa acerca da resposta penal. Quando do debate parlamentar, a intervenção de autoridades reconhecidas pelo notório conhecimento acerca daquele fenômeno que se pretende criminalizar e a intervenção da figura do *amicus curiae*, numa fase pré-criminalização, são obrigatórias.

---

<sup>20</sup> HELENA SCHIESSL CARDOSO, *Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista: necessidade política de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público*, 2011, p. 5. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25722> [acesso em 11 fev. 2024].

<sup>21</sup> NILO BATISTA, “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio”, in *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Revan/ICC, ano 7, n. 12, pp. 271-288, 2.º semestre de 2002.

<sup>22</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, in Alessandro Baratta, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 299-333.

<sup>23</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana: perspectivas-disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, p. 71.

<sup>24</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do direito*, Marlene Holzhausen (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 246.

<sup>25</sup> CLAU ROXIN, *Política Criminal y sistema del derecho penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 63.

<sup>26</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, *cit.*, pp. 299-333.

Ao mesmo tempo, deve ocorrer uma consulta social que não se confundem com a simples “opinião pública” sob o risco de cair no aforismo *vox populi, vox Dei*. Não basta consultas públicas dirigidas aos indivíduos e, por isso, a concepção de sociedade deve ser alargada como apresentada por HULSMAN<sup>27</sup> (*anascopic view*). Ou seja, abandona-se a visão catastófica, que é o olhar centrado no indivíduo, e adota-se um olhar anastópico consubstanciado na compreensão de “sociedades tribais” em interação e não em sujeitos com interesses comuns. Haveria, portanto, grupos sociais, bairros inteiros e classes profissionais em profundo nível de interação e dinâmica de cooperação e conflito sendo consultados.

Tanto especialistas quanto os “grupos tribais” serviriam, antes de tudo, como um primeiro filtro de contenção daquilo que se busca dar o rótulo de conduta criminosa a fim de evitar criminalizações bizarras como, a título de ilustração, o facto de “molestar cetáceos, danificar plantas ornamentais e aquecer água de piscina ou sauna com gás de cozinha”, como explica MAURÍCIO DIETER<sup>28</sup>. E é por isso que BARATTA arremata dizendo que “[o]s problemas que se devem enfrentar têm que estar suficientemente decantados antes de se pôr em prática a resposta penal”<sup>29</sup>.

Diante de uma resposta não contingente, caso o legislador tenha tipificado determinadas condutas como criminosas, o magistrado deveria recorrer a fundamentos humanitários para julgar os factos erroneamente criminalizados, mesmo que tal decisão contrarie a posição adotada pelo tribunal ao qual esteja vinculado. Desta forma, o juiz criminal teria a possibilidade de adotar uma interpretação mais humana, assegurando que as decisões sejam pautadas não pelo populismo penal, mas por princípios de equidade e respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>27</sup> LOUK HULSMAN, “Critical criminology and the concept of crime”, in H. Bianchi & R. van Swaaningen Editors, *Abolitionism: towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam, Free University Press, 1986, p. 69.

<sup>28</sup> ANDRÉ DE OLIVEIRA, “‘Black Mirror’ nos faz ver como usamos o sofrimento alheio para expiar nossa insatisfação”. Maurício Dieter, professor de criminologia da USP, conversa sobre punitivismo a partir da série Especialista discute justiça nas redes sociais e espetacularização de prisões no Brasil”. *El País – Brasil*. São Paulo. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/26/politica/1514313084\\_053599.html#?prm=copy\\_link](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/26/politica/1514313084_053599.html#?prm=copy_link) [acesso em 05 dez. 2022].

<sup>29</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Princípios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1987, p. 87.

## **Idoneidade**

Segundo BARATTA, ainda, após a prévia autorização social e legislativa, o facto que se pretende criminalizar seria precedido de “rigoroso controle empírico”, que se traduz na apresentação de estudos criminológicos que apresentem as consequências sociais úteis da pena<sup>30</sup>. Nesta fase, desafiar-se-ia os resultados desejados a partir de uma postura agnóstica que somente seria desarticulada com a demonstração concreta, ou com alto grau de probabilidade, de que a pena teria os efeitos esperados<sup>31</sup>.

Desta forma, apelos populistas como a aplicação da pena de morte aos agentes acusados de crimes violentos, a castração química aos denunciados pela prática de crimes sexuais, a prisão perpétua ou a impossibilidade de progressão do regime mais gravoso ao mais benéfico, encontrariam outro nível de contenção contra criminalizações precipitadas. Tais propostas, na maioria dos casos, são apresentadas por parlamentares mais interessados na captação de votos para o próximo pleito eleitoral e sem compromisso com os direitos fundamentais e, por isso, os projetos de lei devem superar um denso estudo científico que demonstre a eficácia do recrudescimento da lei penal.

Enfim, somente após instrumentos de política social e os demais setores do Direito, tais como o administrativo ou o contraordenacional, terem restado inócuos<sup>32</sup>, poderia o legislador utilizar o direito penal. Enquanto o princípio limitador da idoneidade não tiver força cogente ou, pelo menos, nortear de facto realmente o legislador, restará ao juiz lançar mão do tradicional princípio penal da intervenção mínima para controlar a errônea atuação legislativa.

## **Representação legislativa**

Ao observar o sistema prisional em geral, percebe-se que, além de não possuir condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida e atua de forma de-

---

<sup>30</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, *cit.*, pp. 299-333.

<sup>31</sup> *Vide nota anterior.*

<sup>32</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *cit.*, p. 13.

formadora e estigmatizante sobre o condenado, conforme explica TAVARES<sup>33</sup>. Para CIRINO DOS SANTOS, o fenômeno da desculturação e aculturação está em curso nos estabelecimentos prisionais<sup>34</sup>. No primeiro, em síntese, ocorre o distanciamento de valores sociais, ao passo que no segundo há a adoção de modelos de comportamento próprios do arquipélago carcerário.

Como o cárcere tem as suas próprias regras e a sua população deve ser orientada por elas, não há respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana – *vide* o caso *Marcos Mariano da Silva*<sup>35</sup>. Ao contrário, o princípio *less eligibility*, baseado no pressuposto de que as condições de vida no cárcere “devem ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres, de modo a constranger ao trabalho e salvar os efeitos da pena”<sup>36</sup>, rege toda a ambiência do arquipélago carcerário.

No enfrentamento desse fenômeno, a regra da representação legislativa pugna pelo direito ao sufrágio universal do aprisionado, mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória irrecorrível. Muito diferente do que previu a Constituição brasileira de 1988: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”<sup>37</sup>.

Caso houvesse no Congresso Nacional representantes da “classe carcerária” a fim de exigir o cumprimento, por exemplo, do direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e, sobretudo, à saúde, conforme a norma do art. 11 da Lei de

---

<sup>33</sup> JUAREZ TAVARES diz que não se pode prender no Brasil. “Falta responsabilidade do Estado e de seus magistrados”, *Empório do Direito*, 2015. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/> [acesso em 28 jun. 2016].

<sup>34</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*, 6.ª ed., Juarez Cirino dos Santos (trad.), Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2011.

<sup>35</sup> Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 802.435, o Estado brasileiro foi obrigado a pagar R\$ 2 milhões por danos morais e materiais ao cidadão Marcos Mariano da Silva, de 58 anos, mecânico de automóveis, mantido preso ilegalmente por quase 20 anos, em Recife. Consta do julgado que esse foi o mais grave atentado à violação humana já visto na sociedade brasileira revelado através da via judicial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 802.435-PE (2005/0202982-0). Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Marcos Mariano da Silva. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de outubro de 2006. Consultado em 28 novembro, 2022. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> [acesso em 28 nov. 2019].

<sup>36</sup> GEORG RUSCHE/OTTO KIRCHHEIMER, *Punição e estrutura social*, 2.ª ed., Gizlene Neder (trad.), Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2004, p. 14.

<sup>37</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf) [acesso em 10 jan. 2024].



Execução Penal do Brasil (LEP)<sup>38</sup>, surgiria um novo cenário no sistema penitenciário moderno. Não haverá jamais um *standard* de humanidade no espaço geográfico prisional caso não ocorra uma mudança radical no funcionamento das prisões atuais.

Há uma necessidade de programas de formação profissional digna ao condenado para a sua inserção no mercado de trabalho formal quando do retorno ao convívio comunitário, e não a habilidade de costurar bolas ou confeccionar máscaras higiênicas, ou, ainda, a de pinturas de brinquedos ou etiquetagem para estabelecimentos empresariais. Enquanto não forem oferecidas ao condenado efetivas oportunidades de mudança das condições objetivas da vida material, o sistema punitivo seguirá como um lugar para a retenção de certos grupos criminalizáveis. Diante desta realidade prisional, espera-se do juiz um ato ético-democrático desde o recebimento da denúncia até à efetiva execução da pena.

Ocorre que, em Portugal, apesar das tentativas de aprimorar o sistema prisional, como estabelecido no art. 21.º, n.º 3, do DL n.º 115/2009, de 12/10, que institui o plano individual de readaptação para preparar o recluso para a reintegração social por meio de ações estruturadas nas áreas de educação, trabalho, saúde, atividades culturais e contactos externos<sup>39</sup>, esse processo, por si só, ainda se mostra insuficiente para concretizar novas possibilidades ao interno. Por esta razão, a atuação do juiz torna-se ainda mais relevante na promoção dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, busca-se implementar um modelo de justiça que seja igualitário e inclusivo, mesmo em meio a uma sociedade marcada pela desigualdade material. Contudo, em uma sociedade desprovida de justiça distributiva, não se poderia justificar a aplicação de uma pena retributiva<sup>40</sup>.

### **Autonomias culturais**

A partir de uma concepção totalitária do direito penal, o pensador italiano adverte que o legislador ignora a multiplicidade cultural e os valores específicos

---

<sup>38</sup> Brasil. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (1984). Institui a *Lei de Execução Penal*, Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>39</sup> Portugal. DL n.º 115/2009, de 12/10. *Diário da República* n.º 197 – I Série (Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade), Ministério da Justiça, Lisboa.

<sup>40</sup> JEAN-PAUL MARAT, *Plano de Legislação Criminal*, João Ibaixe Jr./Carmensita Ibaixe (trad.), São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 27-88.

de determinados grupos sociais<sup>41</sup>. E, por isso, o respeito à autonomia seria outra barreira para o processo legiferante quando da criminalização de certas práticas culturais. A hegemonia cultural de grupos dominantes não pode ser obstáculo para o reconhecimento de diferentes percepções de mundo que há na sociedade, portanto, exige-se “um direito penal orientado para o respeito pelos direitos humanos, a consideração da percepção específica da realidade e dos valores das minorias étnicas e dos grupos que representam culturas diferenciadas”<sup>42</sup>.

A atual discussão em torno da cultura indígena no Brasil pode ser um bom exemplo. O Projeto de Lei da Câmara n.º 119/2015<sup>43</sup>, busca alterar a atual redação do Estatuto do Índio, Lei Federal n.º 6.001/1993, com a finalidade de inserir, entre outros, a vedação de práticas “nocivas” e, por conseguinte, caso haja descumprimento da norma, haverá a ingerência, num primeiro momento, do direito administrativo. Já o Projeto de Lei n.º 1057/2007<sup>44</sup>, conhecido como “Lei Muwaji”, obriga os membros da comunidade informar às autoridades a situação de mulheres indígenas em estado de gravidez que estejam em “situação de risco”, sob pena de cometerem crime.

Isso não significa que o Estado seria omissivo na proteção de crianças indígenas, mas que a política de criminalização de certas condutas não solucionaria conflitos culturais. O legislador tem buscado, advertem antropólogos como CARLOS CIRINO<sup>45</sup>, forçar glote a dentro do ordenamento jurídico-penal valores externos estranhos às comunidades da floresta.

---

<sup>41</sup> Para referência, ver nota 22.

<sup>42</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Princípios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1987, p. 12.

<sup>43</sup> Brasil. Projeto de Lei da Câmara n.º 119, de 2015. Acrescenta o art. 54-A à Lei n.º 6.001, de 19/12/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998> [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>44</sup> Brasil. Projeto de Lei 1057/2007 – Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>45</sup> CARLOS ALBERTO MARINHO CIRINO, “Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami”, in Krekeler, Birgit et al. (Hrsg.), *Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo? / Was nützt alles wissen, wenn man es nicht teilen kann?*, Gedenkschrift für Erwin Heinrich Frank, Berlin: Ibero-Amerikanisches Institut Preußischer Kulturbesitz / Gebr. Mann Verlag, 2013. Disponível em [https://publications.iai.spk-berlin.de/receive/riai\\_mods\\_00002890](https://publications.iai.spk-berlin.de/receive/riai_mods_00002890) [acesso em 11 fev. 2024].

Em casos de criminalização açodada, aguarda-se do julgador uma decisão jurídica antropologicamente orientada. Não se trata da superioridade cultural dos povos indígenas em detrimento do direito à vida, mas do tipo de política criminal escolhida consubstanciada na utilização da mais contundente ferramenta de coação estatal para resolver problemas sociais complexos, sobretudo contra comunidades milenares que coexistem no “florão da América”.

### **Culpabilidade por vulnerabilidade**

Concebida por EUGÊNIO ZAFFARONI<sup>46</sup> como teoria da culpabilidade por vulnerabilidade social, parte do pressuposto de que o próprio corpo social, em algum momento, não funcionou saudavelmente e um de seus membros padeceu de algum tipo de debilidade. Dito de outra forma: a sociedade não oportunizou igualmente as mesmas condições materiais a todos os homens. Por isso, o grau de vulnerabilidade social do acusado deve ser obrigatoriamente levado em consideração quando da reprimenda penal.

Segundo ZAFFARONI e BATISTA<sup>47</sup>, essa perspectiva tem raízes nas reflexões do autor do *Plan de Législation Criminelle*, de Jean-Paul Marat (1743-1793). Para o pensador francês, como seria possível falar-se em sanção retributiva se a sociedade se encontra chafurdada em profunda desigualdade material? Nem todos os homens possuem acesso aos direitos sociais básicos. Enquanto alguns vivem nabescamente, outros sobrevivem afogados na miséria. Se assim é, não será com o direito penal que a comunidade será equalizada. Não obstante as críticas de que esta concepção é alvo, somente um direito penal de matriz social seria capaz de distribuir a medida sancionatória demandada em carácter temporário.

No Código Penal brasileiro, a norma do artigo 66, possui a seguinte redação: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”<sup>48</sup>. Vê-se claramente que é possível invocar esse saber da criminologia. Contudo, como não há

---

<sup>46</sup> Para referência, ver nota 23.

<sup>47</sup> NILO BATISTA/RAUL EUGÊNIO AFFARONI, *Direito penal brasileiro*, vol. II, tomo II, Rio de Janeiro, Revan, 2017, p. 165.

<sup>48</sup> Brasil. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7/12/1940. *Brasília: Presidente da República*. Brasília, DF. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> [acesso em 10 jan. 2024].

força pragmática, o órgão judiciário tem sido reticente em sua aplicação, sobretudo porque, na maioria dos casos, exige-se a correlação entre a vulnerabilidade social e a omissão estatal.

No entanto, sobrariam elementos probatórios para demonstrar a debilidade econômica do agente (boletim de vida pregressa, nível de escolaridade, falta de acesso ao emprego formal, etc.). De forma que, quando da dosimetria da pena, o juiz seria obrigado a fundamentar a sua decisão levando em consideração as condições materiais que suporta o denunciado a fim de diminuir a sanção penal.

### **Consideração finais**

Buscamos refletir rapidamente sobre a necessária fiscalização e controle da atuação do juiz criminal no campo jurídico da criação ideológica. Na busca de um direito penal mínimo e de balizas limitantes ao poder punitivo, a criminologia oferece o conhecimento científico aos programas de políticas públicas. A implementação de políticas criminais eficazes que considerem os saberes criminológicos sobre as causas do crime, do comportamento criminoso e da criminalidade, especialmente em contextos de exclusão social, como ocorre no Brasil, deve ser um objetivo a alcançar.

Relembramos, também, algumas proposições da criminologia na busca por uma justiça penal mais equitativa e eficiente para o reconhecimento e aplicação, pelas agências judiciais, das teorias apresentadas pelos autores acima referidos. Resposta não contingente, da idoneidade (como controle empírico), da representação legislativa da população prisional, do respeito às autonomias culturais e do reconhecimento da culpabilidade por vulnerabilidade foram algumas delas. O conhecimento criminológico funcionaria, ainda, como um otimizador da principiolgia do direito penal (legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, etc.) para uma mais alargada zona de contenção do processo de criminalização.

Agindo assim, o magistrado criminal contribuiria significativamente para um sistema de justiça mais humano, democrático e justo. É imprescindível, enfim, que o conhecimento causal-explicativo criminológico esteja no repertório do responsável pela aplicação da lei penal. Durante muito tempo relegou-se à criminologia um papel secundário de “ciência auxiliar” do direito penal, mas já passou da hora de corrigir este equívoco histórico.

# Breves considerações em torno da (tão desejada) criminalização do enriquecimento injustificado

Luís Filipe Costa

*Mestre em Criminologia*

*Investigador UICCC – Universidade da Maia*

*FinCrime Analyst*

**Resumo:** O enriquecimento ilícito é uma prática passível de gerar consequências sociais profundas, que afetam a confiança pública, e exacerba desigualdades. Quando funcionários públicos e titulares de cargos políticos acumulam riqueza de forma injustificada, não só está em causa a eficiência administrativa, a transparência, como também se mina a confiança e a credibilidade nas instituições democráticas. A corrupção resultante cria um ciclo de desconfiança e injustiça generalizada, agravando a desigualdade económica e social. Este artigo explora as origens sociodemográficas do enriquecimento ilícito, como este afeta a coesão social e a perceção pública de justiça e como se encontra tipificado nos diferentes ordenamentos jurídicos, não descuidando uma base constitucional que parece ser subjogada em torno da sua (tão desejada) criminalização.

**Palavras-chave:** Enriquecimento ilícito / Transparência / Corrupção / Constitucionalidade

**Abstract:** Illicit enrichment is a practice that can lead to profound social consequences, affecting public trust and exacerbating inequalities. When public officials and political officeholders accumulate wealth unjustifiably, it undermines not only administrative efficiency and transparency, but also the trust and credibility of democratic institutions. The resulting corruption creates a cycle of distrust and widespread injustice, worsening economic and social inequality. This article explores the sociodemographic origins of illicit enrichment, its impact on social cohesion and public perceptions of justice, and how it is addressed in various legal systems, while also considering the constitutional basis that seems to be overshadowed in discussions about its (much-desired) criminalization.

**Keywords:** Illicit enrichment / Transparency / Corruption / Constitutionality

I. O tema que hoje se traz à colação não é recente, vem inclusive acompanhado de uma recomendação de índole comunitária que perdura há mais de vinte anos através da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que instrui os Estados-Membros a adotar medidas do foro legislativo para positivar o crime de enriquecimento ilícito no ordenamento jurídico interno<sup>1</sup>, propondo adicionalmente uma tentativa de designação do mesmo como um “*aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo*”. No fundo, e de forma sumária, uma incongruência entre o património declarado por um indivíduo, estando a este associada uma posição politicamente exposta, e o património real do indivíduo. Todavia, aquela que, ainda que de forma aparente, se julgue configurar um precedente a ser tratado âmbito do direito fiscal, vem acarretando fatores criminógenos e as propostas de uma solução aparentemente fácil faz, aos dias de hoje, correr tinta na maioria dos programas legislativos<sup>2</sup>, que propagam uma nova era da investigação criminal.

II. Sob uma perspetiva bipartida, é de fácil associação uma égide socioeconómica e política ao crescente populismo em torno desta tipificação criminal. Em primeiro lugar, porque, fruto de sucessivas crises económicas, floresce o aumento das desigualdades sociais, da precariedade de emprego e da diminuição da mobilidade social, que gera um crescimento generalizado na descrença nas instituições democráticas, políticas e de justiça, o que contribui de forma significativa para uma perceção de injustiça e indignação perante aqueles que encontram nas entropias do sistema de justiça uma oportunidade de crescimento. Por outro lado,

---

<sup>1</sup> Portugal não avançou para a integração penal do enriquecimento injustificado, de forma antitética ao que se sucedeu em países como a Argentina, o Chile, El Salvador, México, entre outros. Perante este elenco, o Tribunal Constitucional decreta a reduzida expressividade da adoção da nova figura criminal no domínio do contexto jurídico-penal comparado, nas matrizes similares ao lusitano. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>.

<sup>2</sup> Recorde-se que, com base nas propostas legislativas com vista à constituição do XXIV Governo Constitucional, o enriquecimento ilícito faz parte dos programas eleitorais da AD, do PCP, do CHEGA, do BE, do PAN e do LIVRE, mesmo negado por duas vezes no crivo do Tribunal Constitucional. A criminalização do mesmo ficou ainda vinculada e reforçada no programa de governo a executar na presente legislatura, apelando a um “*respeito pelos preceitos constitucionais*”, ponderando como alternativa a recuperação de ativos por parte do Estado Português, com base em mecanismos de avaliação de património – *unexplained wealth orders*.

os fatores políticos são igualmente relevantes, não só porque o fenómeno de corrupção aparenta estar endemicamente intrínseco a este setor, como também fica associado a um disruptivo funcionamento eficaz do Estado, privilegiando os interesses individuais em virtude da preservação da integridade, que leva, quase em bola de neve, a uma diminuição da confiança pública. É com base nestas duas vertentes que se encontra um refúgio importante e um tanto ou quanto perigoso: o de que a criminalização do enriquecimento ilícito, quase em aproveitamento político e mesmo num desenvolvimento precário, explorado de seguida, conseguiria, porventura, resolver os problemas atuais de falta de celeridade processual, falta de meios jurídicos para investigar os crimes de corrupção e, mais sonante, a impunidade daqueles que ocupam uma posição representativa de poder.

III. Importa, desde logo, precaver que a integração desta norma incriminadora no quadro de normas e valores contemporâneo não apenas seria incapaz de corrigir as disfunções identificadas, como contribuiria para a sua amplificação, intensificando-se os impactos. Isto porque não se consegue, ou não é possível sob a perspetiva de como as aproximações estão construídas, estabelecer uma autonomia do crime.

Da forma como o modelo do crime nos é trazido, a autonomização torna-se verdadeiramente inalcançável, pelo facto de, antagonicamente ao que acontece no crime de branqueamento de capitais, que manifesta a existência de uma *predicate offense* de catálogo, no crime de enriquecimento injustificado não se tem este dado como base de incriminação, abrindo espaço à mera presunção de que o património incongruente com as declarações fiscais provém de meios ilícitos<sup>3</sup>.

Não obstante, algo que vem sendo amplamente debatido é a possibilidade de, mesmo não se atribuindo uma autonomia, poder este crime ser encarado de uma perspetiva indireta, através dos crimes conexos, à semelhança do que acontece no crime do art. 368.º-A do Código Penal. Quer isto dizer que, face, nomeadamente, a uma investigação no seio de tráfico de estupefacientes, sendo este considerado um crime de catálogo e, pelo facto de o arguido possuir património incongruente com o seu declarado, iniciar-se-ia a prossecução penal também pelo crime de enriquecimento injustificado? Contudo, esta questão, bem como a finalidade da pena

---

<sup>3</sup> ÉRICO BARIN, *A Natureza Jurídica da Perda Alargada*, Lisboa, Universidade de Lisboa, Tese de Doutoramento, 2021, pp. 127-129.

de garantir que o crime não compensa, esbarra igualmente no próprio sistema, sendo que Portugal já detém mecanismos de transparência e arresto de patrimonialidade, nomeadamente a declaração de rendimentos para titulares de cargos políticos, a investigação da autoridade tributária e a própria Lei n.º 5/2002, de 11/1, criada especialmente para acionar os mecanismos de arresto e de perda alargada, não atribuindo qualquer espaço a uma tipologia criminal que não traga inovação<sup>4</sup>.

IV. Por si só, o presumível crime de enriquecimento ilícito baseia-se, de forma tácita, na obtenção de um incremento patrimonial, sem justificativa legal ou compatível com os rendimentos declarados, existindo deste modo uma prossecução penal pela sua incongruência.

Tendo por base a análise da UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*), MUZILA, MORALES, MATHIAS & BERGER desenham uma conceção pentagonal da construção teórica do presumível crime, considerando os seguintes fatores: as pessoas sujeitas a este tipo de incriminação, o período de interesse válido para a mesma, o aumento do património, a intenção e a ausência de justificação. No que concerne ao primeiro fator, quer a lei das Nações Unidas, quer a maior parte dos países que integraram os crimes, circunscreveram-se a pessoas politicamente expostas ou que desenvolvam algum cargo público; embora a lei não seja concreta quanto ao período de interesse, os autores presumem a associação do aumento da riqueza com o período em que o titular desenvolveu as funções no seu cargo público; quanto à definição mensurável do património lícito *vs.* ilícito, carece de um maior deslinde a definição do termo “significativo”, havendo necessidade de uma delimitação<sup>5</sup>; as duas últimas questões podem confluir-se, sendo que os bens ou vantagens obtidos não são gerados a partir de omissão direta ou má conduta, verificados através de transações suspeitas ou de avultado valor entre titulares

---

<sup>4</sup> Da mesma forma, alerta-se para a “*irregularidade funcional*” de se despoletar a prossecução penal sem que exista conhecimento inequívoco da autoria e da materialidade do facto precedente, exclusivamente mediante prova direta. Para uma análise mais detalhada, consultar MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, “Ilegalidade de presumir-se. O enriquecimento ilícito no exercício da função pública”, in *Revista CEJ*, n.º 54, 2011, pp. 14-27.

<sup>5</sup> Os autores propõem, inclusive, um modelo de *threshold*, em que, verificando-se que umas determinadas percentagens do património do titular provêm de vantagens obtidas ilicitamente, esse montante era alvo da investigação; porém, esvanece-se a mesma, sendo que esse mesmo *threshold* seria o assumir de que parte dos fundos obtidos, por exemplo, através de atos corruptivos são toleráveis.



ou mesmo a utilização ou habitação em moradias que não constem na declaração patrimonial<sup>6</sup>.

Um dos fatores passíveis de coligar as vertentes acima mencionadas e que possivelmente está na gênese da discussão em torno do enriquecimento injustificado é a corrupção, a sua essência tentacular e a incapacidade de o sistema de justiça se adaptar ante este crime. Segundo escreve SANTOS, ultrapassando o desdobramento, juridicamente relevante, da forma passiva ou ativa, para ato lícito ou ilícito, a corrupção abarca uma “*negociação ilegítima*” de um funcionário do Estado<sup>7</sup>, abusando dos poderes a este conferidos no exercício da sua profissão, concedendo ao corruptor ativo uma vantagem ou benefício patrimonial<sup>8</sup>. E de facto, atribuindo-se a este crime uma verdadeira teia de interesses entre duas partes que saem beneficiadas da sua execução, são facilmente associadas as dificuldades investigatórias sentidas na prossecução penal, o que, segundo um escrito de PATRÍCIO, não se figura ver alterado, até então, por duas razões: pelo facto de todos os métodos que possivelmente servirão como consumação do crime já se encontram tipificados na lei, não existindo nesta medida um avanço jurídico apenas pela modesta inserção de um novo tipo criminal; e, em segundo lugar, por se mascarar um problema a montante da esfera criminal, a falta de confiança na integridade e transparência das políticas públicas<sup>9</sup>. Perspetiva esta que é corroborada por DIAS, que associa a criação de novas incriminações a um método de apaziguamento geral, todavia, sem um cariz lógico e justificável<sup>10</sup>.

Sobre a primeira questão, e tendo por base a associação do presumível crime de enriquecimento injustificado ao colarinho branco, são já as constantes aproximações legislativas que, caso cumpridas nos mais elevados padrões de dignidade, não suscitariam necessidade da criação deste crime. Desde logo, os crimes decorrentes da omissão das obrigações declarativas por parte de titular de cargos polí-

---

<sup>6</sup> LINDY MUZILA/MICHELLE MORALES/MARIANNE MATHIAS/TAMMAR BERGER, *On the Take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*, 1.ª ed, Washington, DC, The World Bank, 2012, pp. 13-26.

<sup>7</sup> O estatuto do funcionário encontra-se previsto no art. 386.º do Código Penal.

<sup>8</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]”, in Manuel da Costa Andrade *et al.* (coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 1.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 967-969.

<sup>9</sup> RUI PATRÍCIO, “Sete Pecados Capitais (Sobre a criminalização do “enriquecimento ilícito”)”, in *Revista do Ministério Público*, vol. 4, n.º 136, 2013, pp. 144-149.

<sup>10</sup> MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Enriquecimento Ilícito/Injustificado”, in *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, p. 292.

tigos. Decreta então o art. 13.º da Lei n.º 52/2019, de 31/7, que aprova o Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, que devem os titulares de cargos políticos, e equiparados, apresentar uma declaração de rendimentos, de património e interesses após sessenta dias do início da função que ocupam. Quem, por incumprimento, não apresentar a mesma declaração, ou existir um preenchimento incongruente, é notificado a efetuar a correção da mesma, incorrendo em perda de mandato, demissão ou destituição caso não o faça no período correspondente de trinta dias, segundo o art. 18.º, o que constitui um contrasenso, uma vez que não se objetiva que uma disposição legal com vista a conferir graus de integridade e transparência elevados fomente um terreno fértil a ser explorado pelos titulares de cargos políticos, aqui estabelecendo uma *mea culpa* ao legislador nacional por demonstrar uma incerteza quanto ao grau de fiabilidade dos titulares aquando do preenchimento da declaração, segundo CAEIRO<sup>11</sup>. Mais ainda quando a mais recente versão, atualizada pelos pressupostos da Lei n.º 4/2022, de 6/1, vem trazer novos mecanismos que tornam a lei regimentar um pouco menos transparente do que se exige, aditando uma cláusula que exulta a necessidade de um “*requerimento fundamentado*”, constando elementos acerca do requerente e abertura ao registo do mesmo na entidade responsável, como sugere o art. 17.º, n.º 5, em sentido contrário ao que é apresentado no início do mesmo artigo, onde se proclama a publicidade de acesso da declaração de rendimentos e património.

Perante a comparação entre a lei base e o modelo mais recente, ressalta a revogação dos n.ºs 5 e segs. do art. 18.º, resolução positiva no que à atenuação da pena diz respeito, segundo o mesmo. Aditado em 2022, importa realçar o art. 18.º-A, criando o crime de desobediência qualificada a quem, após a notificação supra-mencionada, não apresentar a declaração de património; não a apresentar de forma intencional, mesmo antes da existência de notificação; ou omitir, intencionalmente, elementos patrimoniais constantes no seu património, tipificado com uma pena de prisão até três anos.

Por outro lado, de forma mais genérica e capaz de alcançar todos os cidadãos, também a Lei n.º 5/2002 prevê algumas aproximações à ideologia do enriquecimento ilícito, no caso concreto, como a corrupção, destacado no art. 7.º e enfatizado pelo Tribunal Constitucional que estabelece que, “*apurado o valor do património, há*

---

<sup>11</sup> PEDRO CAEIRO, “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação de riqueza e a orelha de Van Gogh”, in *Católica Law Review*, vol. 5, n.º 3, 2021, pp. 92-93.

que confrontá-lo com os rendimentos de proveniência comprovadamente lícita, auferidos pelo arguido naquele período. Se desse confronto resultar um «valor incongruente», não justificado, incompatível com os rendimentos lícitos, é esse montante da incongruência patrimonial que poderá ser declarado perdido a favor do Estado”<sup>12</sup>.

V. Mais se dirá que a inserção de um determinado tipo incriminador no direito penal, dotado da ambiguidade doutrinal que veremos, servirá nomeadamente como prova indireta de corrupção, facilitando-a, como pensa COSTA ANDRADE, se os instrumentos de que dispomos não se consideram suficientes para mitigar corruptos e corrupção e não ser meramente legislar pela “aura” de o fazer<sup>13</sup>. E daqui floresce de novo outro problema: o de uma expansão do direito penal a um patamar que esbata as suas fundações de subsidiariedade e de *ultima ratio*<sup>14</sup>.

Sendo de *ultima ratio*, o ramo penal funciona pela simbiose de duas razões, a dignidade penal e a necessidade de tutela penal, presumindo-se, em primeira instância, que só o direito penal conseguirá dar resposta a este tipo de crime, não sendo possível resolver pelo âmbito fiscal, civil ou administrativo e, em segundo lugar, porque a norma incriminadora tutela um determinado (e concreto) bem jurídico<sup>15</sup>.

E esta construção jurídico-penal, tida como a base que delimita o poder punitivo do Estado, gera igualmente controvérsia, sendo o bem jurídico tutelado pela criminalização do enriquecimento injustificado de difícil identificação ou, dito de outro modo, indistinto em relação a outros crimes já previstos na mesma secção da legislação penal, como corrupção, recebimento indevido de vantagem ou peculato<sup>16</sup>. Pa-

<sup>12</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/6/2014, proc. 1653/12.2JAPRT-A.P1, in <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd4f/beb5d390e130f96c80257d03002d99ed?OpenDocument>.

<sup>13</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caríbdis”, in *Jornal Público*, 2011, disponível em <https://www.publico.pt/2011/10/28/jornal/enriquecimento-ilicito-entre-cila-e-caribdis-23302436> [consult. 12/8/2024].

<sup>14</sup> Neste que é um tempo em que a norma incriminadora sofre de sustentação jurídica, realça D’Avila a possibilidade de uma crise expansionista pelo modelo de Estado de Direito – FABIO ROBERTO D’AVILA, “O Espaço do Direito Penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, n.º 64, 2007, p. 80.

<sup>15</sup> FERNANDO TORRÃO, “Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma de mínima intervenção”, in Manuel da Costa Andrade *et al.* (coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit.*, p. 343.

<sup>16</sup> Fazendo ainda menção à norma incriminadora da lei de declaração de rendimentos mencionada, PEDRO CAEIRO, “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação de riqueza e a orelha de Van Gogh”, *cit.*, pp. 90-91.

ralelamente, é ainda de acrescentar que, conjuntamente com uma norma incriminadora em tudo similar a condutas tipificadas e estabelecidas no ordenamento jurídico, não é passível de se avançar neste debate sem questionarmos o *logos* da necessidade de existência do crime de enriquecimento injustificado, quando este se desencadearia imediatamente após a descoberta do crime precedente, havendo a sua necessidade, o que não se verifica, por exemplo, no caso do branqueamento de capitais. E este paralelismo acentua-se quando verificado que os efeitos finais do processo serão os mesmos – a ativação do mecanismo de perda. Sobre isto, pronuncia-se FIGUEIREDO DIAS, acerca da primeira inconstitucionalidade abordada neste escrito, fazendo menção à necessidade de punir através de incriminação anterior, o que advém de uma falta de clarividência quanto à concretização do bem jurídico<sup>17</sup>, algo que deve ser concreto e individual.

Existindo aproximações do bem jurídico do enriquecimento ilícito, nomeadamente a tutela da transparência de fontes de rendimento ou a probidade administrativa<sup>18</sup>, a controvérsia estende-se à possível autonomia do mesmo quando se considera a sua relação com outros tipos penais acima mencionados, uma vez que, existindo a configuração ilícita do crime que deu origem ao rendimento, este será subsumido pela *predicate offense*, não havendo lugar à sua autonomia.

VI. Em Portugal, a mais forte tentativa de criminalização do enriquecimento ilícito surgiu pela primeira vez em 2011, procedente da votação positiva dos deputados da Assembleia da República do XIX Governo Constitucional, que viria a gerar o Decreto n.º 37/XII, reprovado *a posteriori* no crivo do Tribunal Constitucional. E se a resposta sobre qual o resultado está providenciada, importa, todavia, dissecar os elementos que constituem a natureza jurídica da proposta. De acordo com o Decreto acima mencionado, e localizando-o no Código Penal da época, o art. 335.º-A iria ser aditado na secção II do capítulo I do título V do livro II, isto é, inserido na secção dos crimes contra o Estado e praticados por funcionários públicos. Dada esta condição de especial qualificação do agente para o preenchimento do tipo legal, destaca-se a primeira ambiguidade, sendo que, uma vez que se exige a especial qualificativa do agente para o cometimento do crime, o mesmo

<sup>17</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, 1983, p. 26.

<sup>18</sup> Segundo relata o Juiz Carlos Fernandes Cadilha no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012.

inicia a redação por “Quem” em detrimento do que acontece, nomeadamente, nos tipos legais dos arts. 372.º, n.º 1, e 373.º, n.º 1, do Código Penal. Desta feita, o tipo legal presumia-se preenchido pelos atos de adquirir, possuir ou deter património ilícito ou, como redigido, “sem origem lícita determinada” e incompatível com os rendimentos e bens obtidos legitimamente. Na adição do art. 386.º – Enriquecimento ilícito por funcionário – mantém-se a redação no que aos elementos típicos diz respeito, existindo somente um diferencial relativo à moldura penal abstratamente aplicável<sup>19</sup>, para uma mais agravante, no segundo caso.

No crivo do Tribunal Constitucional, trouxe-se à colação o facto de que o património oriundo do termo “ilícito” tem a mesma referência, independentemente do tipo de agente que o pratica. Para além do mais, tendo como base de tipificação a aparente pretensão de punir o diferencial entre o património total do indivíduo e os rendimentos legítimos e declarados do mesmo, existindo deste modo a direta presunção de ilicitude da incompatibilidade patrimonial, oriunda da criminalidade. Ademais, refere-se ainda que, como dito anteriormente, caso o pano de fundo assente, de certo modo, na punição sob o património incompatível obtido através de crimes anteriores, sem reconhecimento processual, existe assim uma escassez de concretização do bem jurídico e, porquanto, uma inconstitucionalidade da norma<sup>20</sup>.

Porém, não foi este longo e derrotista acórdão que impediu o legislador nacional de tentar uma vez mais a inserção do crime na legislação nacional, algo que se veio a verificar em 2015 pela criação do Decreto n.º 369/XII, que pretendia aditar ao Código Penal o agora designado enriquecimento injustificado, naquela que foi uma tentativa clara de driblar uma das causas de reprovação do Decreto antecedente. Em sentido inverso ao que havia sido previamente elaborado no Decreto de 2012, o mais recente previa unicamente a inserção de um modelo no Código Penal – o crime comum quanto ao agente, preenchendo-se o tipo legal igualmente com as ações de adquirir, possuir ou deter património. Por outro lado, aditava-se em legislação avulsa – Lei n.º 34/87, de 16/6 – o tipo legal referente a titular de cargo político, presumivelmente consumado sem alteração das ações típicas em relação ao anterior. Uma das principais divergências comparando os dois Decretos reflete-se na redação e consequente forma como o mesmo é enca-

---

<sup>19</sup> Enquanto no crime presumivelmente aditado no art. 335.º-A a moldura penal abstrata situa-se entre um e cinco anos, no segundo caso é elevada para um a oito anos.

<sup>20</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012.

rado perante as críticas que deram origem à sua obstaculização. Enquanto em 2012 se preenchiam os elementos típicos com o “*património sem origem lícita determinada*” – algo, aliás, fraturante na fiscalização preventiva da constitucionalidade –, em 2015 viu-se alterado para “*património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados*”<sup>21</sup>. Questão que ainda se mantém inultrapassável após a primeira reprovação relaciona-se com a circunscrição do bem jurídico tutelado, pese embora o legislador nacional tenha feito um esforço de elencar na letra da lei que o mesmo se baseia na “*confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades*” –, cenário este singular considerando que não se objetiva delimitação da pedra central do direito penal em mais nenhuma incriminação presente no Código.

Posto isto, serve como objeto do crime a diferença entre o património declarado do indivíduo e o património real, incongruente o suficiente para esbarrar no crivo constitucional que invoca como justificação para o mesmo a elevada abrangência de situações que pode levar a existir uma incongruência, nomeadamente em situações heterogéneas, o que atribui à construção jurídica um desvalor da ação perante a subsidiariedade penal, que deve prevalecer. Punir-se uma ação que poderá ser evitada ou solucionada com base numa análise de variação patrimonial, é, para o Tribunal Constitucional, tornar indistinguível uma conduta normativa perante uma com dignidade jurídico-penal. Para os Juízes Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete, torna-se, na mesma linha de raciocínio com o que foi apreciado, “*manifestamente excessivo*” a associação de um crime orientado para uma certa categoria de pessoas, indistinto do cidadão comum, isto porque, contribuindo o mesmo para a manutenção do Estado Social, numa perspetiva quase “*rousseauiana*”, mediante os tributos, é já previsto e sancionado o incumprimento dos deveres normativos não em sede penal, mas sim fiscal, constando o regime de incumprimento na Lei Geral Tributária e as suas infrações na Lei n.º 15/2001, de 5/6<sup>22</sup>.

Quanto ao crime especial, aditado em legislação avulsa para titulares de cargos políticos, realça o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015 que a estes cabe

---

<sup>21</sup> Património que é adiante clarificado, constando todo o património mobiliário e imobiliário, em território nacional e internacional, seja ele participações em sociedade de quotas, contas bancárias, aplicações financeiras, partes sociais de sociedades, entre outros referidos no n.º 3 do art. 335.º-A.

<sup>22</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>.

já um especial dever de transparência, inerente ao *ethos* da posição pública que ocupam e que é esta uma das bases que prevalece, ou deveria, como garante do Estado de Direito democrático, e que, por tal, a formulação legal esgota-se em si mesma, uma vez que já estão previstos na lei fatores de consideração sobre os rendimentos de titulares de cargos políticos, bem como um regime sancionatório para o seu incumprimento.

As argumentações acima explanadas levaram a uma declaração de inconstitucionalidade do Decreto 369/XII, por violação de artigos da Lei Base.

**VII.** Certo é que, ao partilhar uma matriz civilizacional e jurídica com Estados-Membros e consequentemente com os seus ordenamentos jurídicos, o direito penal vai avançando de forma reacionária, exigência das alterações societárias num hemisfério comum. Contudo, incompatível com a visão nacional relativamente ao crime (ou análogo) de enriquecimento ilícito, vemos a sua integração, de modo mais ou menos direto, em países da América Central e do Sul, marcadamente divergentes do ponto de vista da organização social, mas também em países que, *a priori*, partilham de análogas exigências sociais, como Espanha, Itália e França, ao que o direito penal responde retrospectivamente.

Na génese deste debate está então, como mencionado inicialmente neste escrito, a Convenção das Nações Unidas, que, sobre o mote do “*incremento significativo do património de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele*”, recomendava aos Estados-Membros a sua integração, do ponto de vista penal.

França agiu rapidamente e, sob provisão da Lei n.º 2006-64, de 23/1, aditava ao Código Penal o art. 321-6, que, não obstante não possuindo uma nomenclatura fiel à requerida – *Des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci* –, determina a pena de prisão a quem não seja capaz de demonstrar a origem de um bem ou de um estilo de vida quando esta se encontra em relação direta com alguém que cometa crimes de corrupção (ou similares), beneficiando de lucro direto. Do mesmo modo, é punido com a mesma moldura penal abstrata – até 3 anos – quem facilitar a justificação dos recursos não passíveis de ser demonstrada a sua origem lícita<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> A pena inclui simultaneamente o pagamento pecuniário de 75 mil euros. Valor que é aumentado para o dobro no caso de a pessoa que cometa um crime, por pessoa interposta, ser um menor, aumentando a pena de prisão para cinco anos. Quando as infrações que resultarem no desproporcional



A previsão legal é igualmente inserida no *Code Général des Impôts*, onde no art. 168.º se faz menção à desproporcionalidade entendida entre o rendimento e o estilo de vida de um indivíduo, aumentando-se proporcionalmente a base de imposto a pagar pelo contribuinte conforme uma tabela indexada ao mesmo<sup>24</sup>. Importante ponto de divergência relativamente ao que se pretende estabelecer em Portugal é a não especialidade do crime previsto no ordenamento gaulês, considerando todas as pessoas como elegíveis a cair no escopo da legislação.

Mais relevância de análise se deve dar ao caso francês quando o mesmo prevê mecanismos de inversão de prova, porquanto se atribui ao arguido a responsabilidade de legitimar os fundos sob investigação, algo incompatível com o garantismo democrático e processual das raízes do desenvolvimento francês<sup>25</sup>.

Distante do perímetro europeu, mas com igual relevância de observação, encontra-se a construção jurídica argentina, que integra, no Capítulo IX, dentro da conjuntura de crimes contra a Administração Pública. Alude o então art. 268.º, n.º 1, que incorre no crime de “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados” o funcionário que para si ou para terceiro utilizar dados conseguidos mediante a sua posição para enriquecimento; e, no n.º 2, o funcionário que, após ser requisitada a justificação dos seus bens patrimoniais (ou a pessoa interposta), não o cumpre, verificando-se a presunção de ilicitude durante o período de funções públicas e até dois anos após as mesmas cessarem. No caso argentino, incumbe igualmente ao arguido o manifesto ónus de provar a licitude dos bens<sup>26</sup>. Ainda observando esta matéria, importa referir que o Código Penal inclui, para além da pena de prisão, que pode atingir os seis anos, a pena de multa num valor até cinco vezes superior ao valor do desfasamento patrimonial e a proibição perpétua do exercício de funções públicas.

---

aumento de riqueza estiverem relacionadas com tráfico de seres humanos, extorsão, associação criminosa ou tráfico de estupefacientes, a moldura penal eleva-se aos sete anos de prisão, existindo um aumento da multa para 200 mil euros. A pena mais gravosa situa-se nos 10 anos e 300 mil euros quando a infração acima mencionada for cometida por um ou mais menores, na situação de pessoa interposta.

<sup>24</sup> Para uma informação descritiva sobre os critérios de aumento ver [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006191934/#LEGISCTA000006191934](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006191934/#LEGISCTA000006191934).

<sup>25</sup> EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Parecer do Conselho Superior do Ministério Público sobre os Projectos de lei 4/XII/1.ª, 5/XII/1.ª, 11/XII/1.ª e 72/XII/1.ª (Tipificação do Crime de Enriquecimento Ilícito)”, *Conselho Superior do Ministério Público* [em linha], Lisboa, 2011, p. 3.

<sup>26</sup> Ressalva-se que, paralelamente ao incremento patrimonial, o enriquecimento injustificado pode ser analisado sobre a ótica da liquidação de dívidas pessoais (e. g., crédito habitação) ou de obrigações extintas.



Já no polo oriental, na Região Autónoma de Macau, prevê-se o crime de riqueza injustificada originado pela Lei n.º 11/2003, de 28/7, redigindo que a pessoa, por si só ou por pessoa interposta que “estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas” (art. 28.º, n.º 1). Sob esta redação, JORGE GODINHO sintetiza algumas críticas: em primeira monta, a discricionariedade que o legislador deixou ao tipificar apenas o património, cito “*anormalmente superior*”, não existindo uma base de concretização de onde começa a anormalidade; em segundo lugar, a responsabilidade da oneração de prova ao arguido, verificada na redação “*na respetiva declaração prevista nesta lei e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita*”; e, para terminar, a possibilidade de o diferencial se constituir perdido a favor do Estado da Região de Macau<sup>27</sup>.

**VIII.** Denominador comum entre as construções jurídicas estudadas reporta-se a um mecanismo de obtenção de prova que colide com toda uma construção, talvez a mais significativa no que concerne ao garantismo do funcionamento do direito penal e processual perante a sociedade – o Estado de Direito democrático –, que remonta a uma prática ausente de arbitrariedades e de sujeição ao constitucionalismo, com a legalidade a montante<sup>28</sup>. É neste contexto que se traz à colação o ponto de (talvez) maior relevância neste texto, a impossibilidade – pelo menos para já – de uma construção jurídica que assente na dignidade da norma e no garantismo processual concebido sobre quem ele recai. No trabalho desenvolvido até então, quer nos ordenamentos jurídicos externos, quer nas aproximações portuguesas, enfatiza-se a incompatibilidade de ambas as matérias mormente no que afeta a onerosidade da prova e o princípio *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>29/30</sup>, isto

<sup>27</sup> JORGE GODINHO, “Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 24, 2007, pp. 17-47.

<sup>28</sup> Ver JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, Gradiva, 1999, p. 18.

<sup>29</sup> Expressão que simboliza de forma mais completa, quer a presunção de inocência, quer o princípio de que a prova incumbe a quem a alega.

<sup>30</sup> Algo que é denotado em alguns países da *Civil Law*, como serve de exemplo, para além dos casos mencionados acima, o ordenamento jurídico espanhol, que prevê os métodos indiretos de prova – isto é, decreta o Acórdão SST, de 2/10/2004, que, não se verificando a proveniência lícita dos fundos, obtidos através do rendimento de trabalho, investimentos, créditos, presume-se a proveniência ilícita dos mesmos. Esta situação torna-se ainda mais abrangente e extensível a países como Itália, Austrália, Hungria, Polónia e Países Baixos, e não se refere apenas ao que à inversão de prova diz respeito, mas

porque, para além da facilitação de prova não produzida pela acusação, ainda se incorre num primado duplamente falacioso – o de que, existindo já juízos sob a proveniência ilícita dos fundos do funcionário público, creem-se preenchidos já outros tipos legais, como é o caso da corrupção<sup>31</sup>.

Poderíamos, portanto, enumerar uma panóplia de direitos e garantias penais que caem no escopo dos que poderiam vir a ser negligenciados perante os dois decretos que pretendiam promover a adição penal do enriquecimento ilícito/injustificado. Contudo, focaremos o nosso raio de pensamento naqueles que requerem maior relevância jurídica de análise: a presunção de inocência, o direito ao silêncio e o ónus da prova.

No resvalar do período iluminista, fica a tese de que até prova em contrário nenhum arguido era constituído culpado, garantia hoje vincada na maior parte dos países com que Portugal partilha a matriz civilizacional e jurídica, e, na nossa base constitucional primária, assinalada na Constituição da República Portuguesa pelo art. 32.º, n.º 2<sup>32</sup>, que enfatiza, e cito, “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*”. Ora, esta é já uma garantia, diga-se, ferida pela construção jurídica presente nos dois Decretos, isto porque se parte de um princípio que convulsiona a estrutura acusatória do processo penal em que se determina a existência de uma entidade própria pela responsabilidade de acusar e investigar o crime – o Ministério Público, só. Como ensina o Professor GERMANO MARQUES DA SILVA num dos seus escritos, a “*mera presunção de ilicitude*” do diferencial de património real e declarado não pode, em circunstância alguma, tornar-se fator suficiente de incriminação<sup>33</sup>. O que é visível com base no Decreto

---

também passa a não ser necessária a existência de um trânsito sancionatório antecedente para acionar mecanismos de perda de bens, o que subverte integralmente os princípios do Estado Social de Direito, como o conhecemos (ou conhecíamos). Para uma análise integral aos exemplos de cada um dos países mencionados, consultar GUILLERMO JORGE, *The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment*, Bucareste, 2007, pp. 14-20.

<sup>31</sup> Para uma breve, mas pertinente, análise, consultar LUÍS GRECO, “Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito”, in *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 277, 2015, p. 1.

<sup>32</sup> E comunitariamente assegurada por diplomas como a Declaração Universal do Direitos Humanos, no art. 11.º, n.º 1; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 9.º; e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 6.º, n.º 2.

<sup>33</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, “Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado) – Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal”, in Paulo Pinto de Albuquerque (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 48-55.

n.º 37/XII e no Decreto n.º 369/XII é a ausência de zelo na consideração do fator constitutivo do crime, havendo presunção de ilicitude sob os bens patrimoniais em causa. Conforme sintetiza PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o princípio de presunção de inocência só deixa de ser subjugado caso o Ministério Público, no decorrer da sua ação no procedimento criminal, conseguir provar os elementos do crime, nomeadamente os rendimentos obtidos sob a forma lícita e o rácio de desproporcionalidade com o património real e o nexó causal entre o tempo/espaço de função do arguido e o enriquecimento que se diz injustificado<sup>34</sup>.

Ainda sobre a prova e em estreita ligação com a presunção de inocência, tal como vimos acima, quer na análise da proposta, quer no direito comparado, percebe-se o intuito do legislador penal em colocar o ónus da prova sobre o arguido, o que quer dizer, em bom rigor, que, contrariamente ao que é estipulado na lei de base, onde cabe ao Ministério Público a prova de que os factos alegados recaem sobre a parte que faz a alegação, existe uma inversão que deve resultar na pronúncia de inconstitucionalidade. No que concerne à redação, este mecanismo de que falamos encontra-se nos dois Decretos aprovados pelos deputados, manifestando-se implicitamente pelo facto de caber ao arguido fazer prova de que determinados bens, aqueles que estão no centro do procedimento, são de origem lícita – juízo de inconstitucionalidade que mereceu uma votação unânime nos dois acórdãos do Tribunal Constitucional, ideia da qual partilhamos. Relacionado ainda com esta matéria encontra-se o facto de, como se percebe pela redação da norma, a mesma tentativa de tipificação se inserir no ramo das infrações criminais de mera suspeita. Como explicita JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, não podem caber no direito penal clássico uma norma incriminadora na qual não conste um concretizável e individualizável bem jurídico e uma conduta dolosa ou culposa, nem tampouco se iniciar o procedimento criminal com base na suspeita de que determinado património advém de proveniência ilícita, comprometendo de forma séria um equilíbrio existente entre a atuação legítima do Estado e a proteção dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Enriquecimento Ilícito”, in *Diário de Notícias*, 2009, disponível em <http://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/paulo-pinto-de-albuquerque/interior/enriquecimento-ilicito1197474.html> [consult. 8/8/2024]. Da mesma forma, em RUI PATRÍCIO, “Parecer sobre os Projectos de Lei 4/XII/1.º (BE); 5/XII/1.º (BE); 11/XII/1.º (PCP) e 72/XII/1.º (PSD, CDS-PP)”, *Conselho Superior da Magistratura* [em linha], Lisboa, 2011, pp. 6-7, se alude aos fatores que, constando como provados da acusação do Ministério Público, salvaguardam a constitucionalidade da norma.

<sup>35</sup> Desta forma, acredita o Professor que, permitindo que se adite ao direito penal a infração de mera suspeita, se subverte um tipo de responsabilidade que desvie a sua própria natureza, que deve

Sobre esta matéria, à semelhança do que foi desenhado acima como fatores preventivos enumerados, também DORNBIERER estabelece que, de modo a evitar a associação da norma com a possibilidade de inversão da onerosidade da prova, deve o tribunal refletir sobre os seguintes aspetos: se a parte que é acusada ainda necessita de provar os factos fundamentais sob investigação; se os factos provados pelo acusado neste processo ou em qualquer outro instrumento, como a declaração de rendimentos, prova o racional pretendido; se os factos que devem ser provados são do particular conhecimento do indivíduo – caso se verifique o preenchimento destas alíneas, então garante-se a norma constitucional<sup>36</sup>.

E ainda uma última consideração sobre a prova diz respeito ao direito ao silêncio, previsto uma vez mais na Lei Fundamental, no art. 32.º, n.º 1, e no art. 61.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Processo Penal – o, embora não absoluto, direito ao silêncio, no sentido em que não tem o arguido de prestar declarações ou fazer prova, em virtude do modelo acusatório que acima descrevemos e que entra aqui uma vez mais em choque com a prova indireta aludida pelo legislador, algo que é amplamente criticado sendo que o privilégio concedido ao indivíduo torna-se sacrificado em detrimento do mesmo providenciar evidências da sua inocência<sup>37</sup>.

IX. De programa legislativo em programa legislativo, a criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado vai ganhando a força daqueles que, mesmo subjugando as garantias do Estado de Direito democrático, a falta de concretização do bem jurídico e os remanescentes pilares próprios de um sistema judicial acusatório, objetivam na adição de mais um tipo incriminador a bem-aventurança para o fim da corrupção e da criminalidade sistémica ao ponto de se questionar:

---

focar-se em condutas concretas e provadas e que estas infrações criam um caminho para o enfraquecimento do princípio da tipicidade, um dos pilares do ramo penal do Direito. Ainda desta forma, torna-se questionável o rigor exigido na definição dos tipos legais de crime, abrindo espaço a arbitrariedades e incertezas jurídicas. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in Eduardo Correia *et al.* (coord.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I – Problemas Gerais, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 21-29.

<sup>36</sup> ANDREW DORNBIERER, *Illicit Enrichment. A guide to laws targeting unexplained wealth*, Basel, Basel Institute on Governance, 2021, p. 126.

<sup>37</sup> ALEKSANDAR STEVANOVIĆ/LAURA MARIA STĂNILĂ, *Illicit enrichment as a criminal offense: possibility of implementation in the national criminal legislations*, in VI international scientific thematic conference Institutions and prevention of financial crime, Belgrado, 2011, pp. 9-11.

*“Já se aproveitaram todas as potencialidades do regime jurídico de que dispomos para o combate à corrupção?”<sup>38</sup>.*

A criminologia e a sua base de análise dota-nos da capacidade de, sob uma forma de análise globalizante, tecer algumas considerações, quiçá paliativas, para, mesmo sem a (tão desejada) criminalização, obstaculizar o fenómeno da corrupção: em primeiro lugar, o reforço da transparência e *accountability*, materializado sob a forma de um fortalecimento do sistema de declarações de rendimento de funcionários públicos e políticos, através de auditorias realizadas por entidades independentes como o Tribunal de Contas e a Entidade de Transparência<sup>39</sup>; a promoção de uma cultura de integridade e conformidade com a lei, através de programas contínuos de formação sobre ética e transparência para funcionários públicos, onde se privilegie um foco na prevenção de conflitos de interesse, o que também auxiliaria na credibilidade conferida pela sociedade civil; de modo a otimizar a capacidade de resposta do tribunal e abandonar as entropias associadas aos mega-processos<sup>40</sup>, reforçar divisões especializadas na prossecução penal de crimes financeiros e de corrupção, com maior capacidade técnica e de articulação entre complexidades financeiras e fiscais; e restringir de forma legislativa a designada “porta giratória” entre os setores público e privado, prevenindo incompatibilidades na transição.

Todavia, encontramos-nos diante de um problema que não é passível de ser analisado do ponto de vista eremítico. Sob um ponto de vista criminológico, percebamos que integra um complexo holístico que se inicia num contexto sociodemográfico próprio, que passa pelas dificuldades investigatórias, por limitações humanas e infraestruturais na resolução da criminalidade económico-financeira,

---

<sup>38</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Notas breves sobre os crimes de corrupção dos agentes públicos”, in *Revista Julgar*, n.º 11, 2010, p. 56.

<sup>39</sup> Aliás, prevista pela conjugação entre a Lei n.º 52/2019, de 31/7, e a Lei Orgânica n.º 4/2019, de 13/9, baseando-se numa entidade de cariz independente cuja função é o “controlo da riqueza, do património e das incompatibilidades daqueles titulares, desempenhando esta tarefa mediante a análise e fiscalização das declarações únicas de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos, altos cargos públicos e equiparados, doravante registadas numa plataforma eletrónica criada propositadamente para o efeito: a Plataforma Eletrónica da Entidade para a Transparência” – Regulamento n.º 258/2024, *Diário da República*, n.º 47/2024, Série II, de 6/3/2024, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/regulamento/258-2024-854482983>.

<sup>40</sup> Expressão utilizada em RUI PATRÍCIO, “Sete Pecados Capitais (Sobre a criminalização do “enriquecimento ilícito””, *cit.*, p. 145.

pelas fantasias criadas em torno de legislações precárias quanto à sua hermenêutica e por problemas vindouros ao nível dos mecanismos de perda.

Cessa-se, portanto, uma resenha que, embora circunscrita à temática central, permite tecer algumas considerações sobre o estado atual de um fenómeno que voltará a preencher os debates parlamentares e alerta ainda para a consciencialização de como um fenómeno intrinsecamente agregado a uma classe pode inverter e colocar em causa um sistema de princípios que tantos séculos levou a arquitetar.

# Direito e Literatura

## Contributos sobre Justiça à luz de *O Processo*, de Kafka

Pedro Ferreirinha

*Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas*  
(Escola de Direito da Universidade do Minho)

**Resumo:** Este artigo propõe uma análise interdisciplinar entre direito e literatura, explorando a tríplice perspetiva do Direito como técnica, ciência e arte. Focamo-nos na obra *O Processo*, de Franz Kafka, para examinar o significado jurídico subjacente à narrativa. O estudo destaca a importância da literatura na compreensão do Direito, envolvendo questões legislativas, narratologia e interpretação jurídica. Nestes termos, abordaremos a importante contribuição da literatura para o aprimoramento do sentido crítico do jurista e da sua capacidade analítica em relação à realidade jurídica. O artigo está estruturado em cinco capítulos, começando por uma síntese da obra de Kafka e uma análise do seu significado jurídico, seguido de questões prévias e, por fim, uma reflexão sobre temas jurídico-filosóficos, como o estatuto de arguido/acusado, o paradoxo da liberdade e o sentido de justiça. Esta abordagem interdisciplinar procura contribuir para a compreensão do Direito ao integrar elementos literários, ampliando as fronteiras tradicionais do conhecimento e da interpretação jurídica.

**Palavras-chave:** Direito / Literatura / Franz Kafka / *O Processo* / Interdisciplinaridade / Narratologia / Interpretação jurídica / Filosofia do Direito / Justiça

**Abstract:** This article proposes an interdisciplinary analysis between law and literature, exploring the threefold perspective of law as technique, science, and art. We focus on Franz Kafka's *The Trial* to examine the underlying legal meaning within the narrative. The study highlights the importance of literature in understanding law, involving legislative issues, narratology and legal interpretation. In this context, we address literature's significant contribution to enhancing the critical thinking and analytical capacity of legal professionals regarding legal realities. The article is structured into five chapters, starting with a synthesis of Kafka's work and an analysis of its legal

significance, followed by preliminary issues, and concluding with a reflection on legal-philosophical themes such as the status of the defendant, the paradox of freedom, and the sense of justice. This interdisciplinary approach aims to contribute to a broader understanding of law by integrating literary elements, expanding the traditional boundaries of knowledge and legal interpretation.

**Keywords:** Law / Literature / Franz Kafka / *The Trial* / Interdisciplinarity / Narratology / Legal Interpretation / Philosophy of Law / Justice

## 1. Introdução

O Direito pode ser observado sob uma tríplice perspectiva: técnica, ciência e arte<sup>1</sup>. Como partes integrantes de um mesmo todo, a técnica e a ciência servem a arte, e é na literatura que esta se manifesta: “por meio da leitura do humano, partindo-se da ficção e da poética – seja por meio da utopia em que o direito se insere, seja pelo cunho mítico igualmente contido na magia das letras”<sup>2</sup>. Consequentemente, o Direito, enquanto arte que é, goza de uma personalidade autónoma muito própria: a sua compreensão influi de uma complexa dinâmica de interpretações normativas. Ou seja, o processo judicial pode ser visto como expressão do próprio percurso de um indivíduo. Cada caso traduz uma experiência singular, na medida em que o sujeito é um texto vivo, interpretado desde si mesmo; cada peça jurídica constitui uma narrativa e cada sentença judicial estampa “uma imagem, ainda que, por vezes transitória, mas geralmente inextinguível, produz efeitos na vida de um homem”<sup>3</sup>. Por outro lado, é de salientar o relevo que as histórias assumem no palco judiciário. Hoje, como sempre, surgem como desenvolvimento quase natural daquela elementar familiaridade entre Direito e linguagem, sendo a atividade jurídica fundamentalmente uma atividade comunicativa, ontologicamente societária e intersubjetiva<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> EMILIAN CIONGARU, “Science of Law – Science of Knowledge Elements of Constitutional Law (II) Law – Science, Art or Technique?”, in *Journal of Law and Administrative Sciences*, vol. 14, n.º 14, 2020, pp. 19-26.

<sup>2</sup> PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Anti-leviatã, direito, política e sagrado*, Porto Alegre, SA, 2005.

<sup>3</sup> DANIEL ACOSTA/RUTH CASTANHA, “Direito, Justiça e Mito: uma leitura a partir de *O Processo*, de F. Kafka”, in *Rede Brasileira Direito e Literatura*, 2017.

<sup>4</sup> JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça: Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Braga, Universidade do Minho, 2008.



A partir desta ideia, percebe-se a importância fulcral da literatura para a compreensão da realidade. Se o ponto de partida para a interpretação do Direito provém daquele que o opera, torna-se evidente o elo existente entre o Direito e a arte. A literatura contribui não só para a análise e compreensão do Direito, sobretudo em questões legislativas, de narratologia e interpretação jurídica<sup>5</sup>, mas também para o aperfeiçoamento do sentido crítico do jurista<sup>6</sup> e da sua capacidade de análise quanto à realidade que o circunda.

Assim, partindo da análise da consagrada obra *O Processo*, de Franz Kafka, repartimos o nosso estudo em cinco capítulos. Primeiramente, sintetizamos a obra e procedemos à análise do significado jurídico. Em segundo lugar, abordamos algumas questões prévias que se impõem sobre o teor da mesma. Num último momento, refletimos sobre questões de índole jurídico-filosóficas, nomeadamente o estatuto de acusado/arguido no âmbito de um processo judicial; sobre o paradoxo da liberdade; e, por fim, sobre o sentido de justiça na obra de Kafka.

## 2. O bizarro processo judicial de Kafka

“Alguém deve ter difamado Joseph K., pois, numa linda manhã, foi preso sem ter cometido qualquer crime”<sup>7</sup>. Com estas palavras, Kafka inicia *O Processo*<sup>8</sup>, um

---

<sup>5</sup> A literatura pode, ainda, ser descrita como uma realidade que auxilia a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, que influencia movimentos para a mudança da legislação e das práticas judiciárias. JEAN FRANÇOIS PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Genève, Droz, 1983.

<sup>6</sup> Sobre o assunto, Robin West fala da criação de um tipo ideal de jurista, que tenha como protagonista uma sensibilidade literária e não económica. Para o jurista dotado desta sensibilidade literária, o Direito não será apenas uma manifestação do poder político. Mas se o Direito, como a literatura, se preocupa essencialmente com textos, palavras, interpretações, interpretações conflituantes, e com o problema da autoridade interpretativa, a verdade é que estas são “questões que têm no direito uma imediatez e um significado político que, pelo menos numa primeira aproximação, não estão presentes nas batalhas literárias”. ROBIN WEST, *Caring for justice*, New York and London, New York University Press, 1999. No mesmo sentido, ROBIN WEST, *Narrative, Authority and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

<sup>7</sup> FRANZ KAFKA, *O Processo*, Leya, 1999.

<sup>8</sup> Do ponto de vista histórico, a obra *O Processo*, foi redigida entre 1914 e 1915, mas jamais chegou a ser concluída nem a obter uma ordem definitiva. Em 1920, o escritor ofereceu o manuscrito ao seu amigo Max Brod, e em 1920, pouco antes de falecer, rogou-lhe que o queimasse bem como outros manuscritos. Max Brod não anuiu à solicitação do seu amigo, organizou o manuscrito ainda incompleto, retirou os fragmentos, mexeu na pontuação, na sintaxe e mesmo na ortografia e em 1925 publicou-o. Dez anos mais tarde voltou a publicar uma nova edição da referida obra que, devido a pressões de humanistas e estudiosos, incluiu os fragmentos. O manuscrito permaneceu nas mãos de Brod até ao seu falecimento,

dos contos mais célebres de toda a literatura contemporânea, que narra a fictícia história do encontro infeliz de um indivíduo com um sistema jurídico irracional. Embora Joseph K. acredite que o sistema seja justo, previsível e racional, os seus encontros com este sistema revelam uma justiça arbitrária, claustrofóbica e distópica. Ao longo da obra, a culpa torna-se-lhe inerente sem que ele possa fazer algo contra isso, sendo, por fim, executado. Tal atmosfera deve-se principalmente à sequência infundável de surpresas surreais, geradas por uma lei maior e inacessível, que está, no entanto, aparentemente em perfeita harmonia com os parâmetros reais daquela sociedade moderna.

O absurdo está presente ao longo de toda a obra. Começando pela própria detenção, onde os guardas e o inspetor que conduzem o interrogatório inicial não têm qualquer informação sobre a própria acusação. Estes informam K. que se encontra simultaneamente detido mas “livre para continuar sua vida como antes”<sup>9</sup>.

Pouco tempo depois é convocado pelo tribunal para comparecer numa audiência estapafúrdia, que ocorre a um domingo, nas águas-furtadas de um prédio residencial. Diante de uma sala lotada e aproveitando um “erro cômico” do juiz de instrução (que pergunta a K. se é pintor), Joseph K. discursa furiosamente contra o tribunal e contra os seus funcionários. K. censura a sua detenção, afirma que não reconhece os presentes como autoridade e critica o comportamento daqueles ligados à Justiça, qualificando-os como homens inescrupulosos e corruptos<sup>10</sup>. Sucede que metade do público aparenta estar entusiasmado com a sua oratória, mas quando ele salta do pódio percebe que toda a audiência é composta por funcionários do tribunal e que, presumivelmente, a multidão foi ali colocada simplesmente para incitá-lo<sup>11</sup>.

Apesar de não ter recebido uma nova convocatória, K. regressa novamente à “sala do tribunal” na semana seguinte, encontrando o salão vazio. Nisto, aproveita

---

e em 1988 foi vendido ao Deutsches Literaturarchiv. Dois anos depois foi produzida uma edição crítica seguindo integralmente o manuscrito de Kafka, suprimindo as intromissões da edição de 1925 levadas a cabo por Max Brod. MANUEL ANTUNES, “Kafka e *O Processo*”, in *Occasionália – homens e idéias de ontem e de hoje*, Lisboa, Multinova, 1980.

<sup>9</sup> FRANZ KAFKA, *O Processo*, cit.

<sup>10</sup> Uma noite no banco, ao ouvir gritos vindos de uma sala de arrumação, K. encontra os dois guardas que inicialmente o informaram da sua prisão sendo chicoteados por um flagelador do tribunal. O castigo destes deve-se às acusações de K., proferidas contra eles durante seu discurso. Cfr. FRANZ KAFKA, *O Processo*, cit.

<sup>11</sup> PATRICK J. GLEN, *Franz Kafka, Lawrence Joseph, and the possibilities of jurisprudential literature*, Georgetown University Law Center, vol. 967, (2011), pp. 47-94.

a oportunidade para examinar os livros sobre a mesa do juiz de instrução, pensando tratar-se de livros jurídicos, mas descobre apenas desenhos obscenos e um romance erótico<sup>12</sup>. Logo em seguida aparece um escrivão do tribunal, que reside naquele sótão e se oferece para mostrar a K. o tribunal. Durante o passeio, K. sofre um ataque respiratório provocado pelo espaço confinado e pela atmosfera pesada e sombria dos labirínticos<sup>13</sup> corredores do tribunal.

Seguem-se capítulos cada vez mais absurdos, onde as personagens envolvidas tentam “vender-lhe” a sua suposta influência sobre os juízes. Isto ocorre com a mulher do escrivão, com o advogado, com a empregada/cuidadora do advogado e com o pintor “oficial” do tribunal da justiça. O autor subentende, assim, uma certa promiscuidade na Justiça.

No que concerne ao pintor, é de salientar o momento em que este explica a K. que existem apenas três estratégias processuais possíveis: o caminho da absolvição real, na qual todos os documentos desapareceriam e o processo seria arquivado; a absolvição aparente, onde seria absolvido da pena, mas os documentos permaneceriam, podendo ser utilizados novamente num momento *ad futurum* pelo tribunal – recomeçando o processo; e um adiamento indeterminado, quando o processo é interrompido. Surge aqui o elemento probatório da história: a absolvição real representa, na verdade, a existência de provas da inocência e o atingimento da verdade real. O autor deixa claro que jamais se conseguirá obter uma absolvição real, não apenas com intuito de demonstrar a imperfeição do sistema, mas também como “um dogma filosófico, pois uma realidade já vivida nunca conseguirá ser restituída como um todo, mediante um processo judicial”<sup>14</sup>.

No penúltimo capítulo de *O Processo*, K. desloca-se à catedral da cidade<sup>15</sup>, sendo interpelado por um sacerdote, também ele funcionário do tribunal, onde

---

<sup>12</sup> FRANZ KAFKA, *O Processo*, cit.

<sup>13</sup> As obras de Franz Kafka, e em especial *O Processo*, deram origem ao conceito kafkiano. Tal como o ambiente pesado do tribunal, este conceito costuma ser empregue para caracterizar atmosferas, atitudes, ou psicologias surreais. Trata-se de situações onde o indivíduo é confrontado com o carácter pessoal e/ou absurdo de um modelo de organização burocrático labiríntico e obscuro. BRIAN PINAIRE, “The Essential Kafka: Definition, Distention, and Dilution in Legal Rhetoric”, in *University of Louisville Law Review*, 2007.

<sup>14</sup> ROBERT WELSH JORDAN, *Acquired innocence. The Law, the Charge, and K.'s Trial: Franz Kafka and Franz Brentano*, 1980.

<sup>15</sup> Certos autores defendem que se tratou de um estratagem do tribunal para colocar K. em contacto com o capelão do tribunal.

exerce a função de capelão da prisão. O sacerdote diz-lhe que se encontra iludido, aconselha-o a “modificar sua atitude, uma vez que o veredicto vai sendo formado com o decorrer do processo e que até aquele momento K. não tinha feito nada em seu favor”, e, por último, conta-lhe a parábola “Antes da Lei”: a história de uma pessoa que, por inércia, morre às portas do Direito. Com esta parábola, retira-se a ideia de que a Justiça é inatingível<sup>16</sup>.

Por fim, a obra termina quase um ano após a detenção de Joseph K. Na véspera do seu aniversário, dois homens entram na sua casa durante a noite, arrastam-no pelos braços, levam-no para uma pedreira, e, finalmente, golpeiam-no no coração com um punhal. Foi condenado à morte, por uma sentença proferida por um juiz desconhecido, relativa a um crime sobre o qual nunca teve conhecimento, num processo em que não teve qualquer oportunidade de defesa.

### 3. Questões prévias sobre uma análise jurídica

Aqui chegados, é indispensável colocar primeiramente as seguintes questões: A obra *O Processo* enquadra-se no âmbito da literatura jurídica? Existe algum teor ou um significado jurídico nesta obra? É possível realizar uma análise tendo como ponto de vista o Direito?

Para certos autores, “estas histórias simplesmente não dizem nada sobre a lei, porque a lei é um sistema de normas, e Kafka descreve-a mais como um capricho malévolo”<sup>17</sup>. Nesse sentido, também outros argumentam que “as obras de Kafka não se envolvem, de forma significativa, nas questões relativas à lei ou a temas jurídicos”<sup>18</sup>, “o uso da lei atua apenas como um quadro de referência simbólico através do qual outros temas, mais pessoais, podem ser explorados e retratados”<sup>19</sup>. A obra *O Processo* não é sobre um julgamento, nem sobre processo penal, ou sobre a lei em sentido absoluto, “o cerne está noutra lugar ... nos esforços fúteis de K. para

<sup>16</sup> HAKAN GUSTAFSSON, «“As if”: Behind Before the law», in *Law and Critique*, vol. VII, (1996), pp. 99-114; GUNTHER TEUBNER, “The Law before Its Law: Franz Kafka on the (Im)possibility of Law’s Self-Reflection”, in *German Law Journal*, vol. 14, n.º 2 (2013), pp. 405-422.

<sup>17</sup> ROBIN WEST, “Submission, Choice, and Ethics: A Rejoinder to Judge Posner”, in *Harvard Law Review*, 1986.

<sup>18</sup> RICHARD A. POSNER, *Law & Literature*, Harvard University Press, 1998, e *The ethical significance of free choice: A Reply to Professor West*, 1986.

<sup>19</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, Livros & Temas, 2009.

encontrar significado num universo, simbolizado pelo tribunal, que não foi criado para ser complacente ou inteligível para o homem. Um universo arbitrário, impessoal, cruel, enganador e evasivo”<sup>20</sup>.

Por contraste, certos autores defendem que a obra se encontra “mais próxima da realidade do que da fantasia no que diz respeito à percepção do sistema pelo cliente” e que além de “uma alegoria fantástica, é também a realidade. Sendo muito importante que os advogados a leiam e entendam”<sup>21/22</sup>. Na verdade, somos da opinião que não é a ausência de Direito que é tão marcante na obra *O Processo*, mas a abundância de questões legais que existem quando alguém analisa esta obra além da superfície narrativa. Essa ausência é fruto da perspectiva, surge por conta da condução da história. Observando a obra sob a perspectiva de K., “qualquer um fica imediatamente impressionado com o quão poucos direitos lhe assistem”<sup>23</sup>. No entanto, vista de um ângulo diferente, podem “existir razões muito simples pelas quais K. foi acusado e preso, podem existir motivos acessíveis para as ações mais flagrantes do tribunal. A visão da obra é manipulada pela perspectiva. Uma visão que não traduz a natureza do próprio tribunal ou da mesquinhez de seus funcionários, mas o fracasso de K. em penetrar na lei”<sup>24/25</sup>.

## 4. Reflexões jurídico-filosóficas

### 4.1. O estatuto processual de acusado

Observa-se, ao longo da obra, uma perda gradual da identidade<sup>26</sup> da personagem principal. Dá-se a fragmentação e relativização do próprio sujeito. Come-

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> TERRY CARTER, *A Justice Who Makes Time to Read, and Thinks All Lawyers Should, Too*. Chi. Daily L. Bull (1993).

<sup>22</sup> PATRICK J. GLEN, *Franz Kafka, Lawrence Joseph, and the possibilities of jurisprudential literature*, *cit.*, pp. 47-94, defende que tais argumentos são, na verdade, complementares e não contraditórios, “representando dois lados da mesma moeda”; FINET SCOTT, “Franz Kafka’s Trial as a symbol in Judicial Opinions”, in *Legal Studies F.*, vol. 12, n.º 1, (1988), pp. 23-35.

<sup>23</sup> PATRICK J. GLEN, *Franz Kafka, Lawrence Joseph, and the possibilities of jurisprudential literature*, *cit.*, pp. 47-94.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> O mesmo entendimento pode ser retirado da parábola “Antes da Lei”. Cfr. GUNTHER TEUBNER, “The Law before Its Law: Franz Kafka on the (Im)possibility of Law’s Self-Reflection”, *cit.*, pp. 405-422.

<sup>26</sup> No que concerne ao indivíduo propriamente dito, têm sido apresentadas várias denominações relativas à identidade pessoal: personalidade, ser, eu, carácter, alma, *proprium*. Quanto ao problema

çando imediatamente pelo nome atribuído à personagem principal: K. Um nome reduzido a uma simples inicial, o “que pode ser visto como símbolo de um homem que perdeu a sua identidade pessoal”<sup>27</sup>.

Pouco se sabe sobre a vida de K. Sabe-se que tem trinta anos. Sabe-se que veste sobretudo e chapéu preto. Sabe-se que descurou as relações familiares e que conheceu três mulheres. Não se sabe se é alto ou baixo, magro ou gordo, bonito ou feio. Não se lhe conhecem os ideais, opções políticas, nem convicções religiosas. Não se tem conhecimento sobre o seu passado, nem sobre os objetivos futuros. Sob o ponto de vista psicológico, K. permanece demasiado “inerte face às agressões circundantes, quase sem carácter, indiferente, tímido, e escrupuloso, uma personalidade que praticamente não muda, permanecendo igual a si mesma”<sup>28</sup>. É um homem que não se revolta, é levado na engrenagem do processo que lhe é movido, embora não saiba porquê, nem por quem esse processo lhe foi instaurado<sup>29</sup>.

De facto, podemos reduzir a identidade de K. à função que desempenha. Burocrata, Joseph K. é, afinal, a principal presa da burocracia. Circunscrito à sua função, fica confinado à própria profissão e perde a sua identidade pessoal em detrimento de uma identidade laboral<sup>30</sup>. Efetivamente, a burocracia do tribunal, com a sua engrenagem infundável de hierarquias judiciárias, funciona como uma

---

da identidade pessoal: “Cada ser é distinto de todos os outros. O seu nascimento, a sua morte, os acontecimentos da sua vida podem apresentar interesse para os outros, mas só ao próprio, directamente, interessam. Só ele nasce, só ele morre. Entre um ser e outros seres há um abismo, há uma descontinuidade. Esse abismo situa-se, por exemplo, entre aqueles que neste momento me ouvem e entre mim que lhes falo. Tentamos comunicar, mas nenhuma comunicação entre nós pode suprimir uma diferença primacial. Se morrerem não sou eu que morro. Somos, vós e eu, seres descontínuos” (GEORGES BATAILLE, *O Erotismo*, João Bernard da Costa (trad.), Lisboa, Ed. Moraes, 1980).

<sup>27</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, cit.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> A literatura de Kafka não trata de “gigantes mitológicos ou lendários, nem de santos ou de homens de ciência eminentes, mas de uma personagem geralmente medíocre no meio de uma civilização de massas, de um indivíduo de que se alimenta a massa solitária, e por seu turno de um homem que não sabe escapar à sua solidão, por um lado por estar preso aos seus próprios obstáculos, e por outro lado porque em seu redor a força que cimentava e mantinha as pessoas numa comunidade cheia de bom senso se dissipou”. ÉRIC FAYE, *K. Vida de uma personagem de Kafka*, Lisboa, Ed. Pergaminho, 1998.

<sup>30</sup> Vejam-se a este respeito, a título ilustrativo, as seguintes passagens da obra: “o diretor do banco, que admirava a sua capacidade de trabalho e a sua seriedade”; a sua capacidade de organização fora elogiada em tempos no banco”; “K. tinha a perfeita noção de conseguir manter a sua posição apenas através do êxito profissional”; “K. era portanto ainda um dos mais altos funcionários do banco (...) não se afundaria, por muito que o seu prestígio tivesse sofrido danos” (FRANZ KAFKA, *O Processo*, cit.).

máquina que se apodera paulatinamente do indivíduo e acaba por se lhe incorporar, fazendo-o perder a sua identidade pessoal. Ou seja, a qualificação jurídica de acusado acaba por constituir, em si, uma função: “alguns são juízes, advogados, escrivães, empregados do aparelho judiciário, da mesma maneira alguns terão a função de acusados”<sup>31</sup>. Dá-se uma gradual perda da identidade da personagem principal. Ocorre como que a fragmentação do sujeito, passando o estatuto processual de acusado a apossar-se da própria identidade<sup>32</sup>.

Todo o sistema contribui para o completo esvaziamento da pessoalidade. Como tal, podemos concluir que *O Processo* não é tão-somente uma crítica social. A obra relata “a miséria inerente ao homem e a frieza decorrente do distanciamento de sua própria interioridade”<sup>33</sup>. Kafka remete o leitor à reflexão sobre aquilo que realmente somos e quais os valores que efetivamente preconizamos. É transmitida a ideia da necessidade de se (re)pensar as relações humanas e a forma como somos absorvidos pela indiferença dos procedimentos judicialmente mecanizados que, sob o tradicional pretexto da pacificação e harmonização das relações sociais, apenas se prestam, afinal, a destruir a individualidade.

#### 4.2. O paradoxo da liberdade

A obra *O Processo*, além de nos demonstrar os horrores de uma justiça mal conduzida, sob os auspícios de um sistema estatal altamente burocrático e ineficiente, leva-nos a algumas questões: instaurado um processo, é o arguido verdadeiramente livre? Esta liberdade é afetada pela publicidade dos atos processuais? Qual a relação com o sigilo judicial?

Primeiramente, importa referir que, na obra de Franz Kafka, é impossível obter a anulação da marca identitária de acusado e, conseqüentemente, o fim dos efeitos jurídicos que deste estado resultam. Paradoxalmente, é permitido a K. que continue a levar a sua vida normal de homem livre, embora, como lembra o advogado, “muitas vezes é melhor estar-se acorrentado do que ser-se livre”<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, cit.

<sup>32</sup> Fala-se a este respeito da figura do homem unidimensional, onde a organização da nossa sociedade assenta “no pensamento e nos comportamentos unidimensionais que acabam por reduzir o Homem à sua função” (HERBERT MARCUSE, *O Homem Unidimensional*, Letra Livre, 2012).

<sup>33</sup> Cfr. DANIEL ACOSTA/RUTH CASTANHA, “Direito, Justiça e Mito: uma leitura a partir de *O Processo*, de F. Kafka”, cit.

<sup>34</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, cit.



Sucedo que, apesar de continuar em liberdade, Joseph K. já não é um homem livre interiormente, pois vive atormentado com o seu processo: “ele mal tinha a possibilidade de escolher entre aceitar ou rejeitar o processo, encontrava-se no meio dele e tinha que se defender”<sup>35</sup>. Na verdade, K. possui um duplo estatuto jurídico. Não conhecendo a acusação, só é capaz de afirmar que é inocente, mas, ao mesmo tempo, é também a vítima de um processo judicial absurdo: desconhece de que é acusado, por que razão foi acusado, por quem foi acusado, e quem são os juizes que têm o seu caso entre mãos.

Ora, na legislação portuguesa são reconhecidos direitos e deveres<sup>36</sup> ao arguido. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é utilizado para caracterizar o direito ao silêncio, sendo este uma decorrência do direito à não autoincriminação. O direito ao silêncio permite “que o arguido se abstenha de responder a perguntas e a fornecer elementos de prova contra si próprio optando pelo silêncio, ou seja, não permite que o arguido preste declarações que se possam revelar autoincriminatórias. Assim, o direito ao silêncio caracteriza-se como um mecanismo de defesa do indivíduo face aos possíveis abusos do Estado na *presecutio criminis*”<sup>37</sup>. Acontece que estas garantias estão ausentes na obra de Kafka. Mesmo que o acusado queira falar, não pode, porque não sabe a quem se dirigir, nem sobre o que se pronunciar, pois tudo é mantido sob sigilo processual.

O sigilo é a ideologia ou a atmosfera que cobre todo o processo judicial de Joseph K. Trata-se de um sigilo unidirecional, dos outros para conosco, que, de certa forma, constitui já uma pré-condenação. O terem um sigilo para conosco pode significar duas coisas, neste caso ambas absurdas: “ou porque aquilo de que se faz sigilo não constitui matéria grave e, por conseguinte, não há razão para haver sigilo, ou porque não há conteúdo para ser mantido em sigilo (finge-se que se tem um sigilo), e o que resulta é a impressão psicológica, a atmosfera misteriosa e o receio que se incute, ou melhor, a desconfiança. Sentimos horror perante um

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> No momento em que as detenções são efetuadas pelos órgãos de polícia criminal é obrigatória a constituição do indivíduo como arguido [art. 58.º do Código Processo Penal (CPP)]. Adquirindo essa qualidade (art. 60.º do CPP) são-lhe garantidos direitos e deveres (art. 61.º do CPP), entre os quais se encontram o direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Estas garantias decorrem da manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade do indivíduo, previstos nos arts. 1.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

<sup>37</sup> JOANA ALVES, *O alcance do direito ao silêncio do arguido quanto às diligências de prova no Processo Penal Português*, Braga, Universidade do Minho, 2015.



espaço público que não dê espaço para a existência do sigilo, e o direito a mantê-lo, melhor dizendo, sentimos horror a um espaço público totalitário que faça sair tudo à praça pública e que não haja foro íntimo”<sup>38</sup>. A ausência, num determinado Estado, do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, do direito ao sigilo e da reserva da vida privada, constitui um espaço totalitário. Todavia, o inverso também significa um espaço totalitário: o facto de tudo ser feito sob sigilo e em sigilo, como acontece na obra *O Processo*, de Kafka.

Considerando que o processo judicial é um processo semi-público<sup>39</sup> e sendo o direito de informação uma garantia fundamental, impõe-se a questão: a publicidade dos atos processuais pode sobrepor-se aos direitos fundamentais de intimidade, integridade física e moral, reserva da vida privada, bom nome, honra e imagem do arguido?<sup>40</sup> E a liberdade, é afetada pela instauração de um processo penal?

Estamos perante uma verdadeira colisão de direitos. A liberdade de expressão e de informação decorrem do princípio do Estado de Direito democrático e são indispensáveis numa sociedade livre e democrática (desde que a informação veiculada seja responsável, credível, fundamentada e legítima). Acontece que estes direitos estão simultaneamente em pé de igualdade e em conflito<sup>41</sup> com os direitos individuais, com a presunção de inocência do arguido e com os interesses da investigação que o segredo de justiça tutela. Por isso, todos eles estão sujeitos a limites e restrições, ainda que de natureza e grau diversos<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, cit.

<sup>39</sup> O processo penal é um processo semipúblico pois há atos que não são públicos, uma vez que se encontram abrangidos pelo segredo de justiça (GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Português. Noções Gerais. Sujeitos processuais e objecto*, Lisboa, Universidade Católica, 2015).

<sup>40</sup> Em causa estão direitos, liberdades e garantias que a Constituição da República Portuguesa defende e assegura aos cidadãos, dizendo expressamente “[a] lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça” (n.º 3 do art. 20.º da CRP) e, por outro lado, o direito à informação dos cidadãos (art. 37.º da CRP), sendo que os direitos contendem e, por isso, cabe ao legislador encontrar o ponto ideal, capaz de evitar os conflitos de interesses, para que se alcance o princípio constitucional de que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação” (n.º 2 do art. 32.º da CRP) – LUÍSA TEIXEIRA, *Segredo de Justiça*, Braga, Universidade do Minho, 2011.

<sup>41</sup> A doutrina divide-se quanto à qualificação do segredo de justiça como um princípio, uma garantia ou um direito fundamental. A jurisprudência considera-o uma garantia constitucional.

<sup>42</sup> Para a solução do conflito deve “recorrer-se aos critérios da hierarquização, da concordância prática e/ou da ponderação de bens, respeitando os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Estes critérios e princípios devem ser aplicados tendo em consideração o caso concreto em apreço, de modo a encontrar o ponto de equilíbrio que garanta a eficácia ótima dos direitos em

De qualquer modo, a publicidade no processo é necessária para salvaguardar a qualidade da justiça, “como garante da sua legitimidade democrática e como meio essencial para educar o público em matéria de justiça penal”<sup>43</sup>. “Uma justiça que não é pública, senão no sentido que algumas pessoas que têm tempo para o fazer e assistem às audiências, não é realmente pública”<sup>44</sup>. De facto, conciliar a liberdade de informação com os direitos com ela conflitantes é um dos mais complexos e difíceis problemas da democracia<sup>45</sup> moderna.

### 4.3. Justiça kafkiana

O tema da justiça está, em sentido lato, presente ao longo de toda a obra. Veja-se a composição narrativa: 1) estamos, relativamente ao enredo, no âmbito de um problema de ordem jurídica; 2) onde as personagens são, maioritariamente, funcionários do tribunal; 3) os espaços onde se desenrola a ação são o banco, as salas de audiência, os gabinetes e fóruns da justiça.

Contudo, o sentido subjacente poderá ser precisamente o oposto da ideia de justiça, podendo afirmar-se que funciona como uma obra que faz desejar a ideia de justiça. “Tal como valorizamos o alimento devido à fome (ou à ausência de alimento), também aqui, no âmbito da obra em questão, somos levados a valorizar e a desejar a justiça devido à necessidade dessa mesma justiça.”<sup>46</sup>

Na obra de Kafka mostra-se a negação do Estado de Direito através da aniquilação da identidade pessoal (o indivíduo em pleno gozo dos seus direitos civis e políticos num Estado livre) e da anulação dos direitos humanos. Não se trata, todavia, de uma anulação total. Apesar de antagónico, a obra chama a atenção para certos direitos. Vejam-se algumas referências: “O Tribunal devia ser confrontado alguma vez com um acusado que sabe defender os seus direitos”, “a Lei deve, pois, pensa ele, ser acessível a qualquer pessoa”, e “é que toda a gente aspira à Lei”, “(...)

---

presença, sem afastar nenhum deles” (HELENA OLIVEIRA, *O Segredo de Justiça no Processo Penal Português*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2016).

<sup>43</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Português. Noções Gerais. Sujeitos processuais e objecto*, cit.

<sup>44</sup> JOHN R. SPENCER, *Le rôle des médias dans le procédures judiciaires: approche comparative*, Paris, 1998.

<sup>45</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *O segredo de justiça: perspectiva político-jurídica da sua relevância no combate à criminalidade, na garantia dos direitos dos cidadãos e no prestígio das instituições judiciárias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

<sup>46</sup> VICTOR CORREIA, *Direito e Literatura – O Processo de Kafka*, cit.

consciente dos seus direitos”<sup>47</sup>. Trata-se de direitos que, embora reconhecidos (ou mencionados), são contrários à trama obscura que é desenvolvida na obra.

Por fim, poderá ser realizado um paralelismo entre estas menções e os direitos humanos inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta convenção estabelece que “[t]odos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”, que “[n]inguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”, e que “[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”<sup>48</sup>.

Nesse sentido, a obra poderá ser interpretada, simultaneamente, como uma crítica e uma chamada de atenção para o problema da supressão dos direitos e corrupção em certos regimes não democráticos.

## 5. Conclusão

A obra *O Processo* retrata, de forma evidente, a ausência de um Estado de Direito. A narrativa aproxima-se da descrição de um pesadelo confuso, o qual se assemelha, por vezes, aos processos reais que tramitam anos na estrutura burocrática da justiça.

A negação do Estado de Direito efetiva-se através de dois mecanismos: pela aniquilação da identidade pessoal, que é reduzida à condição de acusado, e pela anulação dos direitos fundamentais.

Primeiramente, na trama de Kafka, “processa-se” alguém em relação a nada de concreto e esse alguém vive com o estatuto de acusado. Nesse estatuto, perde-se a identidade pessoal e, doentamente, a pessoa vai incorporando a identidade de vítima. Uma vez que, ao indivíduo, não são atribuídos direitos de defesa, ele não poderá afirmar a sua identidade pessoal. Ao invés disso, uma outra alteridade tem toda a primazia, não uma alteridade de uma outra identidade pessoal, mas uma alteridade anónima, abstrata e absoluta, que anula totalmente o indivíduo na sua identidade pessoal e nos seus direitos.

---

<sup>47</sup> FRANZ KAFKA, *O Processo*, cit.

<sup>48</sup> Cfr. os arts. 6.º, 9.º e 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em segundo lugar, através do irreal, Kafka cria uma trama que evidencia a importância de um processo legal garantístico para a efetivação da justiça, revelando o que acontece quando princípios como os do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da legalidade, da imparcialidade do juiz, da verdade real são ignorados em prol de uma burocracia vazia que apenas visa a dominação social – havendo, portanto, uma crítica contundente a um ambiente jurídico que suprime as garantias constitucionais de um Estado de Direito democrático.

Por fim, além da crítica ao sistema jurídico pelos seus defeitos, importa (re)pensar a estrutura a partir de suas deficiências, na medida em que o Direito, como construção social, reflete, em última instância, a imperfeição da própria condição humana. Todo o homem é um universo em si mesmo, devendo ser considerado pelo sistema antes da adoção de qualquer medida decisória.

# Do *third-party funding* – Por uma eficaz composição de interesses?

Tomás Pereira Carneiro

*Advogado*

*LL.M – European Business and Social Law (Università Commerciale Luigi Bocconi)*

*Licenciado em Direito; Licenciado em Gestão*

*(Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto)*

**Resumo:** O financiamento de litígios por terceiro afirmou-se nos últimos anos como um novo modelo de negócio caracterizado pela intervenção de entidades terceiras, que vêm cobrir os custos e encargos próprios de um processo de natureza adjudicatória. Surge assim como um paradigma facilitador do acesso à Justiça e ao Direito, ao custear a condução do processo. Ainda que apresente atributos e contributos inegáveis, não deixa de ser, contudo e ainda também, uma prática que levanta algumas reservas. Por um lado, a ausência de regulamentação e de regulação e supervisão deste novo modelo de negócio prejudica a tutela de diferentes interesses a merecer uma especial atenção, como seja o combate contra uma assimetria informacional, a reversão de uma tendente desigualdade negocial entre os intervenientes, e a prevenção do branqueamento de capitais. Por outro lado, questões relacionadas com a posição do terceiro financiador têm dado azo a reivindicações por uma maior transparência deste setor, estando estas na génese de alteração de regras arbitrais, assim como reformas, já substanciais, em diversos ordenamentos jurídicos.

**Palavras-chave:** Ação coletiva / Arbitragem internacional / Branqueamento de capitais / Derivados / Financiamento de litígio por terceiro / Instrumentos financeiros / Regulação / Requisitos de transparência e de revelação

**Abstract:** Third-party litigation funding has emerged in recent years as a new business model broadly based on the intervention by a third-party in a dispute, by covering the costs and burdens of an adjudicatory process. Thus, it emerges as a standard facilitating the access to justice by financing the procedure. Although it has undeniable benefits, it nonetheless is a practice that raises some

relevant concerns. On the one hand, the lack of regulation and supervision of this new business model jeopardises the protection of the different interests at hand, such as the fight against information asymmetries, the reversal of a tendency towards unequal bargaining between the parties involved, and the prevention of money laundering. On the other hand, issues related to the position of the third-party financier have fueled demands for greater transparency in this sector, which are at the root of changes to arbitration rules and legal reforms.

**Keywords:** Anti-money laundering / Class actions / Derivatives / Financial instruments / International arbitration / Regulation / Third-Party Funding / Transparency and disclosure requirements

## Introdução

O financiamento de litígios por terceiros, ou *third-party funding* no seu homônimo inglês, tem vindo a revelar-se como uma das áreas da vanguarda do mundo financeiro, assim como uma tendência reformista no modo como as diferentes jurisdições concretizam o ideário da Justiça. De um modo geral, e ignorando, por ora, a dificuldade hermenêutica que tal conceito apresenta, este modelo de negócio tende a ser caracterizado pela intervenção de entidades terceiras, que vêm cobrir os custos e encargos próprios de um processo de natureza adjudicatória, entendendo-se este como aqueles em que um terceiro independente vem ditar a resolução de uma divergência entre as partes. Em particular, duas áreas da litigância têm mostrado ser especialmente permeáveis a este fenómeno: por um lado, a arbitragem internacional, e, por outro, as ações de indemnização por infração do direito da concorrência (doravante designadas de ações de danos).

No que respeita à arbitragem internacional, este meio alternativo de resolução de disputas veio sedimentar-se como um dos fóruns preferidos para a resolução de litígios transfronteiriços. Consabido tratar-se de um meio caracterizado pelos seus elevados custos, é nele que o financiamento por terceiros surge como mecanismo potenciador a que mais, e mais pequenos, litigantes possam lançar mão para custear a demanda.

Já nas ações de danos, o financiador surge como um agregador dos diferentes interesses afetados por uma infração do direito da concorrência. De um ponto de

vista mais economicista, o financiamento de litígios por terceiro, em particular, através da intervenção do financiador, viabiliza uma mais eficiente gestão dos custos associados à condução de um litígio (ao centralizar o controlo das despesas e encargos incorridos pelos diferentes demandantes e ao concentrar os seus custos comuns), assim como facilita uma participação concertada dos diferentes demandantes, à semelhança de uma *class action à l'américain*.

Sendo incontestável a virtualidade do financiamento de litígios por terceiros em viabilizar o acesso ao Direito e criar um *level playing field* na Justiça, certo é que este fenómeno também não deixa de merecer uma atenção especial pelo risco de vir a potenciar distorções no mercado interno a par de preocupações éticas, o que tudo está a merecer o devido tratamento internacional, e a que o nosso ordenamento jurídico, secundado pelas doutrina e jurisprudência portuguesas, começa também a dar o relevo que se impõe<sup>1</sup>.

Em qualquer caso, parece pacífico que este complexo fenómeno tem vindo a revolucionar tanto o mundo das finanças como o do Direito e, em particular, o da administração da justiça, obrigando financiadores, partes dos pleitos e mandatários a sofisticarem-se e a adaptarem as suas organizações para poder acomodar esta nova forma de gerir e custear litígios.

## 1. O financiamento de litígios por terceiros

O financiamento de litígios por terceiros mais não é do que um modelo de negócio que tem na sua génese a necessidade de alguém (em regra o autor) habilitar-se com os meios financeiros para propor uma demanda (judicial ou arbitral) com vista à satisfação da sua pretensão e, por outro lado, da ambição de um *funder*, alheio à disputa judicial, mas não ao seu resultado, que irá financiar uma das partes<sup>2</sup>, vir a quinhoar no resultado do desfecho da lide.

---

<sup>1</sup> Veja-se, a este respeito, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, n.º 3/4, Lisboa (Julho – Dezembro), 2015, p. 574; e CLÁUDIA SOFIA RODRIGUES CARVALHO, *Non-Recourse Funding Agreements em Portugal: natureza e obstáculos*, 2021, p. 7, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/36669/1/202836584.pdf> [acedido a 22/5/2024].

<sup>2</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 574.

Esta necessidade de angariação de capital pelas partes em litígio é a evidência clara que a Justiça, enquanto bem precioso, não é, contudo, um “*negócio barato*”. Não o é se se considerar os avultados custos associados à demanda judicial ou arbitral, desde custas, taxas, encargos, honorários de advogados e outros intervenientes, como sejam técnicos, peritos e os ora comumente utilizados *experts*.

Acontece que custear um processo judicial ou um procedimento arbitral pode encontrar-se fora da disponibilidade das partes, designadamente no caso das pequenas e médias empresas (PME), com particulares dificuldades na resolução de litígios transfronteiriços, cada vez mais frequentes. E note-se que as PME representam hoje cerca de 99% das empresas registadas no mercado interno<sup>3</sup>. Assim, os agentes económicos que operam na Europa (e que se inserem nesta categoria de empresas) acabam por ser entidades com disponibilidades de caixa e *cash flow* tendencialmente alocadas exclusivamente à cobertura dos custos resultantes da normal condução do seu negócio, não dispondo, por isso, de capacidade ociosa para encaminhar capitais para outras áreas “*não core*” da sua atividade. Como tal, nesta circunstância, poder-se-á dar o caso de o potencial litigante não ter os recursos necessários ou, mesmo que os possua, não ter capacidade para suportar o risco associado à condução de um processo judicial ou arbitral (em particular, atendendo à necessidade de aprovisionar o seu resultado, de acordo com as normas contabilísticas em vigor e em linha com o princípio da prudência contabilística). Ora, é aqui que o financiamento de litígio por terceiro entra em cena, viabilizando o acesso à justiça ao munir essas entidades com os meios financeiros necessários.

O financiamento de litígio por terceiro (vulgo TPF) pode também ser utilizado por interesses económicos mais significativos para mitigar e repartir a sua exposição ao risco. Ao recorrer a um financiador externo, aqueles interesses conseguem limitar a sua exposição ao risco – assim, deixam de ser a única entidade interessada no desfecho positivo da lide, reduzindo, ao mesmo tempo, o seu investimento na condução do litígio. Esta prática de *hedging* pode também contribuir para uma eficiente distribuição de custos.

E é no contexto da arbitragem internacional onde este modelo de negócio se encontra mais implementado, com as partes a recorrerem a capital de terceiro, transferindo para este o ónus dos custos, na certeza também que será com o mesmo que

---

<sup>3</sup> Conforme relatado pela Comissão Europeia, em comunicado disponível em [https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes_en) [acedido a 21/5/2024].



irá repartir eventuais ganhos. Isto porque a justiça arbitral tende a caracterizar-se pelo seu elevado custo<sup>4</sup>. A este respeito, veja-se o relatado por FRANK BANNON e NICK BOYCE na edição de outubro de 2016 da revista *Financier Worldwide*<sup>5</sup>:

*“O elevado custo de intentar uma ação arbitral, e de a fazer progredir, pode servir como fator proibitivo. O financiamento externo pode facilitar a interposição de uma ação que tenha mérito, mas que de outra forma não seria intentada pura e simplesmente atendendo ao seu custo significativo. Mesmo uma empresa que disponha dos fundos necessários para intentar uma ação deve considerar as vantagens de um acordo de financiamento com um terceiro; este [acordo] reduz o impacto no fluxo de tesouraria e minimiza o risco associado à ação não ser bem-sucedida.”* (tradução do original em inglês; itálicos nossos)

Quanto aos financiadores, refira-se que desenvolvem cuidadosos e extensivos exercícios de *due diligence*, que têm como objeto tanto a pretensão daquele que procura o financiamento, como também a própria “saúde” financeira e contabilística da estrutura corporativa desse mesmo interveniente<sup>6</sup>. A exigência de análise é tal por parte dos *funders* que se acredita que o rácio de aceitação por um financiador de uma demanda rondará um por cada dez – isto é, aceita apenas um litígio por cada dez que lhe são apresentados<sup>7</sup>. Por tal motivo, a concessão de financiamento por uma destas entidades funciona como certificação de qualidade: quer da pretensão quer do financiado<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> CAROLINE OVERGAARD/JOHAN TUFTÉ-KRISTENSEN, *Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration*, NJCL 2020/2, 2020, p. 7, disponível em <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/6099/5365> [acedido a 21/5/2024].

<sup>5</sup> Disponível em <https://www.financierworldwide.com/the-rise-of-third-party-funding-in-international-arbitration> [acedido a 31/5/2024].

<sup>6</sup> Para maior detalhe, consultar, entre outros, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, pp. 577 e 578; e MARC BARENNE, “Third Party Funding: an attorney’s perspective on how to choose a funder”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 49, Lisboa (Edição Janeiro – Junho), 2022, disponível em <https://www.concorrencia.pt/pt/revista/revista-de-concorrencia-e-regulacao-49> (última consulta a 23/5/2024).

<sup>7</sup> CENTO VELJANOVSKI, *Third Party Litigation Funding in Europe*, 2011, disponível em <http://masonlec.org/site/files/2011/05/veljanovsk.pdf> [acedido a 21/5/2024]: “Since TPLF investors appear to accept between 1 in 8 to 1 in 10 cases they consider, this would suggest a very small flow of fundable cases especially given the high thresholds set by some TPLF investors.” (p. 12).

<sup>8</sup> DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, pp. 589 e 590.

### 1.1. Da dificuldade hermenêutica e a caracterização dos acordos de financiamento por terceiro

Conforme se deixou já dito, o TPF é uma prática que apresenta uma particular dificuldade hermenêutica, própria de um fenómeno que tem o seu berço no mundo das finanças<sup>9</sup>.

Os acordos de financiamento podem assumir as mais diversas arquiteturas, como o ora tradicional *non-recourse funding agreements* (em que o financiador aceita custear um determinado litígio a fundo perdido, exigindo apenas uma percentagem do valor recuperado pela parte financiada), ou modalidades mais complexas, como a criação de uma carteira de litígios por um Escritório de Advogados, carteira através da qual o financiador distribuiu o seu risco – seja ou não com fins de *hedging*.

A capacidade de inovação da engenharia financeira faz variar não só a arquitetura dos diferentes acordos, como também procura adequar tanto o destinatário como a entidade que disponibiliza o capital a outros fatores (como, por exemplo, ao quadro legislativo em vigor na jurisdição em que se concede tal financiamento). Por exemplo, alguns financiadores dão preferência à utilização de sociedades-veículo, as comumente designadas *special purpose vehicle*, para, designadamente, isolar o risco incorrido da atividade principal. Esta prática começa já a ser censurada por alguns financiadores, a favor de uma maior transparência<sup>10</sup>.

Por outro lado, alguns financiadores, além do investimento direto em litígios potenciais ou existentes, procuram também estabelecer protocolos com sociedades de advogados, vendo nessas um centro de potencial angariação de negócio e de diversificação do risco. A criação de carteiras de investimento, compostas por diferentes litígios de igual ou diversa natureza, surge como uma alternativa viável tanto como um investimento *stand-alone*, como também como um meio de mitigar o impacto associado a um investimento direto em litígio que acaba por sair gorado.

A acrescer a esta dificuldade conceptual, importa relevar que a estrutura do acordo de financiamento altera-se significativamente consoante o financiado figure como demandante ou demandado na lide. Ora, uma das principais alterações

---

<sup>9</sup> Em sentido similar, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 591.

<sup>10</sup> Nesse sentido, OLIVIA DE PATOUL/IRENE LEE, *The new ICSID rules came into force on 1 July 2022. What does these mean for funders?*, 2023, p. 2; disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bd25178b-7d38-4ee8-b597-111101a2d15b> [acedido a 26/5/2024].

será o modo como o *funder* procura ser remunerado: enquanto no caso do demandante o financiador procura ser remunerado através do valor recuperado pelo ou atribuído ao financiado nesse litígio, quando financia um demandante (excecionando-se os casos em que tenha sido apresentado pedido reconvenicional) o financiamento acaba por assumir uma estrutura mais próxima de um contrato de seguro. Não obstante ser uma possível conjuntura, o financiamento do demandado não se tem mostrado como sendo um tipo popular entre os *funders*<sup>11</sup>.

Ora, cientes de uma dificuldade em delimitar uma noção estrita de financiamento de litígio por terceiro, sempre nos restará adotar uma conceção mais abrangente que saliente e releve os traços comuns dos conhecidos instrumentos de financiamento de litígios: trata-se de fluxos de capitais ou equivalentes, entregues por uma entidade que não é parte a outrem (parte de uma lide ou seus mandatários) para custear a interposição e condução de ação, seja judicial, seja arbitral, contra uma retribuição tendencialmente acordada como uma fração dos resultados auferidos por uma parte no processo<sup>12</sup>.

Esta aproximação às características comuns deste modelo de negócio, ainda que não ambicione ser exaustiva, permite já olhar para este fenómeno de um modo isolado. A identificação destas características (melhor, traços) comuns viabiliza ainda a edificação das primeiras abordagens regulatórias deste fenómeno. Tudo, com o intuito de vir a regulamentar figuras e mecanismos que, por funcionarem de modo similar, devam ser incluídos na mesma “gaveta” concetual do TPF. Parafraseando o anterior presidente da Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América (*Securities and Exchange Commission*) Jay Clayton, e adequando a sua declaração à realidade do TPF: se algo se assemelha a um financiamento de litígio por terceiro e serve os propósitos de um financiamento de litígio por terceiro, a lei deve tratá-lo como um financiamento de litígio por terceiro.

Em suma, a elasticidade que o conforma permite operacionalizar o conceito de *third-party funding*, mantendo-o a par com a inovação financeira. Aliás, tal capacidade de acompanhar o desenvolvimento do mercado é também essencial para

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, WILLIAM W. PARK/CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, 2018, p. 3; disponível em [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf) [acedido a 28/5/2024].

<sup>12</sup> Em sentido similar, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, pp. 580 e 581; e também PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Coimbra, Edições Almedina, 2022, pp. 71 e 83.

assegurar o devido tratamento regulatório deste modelo de negócio. Isto, em linha com a ambição última de outros movimentos regulatórios nossos contemporâneos, em particular nas áreas da vanguarda tecnológica. Citando CHI ONWURAH: “A boa regulação deve ser forward looking, caso contrário tornar-se-á rapidamente obsoleta.”<sup>13</sup>. Iremos abordar posteriormente a eventual necessidade de vir a regular este fenómeno.

Desenrolando-se ainda este debate dentro da doutrina (chegando diferentes autores, em diferentes épocas, à mesma conclusão – a elaboração de um conceito não é, de todo em todo, uma tarefa simples<sup>14</sup>), começa-se ora a assistir aos primeiros contributos da própria indústria para este exercício hermenêutico<sup>15</sup>.

## 1.2. Dos riscos associados ao financiamento de litígios por terceiros

De modo a sermos capazes de responder à questão de uma eventual necessidade de regular este fenómeno, há que primeiro entender se existem motivos para regular. Dito de um modo mais sintético: apenas se deverá decidir regular, caso se reconheçam riscos associados à prática em causa<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> CHI ONWURAH, “The Challenge of Forward-Looking Regulation”, in *Journal of Digital Media & Policy*, vol. 10, Number 1, 2019, p. 9; disponível em <https://intellectdiscover.com/docserver/fulltext/jdmp/10/1/jdmp.10.1.9.pdf?expires=1716306674&id=id&acname=guest&checksum=BE5F46C819BD2D32CB3E3E6460382F3E> [acedido a 21/5/2024].

<sup>14</sup> Compare-se, a este respeito, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*; WILLIAM W. PARK/CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, *cit.*; e PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, *cit.*; entre outros.

<sup>15</sup> Veja-se, a mero título de exemplo, o referido por uma *Senior Legal Counsel* de um *third-party funder*, em entrevista concedida na edição de dezembro de 2023 da revista *Capital & Corporate Magazine* (intitulada *La financiación de litigios como oportunidad en el mercado de inversión*): “O financiamento de litígios, também conhecido como *third-party funding*, é um mecanismo através do qual um terceiro (o financiador) fornece fundos a uma parte, normalmente o requerente, no contexto de um litígio, em troca de parte do montante eventualmente recuperado no processo. Em geral, este tipo de financiamento não tem recurso, o que significa que o requerente só terá de pagar ao financiador se a sua ação for bem-sucedida.

Embora este mecanismo exista há décadas, só recentemente evoluiu de um produto de investimento pouco conhecido para uma classe de ativos que tem suscitado grande interesse por parte de investidores de private equity, que veem neste produto uma nova oportunidade de investimento, bem como a possibilidade de financiar o contencioso de empresas nas suas carteiras de investimento.” (traduzido do original em espanhol; itálicos nossos)

<sup>16</sup> DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 594.

A potencial fragilidade do financiamento de litígio por terceiros reside, essencialmente, no envolvimento de entidades terceiras num processo adjudicatório e na influência que os seus potenciais interesses contraditórios podem ter no desfecho da lide. Assim, surgem preocupações significativas relativamente à emergência de potenciais conflitos de interesses, ao efetivo controlo do processo pela parte e à quebra de confidencialidade. Acresce que, no caso da arbitragem internacional, a falta de transparência nos acordos de financiamento pode ainda comprometer a independência e a imparcialidade dos árbitros, minando assim a confiança nesse meio de resolução alternativa de litígios<sup>17</sup>.

Na ausência de regulação expressa, parece resultar evidente o papel fundamental que assume o contrato de financiamento e, nele, o papel do financiador. A jeito exemplificativo, refira-se os casos em que os financiadores podem ter o poder de, diretamente, rejeitar propostas para resolução de um litígio, apresentadas com vista ao fim do mesmo por via de transação; ou casos em que, já no próprio acordo de financiamento, a entidade financiada pode obrigar-se a adotar certas e determinadas condutas processuais no caso de se verificarem determinados pressupostos – *e. g.*, se for proposta a resolução da lide por X, deve a parte aceitar tal proposta; já se o for por Y, deve a mesma ser rejeitada. Como pode acontecer que o financiador pretenda não ser elemento ativo na condução do procedimento e reflete-se essa sua “não participação” no próprio contrato de financiamento (*e. g.*, minutas divulgadas pela *Lionfish Litigation Finance Limited*<sup>18</sup>, cláusula 18).

Mesmo quando não seja reconhecida ao *funder*, pelo contrato de financiamento, a faculdade de influir no processo, deverá ter-se em conta que, não obstante essa falta de reconhecimento, aquele possa exercer pressão no sentido de a parte adotar certas condutas processuais – quer junto da parte financiada, quer junto dos seus mandatários. Tal risco é potenciado ainda mais pela visibilidade que os financiadores tendem a ter sobre todo o procedimento. Como exemplo ilustrativo da prática de mercado a este respeito, veja-se a cláusula 14.3 da minuta do acordo de financiamento divulgada pela *Lionfish Litigation Finance Limited*<sup>19</sup>,

---

<sup>17</sup> WILLIAM W. PARK/CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, *cit.*, pp. 2 e 3.

<sup>18</sup> Disponíveis em <https://www.lff.co.uk/solutions/documents/> [acedido a 24/5/2024].

<sup>19</sup> Disponível em <https://www.lff.co.uk/solutions/documents/> [acedido a 24/5/2024].

que instituiu o dever do mandatário da parte financiada de preparar um relatório mensal referente ao estado da lide.

Um problema acrescido será ainda a previsão contratual da possibilidade de um financiador indicar o mandatário da parte, ou de vir a limitar o leque de opções colocado à disposição da entidade financiada. Tais limitações levantam também questões deontológicas, sobretudo relacionadas com a livre escolha do mandatário. A este respeito, releve-se que, no ordenamento jurídico português, a intervenção de um terceiro na escolha do mandatário não pode ser aceite por aquele que exercerá o mandato forense<sup>20</sup>. Tal obstáculo torna-se mais premente, tendo em consideração a relação simbiótica entre algumas sociedades de advogados e financiadores<sup>21</sup>. A interdependência comercial entre o financiador e essa sociedade de advogados pode introduzir uma maior distorção na escolha livre tanto do mandatário como do financiador. Por exemplo, pode-se conceber a hipótese de uma parte procurar Advogado que colabore com determinado Escritório de Advogados, por entender que assim conseguirá, com maior probabilidade, que o seu litígio seja financiado por um *funder* que, regularmente, “trabalhe” com esse Escritório.

Em qualquer caso, não pode ser confiada às partes a regulamentação (e consequente fiscalização) do modo como um terceiro venha a interferir, direta ou indiretamente, numa lide.

Olhando para a relação estabelecida entre as partes de um ponto de vista estritamente negocial, sempre se deverá relevar que a autonomia privada e a liberdade de conformação do conteúdo dos contratos devem ser contrabalançadas por outros interesses, como sejam a proteção da parte mais frágil, e sempre a proteção de interesses fundamentais, como a justiça<sup>22</sup>. No caso do TPF, a relação entre financiador e financiado tende a ser pautada por um profundo desequilíbrio contratual: de um lado, encontramos uma entidade especializada na identificação, avaliação e financiamento de litígios, enquanto, do outro lado, ter-se-á uma entidade que procurou o apoio financeiro desta primeira para viabilizar a sua demanda, colocando-se, por isso, tendencialmente, numa situação de dependência económica desta primeira. Como tal, pode vir a defender-se que a liberdade de

---

<sup>20</sup> Vide art. 67.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados, conforme alterados.

<sup>21</sup> A este respeito, WILLIAM W. PARK/CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force, cit.*, pp. 4 e 5.

<sup>22</sup> Nesse sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Edições Almedina, 2004, pp. 246 a 248.

conformação do clausulado deve ser limitada (se não mesmo excluída), em prol da proteção da parte que se encontra em dependência do financiador.

Ademais, podemos identificar no TPF uma interessante contraposição de interesses: de um lado, temos um financiador tendencialmente mais sofisticado, com modelos contratuais pré-definidos e elaborados unilateralmente, e, do outro lado, uma parte que procura capital para conduzir um litígio contra outrem. Tudo enquanto se assiste a uma certa comercialização da Justiça – na medida em que se permite que entidades com fins lucrativos venham a utilizar a Justiça como praça de investimento, “apostando” no desfecho de disputas entre entidades não relacionadas com estas primeiras. Aliás, uma das matérias fundamentais, objeto do contrato de financiamento e suscetível de influenciar o litígio, é o *funder* limitar a entrega do capital financiado a um determinado período temporal – impondo um *cut-off date* – ou a um teto máximo. Nestes casos, a entidade financiada terá (mais) um incentivo para procurar uma solução célere do litígio, ainda que esta possa não representar aquela que melhor serve os seus interesses.

A aceitação desta mercantilização não encontra acolhimento por toda a literatura<sup>23</sup>. Genericamente, esta discussão prende-se com a abstração do conceito de Justiça. Sendo a conceptualização e integração de um conceito como o de justiça um exercício complexo, bastar-nos-á admitir que, em função do seu resultado, o TPF possa ou não consubstanciar uma mercantilização indevida da Justiça.

Decerto que, independentemente do previamente referido, pode-se concluir que permitir “*pôr um preço*” sobre uma lide e utilizá-la para fins capitalistas (sem qualquer desprimor ou conotação negativa) é, de um modo geral, algo inebriante a qualquer intérprete do Direito.

A acrescer ao acima referido, deve-se sempre salientar que o mercado do financiamento de litígio por terceiro é marcadamente caracterizado por uma profunda assimetria de informação. Por assimetria de informação entende-se a circunstância em que “*as partes de uma transação detêm informação privada, i. e., detêm uma informação que é relevante para a transação, mas que apenas é conhecida por uma das partes*”<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 621.

<sup>24</sup> Nesse sentido, JOÃO PATEIRA FERREIRA/MANUEL CABUGUEIRA/MIGUEL MOURA E SILVA/NUNO CASTRO MARQUES/PAULO LOPES MARCELO, *Manual de Regulação e Concorrência*, Coimbra, Edições Almedina, 2024, p. 82.



Tal assimetria é particularmente premente no caso da arbitragem internacional. Aqui e ao contrário do que sucede na maioria dos ordenamentos jurídicos quanto ao exercício do poder judiciário (cujas sentenças tendem a ser públicas), as partes não podem consultar livremente decisões arbitrais, por estas serem, na sua grande generalidade, confidenciais (e, conseqüentemente, conhecidas apenas pelos seus destinatários e respetivos mandatários)<sup>25</sup>.

Por sua vez, os financiadores veem mais litígios do que financiam, dado a reduzida percentagem de assuntos que acabam por ser financiados (habitualmente colocada num rácio de 1:10)<sup>26</sup>. Conseqüentemente, os *funders* têm acesso a informação que, de outro modo, não lhes seria facultada e que, por sua vez, lhes permite aprimorar os seus critérios e metodologias de seleção. Acesso a informação e elementos esses que as partes não possuem.

A construção do sistema parece encontrar-se, nesta perspetiva, subvertida. De um lado, temos as partes de litígios com dificuldade em recolher a informação necessária para tomarem uma decisão consciente quanto à interposição e condução subsequente do litígio; do outro lado, temos os financiadores, munidos de mais dados e com melhores recursos, que lhes permite tomar decisões de investimento mais criteriosas. Acresce ainda a esta assimetria o facto de as partes não terem visibilidade sobre os usos e costumes da prática comercial do *third-party funding*, por se tratar de um mercado particularmente opaco<sup>27</sup>.

Em sùmula, um profundo desequilíbrio informacional acabou por se formar – financiadores altamente sofisticados, com acesso a informação não livremente disponibilizada ao mercado, que escolhem contratar com partes, muitas destas em situação de dependência económica para com o financiador, que não dispõem de elementos suficientes para devida e corretamente apreciarem a transação a estas proposta. Ora, tal desequilíbrio informacional é uma das tradicionais falhas de mercado, que justificam a regulação<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Nesse sentido, GARY BORN, *International Arbitration: Law and Practice (Third Edition)*, Kluwers Law International, 2021, 3.<sup>a</sup> ed., p. 14.

<sup>26</sup> CENTO VELJANOVSKI, *Third Party Litigation Funding in Europe*, cit.: “Since TPLF investors appear to accept between 1 in 8 to 1 in 10 cases they consider, this would suggest a very small flow of fundable cases especially given the high thresholds set by some TPLF investors.” (p. 12).

<sup>27</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», cit., p. 587.

<sup>28</sup> Nesse sentido, JOÃO PATEIRA FERREIRA/MANUEL CABUGUEIRA/MIGUEL MOURA E SILVA/NUNO CASTRO MARQUES/PAULO LOPES MARCELO, *Manual de Regulação e Concorrência*, cit., pp. 75 e segs.; JOHN



Do exposto resulta que, dada a intervenção do terceiro na lide e por o mercado do TPF padecer de uma situação de assimetria de informação, deve-se equacionar a necessidade de vir a regular este fenómeno, necessidade sobre a qual nos debruçaremos de seguida.

## 2. Do financiamento de litígios por terceiros em Portugal

### 2.1. Da necessidade de regular o financiamento de litígios por terceiros e do seu tratamento legislativo pelo ordenamento jurídico português

Enunciadas que tenham sido (algumas das) preocupações associadas ao TPF, importa agora apreciar o tratamento que a este modelo de negócio tem sido dado pelo legislador português, com uma reflexão prévia sobre a necessidade de ser objeto de regulação.

A jeito meramente introdutório, não podemos deixar de colocar em evidência que a decisão de sujeitar uma determinada realidade à regulação deve ser tomada com particular cuidado. Ainda que constitua uma fundamental fonte de segurança jurídica e seja tendencialmente introduzida de modo a vir colmatar falhas próprias do mercado, deve a regulação ser abordada com redobrada atenção, uma vez que pode revelar ser um obstáculo ao desenvolvimento natural de um dado mercado. Dito de outro modo, deve-se evitar perpetuar a velha prática encapsulada no seguinte brocado: *If the moves, tax it. If it keeps on moving, regulate it. If it stops moving, subsidize it.* A calibração de eventuais soluções regulatórias deve ainda evitar entrar no campo do paradoxo da regulação<sup>29</sup>, culminando a intervenção do poder público regulador na produção de efeitos diversos ou contrários aos ambicionados.

Ainda assim, atendendo aos riscos associados ao TPF, não pode o legislador bastar-se com iniciativas de mera autorregulação, desenhadas pelos próprios financiadores, como aquelas desenvolvidas em outras jurisdições<sup>30</sup>. Estas têm mos-

---

ARMOUR/DAN AWREY/PAUL DAVIES/LUCA ENRIQUES/JEFFREY N. GORDON/COLIN MAYER/JENNIFER PAYNE, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, pp. 55 e segs.

<sup>29</sup> Nesse sentido, C. R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution Reconciling the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990.

<sup>30</sup> A mero título de exemplo, a *Association of Litigation Funders of England and Wales* e a *American Legal Finance Association*, que vieram a implementar códigos de conduta setoriais.

trado ser insuficientes para dar conta com a progressiva e constante expansão do setor, que veio a abrotar em preocupações não só relacionadas com o conteúdo dos próprios contratos, como também em preocupações de natureza prudencial, designadamente de adequação do capital próprio, de detenção de participações e de organização dos *funders*. Esta discussão havia já sido antecipada e aflorada nos primórdios da literatura respeitante a este fenómeno<sup>31</sup>, tendo ora cristalizado numa das (se nos permitirem) principais áreas de potencial intervenção do Estado, na sua veste reguladora.

Por outro lado, aqueles que advogam no sentido de regular ou pelo menos regulamentar esta prática fazem-no com o intuito de vir a mitigar o risco de propagar uma situação de completa e total ausência de normas conformadoras de um modelo de negócio que, dado a sua natureza e o seu funcionamento, em muito impacta a condução (e mesmo o desfecho) de procedimentos adjudicatórios. Aliás, é este combate contra a existência de um “*no man’s land*” que tem instigado e aumentado as reivindicações da intervenção estatal<sup>32</sup>.

Ainda que tal necessidade haja já sido reconhecida, poucos são os ordenamentos jurídicos que especificamente vieram legislar a atividade. De entre estes, conta-se com jurisdições como a República Federal da Nigéria, a República de Singapura, Hong Kong, a República da Índia e a República Popular da China. Mesmo nestes casos em que o poder estatal veio condicionar o exercício da atividade, não se pode afirmar que a abordagem tenha sido uniforme: tanto quanto é do nosso conhecimento, apenas três jurisdições introduziram normas expressas a regulamentar o *third-party funding* (sejam elas, a República Federal da Nigéria, a República de Singapura e Hong Kong), enquanto outras, como a República da Índia e a República Popular da China, têm desenvolvido o regime do financiamento de litígios por terceiro através da prática jurisprudencial.

Recentemente, também a União Europeia deu os primeiros passos no sentido de promover a regulação do TPF. Na sequência do *Relatório Voss*<sup>33</sup>, o Parlamento

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, pp. 610 e segs.

<sup>32</sup> Nesse sentido, CATHERINE A. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2015; e DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*

<sup>33</sup> Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf) [acedido a 23/5/2024].

Europeu aprovou uma Proposta de Diretiva, a 13 de setembro de 2022. Desta Proposta destacam-se as seguintes iniciativas:

A. A criação de um procedimento de autorização e supervisão daqueles que praticam a atividade do financiamento de litígios a terceiros num Estado-Membro – *vide* arts. 4.º e 5.º;

B. A imposição de critérios de adequação de capitais próprios – *vide* art. 6.º

C. A imposição de deveres fiduciários – *vide* art. 7.º;

D. A instituição de um supervisor destas entidades – *vide* arts. 8.º e segs.;

E. A imposição de um conteúdo mínimo do contrato de financiamento (entre o qual se destaca a necessidade de determinar quais os custos e encargos suportados pelo financiador, o seu modo de remuneração, a determinação da responsabilidade do financiador por custos adversos, a distribuição de riscos pelas partes, uma declaração respeitante à incondicionalidade do financiamento em relação aos trâmites processuais e uma declaração de ausência de conflito de interesses pelo financiador), assim como de outras regras respeitantes à validade e cessação desses contratos, tudo em prol da transparência – *vide* arts. 12.º e segs.;

F. A atribuição da prerrogativa de inspecionar o conteúdo desses acordos aos Tribunais do fórum e a entidades administrativas, a par da instituição do dever de relevar a existência e a identidade do financiador – *vide* arts. 16.º e segs.

Ainda assim, sempre importará relevar que a abordagem europeia à intervenção regulatória tem vindo a ser objeto de profundas críticas. Em particular, tem-se atribuído a essas intervenções a responsabilidade pelo aumento da burocratização na União Europeia. Por sua vez, este aumento da *red-tape* comunitária tem sido apontado por diversos autores como a principal fonte de perda de competitividade do Espaço Europeu na economia mundial<sup>34</sup>. Lançando mão a uma expressão cunhada pelo Príncipe Miguel de Liechtenstein<sup>35</sup>, esta Proposta de Diretiva pode ser mais

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, U. S. Chamber of Commerce, 27 de julho de 2023; disponível em <https://www.uschamber.com/international/how-europe-pays-a-high-price-for-its-overregulation-of-the-digital-economy#:~:text=Moreover%2C%20Europe%27s%20overregulation%20likely%20will,goals%20it%20purports%20to%20promote> [acedido a 23/5/2024]: “Moreover, Europe’s overregulation likely will entrench incumbents, thereby hindering innovation and competition – perversely undercutting the very goals it purports to promote. Compliance costs and bureaucratic hurdles disproportionately impact startups and smaller companies, hampering their ability to introduce new products and services into the market.”.

<sup>35</sup> Vide *Europe’s regulatory-techocratic suicide*, disponível em <https://www.gisreportsonline.com/r/free-europes-economy/> [acedido em 23/5/2024].

um prego no caixão que a União Europeia tem construído para se deitar depois do seu “suicídio regulatório-tecnocrático”.

Olhando agora para a realidade portuguesa, o legislador pouco se tem ocupado expressa e diretamente com este tema – à exceção de uma iniciativa legislativa sobre a qual nos debruçaremos de seguida, não encontramos qualquer regulamentação ou proposta nesse sentido. Parece-nos que, por tendente inexpressão do fenómeno em Portugal ou por desconhecimento ainda generalizado do mesmo pelos seus destinatários (as PME), situação para a qual já alertava DUARTE GORJÃO HENRIQUES<sup>36</sup> em 2015, permitiu um certo relaxamento por parte do poder estatal, que acaba por confiar em figuras já existentes para se adequarem e conformarem o exercício desta atividade.

Ainda que se trate de um mercado bastante opaco (e cuja ausência de regulamentação e da imposição, entre outros, de deveres de informação e de divulgação ao público tanto mais contribui para a manutenção desse *status quo*), bastará consultar o sítio da Internet de um destes financiadores – a *Deminor Litigation Funding* – para notar que apenas um caso português consta, à data, do seu catálogo de investimentos, remontando a um financiamento concedido a ação intentada em janeiro de 2015<sup>37</sup>.

No entanto, não se pode aceitar a manutenção de um faroeste mercantilista. Isto é, ainda que o escopo e abrangência do TPF tendam a alargar (em linha com a plasticidade conceptual que se tem vindo a defender), não se podem negar as especificidades que este comporta, especificidades essas que, não sendo reguladas, podem prejudicar tanto o crescimento do segmento, como aqueles que dele dependem ou têm vindo a investir. Assim, entendemos que uma abordagem como a adotada pela República Federal da Nigéria, pela República de Singapura e por Hong Kong deva merecer acolhimento, procurando positivar um regime que conforme a atuação destes novos intervenientes dos mercados financeiros e

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 623: “A primeira observação que se pode tecer em jeito de conclusão é que o mercado Português não está ainda preparado para a introdução dos terceiros financiadores apenas pela razão de que o desconhecimento que a nossa comunidade tem em relação ao tema é ainda elevado e substancialmente superior ao que já se verifica noutras jurisdições. Este desconhecimento gera suspeita e a suspeita inviabiliza a proliferação do negócio.”.

<sup>37</sup> Veja-se, a este respeito, a nota informativa disponibilizada em <https://www.deminor.com/en/case/investment-recovery/espírito-santo-group> [acedido 22/5/2024].

dos foros judiciais. Só assim se dará devida satisfação à necessidade premente de segurança jurídica<sup>38</sup>.

Podemos falar dessa segurança jurídica, conferida pela posituação de um regime conformador da atividade do TPF e devidamente conformado a esse segmento, como uma certa *conditio sine qua non* para o próprio desenvolvimento sustentado e equilibrado do setor.

### 2.1.1. O DL n.º 114-A/2023, de 5/12

Mais recentemente, o legislador português tratou do TPF no nosso ordenamento jurídico, ainda que se limitando a abordar apenas um potencial *target* destes *funders* – o recém-aprovado DL n.º 114-A/2023, de 5/12, que veio transpor a Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses dos consumidores (Diretiva). Ainda assim, deve-se relevar a escolha oportuna do legislador português, ao dar especial tratamento ao TPF no âmbito das ações coletivas. Este tipo de ações é particularmente atrativo para um financiador, quer seja pela sua dimensão (e potencial retorno), quer seja pelo potencial de diversificação do risco. Tanto assim o será que alguns *funders* divulgam esta área de atividade como um dos seus principais alvos de investimento. Veja-se, a mero título de exemplo, a estratégia de investimento promovida pela secção de *Legal Assets* do Grupo *Syz Capital*<sup>39</sup>.

No que respeita ao âmbito de aplicação deste Decreto-Lei, encontra-se este circunscrito às ações coletivas nacionais e transfronteiriças para proteção dos direitos e interesses dos consumidores intentadas com fundamento em infrações cometidas por profissionais, inclusivamente quando a infração tenha cessado antes de ter sido intentada a ação coletiva ou antes da sua conclusão, às disposições do Direito nacional e da União Europeia referidas no anexo I da Diretiva, que lesem ou sejam suscetíveis de lesar os interesses coletivos dos consumidores<sup>40</sup>. Perscrutado esse anexo I da Diretiva, consegue-se constatar a potencial abrangência deste Decreto-Lei. A jeito meramente ilustrativo, incluiu-se neste catálogo as-

<sup>38</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, 23.ª reimp., p. 55.

<sup>39</sup> Para mais informações, veja-se <https://www.syzcapital.com/en/litigation-funding> [acedido a 22/5/2024].

<sup>40</sup> Vide art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 114-A/2023.

suntos tão diversos como aqueles tratados no Regulamento (UE) 2015/760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2015, relativo aos fundos europeus de investimento a longo prazo (respeitantes aos ELTIF); na Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/UE (DMIF II); na Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; e na Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

Naquilo que releva para o presente estudo, o DL n.º 114-A/2023 regulamenta, no seu art. 10.º, o financiamento por terceiros destas ações coletivas para medidas de reparação. Esta primeira abordagem à regulamentação do TPF apresenta já soluções interessantes para tratar os riscos previamente elencados:

a) Impõe uma obrigação de *disclosure* dos acordos de financiamento (assim como um requisito linguístico, devendo esses acordos ser redigidos em português), assim como um conjunto mínimo de informações que devem ser disponibilizadas ao Tribunal competente;

b) Proíbe o financiador de ter qualquer tipo de influência no litígio (servindo, no fundo e como se coloquialmente se designa, de porco mealheiro);

c) Estabelece um limite à remuneração do financiador (socorrendo-se, para o efeito, de conceitos indeterminados);

d) Proíbe a celebração de acordos de financiamento por financiador que seja (ou tenha na sua esfera de influência) um concorrente da contraparte;

e) Demonstra uma particular preocupação em garantir a independência do demandante e a ausência de conflitos de interesses.

Ainda que tenha sido aplaudido pela implementação de *standards* expressos e limites à validade deste tipo de acordos<sup>41</sup>, não se pode deixar de referir que o legislador foi pouco ambicioso na adequação deste regime à realidade portuguesa.

---

<sup>41</sup> Veja-se, por exemplo, o referido pelo Professor MIGUEL SOUSA FERRO, em publicação na rede social *LinkedIn*, aquando da publicação deste Decreto-Lei: «The law fundamentally codifies the existing practice before the Courts, and so should not change anything significant. But it may bring some added clarity and allow for less “noise” in such class actions.» (disponível em <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7138185527706439681/>) [acedido a 22/5/2024].

Por um lado, vemos que o legislador se limitou a transpor e a complementar os critérios estabelecidos pela Diretiva. Mesmo entendendo-se que estes refletem a *praxis*, não pode deixar-se de referir que têm um limitado conjunto de obrigações. Por exemplo, não se concretiza que tipo de acesso pode um financiador ter aos desenvolvimentos da lide, nem se especifica em que termos é que estes podem fazer cessar a linha de financiamento. Sem ter em conta estas vicissitudes na elaboração da norma, o legislador deixou aberta uma relevante porta para os financiadores exercerem influência sobre os litígios – o corte do *pipeline* de capital<sup>42</sup>. Suponhamos, a mero título de exemplo, que o financiador tem acesso aos diferentes articulados e outros escritos apresentados e, por as audiências serem públicas, vem acompanhando o desenvolvimento da lide. Ora, este *funder* pode, em função do que se escreve e do que se diz, usar este poder de corte (não regulado especificamente pelo legislador) para influenciar a tomada de decisão do demandante. Parece-nos que o legislador não ponderou devidamente este cenário na norma. Aliás, cotejado o elenco de princípios orientadores do limite da intervenção do financiador (mantendo-se o demandante como “exclusivamente responsável por tomar todas as decisões relativas à ação coletiva, tendo por princípio orientador a defesa dos interesses em causa, incluindo, designadamente, a escolha dos mandatários judiciais, a definição da estratégia processual e, ainda, as decisões de intentar, prosseguir, desistir, transigir, recorrer ou não recorrer e, em geral, praticar ou não praticar qualquer ato processual no âmbito da ação coletiva”), não entendemos que decisões de natureza financeira possam ser, clara e inequivocamente, incluídas neste elenco, consabido que estas podem – e têm – um impacto material na condução da lide (circunstância que o legislador europeu claramente considerou na sua Proposta de Diretiva).

Por fim, e no que respeita à definição da remuneração do financiador, levantam-se algumas dúvidas quanto ao que se deva entender por “valor justo e proporcional, avaliado à luz das características e fatores de risco da ação coletiva em causa e do preço de mercado de tal financiamento”. Isto porque, no nosso entendimento, colocam-se, desde logo, duas questões: (a) por um lado, qual deve ser a prática negocial relevante para determinar o que se entende por justo e propor-

---

<sup>42</sup> Em sentido divergente, veja-se a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu, que incluiu como elemento necessário do contrato de financiamento uma declaração respeitante à incondicionalidade do financiamento em relação aos trâmites processuais.



cional; e, (b) por outro lado, qual o mercado que deve ser tido em consideração aquando da determinação do tal preço de mercado. Em particular, deverá questionar-se se se trata de uma atividade de concessão de crédito, *plain vanilla*, ou se, ao invés, deve ser tratada como uma atividade de investimento, equiparável a outros instrumentos financeiros, e, neste caso, se deve ser tratada como um investimento *sui generis*.

Caso se defenda que se trata de uma atividade de concessão de crédito, no seu sentido mais tradicional, dever-se-á debater sobre a natureza do crédito – crédito ao consumo, crédito à habitação (dificilmente)... Ora, apesar de, pelo seu nome, poder ser facilmente reencaminhado para a atividade creditícia conhecida pela *praxis*, não nos parece adequada tal categorização. Por um lado, o tipo de risco e horizonte de investimento muito diverge da atividade creditícia por nós conhecida. Enquanto o crédito tende a ser concedido com maturidades conhecidas (ou determináveis) e tem, geralmente, como principal fonte de risco o risco de crédito, vemos que o TPF não comunga dessas mesmas características, quer pela maior exposição ao risco do financiador (por exemplo, o risco de contraparte, de crédito da parte vencida e os riscos próprios associados ao litígio subjacente), quer por não ter uma maturidade definida (fazendo depender a remuneração do financiador do desfecho do litígio, normalmente em data incerta).

Por outro lado, as próprias metodologias de avaliação do financiamento não nos parecem ser equiparáveis, muito menos iguais, àquelas empregues por entidades que concedem crédito.

Além do mais, este tipo de financiamento, em particular no caso dos *non-recourse funding agreements*, não apresenta os elementos típicos do contrato de mútuo. Adotando a conceção civilista de mútuo, conforme resulta do art. 1142.º do Código Civil, tem este tipo contratual como elementos essenciais: (a) a entrega de uma quantia em dinheiro ou de outra coisa fungível a parte que (b) se obriga a restituir a outro tanto do mesmo género e qualidade. Ora, conforme já se teve oportunidade de referir, nem sempre assim será no caso do TPF. Em particular, no caso dos *non-recourse funding agreements*, o financiador não tem o direito de ser restituído do montante de capital, nem tão-só de juros. Existe sim a assunção pelo financiador de um risco estranho ao contrato de mútuo, mas típico em instrumentos ditos de investimento (*latu sensu*) – a perda total ou parcial do montante de capital como álea típica do contrato de financiamento de litígio, encontrando-se a remuneração do financiador veiculada à (in)fortuna de um litígio, que serve



como ativo subjacente (e não relacionado com a capacidade creditícia do financiado). Descartamos, portanto, a recondução do TPF à concessão de crédito.

Resta-nos, pois, concluir que o TPF deve ser tratado como um investimento, *latu sensu*. Questão distinta será a de reconduzir este modelo de negócio à categoria de instrumento financeiro. Ora, tal categorização depende, evidentemente, da possibilidade de subsumir esses acordos ao regime estatuído pelo art. 4.º, parágrafo (15), e pelo Anexo I da DMIF II. Neste conspecto, subscrevemos a posição que entende que os acordos de financiamento de litígios possam ser considerados derivados atípicos<sup>43</sup>. Ora, usando de uma definição avançada pelos Professores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO:

“Numa perspetiva economicista, surge usual definirem-se os derivados como instrumentos financeiros cuja remuneração é calculada com base no valor atribuído, num determinado momento, a um bem associado. Apesar de criticável, esta definição identifica as características nucleares da figura: (1) são contratos; e (2) o retorno pecuniário está dependente do valor de um determinado bem, num sentido lato, que embora o sustente, é autónomo.”<sup>44</sup>

No que respeita ao TPF, parece-nos adequado categorizá-lo como um derivado: trata-se de um contrato, cujo retorno pecuniário depende do (in)sucesso da parte financiada, servindo o litígio como ativo subjacente sobre o qual se fará depender o valor e, acima de tudo, o retorno do financiador.

Ora, admitindo tratar-se de um derivado atípico, dever-se-á discutir qual o mercado que servirá como *benchmark* para assentir da proporcionalidade e justeza da remuneração do financiador. Deverá ser um mercado de derivados mobilizados para efeitos de cobertura de risco ou um mercado de derivados que tenham como ativo subjacente um existente na economia real? Ou, de modo distinto, dever-se-á olhar para a *praxis* do segmento do financiamento de litígio por terceiros para fazer esse juízo?

Por um lado, não nos parece adequado utilizar o mercado de derivados já existentes como elemento de comparação – pelas diferenças quer na distribuição da álea típica dos diferentes derivados, quer nos modelos contratuais sobre os quais

<sup>43</sup> Nesse sentido, a título meramente exemplificativo, CLÁUDIA SOFIA RODRIGUES CARVALHO, *Non-Recourse Funding Agreements em Portugal: natureza e obstáculos*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário I – Direito Material*, Coimbra, Edições Almedina, 7.ª ed., 2023, p. 839.

são construídos estes produtos. Por exemplo, não se consegue, nem se deve, comparar um contrato de *swap* a um contrato de financiamento de litígio por terceiro.

Caso se venha a entender que o TPF é um mercado isolado, com a sua própria *praxis*, deve-se sempre referir que, atendendo à sua difícil limitação conceptual, será igualmente difícil identificar o *benchmark* necessário para efetuar o imposto juízo de proporcionalidade e justiça da remuneração do financiador. Mais, caso se recorra à prática já implementada pelos financiadores, o legislador, ao legislar como legislou, acabou por manter o *status quo*, validando os modelos de remuneração implementados pelos *funders* (manifestamente distintos dos tradicionalmente praticados pelos intervenientes do mercado)<sup>45</sup>.

Fica por responder, por ora, esta questão.

Não obstante as críticas acima apontadas, não se pode deixar de louvar a preocupação tanto do legislador nacional, como do legislador europeu, em virem tentar colmatar algumas das fragilidades que a doutrina e a prática têm vindo a apontar a este fenómeno.

## 2.2. Do risco do branqueamento de capitais

Os TPF são, por natureza, grandes agregadores de capitais – o seu modelo de negócio baseia-se no *pooling* de capitais para depois vir a injetá-los em determinada demanda. Ora, como tal, esta sua atividade encontra-se particularmente exposta ao risco de branqueamento de capitais.

Também o mercado já reconheceu a necessidade de reforçar a vigilância da origem dos fundos. Apesar de alguns financiadores, por estarem admitidos à transação em mercado regulado (como a *Burford Capital*, a *LCM Finance* e a *Manolete Partners*), terem acrescidos deveres de prevenção e repressão do combate ao branqueamento de capitais, outros conseguem evitar essa sujeição ao manterem-se entidades de capital privado.

Acontece que, por não serem entidades financeiras, por definição, não se encontram sujeitos a reforçadas obrigações de prevenção e repressão do combate ao

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, o referido pelo Professor MIGUEL SOUSA FERRO, em publicação na rede social *LinkedIn*, aquando da publicação deste Decreto-Lei: «The law fundamentally codifies the existing practice before the Courts, and so should not change anything significant. But it may bring some added clarity and allow for less “noise” in such class actions.» (disponível em <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7138185527706439681/>) [acedido a 22/5/2024].

branqueamento de capitais – cfr. art. 3.º da Lei n.º 83/2017, de 18/8, conforme alterado. Por outro lado, ainda que entidades não financeiras se encontrem também sujeitas a essas obrigações, perscrutado que seja o elenco contido no art. 4.º da Lei n.º 83/2017, não nos parece que os financiadores de litígio se encontrem contemplados por essa disposição.

Por outro lado, ao não serem sujeitos a obrigações de transparência e de organização societária próprias das entidades financeiras, os *funders* mantêm-se no *dark side of the moon* (se nos permitirem a referência) da transparência corporativa, tendo estruturas societárias obscuras e opacas. Aliás, como STEVEN FRIEL, *chief executive officer* da *Woodsford Litigation Funding*, salientou, em entrevista datada de 22 de julho de 2019 (intitulada *Litigation funding and AML obligations*)<sup>46</sup>:

“Alguns financiadores de litígios utilizam estruturas *offshore* complexas, que podem não ser fáceis de compreender, nomeadamente devido à dificuldade de acesso a informações societária e financeiras independentes.” (traduzido do original em inglês)

Ora, parece-nos pouco adequado (se não mesmo contraditório) que, num período em que se presencia um progressivo e constante aumento dos deveres associados à prevenção do branqueamento de capitais, se permita que entidades que agregam grandes quantidades de capital provenientes de diferentes fontes o possam fazer, sem que sejam devidamente tuteladas. Esta ausência de controlo e o risco de deixar que grandes agregadores de capitais não se encontrem sujeitos aos deveres de transparência que outras entidades com capacidades análogas mais reforça a necessidade de regulamentar devida e exaustivamente a atividade.

Refira-se que o legislador português poderia (e deveria) ter incluído uma referência à proveniência dos fundos no elenco de elementos que necessariamente seriam facultados a um tribunal, de acordo com o disposto no art. 10.º, n.º 1, do DL n.º 114-A/2023.

Este défice de controlo acaba por ser parcialmente colmatado por outras entidades abrangidas, como os advogados<sup>47</sup>, deverem dar cumprimento às obrigações de prevenção e repressão do combate ao branqueamento de capitais, como sejam os deveres de identificação e diligência e de comunicação de operações sus-

<sup>46</sup> Disponível em [https://www.hausfeld.com/media/o1rp0xvw/litigation-funding-and-aml-obligations\\_article\\_-1\\_-002.pdf](https://www.hausfeld.com/media/o1rp0xvw/litigation-funding-and-aml-obligations_article_-1_-002.pdf) [acedido a 22/5/2024].

<sup>47</sup> Vide art. 4.º, n.º 1, alínea f), da Lei n.º 83/2017.

peitas. No entanto, atendendo ao facto de que se trata de uma indústria que é *capital heavy* (isto é, que consome e agrega grandes volumes de capitais), entendemos ser insuficiente apenas sujeitar marginalmente a atividade a tais ónus de controlo e repressão, devendo o próprio agregador do capital ser onerado do cumprimento de tais obrigações.

### 3. A *new wave* do tratamento do financiamento de litígios por terceiros

#### 3.1. Requisitos de transparência: uma necessidade

A opacidade do setor tem vindo a dificultar a correta e devida apreciação do seu crescimento, assim como da sua adoção por sociedades que não estejam tão familiarizadas com o conceito<sup>48</sup>. Os *funders*, tradicionalmente, pautavam a sua atuação por uma particular discrição, resistindo a eventuais iniciativas de publicidade. O que parece estar a alterar-se. Aliás, alguns *players* de mercado, como a *Lionfish Litigation Finance Limited* (que publicou modelos contratuais no sítio da Internet que se encontram livres para consulta), procuram legitimar o mercado, também através da promoção de uma maior transparência.

A promoção da transparência foi também assumida como bastião da reforma deste modelo de negócio pela comunidade da arbitragem internacional. A fim de evitar a erosão da confiança no sistema de arbitragem internacional, permitindo uma intervenção não revelada, confidencial e genericamente encapuçada de entidades terceiras no processo, é necessário estabelecer salvaguardas em matéria de transparência, em especial no que diz respeito à independência e à imparcialidade dos árbitros. Tais reivindicações foram já feitas por diversos autores<sup>49</sup>.

Neste conspecto, as leis arbitrais e as regras elaboradas pelas instituições arbitrais começaram a obrigar as partes a revelar a existência e a identidade de tais financiadores. Por exemplo, o art. 44.º do *Hong Kong International Arbitration Centre*

---

<sup>48</sup> Nesse sentido, DUARTE GORJÃO HENRIQUES, «“Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal», *cit.*, p. 587.

<sup>49</sup> Entre outros, WILLIAM W. PARK/CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, *cit.*; CAROLINE OVERGAARD/JOHAN TUFTE-KRISTENSEN, *Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration*, *NJCL* 2020/2, 2020, disponível em <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/6099/5365> [acedido a 21/5/2024].

*Administered Arbitration Rules* prevê o dever de revelar a existência e a identidade de um terceiro financiador. Na disposição acima referida, pode ler-se o seguinte:

*“Article 44 – Disclosure of Third Party Funding of Arbitration*

44.1 *If a funding agreement is made, the funded party shall communicate a written notice to all other parties, the arbitral tribunal, any emergency arbitrator and HKIAC of:*

- (a) *the fact that a funding agreement has been made; and*
- (b) *the identity of the third party funder.*

44.2 *The notice referred to in Article 44.1 must be communicated:*

(a) *in respect of a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration, in the application for the appointment of an emergency arbitrator, the Notice of Arbitration, the Answer to the Notice of Arbitration, the Request for Joinder or the Answer to the Request for Joinder (as applicable); or*

(b) *in respect of a funding agreement made after the commencement of the arbitration, as soon as practicable after the funding agreement is made.*

44.3 *Any funded party shall disclose any changes to the information referred to in Article 44.1 that occur after the initial disclosure.” (itálicos nossos)*

Também ao abrigo das 2021 *International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules*, encontram-se as partes sujeitas a requisitos de divulgação similares. Conforme previsto no n.º 7 do art. 11.º das referidas Regras de Arbitragem:

*“(7) In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 11(2) and 11(3), each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.” (itálicos nossos)*

É importante notar que, nos termos das 2021 *ICC Arbitration Rules*, esta divulgação é exigida para *“ajudar os potenciais árbitros e os árbitros”* no cumprimento das suas próprias obrigações de divulgação. Assim, a ICC reconhece o papel crucial que tais acordos desempenham na determinação dos potenciais conflitos de interesses dos árbitros.

Ademais, instrumentos de *soft law* também apontam para a necessidade de as partes revelarem a existência e a identidade de terceiros financiadores. De acordo com as Diretrizes da *International Bar Association*, no Princípio Geral (7)(a):

*“A parte deve informar o árbitro, o Tribunal Arbitral, as outras partes e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se existir) sobre*

qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e essa parte (ou outra empresa do mesmo grupo económico, ou outra pessoa com influência de controle sobre a parte no litígio), ou *entre o árbitro e qualquer pessoa ou entidade com um interesse económico direto em, ou um dever de indemnizar uma parte em consequência de, sentença arbitral que venha a ser proferida*. A parte deve assim proceder por iniciativa própria, na primeira oportunidade.” (itálico nosso)

Requisitos de *disclosure* foram adotados por outros organismos, como seja nas Diretrizes da Comissão Internacional de arbitragem Económica e Comercial da China para o Financiamento de Terceiros na Arbitragem (*China International Economic and Trade Arbitration Commission Guidelines for Third Party Funding in Arbitration*), na Nota Prática do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura sobre a Conduta dos Árbitros em Casos que envolvem Financiamento Externo (*Singapore International Arbitration Centre’s Practice Note on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*) e na Política da Câmara de Comércio de Estocolmo sobre a Divulgação de Terceiros com Interesse no Resultado do Litígio (*Stockholm Chamber of Commerce Policy on Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute*).

Deste modo, as instituições arbitrais e outras organizações têm vindo a reagir a este novo modelo de negócio, implementando progressivamente padrões mais elevados de divulgação e transparência, numa tentativa de proteger o sistema de arbitragem internacional de uma crise de legitimidade.

### **3.1.1. Divulgação das condições estabelecidas nos acordos de financiamento**

Não obstante o previamente referido, poder-se-á problematizar se a divulgação da “*existência e identidade do financiador*”, como fórmula geral, será suficiente e bastante para garantir a devida verificação de potenciais conflitos de interesses, assim como de assegurar a devida independência e autonomia da parte do financiador. Em particular, e como já tivemos oportunidade de salientar, pode mostrar-se relevante divulgar certos termos do clausulado que obriga as partes.

Repristinando a ideia da plasticidade do conceito, um vasto universo de instrumentos acaba por ser abrangido por uma definição mais ampla de financiamento por terceiros. Consequentemente, ao avaliar o grau de intromissão de um determinado financiador no processo arbitral, deve ser permitido analisar os termos do acordo estabelecido pelo financiador e pela parte financiada, prestando

especial atenção ao papel do Escritório de Advogados da parte. Citando a Professora MAXI SCHERER:

“Em primeiro lugar, o que deve ser divulgado exatamente: *a mera existência de um acordo de financiamento de terceiros ou o próprio acordo de financiamento?* Os financiadores terão geralmente relutância em divulgar os termos exatos de qualquer acordo de financiamento que tenham celebrado. No entanto, em algumas circunstâncias, *a avaliação de potenciais conflitos de interesses pode exigir que se considerem os exatos termos do acordo de financiamento.* Por exemplo, no exemplo acima mencionado do árbitro / mandatário X, a avaliação da imparcialidade e independência de X como presidente no processo arbitral A1 pode depender do controlo que o financiador tem sobre o requerente representado por X como advogado no processo arbitral A2. A conclusão *pode não ser a mesma dependendo do facto de o financiador ter ou não um controlo substancial sobre a condução dos procedimentos em A2 (incluindo um direito de veto sobre as ofertas de acordo, a escolha do advogado ou outras questões estratégicas).*”<sup>50</sup> (tradução do original em inglês; itálicos nossos)

A exigência de as partes virem a revelar não só a existência e a identidade do financiador, como também partes ou todo o clausulado, começa a surgir em outras áreas em que os financiadores de litígios se encontram ativos, designadamente nas arbitragens de investimento administradas pela ICSID – cfr. artigo 14(4) da *ICSID Arbitration Rules*.

Em sentido similar, veio o legislador português impor que, nos termos do art. 10.º do DL n.º 114-A/2023, seja entregue, ao tribunal, cópia autenticada do acordo, redigido de forma clara, facilmente compreensível e em língua portuguesa, indo ao encontro do posicionamento do legislador europeu, ou seja, no sentido de revelar todo o contrato<sup>51</sup>.

Ainda que as soluções acima referidas tendam para a revelação do conteúdo do acordo, importa distinguir claramente entre os dois modos em que tal revelação deva ser feita. Enquanto ao abrigo das Regras Arbitrais da ICSID o tribunal arbitral tem a prerrogativa (mas não a obrigação) de requerer algumas informações respeitantes ao acordo, o legislador português (e eventualmente o europeu)

<sup>50</sup> Cfr. MAXI SCHERER, “Expert View – Third Party Funding in Arbitration”, in *Commercial Dispute Resolution*, 2012.

<sup>51</sup> Vide, por exemplo, a Proposta de Diretiva, referida previamente e disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_EN.html).



impôs que fosse fornecido acesso à totalidade do clausulado. Tal opção, caso venha a evidenciar uma tendência para a futura regulamentação deste fenómeno, pode em muito prejudicar a atratividade de Portugal (e eventualmente da União Europeia) para este tipo de investimento. Isto tendo em consideração a tendencial rejeição pelo setor da alteração no sentido de divulgar os termos constantes do clausulado<sup>52</sup>. Acresce ainda que estes tipos de acordos incluem também informação comercialmente sensível, que não deve ser forçosamente revelada, muito menos se servir apenas de mero aconchego para os árbitros que recebem ver as suas independência e imparcialidade potencialmente contestadas. Assim, entendemos que a revelação da totalidade do contrato pode atentar os interesses dos financiadores e revelar, em excesso, aquilo que caracteriza a sua fórmula de negócio. É, portanto, necessário encontrar um equilíbrio muito delicado entre as informações que devem ser fornecidas ao tribunal, à instituição arbitral e à parte (ou partes) contrária(s) e o direito da parte financiada e do financiador de manterem segredos comerciais.

Este equilíbrio pode ser alcançado através da implementação de salvaguardas de confidencialidade e de orientações claras que permitam evitar a divulgação de pormenores sensíveis relacionados com acordos de financiamento, segredos comerciais ou outros elementos confidenciais.

Outra solução que potencialmente pode salvaguardar a natureza confidencial de algumas informações sensíveis é limitar as pessoas autorizadas a aceder a tais elementos. No âmbito da arbitragem internacional, as obrigações de divulgação impõem geralmente que a parte informe o tribunal, a instituição arbitral e a parte (ou partes) contrária(s). No entanto, é possível limitar a divulgação apenas ao tribunal, particularmente quando informações comercialmente sensíveis ou segredos comerciais se encontrem abrangidos pela referida obrigação. Esta limitação coloca todo um novo conjunto de questões, tais como (i) a definição do conjunto de informação abrangido por esta limitação, (ii) a atribuição de competências no que respeita à determinação da natureza dos elementos divulgados e (iii) a eventual implementação de um mecanismo que assegure a destruição da referida informação, uma vez revista.

---

<sup>52</sup> Nesse sentido, OLIVIA DE PATOUL/IRENE LEE, *The new ICSID rules came into force on 1 July 2022. What does these mean for funders?*, cit.



Concluindo, pode mostrar-se necessário implementar obrigações de divulgação mais abrangentes, que incluam a revelação de certas e determinadas condições do financiamento, de modo a avaliar, correta e eficazmente, o grau de intervenção do terceiro financiador no procedimento arbitral (ou no processo judicial). Esta divulgação dos termos é essencial para compreender o controlo de facto exercido por esta entidade externa sobre a parte, os seus mandatários e os árbitros.

No entanto, é essencial assegurar a devida proteção da natureza sensível da informação e elementos fornecidos, seja através da imposição de salvaguardas adicionais respeitantes ao teor confidencial desses elementos, seja através da limitação do elenco de sujeitos que podem ter acesso a essa informação.

### **Conclusão**

O financiamento de litígios por terceiro veio, inegavelmente, remodelar o panorama da arbitragem internacional, permitindo o acesso aos seus procedimentos por partes que, de outro modo, poderiam ser dissuadidas pelos encargos financeiros de um procedimento dessa natureza. Mais recentemente, este modelo de negócio acabou por se expandir para outros tipos de contencioso, ditos de *capital expensive*, como sejam os casos do contencioso de massa, das ações de danos e de outros tipos de ações em que o financiador procura auferir parte da indemnização atribuída ou do valor recuperado pelo(s) demandado(s).

No entanto, para manter e defender a integridade dos procedimentos (em particular, no caso dos processos arbitrais, que vivem da confiança depositada nesse sistema de adjudicação privada), têm a doutrina e a indústria (ou, pelo menos, parte dela) vindo a advogar a imposição de requisitos de transparência mais rigorosos, como a divulgação da existência e da identidade do terceiro financiador, mas também de (algumas) condições para a concessão desse financiamento. Estas medidas têm como objetivo último reforçar a confiança do público no mercado do TPF, promovendo o crescimento deste segmento e o recurso por partes a estes mecanismos (facilitando, em simultâneo, o acesso ao Direito).

O emergir deste terceiro interessado nos procedimentos adjudicatórios obriga à reflexão não só sobre a influência dos interesses das partes, mas também de uma eventual pressão exercida por entidades terceiras (com potencial reflexo na vontade de acordo das partes, na escolha dos árbitros ou dos advogados) no desfecho da lide.



# SCIENTIA IVRIDICA

Tomo LXXIII – N.º 365 – Maio/Agosto de 2024

Ana Sirage Coimbra – <i>As novas contraordenações no Regime Geral da Gestão de Resíduos e no Regime Unificado de Fluxos Específicos – as alterações promovidas pelo DL n.º 24/2024, de 26/3</i> .....	135
Cláudio Sampaio – <i>Créditos laborais e insolvência do empregador – Quid iuris?</i> .....	159
Daniel Eduardo Cândido – <i>A criminologia pede passagem</i> .....	179
Luís Filipe Costa – <i>Breves considerações em torno da (tão desejada) criminalização do enriquecimento injustificado</i> .....	191
Pedro Ferreirinha – <i>Direito e Literatura. Contributos sobre Justiça à luz de O Processo, de Kafka</i> .....	209
Tomás Pereira Carneiro – <i>Do third-party funding – Por uma eficaz composição de interesses?</i> .....	223

